

LAUDO ARBITRAL

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

OSCAR SALDARRIAGA SANÍN Y OTROS

CONTRA

PROMOTORA CASA DEL MAR S.A. Y OTROS

Siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), del diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012), los árbitros Álvaro Francisco Gaviria Arango, Álvaro Isaza Upegui y Juan Carlos Gaviria Gómez, en asocio de su secretario Juan David Posada Gutiérrez, profirieron el siguiente laudo arbitral que pone fin al proceso promovido por **OSCAR SALDARRIAGA SANÍN, ROCÍO DEL SOCORRO VANEGAS JARAMILLO, EDUARDO SALDARRIAGA VANEGAS, PABLO SALDARRIAGA VANEGAS, LUZ MARÍA SALDARRIAGA VANEGAS y CATALINA SALADARRIAGA VANEGAS (EN ADELANTE LA FAMILIA SALDARRIAGA o LOS CONVOCANTES)**, en contra de los señores **GUILLERMO ÁLVAREZ MÚNERA y ANTONIO ELÍAS NADER NADER** y de las sociedades **PROMOTORA CASA DEL MAR S.A., INVERSIONES MONTECELLO S.A. y PROMOCIONES VENTA RAÍZ LIMITADA**. La decisión se profiere en derecho y de forma unánime.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES

I. CONVOCATORIA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL.

Con fecha veinte (20) de agosto de 2010, **LA FAMILIA SALDARRIGA** presentó ante el CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN, solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para que este dirimiera el conflicto que dijo tener frente a los señores **GUILLERMO ÁLVAREZ MÚNERA y**

ANTONIO ELÍAS NADER NADER y frente a las sociedades **PROMOTORA CASA DEL MAR S.A., INVERSIONES MONTECELLO S.A. y PROMOCIONES VENTA RAÍZ LIMITADA**, y con invocación del pacto arbitral contenido en la cláusula décima segunda del contrato de promesa de compraventa 07-04-06-CV-2, suscrita el diez (10) de abril de 2006, la cual agregó con la referida solicitud y cuyo texto es el siguiente:

"CLAUSULA DECIMA SEGUNDA.- CLÁUSULA COMPROMISORIA. Cualquier controversia que surgiere en relación con este Contrato, será sometida a la decisión en derecho de un Tribunal de Arbitramento, conformado por tres (3) árbitros, a menos de que las partes de común acuerdo designen uno (1) sólo. Para efectos de la designación del o de los árbitros, cualquiera de las partes podrá comunicar a la otra su intención de convocar el Tribunal; a partir de la fecha de la referida comunicación, las partes contarán con un período de quince (15) días, prorrogable de común acuerdo, para convenir en la designación del árbitro único o de las tres (3) árbitros que habrán de conformar el Tribunal. Si transcurrido este plazo las partes no han hecho la designación de común acuerdo, corresponderá a la Cámara de Comercio de Medellín designar los tres (3) árbitros que integrarán el Tribunal, de las listas de árbitros registradas ante dicha Cámara. La organización Interna del tribunal se regirá por las reglas del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Medellín."

Las partes de común acuerdo, designaron como árbitros a los abogados, Álvaro Francisco Gaviria Arango, Álvaro Isaza Upegui y Juan Carlos Gaviria Gómez, quienes aceptaron su encargo dentro del término previsto en el artículo 10 del Decreto 2279 de 1989.

II. DILIGENCIAS ARBITRALES

El Tribunal se instaló en audiencia celebrada el siete (7) de septiembre de 2011.

Por cumplirse con los requisitos exigidos por el Tribunal, se admitió la demanda arbitral en audiencia celebrada el diecinueve (19) de septiembre de 2011 y se surtió el traslado correspondiente. Las personas que conforman la parte **CONVOCADA** la replicaron en tiempo oportuno, oponiéndose a las pretensiones, y además, algunos de éstos, plantearon excepciones de mérito, de las cuales se corrió el traslado respectivo a la parte **CONVOCANTE**.

El veinticuatro (24) de octubre de 2011, se llevó a cabo audiencia de conciliación sin que se hubiere llegado a un acuerdo entre las partes, por lo cual, se procedió a la fijación de gastos y honorarios del proceso.

Verificada la consignación en tiempo oportuno, de la totalidad de los gastos y honorarios fijados por el Tribunal; se llevó a cabo la **PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE**, el cinco (5) de diciembre y doce (12) de diciembre de 2011, fechas en las que el Tribunal resolvió afirmativamente sobre su competencia para procesar y juzgar el asunto sometido a su conocimiento y decretó las pruebas pedidas por las partes.

Las pruebas ordenadas se practicaron con sujeción a la ley y sometimiento a la contradicción de las mismas.

Agotado el período probatorio las partes presentaron sus alegaciones de fondo, en audiencia surtida el diecinueve de (19) de octubre de 2012.

Vencidas las etapas procesales, encuentra el Tribunal que se halla dentro del término para proferir el presente laudo, habida cuenta de que el plazo de seis (6) meses legalmente previsto, contado a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, esto es, **el doce (12) de diciembre de dos mil once (2011)**, por lo cual término inicial vencería el ocho (8) de junio de 2012, sin embargo como en el proceso se presentaron tres (3) suspensiones y una prórroga del término, el vencimiento del plazo para proferir el laudo será el siguiente:

SUSPENSIONES:

1)

esde el trece (13) de diciembre de 2011 hasta el veintitrés (23) de enero de 2012, ambas fechas inclusive. Audiencia 12 de diciembre de 2011. (29 días hábiles de suspensión).

2) Desde el 25 de enero de 2012 hasta el 6 de febrero de 2012, ambas fechas inclusive. Audiencia 24 de enero de 2012. (9 días hábiles de suspensión).

D

- 3) Desde el día 21 de septiembre de 2012 hasta el 18 de octubre de 2012, ambas fechas incluidas. Audiencia 17 de septiembre de 2012. (19 días hábiles de suspensión).

Total días hábiles suspendidos **cincuenta y siete (57)**, más una **PRÓRROGA DEL TÉRMINO** por **tres (3) meses** concedida por la partes.

Conforme a lo anterior, **el término vence el cinco (5) de diciembre de 2012**, razón por la cual se está en oportunidad de dictar el presente laudo.

III. SÍNTESIS DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA PRINCIPAL

En el escrito de convocatoria la parte convocante narra, en resumen, los siguientes hechos que fundamentan las pretensiones esgrimidas:

1. La Familia Saldarriaga y las sociedades Inversiones Montecello S.A. y Promociones Venta Raíz Ltda. celebraron el 10 de abril del año 2006 contrato de compraventa con la sociedad Arroyo de Piedra Ltda. sobre un lote de terreno ubicado en la ciudad de Cartagena identificado con la matrícula inmobiliaria No. 060-154642.
2. Los señores Guillermo Álvarez Múnera y Antonio Elías Nader Nader celebraron el 10 de agosto del año 2006 contrato de compraventa con la sociedad Arroyo de Piedra Ltda. sobre un lote de terreno ubicado en la ciudad de Cartagena identificado con la matrícula inmobiliaria No. 060-145456.
3. La sociedad Promotora Casa del Mar S.A. interesada en efectuar un proyecto inmobiliario en los dos inmuebles antes enunciados realizó oferta a la Familia Saldarriaga, Inversiones Montecello S.A., Promociones Venta Raíz Ltda., Guillermo Álvarez Múnera y Antonio Elías Nader Nader, para celebrar contrato de promesa de compraventa, como cuerpo cierto, para lo cual se englobarían tales inmuebles.
4. Conforme a lo anteriormente narrado, en el año 2006 se celebró contrato de promesa de compraventa No. 07-04-06-CV-2, en virtud del cual las partes

se obligaron por un lado a transferir los inmuebles en conjunto a un Fideicomiso, quien los englobaría y luego los dividiría en tres (3) lotes, los cuales serían adquiridos por los compradores a través de uno o varios Fideicomisos que se constituiría para adquirir dichos lotes y ejecutar el proyecto inmobiliario.

5. Efectivamente se constituyeron los Fideicomisos con la sociedad Acción Fiduciaria S.A., la cual quedó encargada de dar cumplimiento a las obligaciones pactadas entre las partes, estipuladas entre otras, en la cláusula octava del citado contrato de promesa de compraventa.
6. Acción Fiduciaria celebró con las partes el contrato de Fiducia Mercantil y con ocasión de éste constituyó los siguientes Fideicomisos: - Fideicomiso 1 por el cual se formó el patrimonio autónomo denominado Fideicomiso Lote Casa del Mar Primera Etapa. – Fideicomiso 2 por el cual se formó el patrimonio autónomo llamado Fideicomiso Lotes 1 y 2 Arroyo de Piedra.
7. En la cláusula cuarta del contrato de promesa de compraventa identificado con el No. 07-04-06-CV-2, las partes estipularon el precio de la venta de los inmuebles en la suma de TRES MIL NOVECIENTOS TRECE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M.L. (\$3.913.500.000), los cuales debían ser pagados en las fechas y valores que fueron indicados en el hecho noveno de la demanda.
8. Según lo establecido en el párrafo primero de la cláusula octava del contrato de promesa de compraventa referido a lo largo del presente recuento fáctico, con la finalidad de garantizar a los promitentes vendedores el cumplimiento en el pago del precio estipulado en la promesa de compraventa, que se haría a través del Fideicomiso No. 1, la promitente compradora impartiría las siguientes instrucciones a la Fiduciaria: "LA FIDUCIARIA solamente podrá entregar a EL FIDEICOMITENTE PROMOTORA CASA DEL MAR LA. los excedentes que arroje la realización del Proyecto Casa del mar Primera Etapa, una vez haya pagado a LOS PROMETIENTES VENDEDORES, los valores que a cada uno de ellos les corresponde, de conformidad con lo establecido en la cláusula sexta del

contrato de compraventa y los intereses que se llegaren a causar liquidados en la forma prevista en la cláusula séptima del contrato de promesa de compraventa.”

9. Dichas instrucciones se entienden impartidas desde la PROMESA e igualmente quedaron insertadas en el contrato de fiducia que dio origen al patrimonio autónomo FIDEICOMISO LOTE CASA DEL MAR PRIMERA ETAPA, pero ni el patrimonio cumplió con dicha misión ni los PROMITENTES COMPRADORES realizaron los actos necesarios para lograr la mencionada finalidad, es decir lograr el pago, despreocupándose los PROMITENTES COMPRADORES del cumplimiento de la obligación, permitiendo la destinación del dinero que entró a la fiducia para fines diversos al pago a los PROMITENTES VENDEDORES.

10. El contrato de promesa de compraventa de los lotes de terreno referidos a lo largo del actual recuento y celebrado entre las partes del proceso denominado 07-04-06-CV-2, fue modificado y/o adicionado en cuatro ocasiones, a saber:
 - 10.1 Debido a que los linderos y la superficie del inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria 060-145456, fueron aclarados mediante escritura pública número 840 del 28 de abril de 2006 de la Notaría 10 del Círculo de Medellín, el día doce (12) de septiembre de 2006, se pactó entre las partes el **OTROSÍ No. 1**, por medio del cual se modificaron parcialmente las cláusulas: primera, segunda, quinta y novena de la promesa de compraventa inicial, lo que en nada cambió el precio, puesto que la venta se hizo como cuerpo cierto.
 - 10.2 Ante los inconvenientes en el cumplimiento de las obligaciones de pago a cargo del PROMITENTE COMPRADOR, el trece (13) de octubre de 2006, se celebró entre las partes el **OTROSÍ No. 2** que modificó las cláusulas: quinta, sexta, séptima y novena contenidas en la promesa inicial, algunas de ellas modificadas por el OTROSÍ No 1.
 - 10.3 El día veintitrés (23) de enero de 2007, ante nuevos incumplimientos de la sociedad PROMITENTE COMPRADORA en el cumplimiento de sus obligaciones, se celebró el **OTROSÍ No. 3**, por medio del cual se

modificaron: el numeral 3° de la cláusula quinta, y el numeral tercero de la cláusula sexta, ambos previamente modificados por el OTROSÍ No. 2.

- 10.4** Para el 24 de enero de 2008 los PROMITENTES COMPRADORES seguían en mora, a pesar de los múltiples requerimientos a ellos realizados y por lo tanto, el día quince (15) de febrero de 2008, ante nuevos y reiterados incumplimientos de la sociedad INVERSIONES CASA DEL MAR SA., se celebró el “OTROSÍ” denominado por error “No. 5”, pues el No. 4 no existió, y en este se incluyeron algunos antecedentes y se modificaron nuevamente las cláusulas: quinta, sexta, séptima y novena de la promesa de compraventa, ya modificadas por los “OTROSÍ” anteriores.
- 10.5** La modificación fundamental a la Cláusula Quinta del contrato, en el OTROSÍ No. 5, establece la nueva forma de pago del precio de venta del inmueble prometido en venta CASA DEL MAR, pendiente y equivalente a la suma de \$4.271.737.507 que se dividido en dos partes, pagos de la PRIMERA ETAPA y pagos de la SEGUNDA ETAPA, esta nueva forma de pago fue discriminada en cuanto al capital y los intereses en el hecho décimo octavo de la demanda.
- 11.** Que posteriormente a la celebración del contrato de promesa de compraventa y de los referidos otrosíes, la Familia Saldarriaga, cumplieron y se allanaron a cumplir todas y cada una de las obligaciones a su cargo.
- 12.** ACCIÓN FIDUCIARIA en desarrollo del FIDEICOMISO LOTE CASA DEL MAR PRIMERA ETAPA, le ingresaron dineros suficientes para cancelar el valor del lote a que se comprometió, puesto que por las ventas de por lo menos 29 casas, le reportaron un ingreso superior a los CINCO MIL MILLONES DE PESOS MIL (\$5.000.000.000), pero no procedió a efectuar el pago correspondiente, y por su parte, los PROMITENTES COMPRADORES no hicieron ninguna clase de gestión para que el Fideicomiso pagara.
- 13.** La convocada PROMOTORA CASA DEL MAR SA., ha cumplido de forma imperfecta y parcialmente las obligaciones a su cargo, causando un

grave perjuicio a los aquí CONVOCANTES, lo que provoca efectivamente la resolución del contrato, por el porcentaje incumplido.

IV. PRETENSIONES Y JURAMENTO ESTIMATORIO

La parte convocante en vista de lo que expuso en la demanda, solicitó al Tribunal despachar favorablemente las siguientes pretensiones:

"A. PETICIONES PRINCIPALES. CONSECUENCIALES Y SUBSIDIARIAS FRENTE AL EVENTO DE RESOLUCIÓN

PRIMERA: *Se declare que el contrato de promesa de compraventa y todos sus "otrosí" celebrado entre LOS PROMITENTES VENDEDORES: Oscar Saldarriaga Sanin, Rocío Del Socorro Vanegas Jaramillo, Eduardo Saldarriaga Vanegas, Pablo Saldarriaga Vanegas, Luz María Saldarriaga Vanegas, Catalina Saldarriaga Vanegas, Inversiones Montecello SA., Promociones Venta Raíz Ltda., Guillermo de Jesús Alvarez Múnera y Antonio Elías Nader Nader y LA PROMITENTE COMPRADORA: Promotora Casa Del Mar S.A., el diez (10) de abril de 2006, fue incumplido por parte de LA PROMITENTE COMPRADORA tal como consta en los hechos de esta demanda.*

SEGUNDA: *En consecuencia al incumplimiento del Contrato de Promesa de Compraventa 07-04-06-CV-2 -junto con todos sus otrosí-, se declare la resolución del mismo y todos sus otrosí"*

TERCERA: *Se declare, por efectos de la resolución del contrato de promesa de compraventa 07-04-06-CV-2 -junto con todos sus otrosí-, extinguir el conjunto de obligaciones desapareciendo las futuras y ordenando la cancelación de cualquier clase de efecto que el contrato de promesa disuelto haya podido producir, colocando a los contratantes en la misma situación en que habrían de encontrarse si nada hubieran pactado y tampoco nada hubieran hecho para cumplir lo estipulado.*

CUARTA: *Con el fin de dar cumplimiento a la pretensión anterior, ordene lo siguiente o similar: Se oficie al Señor Registrador cancelar todas las anotaciones folios que surgieron a partir del día 10 de abril de 2006, o desde que vuestras señorías lo consideren pertinentes y frente a las matriculas inmobiliarias Nos 060-154642 y 060-145456 o las números 060-221021, 060-221022 y 060-221023.*

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA CUARTA: *En el evento de no considerarse pertinente la petición anterior, frente a las matriculas inmobiliarias anteriores o a cualquiera de ellas o de las que surgieron, solicito en subsidio para dar cumplimiento a la restitución de los inmuebles objeto del contrato de promesa de compraventa o el del inmueble de los accionantes.*

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA CUARTA: *En el evento de no considerarse pertinente la petición cuarta principal o la primera subsidiaria, frente a las matriculas inmobiliarias anteriores o a cualquiera o de las que surgieron, solicito en subsidio para dar cumplimiento a la restitución, se ordene la restitución por equivalencia del lote de terreno que se considere imposible restituir de la forma solicitada o el inmueble de los accionantes.*

QUINTA: Se condene la indemnización total e íntegra de todos los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales a que haya lugar, como multas, sanciones, cláusulas penales, intereses, indexaciones, dineros cancelados a la fiducia, daño moral y daño a la vida de relación, como son los que a modo enunciativo presentó y no restrictivo, en las siguientes sumas o las mayores o menores que resulten probadas.

5.1. Por CLÁUSULA PENAL, contenida en la cláusula Décima Primera del Contrato de Promesa de Compraventa y que equivale a la suma de TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS M/L (\$300.000.000) o el valor que resulte probado dentro del proceso.

5.2. Por la PENA contenida en la cláusula Séptima del OTROS1 No. 5, al transcurrir 181 días calendario de mora y equivalente al 10% del valor del contrato, para un total de TRESCIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/L (\$391.350.000).

5.3. POR PERJUICIO MORALES. El equivalente para cada uno de los convocantes a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales que se encuentren vigentes, debido al dolor, la angustia y la tristeza que le produjo a los demandantes el incumplimiento del contrato y las consecuencias del mismo.

5.4. POR DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN. El equivalente para cada uno de los convocantes a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales que se encuentren vigentes, debido a la modificación anormal dada al curso normal de existencia de la Familia Saldarriaga, quienes mucha parte de su tiempo ha girado en son al contrato de promesa de compraventa incumplido.

B. PETICIONES SUBSIDIARIAS - EVENTO DE CUMPLIMIENTO.

En el evento de no prosperar las anteriores peticiones PRINCIPALES, CONSECUENCIALES Y SUBSIDIARIAS FRENTE AL EVENTO DE RESOLUCIÓN, solicito sean acogidas las siguientes o similares:

PRIMERA: Se declare que el contrato de promesa de compraventa y todos sus "otrosí" celebrado entre LOS PROMITENTES VENDEDORES: Oscar Saldarriaga Sanín, Rocío Del Socorro Vanegas Jaramillo, Eduardo Saldarriaga Vanegas, Pablo Saldarriaga Vanegas, Luz María Saldarriaga Vanegas, Catalina Saldarriaga Vanegas, Inversiones Montecello SA., Promociones Venta Raíz Ltda., Guillermo de Jesús Álvarez Múnera y Antonio Elías Nader Nader y LA PROMITENTE COMPRADORA; Promotora Casa Del Mar S.A., el pasado diez (10) de abril de 2006, fue incumplido por parte de LA PROMITENTE COMPRADORA tal como consta en los hechos de esta demanda."

SEGUNDA: En consecuencia al incumplimiento del Contrato de Promesa de Compraventa 07-04-06-CV-2 -junto con todos sus otrosí-, se ordene el cumplimiento del mismo.

TERCERA: Se ordene, por efectos del cumplimiento del contrato de promesa de compraventa 07-04-06- CV, junto con todos sus otrosí, el pago de todas las sumas adeudadas a los convocantes, las cuales se estiman en la suma de OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS M/L (\$889.587.966) o la mayor o menor cifra que resulte probada dentro del proceso.

CUARTA: Se condene la indemnización total e íntegra de todos los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales a que haya lugar, como penas, sanciones, cláusulas penales, intereses, indexaciones, dineros cancelados en exceso por el predial, daño moral y daño a la vida de relación, como son los que a modo enunciativo presentó y no restrictivo, en las siguientes sumas o las mayores o menores que resulten probadas.

4.1. Por CLÁUSULA PENAL, contenida en la cláusula Décima Primera del Contrato de Promesa de Compraventa y que equivale a la suma de TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$300.000.000) o el valor que resulte probado dentro del proceso.

4.2. Por la PENA contenida en la cláusula Séptima del OTROSI No. 5, al transcurrir 181 días calendario de mora y equivalente al 10% del valor del contrato, para un total de TRESCIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/L (\$391.350.000).

4.3. Por los INTERESES MORATORIOS generados hasta el momento de la presentación de la presente demanda, los cuales, una vez realizadas las deducciones por pagos parciales realizados, corresponden al valor de CIENTO OCHENTA Y SEIS MILLONES CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS DIECIOCHO PESOS M/L (\$186.051.218) y los que se generen hasta el momento del pago efectivo equivalente a la tasa máxima legal autorizada.

4.3. (SIC) POR PERJUICIO MORALES. El equivalente para cada uno de los convocantes a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales que se encuentren vigentes, debido al dolor, la angustia y la tristeza que le produjo a los demandantes el incumplimiento del contrato y las consecuencias del mismo.

4.4. POR DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN. El equivalente para cada uno de los convocantes a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales que se encuentren vigentes, debido a la modificación anormal dada al curso normal de existencia de la Familia Saldarriaga, quienes mucha parte de su tiempo ha girado en son al contrato de promesa de compraventa incumplido.

C. ÚNICAS PETICIONES REFERENTES A LAS COSTAS.

Se condene en costas y agencias en derecho a LOS CONVOCADOS y a favor de LA CONVOCANTE.

En cumplimiento del artículo 211 del C. de P. Civil, como **JURAMENTO ESTIMATORIO DE LOS PERJUICIOS** los que hasta la fecha se encuentran establecidos y son: Por cláusula penal contenida en la Décima Primera del Contrato de Promesa de Compraventa la suma de TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS MIL (\$300.000.000); por la pena contenida en la cláusula séptima del OTROSI No. 5 la suma de TRESCIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/L (\$391 '350.000); por las sumas adeudadas conforme las peticiones subsidiarias — evento de cumplimiento petición Tercera, la suma de OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SESETNA Y SEIS PESOS M/L (\$889.587.966); por intereses moratorios conforme las peticiones subsidiarias — evento de cumplimiento petición 4.3 la suma de DOSCIENTOS OCHO MILLONES SETECIENTOS VEINTIUNO OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M/L (\$208'721.875)".

V. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Las convocadas contestaron oportunamente la demanda arbitral, pronunciándose sobre los hechos expuestos por la convocante, negando unos, aceptando otros total o parcialmente o formulando aclaraciones relativas a ellos, y oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. Los convocados **GUILLERMO ÁLVAREZ MÚNERA y ANTONIO ELÍAS NADER NADER**, formularon excepciones de mérito, las cuales se resumen así:

A los convocantes no les asiste razón para promover demanda en contra de los señores **GUILLERMO DE JESUS ALVAREZ MUNERA y ANTONIO ELIAS NADER NADER**, ya que éstos no han dado lugar a la demanda ni han causado perjuicio alguno a los demandantes. Al contrario, tales demandados con la presente demanda arbitral, se han visto grave e injustamente perjudicados, ya que fueron abocados a hacerse parte dentro del presente proceso a través de apoderada judicial, y a realizar unas erogaciones para la defensa de sus intereses, los cuales deberán ser indemnizados por los convocantes. Con base en lo anterior propusieron las siguientes "excepciones":

1. Improcedencia de la resolución del contrato por renuncia expresa de los convocantes.
2. Cumplimiento del contrato por parte de los convocados Guillermo de Jesús Álvarez Múnera y Antonio Elías Náder Náder.
3. Falta de causa para demandar.
4. No conformación del litisconsorcio necesario por pasiva.
5. Falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva.

Las sociedades **INVERSIONES MONTECELLO S.A. y PROMOCIONES VENTA RAÍZ LTDA.** cuestionaron la forma en que fueron convocadas al proceso, sostuvieron que el litisconsorcio debió ser integrado con **ACCIÓN FIDUCIARIA S.A.** y solicitaron que en caso de accederse a las peticiones de la demanda se les reconociera la cuantía correspondiente a su participación en el contrato de promesa celebrado (de prosperar la resolución) o se obligara a la convocada **CASA DEL MAR** a pagarles la suma de \$ 1.879.600.000.00 por capital más los intereses pactados en el contrato de promesa, la cuota parte de

la cláusula penal y los perjuicios morales y a la vida de relación (de prosperar la pretensión de cumplimiento) .

CAPITULO SEGUNDO

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

I. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. DE VALIDEZ

Los tres elementos constitutivos del debido proceso, que son la competencia del juez, la bilateralidad de la audiencia y la legalidad de los actos y procedimientos, se encuentran satisfechos. En efecto:

1.1.1. La Competencia. Al tratarse de un proceso arbitral, el ámbito de la competencia, esto es, los linderos dentro de los cuales el árbitro puede actuar válidamente, están dados por la autonomía de las partes al suscribir éstas un pacto arbitral que reviste el carácter de acto habilitante para aquéllos. Esa autonomía no es ilimitada, pues aunque dicha facultad está consagrada en la Constitución, el legislador le impuso algunos límites como el de la arbitrabilidad del conflicto. En el caso que se decide, se encuentra que el conflicto es de carácter patrimonial y transigible, por ende, susceptible de ser dirimido por la vía arbitral, tal y como se concluyó en la primera audiencia de trámite, puesto que las diferencias entre la convocante y las convocadas, que deben desatarse por el laudo, parten justamente del contrato de promesa de compraventa, y los problemas jurídicos cuya solución busca el demandante quedaron comprendidos dentro de la cláusula compromisoria resaltada al inicio del presente laudo.

Adicionalmente, la competencia se encuentra limitada por el tiempo, puesto que se extingue con el vencimiento del término para dictar el laudo. A este respecto, se destaca de nuevo que esta providencia, con la cual se pone fin a la litis existente entre las partes, se pronuncia dentro del término de vigencia del arbitramento.

1.1.2. Bilateralidad de la audiencia. Se refiere al derecho de defensa o al derecho de contradicción. Al revisar el trámite arbitral se concluye que las partes recibieron un igual tratamiento procesal en cuanto a sus solicitudes, petición y práctica de pruebas. A las partes se les garantizó el derecho a la contradicción y se les permitió actuar sin restricciones en todas las etapas propias del proceso arbitral. Igualmente, recibieron los traslados en la forma y términos previstos por la ley.

1.1.3. Legalidad de actos y procedimientos. En lo atinente a este elemento, el Tribunal encuentra que el proceso se ajustó al trámite previsto por el legislador, regulado en el Capítulo I del Título XXIII del Código de Procedimiento Civil, con las modulaciones que le son propias al proceso arbitral.

1.2. DE EFICACIA

1.2.1. Capacidad para ser parte. De la actuación arbitral y de los documentos aportados al proceso, examinados por el Tribunal, aparece que las partes están integradas por personas naturales y por personas jurídicas, éstas regularmente constituidas y que acreditaron en legal forma su existencia y representación. La capacidad para ser parte la ostentan ambas, conforme al inciso primero del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil.

1.2.2. Capacidad para comparecer. La capacidad de las partes para comparecer se ejerce en el caso de las personas naturales en forma directa, y en el de las personas jurídicas, a través de la representación legal, que fue demostrada idóneamente. Ambas estuvieron asistidas de abogados a quienes se les reconoció personería para actuar en el proceso.

1.2.3. Demanda en forma. La demanda cumple con los requisitos formales establecidos en la legislación procesal, tal como se dijo al momento de la admisión de ésta.

No se advierte, pues, ningún vicio procesal que afecte la actuación. Siendo ésta válida, y concurriendo los presupuestos procesales, puede producirse el fallo,

en la manera que fue determinada, esto es, en derecho. Conforme a todo lo anterior, habrá de proferirse, consecuentemente, un laudo de fondo.

II. LA PRUEBA PRACTICADA

La instrucción del proceso agotó los diferentes medios probatorios invocados por las partes. A instancia de la parte convocante se recibieron los interrogatorio de parte de los representantes legales de las sociedades convocadas, **INVERSIONES MONTECELLO S.A.**, Álvaro Restrepo Londoño, **PROMOCIONES VENTA RAÍZ LIMITADA**, Carlos Germán Martínez Gómez, **PROMOTORA CASA DEL MAR S.A.**, Luis Eduardo Ospina Vélez, y de los convocados, Antonio Elías Náder Náder y Guillermo Álvarez Múnera.

La parte convocante desistió del testimonio del señor Gabriel Ángel Restrepo. (Audiencia 14 de marzo de 2012, folio 918 del cuaderno No. 2).

A su vez, a instancia de las sociedades convocadas se recibieron las siguientes pruebas:

Por parte de **INVERSIONES MONTECELLO S.A.** y **PROMOCIONES VENTA RAÍZ LIMITADA**, se recibieron los testimonios de los señores Francisco Javier Duque González y Pablo Trujillo Tealdo.

El apoderado de las anteriores sociedades convocadas, desistió del testimonio de los señores Juan Luis Aristizábal, Ricardo Nates y Emilio Ruíz. (Audiencia 14 de marzo de 2012, folio 918 del cuaderno No. 2)

Por la convocada **PROMOTORA CASA DEL MAR S.A.**, se recibió el testimonio de la señora Clara Inés Serrano Vergara.

Por petición conjunta entre la parte convocante y los convocados, **GUILLERMO ÁLVAREZ MÚNERA** y **ANTONIO ELÍAS NADER NADER**, se agotaron los testimonios de las señoras Martha Liliana Ospina Muñoz y Silvia Osorio Galeano.

Igualmente, por petición conjunta de todas las partes se recibieron los testimonios de los señores Jorge Mario Aristizábal Mesa y Liliana María Hurtado Yepes.

Los apoderados de la parte convocada desistieron de los interrogatorios de parte de los señores, Rocío del Socorro Vanegas Jaramillo, Eduardo Saldarriaga Vanegas, Pablo Saldarriaga Vanegas y Luz María Saldarriaga Vanegas; desistimiento que fue aceptado por el Tribunal. (Audiencia 24 de enero de 2012, folio 707 del cuaderno No. 2).

De otro lado, la prueba documental que reposa en el expediente fue arrimada con la demanda, con el cumplimiento de requisitos de la demanda, con la respuestas a la citada demanda, con la exhibición de documentos pedida a las sociedades PROMOTORA CASA DEL MAR S.A. y ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., así como de las respuestas de los oficios librados a la sociedad ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., a la OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE CARTAGENA, a la NOTARÍA 10 DEL CIRCULO DE MEDELLÍN, a la NOTARÍA SESENTA Y TRES DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ, a la OFICINA DE CATASTRO DE CARTAGENA, al INSTITUTO GEOGRÁFICO AGUSTÍN CODAZZI y a la SUPERTINTENDENCIA FINANCIERA. Dicha prueba fue aportada de forma regular y goza de la autenticidad necesaria para la valoración de su eficacia probatoria.

De igual forma, de acuerdo a la petición conjunta de la parte convocante y de las convocadas **INVERSIONES MONTECELLO S.A.** y **PROMOCIONES VENTA RAÍZ LIMITADA**, se decretó y practicó prueba pericial contable – financiera, rindiéndose por el experto designado, el 17 de mayo 2012.

De la experticia se le corrió traslado a las partes, término dentro del cual el apoderado de la parte convocante solicitó aclaración y complementación del trabajo pericial.

La petición de aclaración y complementación del dictamen pericial fue atendida por el perito designado, y se concedió traslado a las partes de dicha respuesta. Oportunamente la parte convocante objetó el dictamen pericial por error grave y como prueba para demostrarlo aportó, conforme a lo establecido en el artículo

18 de la Ley 794 de 2003 en armonía con el artículo 116 de la Ley 1395 de 2010, dos experticias rendidas por los peritos DANIEL D'AMATO BETANCUR y OSCAR LEÓN GARCÍA S.

Por petición de las sociedades convocadas, **INVERSIONES MONTECELLO S.A. y PROMOCIONES VENTA RAÍZ LIMITADA y PROMOTORA CASA DEL MAR S.A.**, se decretó el interrogatorio de los peritos que rindieron las experticias aportadas por la parte convocante, para lo cual se citó para el día 16 de agosto de 2012 a las 10:00 a.m.

El 16 de agosto de 2012 se llevó a cabo el interrogatorio del perito DANIEL D'AMATO BETANCUR, no así, respecto del igualmente citado perito OSCAR LEÓN GARCÍA SERNA, ya que éste se excusó por su inasistencia debido a motivos laborales que le impedían comparecer en la fecha fijada y conforme a ello, el apoderado de la parte convocante solicitó se le fijará una nueva para su interrogatorio, el Tribunal mayoritariamente no acogió la solicitud porque encontró que no era atendible la excusa presentada ni mucho menos la reprogramación de la audiencia puesto que era carga de la parte interesada lograr la comparecencia del perito en la fecha fijada, y como ello no ocurrió legalmente se encontraba prevista la consecuencia por tal inobservancia de tal carga. Artículo 116 de la Ley 1395 de 2010.

Posteriormente, por orden de la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior de Medellín que le correspondió decidir la acción tutela promovida por la parte convocante, se dejó sin efecto la decisión del 16 de agosto de 2012 y como consecuencia de ello, se determinó fijar fecha para recibir el interrogatorio del perito OSCAR LEÓN GARCÍA SERNA.

El Tribunal en acatamiento de la orden impartida por el Tribunal Superior de Medellín llevó a cabo el 17 de septiembre de 2012 el interrogatorio del perito antes referido.

Practicada la totalidad de las pruebas decretadas, el Tribunal estimó oportuno declarar cerrada la etapa instructiva del proceso en la audiencia celebrada el 17 de septiembre de 2012, frente a lo cual las partes no interpusieron recurso.

III. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Oportunamente los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión, los cuales se sintetizan así:

El apoderado de la parte convocante, **FAMILIA SALDARRIAGA**, explicó inicialmente como se procedió a la integración del contradictorio con todos los convocados, los cuales, por la pretensión de resolución del contrato de promesa de compraventa, tenían que hacer parte del proceso, no importando, si ocupaban el polo activo o pasivo de la relación procesal.

Luego de ello, expuso los diferentes eventos que podrían ser materia de interpretación de la relación sustancial sostenida entre las partes, así, arguyó que si se concluía que existió un solo contrato, y su prestación y objeto es divisible, se resuelve el contrato de manera parcial. "El único inconveniente que uno alcanzaría a mirar es que yo en mi demanda pretendí la resolución total del contrato (...) *¿Entonces qué ocurrirá?, pensará el Tribunal, ¿qué tengo que hacer? Es muy fácil, es lo que se llama una sentencia infra petita: pidió más, no probó sino menos; probó y estableció que la pretensión era divisible y que únicamente tenía interés en ese pedazo, y se acabó, se resolverá así*".

Ahora, ¿qué ocurre en el evento de existir una pluralidad contractual en un mismo instrumento? Tal pluralidad contractual la podemos abordar desde dos puntos de vista: o que existen tres contratos, cada uno por cada uno de los inmuebles; o que existe pluralidad porque cada uno de las personas firmó un contrato por aparte, es decir, estaba vendiendo su cuota. ¿Qué ocurriría en tales eventos?

"Pues que hay que examinar, en cada uno de esos, si la resolución es indivisible en cada una de esos contratos. En cada uno; si son diez contratos, examinamos en los diez, o si son tres contratos, lo examinamos frente a esos tres contratos. ¿Qué examinamos frente a esos tres contratos? Examinamos si la resolución es divisible o es indivisible. Si es indivisible, lo resolvemos y hablamos de las restituciones. Pero si es divisible, cada uno de mis

poderdantes está legitimado frente a la resolución frente a cada uno, y se acabó, no hay problema, no hay estatus de la resolución”.

Lo de la divisibilidad o indivisibilidad, o la pluralidad o no pluralidad de los contratos, en nada impide la resolución. La cuestión es: se resuelve el contrato en la parte que corresponda, o se resuelve el contrato en su integridad y se examina lo que son restituciones e indemnizaciones.

Ahora, es de especial interés que el Tribunal comprenda el tema de la indivisibilidad pactada contractualmente, lo cual es permitido doctrinalmente, pero ésta debe buscar un fin, y tal indivisibilidad permanece, siempre y cuando permanezca dicho fin, y en este caso, con acuerdos posteriores de las partes, se hizo desaparecer el fin; esto es, acordaron la divisibilidad de la acción, tal y como fue pactado en el otrosí número 5. En el que se dijo:

“A los señores ÁLVAREZ y NADER ya les pagamos su parte; y segundo, los señores ÁLVAREZ y NADER salen de esto y dejan de ser promitentes vendedores; tercero, ya se dice que el lote de la primera etapa ya no vale los 160 millones de pesos; ese lote vale 1.396'200.000; ¿y cómo lo vamos a pagar?, ya se ha pagado parte, y lo que falta por pagar lo pagaremos en cuotas. Ah, qué bien. ¿Y entonces qué pasará cuando le paguen a la Familia SALDARRIAGA? Es que si le pagan a la familia SALDARRIAGA tendrá los mismos efectos que los señores ÁLVAREZ y NADER. ¿Cuáles son los efectos? Salen de aquí, salen como promitentes vendedores”.

De otro lado, se ocupó el apoderado de la parte convocante, entre otros argumentos, de explicar que a la fecha de sus alegatos conclusivos no existe cumplimiento total de la promesa de compraventa, ya que los bienes debieron haber sido adquiridos por el promitente comprador, y así, si se agotaría tal contrato; pero ello no ha ocurrido. Aquí lo que existe es un incumplimiento, o, a lo sumo, unos cumplimientos parciales, *“y esos cumplimientos parciales no imposibilitan en lo absoluto la resolución del contrato. ¿Por qué? Porque es que hay una cosa clarísima, clarísima, y es que el cumplimiento del contrato se tomó en imposible y se frustró además el fin del contrato”.*

“Para nadie es un secreto que ya CASA DEL MAR no tiene dinero alguno para cumplir con este contrato, no hay un peso, así lo dijo el señor representante legal o liquidador de esa sociedad, en interrogatorio de parte, dijo: “es que los pasivos superan los activos”. Pero aquí también hubo declaraciones de la doctora Liliana María Hurtado y del doctor Jorge Mario Aristizábal, ¿en qué sentido? Dicen: “¿sabe qué?, es que esa primera etapa lo que produjo fue pérdidas, ¿y sabe qué tuvimos que hacer? Sacar, Inmobiliaria Concreto, sacar plata, prestarle a CASA DEL MAR”. –“¿Para qué le prestaron?”. –“Para pagar el crédito de constructor y para ajustar un pago a la Familia SALDARRIAGA”. –“¿Y qué pasó con la segunda etapa?”. –“Iniciamos ventas, pero nunca se llegó al punto de equilibrio, y dimos la orden: “devuelvan todo lo que hay y listo”, y no tenemos la más mínima intención inmobiliaria, como socio del proyecto, de seguir adelante”.

Y además de lo afirmado, es imposible jurídicamente que CASA DEL MAR, estando en liquidación, cumpla y ejecute ese contrato, pero es que además se frustró el fin del contrato. Así lo ha expresado en todo lugar y tiempo el señor OSCAR SALDARRIAGA, así: *“es que yo hice ese negocio porque me iban a pagar prontamente, yo hice ese negocio porque en esas condiciones me iban a pagar en un año; yo vendí esa parte de la tierra, no me importó el precio, aunque el valor fuera muy superior, yo lo vendí porque había una proyección de pagarme. ¿Para qué? Para salir de una serie de deudas”.* Ya han pasado siete años de este problema. Ya las legítimas expectativas que tenía la Familia SALDARRIAGA de este negocio, se frustraron, ya con eso sería suficiente para la resolución del contrato.

Y por último, planteó en el alegato el apoderado la forma como quedarían los porcentajes. Es decir, explicó los seis escenarios que se pueden tener en cuenta para el momento en que se produzca la resolución y la posterior restitución, como lo hace el perito OSCAR LEÓN GARCÍA SERNA.

Con base en todo lo alegado pidió la prosperidad de sus pretensiones.

De otro lado, la apoderada de los convocados, **GUILLERMO ÁLVAREZ MÚNERA y ANTONIO ELIAS NADER NADER**, esgrimió en su alegato tres puntos:

Uno. Pretende la parte convocada la resolución total del contrato, según el escrito de la demanda en cuanto a sus hechos y en cuanto a sus pretensiones. Pero no ha demostrado la causa por la cual convocó a sus poderdantes.

Además el demandante ha pretendido la resolución total del contrato, y dentro del trámite de este Proceso Arbitral se ha cambiado o se aspira a cambiar la pretensión, que es resolución total. Ahora se pide una resolución parcial, y si se trata de una resolución parcial lo que se está pretendiendo, encuentro que por ningún motivo se debió llamar a mis representados a este Tribunal de Arbitramento. "¿Por qué? Porque no solamente existe prueba escrita dentro de los otrosí del contrato de promesa de compraventa, donde dice que mis representados ya no van a hacer parte de esa promesa de compraventa, porque ya han cumplido y ya les cumplieron; que solamente, estarían obligados a la parte de saneamiento de la cosa vendida, y en los otrosí precisamente los excluye, porque ya CASA DEL MAR es propietaria de los derechos de ellos".

Dos. En forma expresa la cláusula séptima del otrosí número 5, se manifestó, por todas las partes dentro de la promesa, de que ese contrato iba a ser irresoluble una vez cumplida la condición de la primera etapa. Y quedó demostrado dentro del proceso, que esa condición se cumplió, y por tal motivo el contrato no podrá ser resuelto.

Tres. En cuanto a los porcentajes que aducen los convocantes. "*¿Cómo la parte convocante pretende que en la manera en que ellos hacen parte de una promesa de compraventa, y de alguna manera le hayan incumplido, ellos cómo pretenden crecer en su porcentaje? Ellos desde el inicio tienen un porcentaje dentro de toda la promesa de compraventa, y en la medida en que si a ellos no les cumplen en una parte, porque ellos la han cumplido, en lo que yo he visto y se ha demostrado dentro del proceso, le han cumplido más que a otros de los convocados, ¿cómo pretenden que el porcentaje de ellos crezca de un 8% a un*

32.94%? Eso no tiene ningún asidero jurídico. Eso sería, en mi concepto, un enriquecimiento sin causa. Eso en cuanto a lo de los porcentajes”.

A su turno, el apoderado procesal de **PROMOTORA CASA DEL MAR S.A.**, planteó lo siguiente:

“¿Cuáles son aspectos controversiales de este proceso? Este es un proceso en el cual la parte provocante deduce una pretensión resolutoria de un contrato de promesa de compraventa, que la misma parte demandante ha afirmado es un único contrato; y ha pedido desde luego al Tribunal que se decrete la resolución como corresponde sustancialmente; que se produzca la relación de los efectos de ese contrato preparatorio, y las cosas – como dicen muy elegantemente los civilistas – retornen a su estado precontractual.

Otra pretensión, es una pretensión simplemente resarcitoria, que se propone como subsidiaria eventual esta, eso es, que se propone bajo la condición de que la primera, que es la principal, resulte impróspera. Así se puede concebir en líneas muy generales, quitándole ruidos y escándalos al proceso, así se puede concebir lo que los procesalistas llaman el tema del procesamiento y el tema de decisión, del cual se deberán ocupar los señores Árbitros”.

El primer aspecto problemático es el relativo a la relación contractual que da origen a este proceso. Y la pregunta necesaria que debe hacerse el Tribunal ¿será que hay un solo contrato de promesa de compraventa contenido en único instrumento privado, o será que en un solo instrumento privado están contenidos varios contratos de promesa de compraventa?

Si la conclusión del Tribunal es que son varios los contratos, y no uno solo como lo pretende el demandante, tendrá que concluir que él no puede cambiar el objeto sobre el cual recae su juicio de resolución, y que desde luego no puede desdibujar la causa que está individualizada en los elementos fácticos de esa pretensión resolutoria; habrá, entonces, que denegar la pretensión.

El segundo problema que analizó el apoderado de la citada parte convocada consistió en que si el Tribunal concluye, que en efecto hay una sola promesa de

compraventa, y que es respecto de esa única promesa de compraventa que ocupará su juicio para saber si decreta o no la resolución del contrato de forma total o parcial.

Y para contestar lo anterior, se debe preguntar el Tribunal, *“si el litigio que proyecta la pretensión resolutoria, admite ser dividido en su continencia, para poder ser fallado en relación con uno y no ser fallado en relación con otros. (...). Entonces los litigios que proyectan las pretensiones resolutorias son litigios que pueden dividirse para efectos de enjuiciarlos separadamente, o no pueden dividirse, caso en el cual habría que enjuiciarlos sin admitir ese fraccionamiento”*.

Frente a lo anterior, el Tribunal deberá concluir que un mismo contrato no podrá resolverse en relación con algunos de los sujetos que en él intervienen, y no resolverse en relación con los otros sujetos que, igualmente, intervienen en él, quiere decir ello, que si una parte está conformada por varios sujetos, uno de ellos no puede pretender la resolución del contrato, si no existe consenso entre los demás sujetos integrantes de dicha parte; razón por la que, como ocurre en este caso, surge un litisconsorcio necesario, y para conformarlo se requiere citación al proceso de todos los sujetos que son parte en el contrato cuya resolución se pide, para que de esa forma, el Tribunal pueda pronunciarse de fondo sobre la vigencia o extinción por resolución de ese contrato, pronunciamiento que no podrá ser otro distinto a denegar, igualmente, la pretensión por falta de acuerdo para pretender la resolución contractual.

Finalmente, el apoderado de las convocadas, **INVERSIONES MONTECELLO S.A.** y **PROMOCIONES VENTA RAÍZ LIMITADA**, planteó dos problemas que, según él, el Tribunal al momento de su alegación de fondo aún no ha resuelto, el primero, consiste en saber, cuál es la posición procesal de sus representados en el presente proceso, esto es, son parte convocada o convocante, ello es relevante, porque es muy diferente, desde lo procesal, ocupar una u otra posición jurídica, si las sociedades que representa integran la parte convocante, hubieran podido participar en la demanda, hubiesen podido acumular una demanda, hubiesen podido acumular unas pretensiones. Pero se ha advertido, a través de todas las instancias procesales, que mis representados integran la

parte convocada, caso en el cual, a lo máximo que podrían aspirar es a contestar la demanda, o a unas eventuales excepciones de mérito, de allí lo importante de resolver esta cuestión.

El segundo problema que surgió a lo largo del presente proceso es saber ¿cuál es la pretensión económica de acuerdo a su participación contractual, que tiene la convocante?

El demandante no la dicho, no ha dado respuesta a esa pregunta y eso es absolutamente indispensable, *“porque supongamos que la discusión planteada por CASA DEL MAR, tuviera una decisión negativa a la necesidad del consenso de las partes integrantes de uno de los extremos contractuales, y entonces si pudiese adelantar válidamente la demanda, cuando va a adelantar la demanda tiene que advertir dentro de su posición contractual cuál es su porcentaje; y si revisamos la demanda, no lo dice; si revisamos los alegatos no lo dice; y si revisamos el contra-peritaje presentado por la parte convocante, advierte que hay seis posibilidades y que no se casa con ninguna de esas seis posibilidades. Entonces si hay una resolución del contrato, yo le pregunto al Tribunal: ¿cuáles son los derechos en una resolución que iría a tener la parte convocante?, ¿y cuáles son los derechos que va a tener o no va a tener los señores NADER y ÁLVAREZ?, ¿y cuáles son los porcentajes que van a tener mis representados?”*

A manera de conclusión de su intervención, el apoderado de las sociedades convocadas, **INVERSIONES MONTECELLO y PROMOCIONES VENTA RAIZ**, reiteró su oposición a las pretensiones de la demanda. Sin embargo, en una eventual decisión de parte de ustedes favorable a la resolución, o al cumplimiento del contrato, el Tribunal deberá tener en cuenta que el porcentaje de la parte convocante no puede ser superior al 8%, que es su participación actual dentro de la promesa de venta, y que la participación de sus poderdantes asciende al 32.1%, todos los cuales tienen la misma posición contractual y quienes no ven ninguna justificación para que haya un aumento de tal porcentaje, como lo pide injustificadamente la parte convocante, el límite está delimitado para todos los que integran la parte vendedora en la promesa de venta, y no en el ejercicio financiero aportado por la convocante para justificar el error grave del dictamen pericial realizado dentro del proceso.

IV. JUICIO DE MÉRITO

Reseñado el litigio como queda expuesto, el Tribunal pasa a desatarlo, en derecho, con fundamentado en las motivaciones que a continuación se expresan.

En atención a que las pretensiones formuladas en la demanda y las circunstancias fácticas que las sustentan delimitan la materia litigiosa que es objeto de decisión jurisdiccional, es imperioso para este Tribunal de Arbitramento estudiar el marco de hecho y de derecho en el que se ha desenvuelto la discusión dentro del proceso, a efecto de dirimir las diferencias expuestas por la parte convocante en la causa petendi y en el petitum, teniendo presente, desde luego, la posición de la parte convocada frente al conflicto de intereses existente entre los litigantes, con el fin de respetar así el principio de la congruencia del fallo arbitral que aquí habrá de proferirse.

4.1. LAS PRETENSIONES FORMULADAS.

Los actores piden, al tenor de las pretensiones deducidas en la demanda, de manera principal la resolución del contrato de promesa de compraventa celebrado el "siete (7) –sic- de abril de 2006" y "todos sus otrosí", por incumplimiento de las obligaciones contractuales de la PROMETIENTE COMPRADORA, con sus consecuenciales de restitución, y la indemnización de perjuicios; y, de forma subsidiaria el cumplimiento del contrato, referido al pago del precio adeudado por la PROMETIENTE COMPRADORA, junto con la reparación de perjuicios. De donde aparece obvio que las pretensiones formuladas tienen como fundamento el acaecimiento de la condición resolutoria tácita, de conformidad con los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio.

De allí, entonces, que el Tribunal deba analizar ineludiblemente los siguientes puntos:

- **La existencia y validez del contrato**, por cuanto sólo el negocio jurídico que tiene entidad y validez jurídica es susceptible de ser aniquilado (para el caso resuelto) o cumplido por orden judicial.

- **Cumplimiento contractual de los prometientes vendedores demandantes**, puesto que se erige como requisito insoslayable para obtener la verificación de la legitimación sustancial de la parte demandante como factor insustituible de la súplica de la resolución o del cumplimiento del vínculo jurídico que enlazó a las partes.

- **Incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato a cargo de la prometedora compradora**, toda vez que se levanta también como supuesto imprescindible y complementario de la legitimación material, por pasiva, para impetrar la resolución o el cumplimiento del negocio jurídico.

- **El daño sufrido por los prometientes vendedores convocantes**, causado con el incumplimiento de la PROMITIENTE VENDEDORA, estableciéndose el necesario nexo causal como soporte de las indemnizaciones reclamadas.

Como ya se advirtió, el Tribunal analizará las pretensiones, en armonía con los hechos aseverados en la demanda, todo a la luz de los medios probatorios acopiados en la etapa de instrucción del proceso, valorados en su conjunto, *"de acuerdo con las reglas de la sana crítica"* (art. 187 C.P.C.), y aplicando las normas sustanciales del derecho positivo vigente.

4.2. NATURALEZA, CARACTERÍSTICAS Y FUNCIÓN DEL CONTRATO DE PROMESA.

Dado que el negocio jurídico sobre el que versa la controversia es un contrato de promesa de compraventa, el Tribunal estima pertinente delimitar y caracterizar tal figura contractual.

Dicho contrato es de los que la doctrina denomina contrato preparatorio, dado que su finalidad es la de obligar a la celebración de un contrato futuro, que es el que refleja el verdadero interés de las partes. Tal condición implica diferenciar el contrato de promesa del contrato definitivo, sin que haya lugar a confundir las obligaciones de uno y otro, pese a que no resulta extraño que en el contrato

preparatorio se proyecten e inclusive pacten obligaciones propias del contrato prometido, sin que ello desvirtúe la esencia del contrato preliminar.

La rigidez de los elementos esenciales del contrato de promesa es evidenciada por la regulación contenida en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 que igualmente impone un requisito formal (solemnidad) para la existencia de esta figura negocial. En el ámbito mercantil la promesa debe cumplir con las mismas exigencias atinentes al contenido contractual, más no en el ámbito formal, ya que el artículo 861 del código de comercio no consagra la solemnidad del escrito, como adelante se explicará.

Por su impecable claridad, el Tribunal prohija las siguientes reflexiones acerca de la promesa de contratar, tomadas de la sentencia de la Sala de Casación Civil del 7 de febrero de 2008, expediente 2001 – 06915 – 01, Magistrado Ponente Doctor William Namén Vargas:

“2. En ejercicio de la libertad contractual, los sujetos pueden celebrar los negocios jurídicos de manera inmediata o después de un período más o menos prolongado en el tiempo, por conveniencia, oportunidad, complejidad e importancia del asunto, materia, función, imposibilidad fáctica o jurídica, madurez, conocimiento, análisis, reflexión, evaluación, certidumbre, seguridad y ponderación de las circunstancias en atención a sus intereses concretos.

(...)

“El análisis de la estructura del contrato preliminar y su disciplina jurídica permiten identificar su fisonomía tipológica específica y distinguirlo nitidamente del futuro definitivo.

“Prima facie, es un verdadero contrato, o sea, un acuerdo dispositivo de intereses celebrado por dos o más sujetos para regular sus relaciones. Sentado lo anterior, es preciso aclarar la singularidad o especificidad estructural y funcional del contrato preliminar respecto del contrato definitivo prometido. Para comprender la relevancia de esta dicotomía, entre las peculiaridades más destacadas pueden señalarse las inherentes a la naturaleza, estructura, elementos, forma, función y efectos, de suyo diferente para cada contrato, conforme a su disciplina concreta e individualizada.

“En tal sentido, la naturaleza del contrato preliminar es eminentemente transitoria, antecedente, preparatoria e instrumental del definitivo y en su estructura genética constitutiva, ex artículo 1611 del Código Civil, es menester, esencialia negotia, determinar el contrato prometido y la época de su celebración con sujeción al ordenamiento o al título obligatorio o ambos (arts. 1517 y 1518 C.C.).

“El primer requisito esencial atañe a la precisión de los elementos esenciales del contrato prometido, de tal manera “que para su perfeccionamiento sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales” (art. 1611, C.C.).

“Los elementos esenciales del contrato prometido se contienen en su concepto, noción, definición o descripción típica y varían para cada uno de los tipos legales o sociales; así, tratándose de un contrato de promesa de compraventa, es necesaria la determinación de los elementos esenciales de la compraventa, esto es, la cosa y el precio; no se requiere ninguna estipulación a propósito de los elementos naturales, los cuales, por supuesto, se entienden incluidos en el contrato específico sin necesidad de pacto alguno, en cuanto constituyen un agregado por disposición legal o por uso o costumbre (arts. 1501 y 1622 C.C.) y, desde luego, las partes podrán adicionar otros compromisos por cláusula expresa inserta a propósito para disciplinar de mejor manera su relación concreta.

“La promesa de contrato se caracteriza por su transitoriedad al ser un medio para la celebración de un contrato futuro definitivo. Por ende, la prestación de contratar a futuro no es exigible desde su constitución y está sujeta a un plazo o condición determinante de la época de celebración del contrato prometido (cas. junio 1/1965, CXI y CXII, 141; enero 31/1977, noviembre 13/1981).

“De ahí porque, el segundo requisito esencial concierne a la oportunidad para el cumplimiento de la prestación de hacer, la cual, ‘no puede ser pura y simple, sino que siempre estará sujeta a un plazo o una condición...’ (cas. octubre 25/2001, S-201-2001[6748]; cas. mayo 13/2003, S-055-2003 [6760]), por ser un ‘acuerdo de carácter provisional y transitorio, preparatorio de otro cuyo resultado no pueden o no quieren alcanzar de inmediato las partes, pero a cuya realización se comprometen mediante un vínculo jurídico previo que les impone la obligación recíproca y futura de concertarlo con posterioridad, agotándose en él su función económico - jurídica, quedando claro, entonces, que como ‘no se trata de un pacto perdurable, ni que esté destinado a crear una situación jurídica de duración indefinida y de efectos perpetuos, la transitoriedad indicada se manifiesta como de la propia esencia de dicho contrato’ (G. J. CLIX pág.283)’ (cas. marzo 12/2004, S-021-2004, exp. 6759).

“La promesa de contrato civil es de forma restringida, está sujeta a una formalidad ad substantiam y debe constar por escrito (arts. 1500 y 1611 C.C.).”

(...)

“Derechamente, el preliminar, es contrato con efectos obligatorios, cuya única prestación esencial es la de celebrar el contrato futuro o posterior definitivo y carece de eficacia real, esto es, no envuelve hipótesis de adquisición originaria o derivativa, traslativa o constitutiva del derecho real de dominio y, por tanto, ‘no es título traslativo (...) acto de enajenación que genere obligaciones de dar’ (cas. marzo 22/1979 reiterada en cas. marzo 22/1988 y cas. mayo 8/2002, exp. 6763; G. GABRIELLI, Il Contratto Preliminare. Giuffrè Editore. Milán. 1970, pp. 1 y 2; ID, Contratto preliminare, in Enc. Giur., Roma, 1997; F. MESSINEO, Contratto Preliminare. EdD., X. Giuffrè Editore. 1962, 167), porque la obligación de hacer ‘no va destinada a la mutación del derecho real’ (CLIX, pág. 88) y ‘...por sus mismas connotaciones funcionales, en particular por limitarse a comprometer la conducta futura de los contratantes ... no resulta eficaz, para traducirse en fuente o detonante del dominio, ya que se repite, esa tipología de negocio preparatorio tan solo origina una obligación de celebrar —in futurum— el contrato convenido (de hacer) y, en consecuencia, no puede —por definición— ser traslativo o constitutivo de derechos’ (cas. civil, mayo 8/2002, exp. 6763; A. CHIANALE, Contratto preliminare, in Digesto Discipline privatistiche, Sez. Civile, 276; P. FORCHIELLI, Contratto preliminare, Nov. Dig., Torino, 1959, IV, 683).

“Tampoco, por sí, genera prestación diferente a la de estipular el contrato futuro definitivo.

“Con todo, las partes, accidentalia negotia, pueden acordar otras prestaciones compatibles y, de ordinario, pactan “otras obligaciones propias del negocio jurídico prometido (prestaciones anteladas), mediante las cuales persiguen la consecución de algunos de los efectos concernientes a éste. Son, pues, prestaciones que se avienen más con la naturaleza del contrato prometido, en el cual encuentran venero y no tanto con la de la promesa que, como ya se dijese, agota su eficacia final en el cumplimiento de una mera obligación de hacer” (cas. marzo 12/2004, S-021-2004, exp. 6759).

(...)

“En fin, la promesa de compraventa genera esencial y exclusivamente la prestación de hacer consistente en la celebración futura, posterior y definitiva de la compraventa, sin perjuicio de acordarse en forma clara, expresa e inequívoca por pacto agregado a propósito, el cumplimiento anticipado del precio o la entrega de la tenencia o posesión del bien, en tanto, la venta constituye la prestación de dare rem y, por consiguiente, transferir el derecho real de dominio. “Por ende, el contrato preliminar y el definitivo, tienen estructura y función heterogéneas, sus requisitos esenciales, forma y efectos son distintos y, también, los derechos y prestaciones inherentes a cada tipo contractual” (todas las subrayas se han agregado).

4.3. REGULACIÓN LEGAL DEL CONTRATO DE PROMESA.

El artículo 1611 del Código Civil, subrogado por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, consagra los requisitos de la promesa, así:

“La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes:

1a.) Que la promesa conste por escrito.

2a.) Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 (sic 1502) del Código Civil.

3a.) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato.

4a.) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

Los términos de un contrato prometido, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado”.

Por su lado, en la esfera de los negocios mercantiles, el artículo 861 del código de comercio estatuye:

“La promesa de celebrar un contrato producirá una obligación de hacer. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso”.

Tradicionalmente los Jueces, incluida la Corte Suprema de Justicia, aplicaban por vía de integración (art. 822 del C. de Co.) la preceptiva de la ley 153 de 1887, cuando de promesa de contrato de índole comercial se trataba; exigiendo para ésta, obviamente, que *“conste por escrito”*, por lo cual en materia de concurrencia de elementos de existencia, no había diferenciación entre la promesa civil y la mercantil.

La Corte, en sentencia de 13 de noviembre de 1981, publicada en G. J. Tomo CLXVI, No. 2407, págs. 610 a 683, esclareció que como el artículo 861 del Código de Comercio *“no reprodujo el art. 89 de la ley 153 de 1887, en punto de las solemnidades requeridas, para la existencia y validez del contrato”*, lógicamente se podía *“inferir que el legislador mercantil plasmó el principio de la consensualidad para la promesa comercial de contrato”*.

Acogiendo el sistema consensualista que, como regla general, es el propio *“en la formación de los contratos mercantiles”* (art. 824), por vía de jurisprudencia – que el Tribunal comparte- se consideró que para la eficacia de la promesa de negocio jurídico de rango comercial no se requería su celebración por escrito, exceptuadas aquellas que imperativamente impongan dicha formalidad (como la de promesa de contrato de sociedad, art. (119), quedando a salvo, eso sí, los otros tres requisitos y elementos del art. 83 de la citada Ley 153. Esta sentencia, que no tuvo eco en un principio, puesto que la misma Corte la rectificó posteriormente para regresar a la posición anterior, vino a constituirse en la doctrina de la Corporación sobre el asunto (ver sentencia de casación civil del 12 de septiembre de dos mil 2000, Magistrado ponente doctor José Fernando Ramírez Gómez, en la cual se reexaminó el punto con motivo de la celebración de un contrato verbal de promesa de mutuo).

4.4. EL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA SOBRE EL QUE VERSAN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

El 10 de abril de 2006, se celebró, por escrito, el contrato de PROMESA DE COMPRAVENTA distinguido con el N° 07-04-06—CV-2, en el cual participaron como partes:

En calidad de "PROMETIENTES VENDEDORES", OSCAR SALDARRIAGA SANIN, ROCÍO DEL SOCORRO VANEGAS JARAMILLO, EDUARDO SALDARRIAGA VANEGAS, PABLO SALDARRIAGA VANEGAS, LUZ MARÍA SALDARRIAGA VANEGAS y CATALINA SALDARRIAGA VANEGAS (grupo conocido en el proceso como la "FAMILIA SALDARRIAGA"), INVERSIONES MONTECELLO S.A. y PROMOCIONES VENTA RAIZ LTDA, de quienes se dijo son propietarios del LOTE DE TERRENO 1, matrícula inmobiliaria 060-154642, debidamente descrito y alinderado (Cláusula "PRIMERA", "ANTECEDENTES", aparte 1.1.)

En igual carácter de "PROMETIENTES VENDEDORES": GUILLERMO DE JESUS ALVAREZ MUNERA y ANTONIO ELIAS NADER NADER, afirmados como dueños del LOTE DE TERRENO 2, matrícula inmobiliaria 060-154642, individualizado por su ubicación, área y linderos (Cláusula "PRIMERA", "ANTECEDENTES", aparte 1.2.).

Se anotó que ambos lotes de terreno eran colindantes y que de su englobamiento se originaría un lote de mayor extensión que, en el aparte 1.3., fue singularizado.

Como "PROMETIENTE COMPRADORA", PROMOTORA CASA DEL MAR S.A.

El objeto material de la compraventa prometida recayó sobre tres predios que resultarían de la división material del lote englobado (1.3), denominados CASA DEL MAR – PRIMERA ETAPA, CASA DEL MAR – SEGUNDA ETAPA y CASA DEL MAR – TERCERA ETAPA; mismos que se identificaron plenamente en la cláusula "SEGUNDA".

Lo anterior, por cuanto LA PROMETIENTE COMPRADORA venía promocionando el proyecto inmobiliario que allí se construiría llamado "CASA DEL MAR S.A.", el cual manejaría y desarrollaría bajo el "sistema fiduciario" (Cláusula "PRIMERA", "ANTECEDENTES", aparte 1.5.).

Se convino como precio total de la compraventa la suma de \$ 3.913.500.000, así:

Por la PRIMERA ETAPA, \$160.000.000; por la SEGUNDA ETAPA, \$1.500.000.000 y por la TERCERA ETAPA: \$2.253.500.000 (cláusula "CUARTA"), a pagar por instalamentos en las fechas pactadas en la cláusula "QUINTA" (entre el 15 de mayo de 2006 y el 15 de junio de 2008); estableciéndose la distribución del mismo acorde con lo señalado en la cláusula "SEXTA".

Se regularon intereses de plazo (para algunos de los PROMETIENTES VENEDORES) y de mora ("PARÁGRAFO" de la cláusula "SEXTA" y cláusula "SEPTIMA").

El contrato se sometió a la siguiente condición:

"PARAGRAFO II (de la cláusula "QUINTA): Para los efectos del presente contrato se entiende por punto de equilibrio la fecha en que el proyecto sea viable, por haber reunido la totalidad de los requisitos para ello, como son expresamente: a) El Fideicomiso No. 1, definido en el numeral 8.1 de la cláusula Octava sea el titular registrado del derecho de dominio y posesión del lote de terreno descrito y alinderado en el numeral 2.1 de la cláusula Segunda, el cual deberá estar libre de hipotecas, condiciones resolutorias, y demás gravámenes; b) Haber comercializado el número de unidades de dominio privado del proyecto Casa del Mar — Primera Etapa cuya venta sea suficiente para atender parte del pago del precio de los inmuebles prometidos en compraventa y el costo presupuestado del proyecto. c) Haber obtenido todos los permisos y licencias necesarias para realizar la construcción del proyecto.

PARAGRAFO III (de la cláusula QUINTA): Si llegado el día quince (15) de Septiembre de dos mil seis (2006) el Proyecto Casa del Mar — Primera Etapa no hubiere alcanzado el punto de equilibrio, definido en el párrafo anterior, por cualquier causa siempre que fuere ajena a LOS PROMETIENTES VENEDORES, el negocio objeto presente contrato se considerará fallido, y por ende este contrato terminará de pleno derecho, debiendo LA PROMETIENTE COMPRADORA transferir a LOS PROMETIENTES COMPRADORES (sic) la totalidad de los derechos fiduciarios que posea respecto del Fideicomiso No. 1, previsto en el numeral 8.1 de la cláusula Octava. En la fecha de la mencionada transferencia de derechos fiduciario el Fideicomiso No. 1 deberá tener como único activo el derecho de dominio y posesión del inmueble descrito y alinderado en el numeral 2.1 de la cláusula Primera, y como único pasivo el patrimonio representado en los derechos fiduciarios y estar en paz y a salvo, por todo concepto para con la Fiduciaria."

Con el fin de materializar la intención que motivó a la "PROMETIENTE COMPRADORA" a celebrar la promesa, según lo manifestado en Cláusula "PRIMERA", "ANTECEDENTES", aparte 1.5., (utilizar el "sistema fiduciario" para la construcción y comercialización del conjunto inmobiliario CASA DEL MAR S.A.), las partes se obligaron a constituir sendos fideicomisos, a través de los cuales cumplirían con sus respectivas obligaciones, así:

OCTAVA.- FIDEICOMISOS: Las partes acuerdan que el presente contrato se cumplirá mediante el otorgamiento de las escrituras públicas indicadas en cláusula siguiente, empleando como instrumento el sistema fiduciario, para lo cual se obligan a constituir previamente los siguientes fideicomisos, con la sociedad denominada ACCIÓN FIDUCIARIA S.A.:

8.1: FIDEICOMISO NUMERO 1: El cual será constituido por LA PROMETIENTE COMPRADORA, cuyo objeto será el desarrollo del Proyecto Inmobiliario Casa del Mar — Primera Etapa, y el cumplimiento del presente contrato. En desarrollo de su objeto el Fideicomiso No. 1 adquirirá el derecho de dominio y posesión del lote de terreno descrito y alinderado en el numeral 2.1 de la cláusula Segunda y pagará a LOS PROMITENTES VENDEDORES, el precio de los terrenos de que tratan los numerales 2.1, 2.2 y 2.3 de la cláusula SEGUNDA, en la forma y fechas previstas en las cláusulas QUINTA y SEXTA del presente contrato. En este fideicomiso será Fideicomitente y Beneficiario LA PROMETIENTE COMPRADORA. Este mismo fideicomiso, u otro que en su oportunidad constituya LA PROMETIENTE COMPRADORA a su plena discreción, será el que recibirá el pleno derecho de dominio de los lotes de terreno descritos y alinderados en los numerales 2.2 y 2.3 de la cláusula Segunda.

8.2: FIDEICOMISO NUMERO 2: El cual tendrá por objeto adquirir la propiedad de los lotes de terreno descritos y alinderados en los antecedentes 1.1 y 1.2 de la cláusula primera, cuyo objeto será el cumplimiento del presente contrato de promesa de compraventa, para lo cual la Fiduciaria deberá realizar, entre otros, los siguientes actos: 8.2.1: Otorgar la escritura pública de englobe de los lotes de terreno descritos y alinderados en los numerales 1.1 y 1.2 de la cláusula primera, del cual resultará el inmueble descrito y alinderado en el numeral 1.3 de la cláusula primera. 8.2.2: Otorgar la escritura pública de división material del inmueble resultante del englobe, de la cual resultarán los tres (3) lotes de terreno descritos y alinderados en los numerales 2.1, 2.2 y 2.3 de la cláusula segunda. Este acto podrá realizarse mediante la misma escritura pública indicada en el numeral anterior. 8.2.3: Otorgar, a la brevedad posible, la escritura pública de compraventa, a que se refiere el numeral 9.5 de la cláusula siguiente, en favor del Fideicomiso Número 1, del inmueble descrito y alinderado en el numeral 2.1 de la cláusula segunda. 8.2.4: Otorgar, en la fecha prevista en el numeral 9.6 de la cláusula siguiente, la escritura pública de compraventa, en favor del Fideicomiso Número 1, los lotes de terreno descritos y alinderados en los numerales 2.2 y 2.3 de la cláusula segunda. Este fideicomiso será constituido por los señores: GUILLERMO DE JESUS ÁLVAREZ MÚNERA, ANTONIO ELIAS NADER NADER, OSCAR SALDARRIAGA SANIN, ROCIO DEL SOCORRO VANEGAS JARAMILLO, EDUARDO SALDARRIAGA VANEGAS, PABLO SALDARRIAGA VANEGAS, LUZ MARIA SALDARRIAGA VANEGAS, CATALINA SALDARRIAGA VANEGAS y las sociedades: INVERSIONES MONTECELLO SA. y PROMOCIONES VENTA RAIZ LTDA., quienes tendrán la condición de fideicomitentes y beneficiarios.

Tendiente al cumplimiento con el cual quedaría agotada la promesa, fuera del pago del precio anticipado, se previó en la cláusula "NOVENA":

"CUMPLIMIENTO: Las partes cumplirán presente Contrato de Promesa de Compraventa mediante las siguientes escrituras públicas que otorgarán en la Notaría Décima del Circulo de Medellín:

9.1: De adquisición, a título de compraventa, del inmueble descrito y alinderado en el numeral 1.1 de la cláusula primera, por parte de los señores: OSCAR SALDARRIAGA SANIN, ROCIO DEL SOCORRO VANEGAS JARAMILLO, EDUARDO SALDARRIAGA VANEGAS, PABLO SALDARRIAGA VANEGAS, LUZ MARIA SALDARRIAGA VANEGAS, CATALINA SALDARRIAGA VANEGAS, y las sociedades: INVERSIONES MONTECELLO S.A. y PROMOCIONES VENTA RAIZ LTDA. en las proporciones que éstos libremente determinen, a las Once de la mañana (11:00 a.) del día diez (10) de Abril de 2006.

9.2: De adquisición, a título de compraventa, del inmueble descrito y alinderado en el numeral 1.2 de la cláusula primera, por parte de los señores GUILLERMO DE JESUS ALVAREZ MÚNERA en el 54.55% y ANTONIO ELÍAS NADER NADER en el 45.45%, a las Once de la mañana (11:00 a.m) del día diez (10) de Abril de 2006.

9.3: De transferencia, a título de fiducia mercantil, de los inmuebles descritos y alinderados en los numerales 1.1 y 1.2 de la cláusula Primera, a favor de Acción Fiduciaria SA., (Fideicomiso No. 2), a las Once de la mañana (11:00 a.m.), del día VEINTIUNO (21) de Abril de 2006.

9.4: De Englobe y de división material, en la forma prevista en el numeral 1.7, a más tardar a las Once de la mañana (11:00 am.), del día VEINTIOCHO (28) de Abril de 2006.

9.5: De transferencia del inmueble descrito y alinderado en el numeral 2.1.de la cláusula Segunda, a título de compraventa en favor del Fideicomiso No. 1, a que se refiere el numeral 8.1 de la cláusula Octava, a las Once de la mañana (11:00a.m.) del día TRES (03) de Mayo de 2006.

9.6: De transferencia de los inmuebles descritos y alinderados en los numeral 2.2 y 2.3 de la cláusula Segunda, a título de compraventa en favor del Fideicomiso No. 1, a que se refiere el numeral 8.1 de la cláusula Octava, a las Once de la mañana (11:00 am.), del día DIEZ Y OCHO (18) de Enero de 2007."

Por último, se expresó hacer entrega real y material del "inmueble descrito y alinderado en el numeral 2.1. de la cláusula segunda" – "DÉCIMA- y se pactó cláusula penal pecuniaria para el evento de incumplimiento, en cuantía de \$300'000.000 ("DÉCIMA PRIMERA") en los siguientes términos:

"DÉCIMA PRIMERA: CLAUSULA PENAL PECUNIARIA: En caso de incumplimiento de cualquiera de las cláusulas estipuladas en el presente contrato de promesa de compraventa, el contratante incumplido pagará al contratante cumplido la suma de TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL

COLOMBIANA (\$300'000.000.00), a título de Cláusula Penal Pecuniaria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1.592 del Código Civil. El valor de la cláusula penal antes expresada será exigible por la vía ejecutiva inmediatamente. **La parte cumplida solamente podrá exigir el cumplimiento del mismo, pues no podrá dar por terminado el presente contrato.** Si fuere LA PROMETIENTE COMPRADORA la parte incumplida, LA PROMETIENTE COMPRADORA deberá cancelarle, además del precio del inmueble, el monto de la cláusula penal pecuniaria; Y viceversa, si fueren LOS PROMETIENTES VENDEDORES la parte incumplida, LA PROMETIENTE COMPRADORA podrá deducir del precio de los inmuebles, el monto de la cláusula penal pecuniaria."

A la promesa de compraventa se le introdujeron modificaciones mediante el otorgamiento de los siguientes documentos privados, cuya existencia no fue desconocida ni controvertida por los litigantes:

OTROSÍ N° 1 (fecha, 12 de septiembre de 2006): se aclararon áreas y linderos de los inmuebles descritos en los apartes 1.2. 1.3. y 1.6. de la Cláusula "PRIMERA" ("ANTECEDENTES"), y de los tres lotes identificados en la cláusula "SEGUNDA" ("OBJETO).

Se cambió la fecha del punto de equilibrio ("PARÁGRAFO III" de la cláusula "QUINTA"), estableciéndola para el 7 de octubre de 2006.

Las partes declararon el cumplimiento de la obligación de otorgar las siguientes escrituras públicas (cláusula "NOVENA") –se resalta y subraya lo pertinente-:

*"9.1: De adquisición, a título de compraventa, del inmueble descrito y alinderado en el numeral 1.1 de la cláusula primera, por parte de los señores: OSCAR SALDARRIAGA SANIN, ROCIO DEL SOCORRO VANEGAS JARAMILLO, EDUARDO SALDARRIAGA VANEGAS, PABLO SALDARRIAGA VANEGAS, LUZ MARIA SALDARRIAGA VANEGAS, CATALINA SALDARRIAGA VANEGAS, y de las sociedades: INVERSIONES MONTECELLO S.A. y PROMOCIONES VENTA RAIZ LTDA., en las proporciones que estos libremente determinen **acto este que se cumplió mediante la escritura pública número 730 de fecha 10 de Abril de 2006, otorgada en la Notaría 10 de Medellín, registrada el día 17 de Abril de 2006 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena en el Folio de Matricula Inmobiliaria No. 060-154642.***

*9.2: De Adquisición, a título de compraventa, del inmueble descrito y alinderado en el numeral 1.2 de la cláusula primera, por parte de los señores: GUILLERMO DE JESUS ALVAREZ MUNERA en el 54.55% y ANTONIO ELIAS NADER NADER en el 45.45%, **acto este que se cumplió mediante la escritura pública número 731 de fecha 10 de Abril de 2006, otorgada en la Notaría 10 de Medellín, registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, el día 17 de Abril de 2006 en el Folio de Matricula Inmobiliaria No. 060-145456.***

9.3: De transferencia, a título de fiducia mercantil, de los inmuebles descritos y alinderados en los numerales 1.1 y 1.2 de la cláusula Primera, a favor de Acción Fiduciaria S.A., Como vocera del patrimonio autónomo denominado Fideicomiso Lotes 1 y 2 Arroyo de Piedra, **acto este que se cumplió mediante la escritura pública número 801 de fecha 26 de Abril de 2006, otorgada en la Notaría 10 de Medellín, registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, el día 11 de mayo de 2006 en los Folios de Matricula Inmobiliaria Nos. 060-154642 y 060-145456.**

9.4: De aclaración de la cabida y linderos del lote descrito y alinderado en el numeral 1.2 de la cláusula Primera y de englobe de este inmueble con el lote descrito y alinderado en el numeral 1.1 de la cláusula Primera, **acto este que se cumplió mediante la escritura pública número 840 de fecha 28 de Abril de 2006, otorgada en la Notaría 10 de Medellín, registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, el día 16 de junio de 2006 en los Folios de Matricula Inmobiliaria Nos. 060-154642 y 060-145456, habiéndole correspondido al inmueble resultante del englobe la Matricula Inmobiliaria No. 060-220748.**

9.5: De división material del inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria matriz No. 060-220748, en la forma prevista en parágrafo I de la cláusula Segunda, **acto este que se cumplió mediante la escritura pública número 1.431 de fecha 14 de julio de 2006, otorgada en la Notaría 10 de Medellín, la cual salió de registro el día 11 de septiembre de 2006.**"

Y se fijaron nuevas fechas para el otorgamiento de las siguientes escrituras públicas:

"9.6: De Compraventa del inmueble descrito y alinderado en el numeral 2.1. de la cláusula Segunda, del patrimonio autónomo denominado en el acto de constitución del mismo como Fideicomiso Lotes 1 y 2 Arroyo de Piedra, en favor del Fideicomiso No. 1 a que se refiere el numeral 8.1 de la cláusula Octava, en la Notaría Veinticinco (25) de Bogotá, a las Once de la mañana (11:00 am.), del día quince (15) de Septiembre de 2006.

9.7: De transferencia de los inmuebles descritos y alinderados en los numerales 2.2 y 2.3 de la cláusula Segunda, a título de compraventa en favor del Fideicomiso No. 1, a que se refiere el numeral 8.1 de la cláusula Octava, en la Notaria veinticinco (25) de Bogotá, a las Once de la mañana (11:00 am.), del día 24 de Enero de 2008."

OTROSÍ N° 2 (fecha, 13 de octubre de 2006): se variaron las fechas de pago del precio (cláusula "QUINTA") y la fecha del punto de equilibrio (quedando para el 15 de noviembre de 2006. Se modificó la distribución del precio entre los PROMETIENTES VENEDORES (cláusula "SEXTA"). Se regularon intereses

de plazo y de mora, quedando eliminado el PARÁGRAFO de la cláusula "SEXTA" y el PARÁGRAFO I de la "SÉPTIMA (sobre intereses de mora).

Se reiteró el cumplimiento de la obligación de otorgar las escrituras públicas referidas en la Cláusula "NOVENA", como se indicó en el OTROSÍ N° 1, quedando pendientes:

"9.6: De Compraventa del inmueble descrito y alinderado en el numeral 2.1. de la cláusula Segunda, del patrimonio autónomo denominado en el acto de constitución del mismo como Fideicomiso Lotes 1 y 2 Arroyo de Piedra, en favor del Fideicomiso No. 1 a que se refiere el numeral 8.1 de la cláusula Octava, en la Notaría Setenta y Tres (73) de Bogotá, a más tardar el día veinte (20) de Octubre de 2006, a las Once de la mañana (11:00 a.m.).

9.7: De transferencia de los inmuebles descritos y alinderados en los numerales 2.2 y 2.3 de la cláusula Segunda, a título de compraventa en favor del Fideicomiso No. 1, a que se refiere el numeral 8.1 de la cláusula Octava, en la Notaría setenta y Tres (73) de Bogotá, a las Once de la mañana (11:00 a.m.), del día 24 de Enero de 2008."

OTROSÍ N° 3 (fecha, 29 de noviembre de 2006): se aclaró el OTROSÍ N° 2, en cuanto a la distribución del precio entre LOS PROMOTENTES VENDEDORES.

OTROSÍ N° 3 –mal numerado, pues corresponde al 4- (fecha 23 de enero de 2007): modificó "las condiciones de pago establecidas en los numerales 5.3. y 6.3. del otrosí # 2.

OTROSÍ N° 5 (fecha, 25 de febrero de 2008): Es documento fundamental de apreciación, como que revela el cumplimiento de obligaciones y situaciones contenidas en la promesa, y modifica otras. En este:

- Se reconoce que el proyecto inmobiliario **CASA DEL MAR** logró el punto de equilibrio. Al respecto las partes declararon:

"IV.- Que la Primera Etapa del Proyecto Casa del Mar alcanzó el punto de equilibrio pactado, dentro del plazo acordado por las partes, razón por la cual la realización de dicha etapa se encuentra en plena ejecución, en los aspectos constructivos de los inmuebles privados y las áreas comunes y jurídicos, dentro de los cuales se menciona que el proyecto se denominó finalmente: Condominio Residencial y Hotelero Casa del Mar — Propiedad Horizontal, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Propiedad Horizontal, contenido en la escritura pública número 138 de

fecha seis (6) de febrero de dos mil ocho (2008), otorgada en la Notaría 22 de Bogotá, cuyo registro se encuentra en trámite ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena (subraya añadida)."

- Se declaró cumplida la obligación de los PROMETIENTES VENDEDORES de enajenar, a título de compraventa, a través de los fideicomisos, el lote donde se construiría la PRIMERA ETAPA del proyecto CASA DEL MAR (aparte 2.1. de la cláusula "SEGUNDA"). Así se consignó en su texto, que se resalta y subraya en lo pertinente:

*"9.6: De Compraventa del inmueble descrito y alinderado en el numeral 2.1. de la cláusula Segunda, del patrimonio autónomo denominado en el acto de constitución del mismo como Fideicomiso Lotes 1 y 2 Arroyo de Piedra, en favor del Fideicomiso No. 1 a que se refiere el numeral 8.1 de la cláusula Octava, **acto este que se cumplió mediante la escritura pública número 145 de fecha 20 de octubre de 2006, otorgada en la Notaría 73 de Bogotá, registrada el día 15 de octubre de 2006, en el folio de matrícula inmobiliaria No. 060-221021, aclarada y ratificada mediante la escritura pública número 1.401 de fecha 9 de agosto de 2007, otorgada en la Notaría 73 de Bogotá.**"*

- Se fijó nueva fecha, para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa de los dos lotes en los que se construiría CASA DEL MAR-SEGUNDA ETAPA y CASA DEL MAR-TERCERA ETAPA (apartes 2.2. y 2.3. de la cláusula "SEGUNDA"), así:

*9.7: De transferencia de los inmuebles descritos y alinderados en los numerales 2.2 y 2.3 de la cláusula Segunda, a título de compraventa en favor del Fideicomiso No. 1, a que se refiere el numeral 8.1 de la cláusula Octava, en la Notaría setenta y Tres (73) de Bogotá, a las Once de la mañana (11:00 am.), del **día veinte (20) de mayo de 2008.**" (el resalto y la subraya son incorporados).*

- Se declararon efectuados pagos de cuotas del precio a los PROMETIENTES VENDEDORES en las cantidades insertas en el cuadro visible en el folio 754 del expediente, correspondientes a la PRIMERA ETAPA, advirtiéndose que solamente a los PROMETIENTES VENDEDORES Guillermo de Jesús Álvarez Múnera y Antonio Elías Nader Nader se les pagaron sus respectivos intereses. Por manera que a éstas dos personas se les satisfizo en su integridad el precio y los intereses a que tenían derecho por virtud de lo pactado en la promesa y documentos ulteriores (otrosíes).

Del cuadro en mención se da por probado que a los miembros de la "FAMILIA SALDARRIGA" se les hicieron pagos en total y en conjunto, únicamente por capital, en cuantía de \$540.113.000 (**acreditado, además, por confesión en el hecho 20.1. de la demanda**).

- Se reconoce que a la "FAMILIA SALDARRIGA" se le quedó a deber las sumas de dinero por intereses pendientes de pago y por capital que a continuación se relacionan, exigibles en las fechas que a su lado se señalan:

La suma de TRESCIENTOS DOS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE PESOS (\$302.874.169.00) M/CTE., por concepto de capital, el día veintiocho (28) de febrero de dos mil ocho (2008) –aparte **5.1.2.1.** (**Esta suma fue pagada oportunamente, según confesión contenida en los hechos 20.2 y 20.2.1. de la demanda**).

La suma de CIENTO SETENTA Y OCHO MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$178.125.831,00) M/CTE., por concepto de capital, el día quince (15) de marzo de dos mil ocho (2008) –aparte **5.1.2.2.** (**Esta suma fue pagada oportunamente, según confesión contenida en los hechos 20.3 y 20.3.1. de la demanda**).

La suma de CIENTO CUATRO MILLONES QUINIENTOS DOCE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS MONEDALEGAL COLOMBIANA (\$104.512.444), por concepto de capital, el día quince (15) de marzo de dos mil ocho (2008) – aparte **5.1.3.** (**Esta suma fue pagada oportunamente, según confesión contenida en los hechos 20.4 y 20.4.1. de la demanda**).

La suma de DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CINCUENTA Y OCHO PESOS MONEDA LEGAL

COLOMBIANA (\$266.384.058), por concepto de intereses, el día quince (15) de junio de dos mil ocho (2008) –aparte **5.1.4.1.**-(**En los hechos 20.5. y 20.5.1. de la demanda se afirmó que esta suma “no ha sido cancelada ni en todo ni en parte”**).

La suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS DIEZ Y OCHO MIL CIENTO NUEVE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$46.818.109), por concepto de intereses, el día quince (15) de junio del 2008 – aparte **5.1.4.2.**-(**En los hechos 20.6. y 20.6.1. de la demanda se afirmó que esta suma “no ha sido cancelada ni en todo ni en parte”**).

La suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y NUEVE MIL PESOS MONEDA LEGAL (\$285.159.000), el día quince (15) de junio del dos mil ocho (2008), por concepto de capital – aparte **5.2.1-** (**En los hechos 20.7. y 20.7.1. de la demanda se afirmó que esta suma “no ha sido cancelada ni en todo ni en parte”**).

La suma de CIENTO SEIS MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS (\$106.107.379) por concepto de intereses causados al 15 de junio de 2008, deberá ser pagada el 15 de junio de 2008 – aparte **5.2.2-** (**En los hechos 20.8. y 20.8.1. de la demanda se afirmó que esta suma “no ha sido cancelada ni en todo ni en parte”**).

La suma de CIENTO SESENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS MONEDA LEGAL (\$168.290.382) el día quince (15) de junio de dos mil ocho (2008) – aparte **5.2.3, Parágrafo I** – (**En el hecho 20.9. de la demanda se afirmó que esta suma que correspondía al señor OSCAR SALDARRIAGA SANÍN “no ha sido cancelada ni en todo ni en parte”**).

4.5. SOBRE LA UNIDAD DEL CONTRATO.

De particular atención y debate en este proceso, y que en verdad es insoslayable dilucidar ahora, como que incide de manera definitiva en la legitimación en la causa para decidir la pretensión resolutoria y en la

congruencia que debe existir entre la pretensión invocada y el laudo a proferir, es el aspecto relativo a si las partes celebraron un solo contrato de promesa (como lo aduce la parte convocante) o varios (como lo esgrime la sociedad codemandada CASA DEL MAR).

El problema planteado se suscita en razón de que en el denominado "CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA" intervinieron pluralidad de sujetos como promitentes vendedores obligándose a vender tres inmuebles que resultarían del englobamiento y división de dos bienes raíces diferentes de los que eran titulares distintas personas. En efecto, los convocantes y las sociedades INVERSIONES MONTECELLO S.A. y PROMOCIONES VENTA RAÍZ LTDA. fungieron como propietarios del inmueble distinguido con la matrícula inmobiliaria 060-154642 y los señores GUILLERMO DE JESÚS ÁLVAREZ MÚNERA y ANTONIO ELÍAS NÁDER NÁDER como propietarios del inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria 060-145456.

Es incontrovertible que el hecho de que se hubiera otorgado un solo instrumento no es un criterio idóneo para calificar la unidad contractual, ya que nada obsta para que en ejercicio de la autonomía privada las partes decidan documentar en un solo escrito la celebración de varios negocios jurídicos que pueden tener o no relación entre sí. El otorgamiento de uno o varios instrumentos es cuestión accesoria para definir la unidad o pluralidad contractual.

Resulta posible que en un mismo documento se hayan celebrado diversos contratos de promesa de compraventa respecto de diversos inmuebles; pero es igualmente factible que se hubiera decidido la celebración de un solo contrato de promesa respecto de distintos bienes.

El hecho de que varios sujetos hubieran realizado la declaración negocial tampoco es un criterio suficiente para reconocer la diversidad contractual, ya que es claro que una parte contractual puede estar integrada por multiplicidad de sujetos.

La definición del asunto no carece de complejidad. En criterio del Tribunal la definición del problema propuesto implica partir de la noción de contrato, de consultar los intereses de las partes, de interpretar la voluntad de estas y de valorar si la operación jurídica celebrada pierde o no su razón de ser en la medida en que se escinda la relación jurídica.

Para el Tribunal la definición de la categoría de contrato que consagra el artículo 864 del código de comercio resulta coherente con su reconocimiento como acto de autonomía privada y apta para encarar el cometido propuesto. La norma citada reconoce al contrato como un *“acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”* resultando claro que cada parte puede estar integrada por uno o varios sujetos. Lo que permite identificar la posición de parte es la unidad de intereses.

Descendiendo al caso concreto, en el hecho tercero del escrito de demanda los convocantes aseveran que:

“[la sociedad INVERSIONES (sic) CASA DEL MAR SA., se encontraba interesada en realizar un proyecto inmobiliario en los inmuebles descritos en los hechos primero y segundo de esta demanda, para lo cual requería el lote completo, y por ello, a través de su representante legal señor Carlos Duarte Carvajal, ofreció a: LA FAMILIA SALDARRIAGA, INVERSIONES MONTECELLO S.A., PROMOCIONES VENTA RAÍZ LTDA., GUILLERMO DE JESÚS ALVAREZ MÚNERA y ANTONIO ELÍAS NADER NADER, celebrar un solo contrato de promesa de compraventa sobre la totalidad de dichos inmuebles, como cuerpos ciertos, que deberían ser englobados en uno solo denominado Casa del Mar” (subraya intencional).

A su turno, la convocada, al pronunciarse acerca de la anterior afirmación, contrapuso que, a pesar de que PROMOTORA CASA DEL MAR S.A. requería adquirir los dos lotes para realizar en ellos el proyecto constructivo, *“...celebró, en un mismo instrumento privado, contratos de promesa de compraventa con quienes eran los titulares del dominio de dichos inmuebles”*. En pie de página, explicó: *“Hay, pues, unidad instrumental, pero pluralidad contractual. Son varias promesas de contrato de compraventa las que fueron formalizadas en un mismo instrumento”*.

Analizado el material probatorio que obra en el expediente, el Tribunal se forma la convicción de que el motivo determinante que impulsó a PROMOTORA

CASA DEL MAR S.A. a negociar con los PROMITENTES VENDEDORES, era obtener la propiedad sobre los tres inmuebles que habrían de resultar de la división de los dos inmuebles que los promitentes vendedores debían adquirir, como conditio sine qua non, de INVERSIONES ARROYO DE PIEDRA LIMITADA, con la finalidad de ejecutar las tres etapas del proyecto que en últimas se denominó “CONDominio RESIDENCIAL Y HOTELERO CASA DEL MAR - PROPIEDAD HORIZONTAL” (cfr. OTROSÍ N° 5); causa-final que era conocida plenamente por la otra parte contratante. Hay que tener en cuenta que, a la postre, la promesa de compraventa recayó sobre las tres unidades (que resultarían del englobe y división de los dos inmuebles antes citados) que se llamaron en el documento en el que se plasmaron sus estipulaciones CASA DEL MAR – PRIMERA ETAPA, CASA DEL MAR – SEGUNDA ETAPA y CASA DEL MAR – TERCERA ETAPA (ver la cláusula “SEGUNDA”).

Es que el diseño contractual reflejado en el texto del instrumento contentivo del precontrato de venta partía del hecho primigenio de que los PROMITENTES VENDEDORES se hicieran dueños de los dos primeros inmuebles (identificados con las matrículas inmobiliarias números 060-154642 y 060-145456), mismos que estaban radicados en el patrimonio de la sociedad INVERSIONES ARROYO DE PIEDRA LIMITADA, y mediante actos jurídicos progresivos se llegara al objeto material propiamente dicho de lo que fue prometido en enajenación, es decir, los tres predios resultantes de la partición material del inmueble formado por englobamiento de los dos originarios.

Por eso es que cobra trascendencia que en el párrafo precedente a la constancia de la firma del documento de promesa se hubiera consagrado que el señor GUILLERMO DE JESÚS ÁLVAREZ MÚNERA (uno de los prometientes vendedores), lo suscribía, además, como representante legal de la sociedad INVERSIONES ARROYO DE PIEDRA LIMITADA, con el propósito de obligar a dicha persona jurídica “a otorgar las escrituras públicas a que se refieren los numerales 9.1 y 9.2 de la cláusula novena”; lo que se hizo en la misma fecha de la suscripción del instrumento de la promesa, esto es el 10 de abril de 2006, a través de las escrituras públicas números 730 y 731 otorgadas en dicha fecha, en la Notaría Décima de Medellín, y que constituía la primera obligación que debían cumplir LOS PROMITENTES VENDEDORES, acorde precisamente con

lo pactado en la cláusula novena, apartados 9.1. y 9.2.- Todo, pues, empieza desde allí y se va desarrollando, en cuanto a las obligaciones de LOS PROMETIENTES VENDEDORES respecta, hasta culminar con la obligación de vender los tres predios individualizados en la cláusula segunda. Se aprecian como fases sucesivas que componen un todo unitario, *in integrum*.

Unidad negocial que se visualiza en el conjunto del clausulado contractual, fuera de lo ya expuesto, como pasa a evidenciarse:

En los "ANTECEDENTES" (cláusula PRIMERA) se estableció:

"1.4: Que es de conocimiento de LOS PROMETIENTES VENDEDORES que en la actualidad LA PROMETIENTE COMPRADORA adelanta sobre los inmuebles identificados con las matriculas inmobiliarias números 060-154642 y 060-145456, la promoción del proyecto inmobiliario denominado CASA DEL MAR S.A., de conformidad con el Contrato de Promesa de Compraventa de fecha 15 de Septiembre de 2005, el cual contrato queda sin efecto jurídico alguno, con la suscripción del presente documento.

1.5: Que LA PROMETIENTE COMPRADORA ha considerado conveniente a sus intereses adelantar el mencionado proyecto inmobiliario utilizando para ello el sistema fiduciario, lo que implica que constituirá un patrimonio autónomo, que recibirá la propiedad de los inmuebles sobre los cuales se construirán las diferentes etapas de dicho proyecto inmobiliario. Este fideicomiso lo constituirá de forma tal que además de contener el objeto y las disposiciones necesarias para adelantar por su cuenta y riesgo el desarrollo del proyecto inmobiliario antes mencionado, sirva de garantía a LOS PROMETIENTES VENDEDORES para recibir el precio de los inmuebles..."

1.6.: Que el desarrollo del proyecto inmobiliario CASA DEL MAR se realizará por etapas, en principio de la siguiente forma:

1.6.1.: La Primera Etapa del proyecto se construirá sobre el costado norte del inmueble resultante del englobe...

1.6.2.: La Segunda Etapa del proyecto se construirá en el centro del inmueble resultante del englobe...

1.6.3.: La Tercera Etapa del proyecto se construirá sobre el costado sur del inmueble resultante del englobe...

1.7. Que para facilitar el desarrollo del proyecto inmobiliario antes mencionado LOS PROMETIENTES VENDEDORES se obligan a adelantar las gestiones conducentes al englobe de los inmuebles descritos y alinderados en los antecedentes 1.1. y 1.2., para conformar el inmueble descrito y alinderado en el antecedente 1.3., para acto seguido realizar la división material del mismo, de la cual resultarán los tres lotes de terreno descritos y alinderados en la cláusula segunda del presente contrato de promesa de compraventa."

Estas premisas que sirvieron de columna y fundamento a las partes para autorregular sus conductas en el proceso volitivo que implicó la celebración del contrato de promesa, le informan a este Tribunal, que las obligaciones que de él

dimanaron emergieron de un sólo y único acuerdo sustancial, no meramente formal e instrumental, puesto que de no haberse dado así, la PROMITENTE COMPRADORA no lo hubiera celebrado.

De igual modo, se descubre la característica de unidad del contrato de promesa en el convenio de la forma de pago del precio, pactado globalmente en la suma de \$ 3.913.500.000.00 (cláusula cuarta del contrato) por los tres inmuebles; amén de que las diversas cuotas que se estipularon estaban establecidas para ser canceladas concurrentemente bien a todos, ya a varios de los PROMITENTES VENDEDORES, (cfr. Cláusula SEXTA "DISTRIBUCION DEL PRECIO ENTRE LOS PROMETIENTES VENDEDORES"), sin que se pueda sostener que cada una de ellas correspondía específicamente a uno de los tres bienes prometidos en venta.

También es significativo observar el pacto relacionado con la insuficiencia de excedentes dinerarios para pagar el precio con la comercialización de las diferentes etapas del proyecto (ver párrafos II y III de la cláusula "OCTAVA. FIDEICOMISOS").

Fuera de la condición relacionada con punto de equilibrio que debía lograrse para que la promesa conservara su poder vinculante y no se tuviera por "fallido" el negocio (PARAGRAFOS II y III de la cláusula QUINTA), la que asimismo pregona la unidad contractual, en sentir del Tribunal.

De suerte, entonces, que se dio un tal entramado de derechos y obligaciones entre las partes, y específicamente mirados desde la óptica de LOS PROMITENTES VENDEDORES, tan severo y de tan crucial singularidad que, una vez discernido y ponderado en su real dimensión, permite concluir que ello obedecía y solamente podía alcanzarse bajo una estructura de unidad contractual.

También resulta elocuente para llegar a la conclusión sobre unidad negocial el testimonio del Dr. PABLO TRUJILLO TEALDO, miembro de la Junta Directiva de ACCIÓN FIDUCIARIA, quien conoció la operación celebrada entre las partes

por el rol que desempeñó la Fiduciaria. El testigo se refirió así a la génesis del negocio:

“El negocio inicialmente era un desarrollo de lo que nosotros llamamos un “proyecto por etapas”, que contaba además con la participación de un cliente nuestro adicional que es Hoteles Royal, que se suponía que iba a operar hotelaramente el proyecto posteriormente. El proyecto tenía unas características que incluían inclusive campo de golf y otra serie de cosas que hasta ahora no se han dado, y se determinaron unas etapas de desarrollo en números de unidades y forma de hacerse, en el cual era muy importante para la gente que estaba promoviendo el proyecto contar con la totalidad del terreno desde el principio, con la certeza de que se contaba con el globo completo de terreno, o si no era imposible hacerlo. Entonces uno de los puntos clave es cómo cuento con el total del globo del terreno, si hay una parte que aún no se ha cancelado de la compraventa que se ha hecho, y cómo se le da confianza tanto a compradores como a vendedores de que eso termine siendo el proyecto que inicialmente se les había planteado. O sea, por esa razón la figura de los dos fideicomisos, por esa razón hay una promesa de compraventa que no es parte del negocio en la fiduciaria, sino que está por fuera, porque fue realmente el negocio que hicieron las partes, de la forma en que ellos económicamente se iban a compensar, y toda digamos la génesis del proyecto que se ha venido dando es basado en ese principio fundamental de mantener el proyecto como una sola unidad a ser desarrollada en su totalidad.”

Si bien el testigo afirmó que en teoría el negocio podía haberse realizado a través de diversos contratos de promesa, concluyó que en el caso específico la operación estaba condicionada a que todos participaran. Al respecto explicó:

“Se podía haber hecho en múltiples, es decir, si yo estaba adquiriendo propiedades diferentes con una serie de personas, podía haber hecho una promesa aquí y otra promesa allá. Sin embargo esto se hizo como un negocio global conjunto de una sola vez, o sea, todos los que participaron confluyeron en una sola promesa, porque a la larga estaba condicionado a que todos participaran y por esa razón uno debe hacerlo en un solo acto.”
(las subrayas son ajenas al texto).

Aunque menos contundente en su declaración, el testigo JORGE MARIO ARISTIZÁBAL MESA se refirió igualmente a la necesidad de que se tuvieran “opcionados” por parte de CASA DEL MAR los dos lotes que habrían de ser objeto de división para efectos de poder hacer “una oferta integral del proyecto”. Sobre este punto indicó:

“Se deberían tener opcionados, sí, para poder hacer la oferta integral, para poder hacer una oferta integral del proyecto como se mostraba en su origen, que era con todo el campo de golf, con la sede social. Entonces sí era fundamental por lo menos tenerlos opcionados en el desarrollo mismo, para poder hacer esa oferta y mostrarle el proyecto en esas condiciones a

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

los compradores. Pero no era fundamental en la medida en que estábamos planteando el desarrollo por etapas, digamos tenerlos ya; se podía ir haciendo la adquisición acorde con el desarrollo del mismo."

No obstante que el declarante afirma que resultaba indiferente que se hubieran celebrado varios contratos, para el Tribunal resulta trascendente su aserto sobre la necesidad de que se pudiera ofertar de manera integral el proyecto inmobiliario, lo cual implicaba asegurar desde el momento inicial la adquisición de todos los inmuebles necesarios para la ejecución de las tres etapas.

Por lo expuesto el Tribunal considera que entre los promitentes vendedores existía un interés común al momento de celebrar la operación jurídica, que el negocio no tenía sentido en caso de que no se asegurara la adquisición de los tres inmuebles, que la causa negocial implicaba que los propietarios de los dos inmuebles que habrían de ser englobados y divididos se obligaran simultáneamente a la celebración del acto de promesa de compraventa, y que para CASA DEL MAR en realidad no era indiferente que se celebraran uno o varios contratos.

Los elementos de juicio antes expuestos, aunados a los términos en que se concibieron los antecedentes negociales y las propias cláusulas de la promesa (que antes se citaron) llevan al Tribunal a concluir en la existencia de un solo contrato de promesa de compraventa, tal como lo planteó la parte convocante.

4.6. EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO.

Definido que entre las partes se celebró un solo contrato de promesa de compraventa y siendo que la pretensión formulada por la parte múltiple convocante del arbitraje es la derivada de la condición resolutoria tácita (art. 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio), es de rigor emprender, ab initio, el examen de la existencia y validez del contrato de promesa de compraventa que dio origen a la litis, como quiera que una y otra forman parte del "thema decidendum"; pues sólo dilucidando la estructuración de los elementos que configuró el negocio jurídico celebrado y averiguando la presencia de los requisitos que les confirió imperatividad de ley (art. 1602), es

viable examinar los demás tópicos sobre los que se afincan las pretensiones de resolución contractual o de cumplimiento de la obligación deprecada.

Por ante todo hay que significar que la promesa celebrada es de naturaleza jurídica mercantil.

Entre las actividades que ha ejecutado LA PROMETIENTE COMPRADORA - PROMOTORA CASA DEL MAR S.A.-, propias de su objeto social, según se desprende del certificado de existencia y representación, se encuentran: 1. La promoción, adquisición, desarrollo, construcción, operación y venta de inmuebles y en general la realización de negocios sobre propiedad raíz. 2. La compra y venta de lotes, su urbanización y parcelación. 3. La promoción, urbanización, administración y venta de proyectos turísticos y recreacionales.

Se trata por lo tanto de una sociedad cuya actividad económica constituye una empresa de las que se encuentran enlistadas en los numerales 15 y 17 del artículo 20 Código de Comercio, toda vez que se dedica a la ejecución de obras o construcciones y a la promoción de negocios, compra y venta de bienes inmuebles. Sus actos y contratos, en consecuencia "*son mercantiles para todos los efectos legales*". Y más, en tanto los tres lotes prometidos en enajenación, a título de compraventa, estaban destinados para promover, construir y desarrollar en ellos un proyecto inmobiliario que tiene la categoría de acto u operación mercantil, regido por las disposiciones de la ley comercial (art. 1° C. de Co.).

Y si para algunos de LOS PROMETIENTES VENDEDORES (como las personas naturales, dígase la "Familia Saldarriaga", que no ostentan la calidad de comerciantes), el contrato no es mercantil, de todas formas se rige por dicha legislación, en virtud de lo reglado en el artículo 22 del código de comercio (actos mixtos).

Desde esta óptica, entonces, se pasa al estudio propuesto en este aparte del laudo.

En los negocios jurídicos, importa precisarlo, hay requisitos de eficacia estructural que son generales y comunes a todo acto o declaración de voluntad, y otros que son particulares y específicos, según la índole de la convención de que se trate y que deben cumplirse para que nazcan a la vida jurídica y surtan la plenitud de sus efectos legales, para el caso, los referentes al contrato de promesa de compraventa.

Los generales y comunes, versan sobre la capacidad de las partes contratantes, el consentimiento exento de vicios, la licitud del objeto y de la causa, regulados en los artículos 1502 y siguientes del Código Civil; así como el cumplimiento de las solemnidades y las formalidades habilitantes en los casos en que la legislación así lo exige.

Para las partes ha sido materia pacífica la existencia y validez del contrato preparatorio de compraventa que celebraron, en cuanto a los presupuestos de existencia y validez a que se ha hecho relación.

Para el Tribunal lo es, igualmente, tal como pasa a verse, muy brevemente:

- El negocio ajustado entre los contratantes quedó instrumentado en documento privado -escrito- incorporado al expediente, de lo que no hay duda sobre su autenticidad.

- Las personas jurídicas que fueron partes en uno y otro extremo de la relación sustancial, tenían capacidad para celebrar los contratos, en las posiciones en que lo hicieron, como que, de los certificados de existencia y representación que militan en el expediente, no se desgaja que todas o alguna tuviera establecida prohibición estatutaria para el efecto. En otras palabras, al celebrar la promesa obraron dentro del giro propio de sus actividades sociales. Y actuaron en la misma a través de los órganos sociales competentes y dentro de la esfera de las atribuciones de éstos.

Acerca de las personas naturales que contrataron, se presume su capacidad, y no se advierte prueba que acredite lo contrario.

- El consentimiento quedó expresado en las estipulaciones vertidas en el instrumento contractual, sin que se hubiera alegado vicio de error, fuerza o dolo. De haber mediado vicios para consentir, en atención a que los mismos son causa de nulidad relativa, ellos debieron ser necesariamente objeto de alegación por la parte interesada para poder ser atendidos por el Tribunal, lo que no sucedió.

- La causa y el objeto de los vínculos negociales son lícitos, pues no se incurrió en ninguna de las hipótesis normativas que versan sobre la ilicitud del objeto y de la causa (arts. 1519, 1521, 1522, 1523 y 1524 del Código Civil), ni los mismos contravienen normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres.

Deviene como corolario de lo que se deja observado que el contrato de promesa de compraventa que unió a las partes existe y disfruta de plena validez.

Los requisitos particulares de existencia y validez de los contratos de promesa de compraventa de talante comercial o mercantil son los disciplinados en el artículo artículo 89 de la Ley 153 de 1887 para los contratos promesa de carácter civil, con excepción de la solemnidad escrita, acorde con la jurisprudencia acogida y ya reiterada por la Corte Suprema de Justicia, como se dejó visto.

Establece el artículo en cita, así se copie nuevamente:

“La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes:

- 1. Que la promesa conste por escrito.*
 - 2. Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 (sic) del Código Civil.*
 - 3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato.*
 - 4. Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.*
- Los términos de un contrato prometido, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.”*

El contrato de promesa celebrado por las partes de este proceso, se encuentra reducido a escrito, no como solemnidad legal imperativa (requisito ad substantiam actus), sino como medio de prueba de sus estipulaciones, pues por tratarse de precontrato de venta mercantil es consensual.

No es contrato que la ley declara ineficaz "**por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1502 del Código Civil**". Al contrario, la promesa de contrato de compraventa reúne a cabalidad los elementos generales de existencia y validez, tales como capacidad, consentimiento no viciado, causa y objeto lícitos, conforme se analizó.

En la promesa se pactaron plazos determinados para celebrar los contratos de compraventa prometidos. Se estableció fecha cierta para la firma de las escrituras públicas mediante las cuales se solemnizarían las respectivas ventas de los inmuebles, señalándose hora y notaría para el efecto.

El contrato prometido estuvo completamente determinado. Se individualizaron: objeto material, precio y forma de pago –elementos esenciales de la compraventa- y se convinieron obligaciones tanto de la naturaleza de la venta como accidentales (fideicomisos, por ejemplo). El contrato de compraventa fue de tal forma definido que con base en la promesa era posible extenderse y otorgarse las respectivas escrituras públicas que solemnizaran o formalizaran el contrato definitivo.

Para el Tribunal es incontrastable que las exigencias legales de existencia y validez singulares y específicas de la promesa de compraventa celebrada se reunieron cabalmente.

4.7. POSIBILIDAD O IMPOSIBILIDAD DE QUE LA PRETENSIÓN RESOLUTORIA PUEDA PROSPERAR CUANDO NO EXISTE CONSENSO ENTRE TODOS LOS COCONTRATANTES.

Definida la existencia de un solo contrato de promesa de compraventa entre las partes y verificada su eficacia estructural (existencia y validez), corresponde al

Tribunal analizar la viabilidad de la pretensión resolutoria formulada de manera principal por la parte convocante con respecto a dicho negocio jurídico.

Para la prosperidad de la pretensión resolutoria se requiere además de la validez del contrato impugnado, que el pretensor tenga la condición de contratante cumplido o allanado a cumplir y que al resistente se le pueda imputar un incumplimiento contractual que pueda ser calificado como relevante.

Pero la presente controversia suscita un problema adicional en relación con la pretensión resolutoria, de cuya definición depende que sea o no necesario encarar el análisis de los presupuestos referidos anteriormente. Dicho problema se plantea cuando la opción de la resolución -consagrada por el artículo 1.546 del código civil- es ejercida por solo alguno(s) de los cocontratantes que integran una parte contractual (para el caso concreto, quienes obraron como promitentes vendedores).

La pluralidad de sujetos integrantes de una parte contractual y el reconocimiento de la unidad negocial implican definir si en caso de que se aduzca un incumplimiento contractual es necesario o no para efectos de que la pretensión resolutoria pueda prosperar que la misma corresponda a una opción ejercida o consentida por todos los sujetos que integran la parte contractual o si basta que alguno o algunos de ellos la acojan.

El origen del problema radica en que la resolución comporta el ejercicio de una opción por parte del contratante cumplido, que tiene efectos sancionatorios, que genera consecuencias adversas en la posición jurídica del contratante incumplido.

Resulta discutible que el ejercicio de tal opción pueda incidir negativamente en la esfera jurídica de los cocontratantes que conservan su interés legítimo en la ejecución del contrato (destino propio de este) y a quienes no se les puede reprochar su conducta contractual.

El problema planteado no tiene una solución expresa en el ordenamiento jurídico colombiano y ha suscitado posiciones antagónicas en la doctrina

negocial. Existe una línea doctrinaria que sostiene como principio la procedencia de la formulación de la pretensión resolutoria por alguno o algunos de los cocontratantes cumplidos sobre la base de que las obligaciones contractuales sean divisibles, de tal forma que decretada la resolución, las obligaciones contractuales no resueltas puedan subsistir. Dicha doctrina se apoya en la consideración de que el efecto de la resolución no incide directamente en el negocio jurídico sino en las obligaciones que de este emanan, aduciendo que el contrato puede sobrevivir excluyendo las obligaciones generadas en relación con el cocontratante que pretende la resolución. Para esta doctrina únicamente sería necesario que todos los cocontratantes estuvieran de acuerdo con la resolución del contrato en los eventos en que el acto convencional genere obligaciones principales indivisibles.

La doctrina opuesta considera, que en principio, para que la pretensión resolutoria prospere debe existir coincidencia de todos los cocontratantes para efectos de que el contrato se pueda resolver, considerando la unidad negocial, el efecto directo y aniquilador de la resolución frente al contrato, el ejercicio de la facultad de resolución como un acto dispositivo del negocio jurídico contrato y la necesidad de respetar el interés legítimo de los contratantes que aspiran a que el contrato surta su efecto natural (cumplimiento).

Frente a esta posición, y tal como lo plantea el apoderado de la sociedad CASA DEL MAR, se erige en una carga del cocontratante que pretende o aspira a la resolución obtener la anuencia de los demás contratantes para efectos de que se pueda optar eficazmente por la resolución del contrato.

Dentro de esta línea doctrinal es importante mencionar la referencia contenida en la obra del profesor MARIO E. CLEMENTE MEORO "LA FACULTAD DE RESOLVER LOS CONTRATOS POR INCUMPLIMIENTO" (Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1998, páginas 161-162) en la cual se afirma en relación con el problema objeto de análisis:

"Para dar respuesta a esta cuestión hay que partir de la base de que la resolución determina la extinción de la relación obligatoria y cabe, por tanto, considerarla un acto de disposición del crédito³⁴, lo que excluye la posibilidad de que uno de los acreedores ejercite la facultad de resolución en beneficio de los

demás (argumento ex art. 397 C.C.)⁹⁵. Sólo en el supuesto de solidaridad en el crédito puede uno de los acreedores instar la resolución de la relación sinalagmática en su integridad (cfr. art. 1.143 C.C.)⁹⁶.

La jurisprudencia ha considerado, en líneas generales, que el ejercicio de la facultad de resolución constituye un acto dispositivo y exige el consentimiento de todos los cotitulares del crédito.

Así, la Sentencia de 28 de febrero de 1980 (R. J.A. 1.015) tuvo que ver con un contrato de compraventa de varios bienes inmuebles celebrada entre cuatro vendedores y un único comprador en el que había varias comunidades, pues no todos los bienes vendidos pertenecían en copropiedad a los cuatro vendedores. Ante el impago del precio por el comprador requirieron de resolución dos de los vendedores. El Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida, que desestimó la resolución, y frente al motivo que alegaba la eficacia del requerimiento realizado por sólo dos comuneros declara: "La circunstancia de que sobre la pluralidad de bienes inmuebles que vendieron a comprador, demandado y recurrido, en virtud de un solo contrato, cuya resolución ahora pretenden, existiese, no una sino varias comunidades -por cuanto no todos los referidos bienes pertenecían en copropiedad a los cuatro vendedores-, no legitima a cualquiera de éstos, con exclusión de los demás, para declarar por sí solo resuelto dicho contrato, comprensivo de las distintas compraventas que se unificaron en un solo documento, cual fue la escritura pública de compraventa otorgada en 25 de enero de 1974, porque lo que pretenden realizar no es un acto de administración, sino de verdadera disposición, como lo es el recuperar las fincas que, por todos los comuneros, propietarios de las mismas, fueron en su día vendidas, como era necesario dada la naturaleza del acto dispositivo de la compraventa, y por ello, si todos fueron los vendedores, todos han de ser los que manifiesten por requerimiento -judicial o notarial- su voluntad de dar por resuelto dicho contrato en cuanto a la totalidad de las fincas objeto de la venta".

En el mismo sentido, en la obra "Tratado de las Obligaciones" de FERNANDO HINESTROZA -citada por el apoderado de la codemandada CASA DEL MAR al responder la demanda- el autor sostiene que "cuando frente al incumplimiento se plantea la resolución o la terminación del contrato y la parte autorizada para demandarlo está compuesta por varios sujetos, todo persuade que ninguno de estos podrá optar por ese camino separadamente, y que para proceder de conformidad tendrán que obrar todos de consuno (arg. Ex. Art. 1583 [6o] c.c.) Lo que sí es de plano divisible es la obligación indemnizatoria de perjuicios provenientes del no cumplimiento del contrato celebrado entre varios contratantes, tanto en lo que respecta a la pluralidad de acreedores como en lo que hace a la de deudores". (Tratado de las Obligaciones, Tomo I, pág. 323, Edit. U. Externado de Colombia).

Igualmente el tratadista chileno RENÉ ABELIU MANASEVICH, aunque de una manera más simplista, afirma que la "acción" resolutoria es indivisible tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo, ya que "el acreedor no podría

pedir en parte el cumplimiento y en el resto la resolución” y “porque siendo varios los acreedores, todos ellos deben ponerse de acuerdo para pedir el cumplimiento o la resolución” (“LAS OBLIGACIONES, Tomo I, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1993, página 434).

El criterio planteado no ha sido ajeno a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Así, en sentencia del 3 de noviembre de 1971 la Corte sostuvo que *“es obvio que un contrato, en estas condiciones, no puede quedar “aniquilado o anonadado”, para emplear la misma terminología de la doctrina transcrita, sólo en parte y en relación con sólo algunos de los contratantes, ni que las cosas puedan retrotraerse apenas parcialmente al estado al que tenían antes del contrato, luego forzoso es concluir que la acción resolutoria es indivisible so pena de desconocer el principio de contradicción. Un contrato no puede quedar aniquilado para unos y al mismo tiempo continuar vigente para otros”.*

El Tribunal comparte en términos generales la doctrina expuesta y estima que cuando una parte contractual está integrada por varios sujetos en principio es necesario que la opción de la resolución cuente con el consentimiento o anuencia de todos ellos, excepto que el contrato pueda seguir cumpliendo su función y que no se desnaturalice su causa de excluirse al contratante que pretende la resolución.

No basta en aquellos casos con la comparecencia al proceso de todos los contratantes, sino que es necesario que todos los cocontratantes consientan con la opción de la resolución, siendo una carga de quien pretende la resolución obtener dicha declaración.

La carga referida no se cumple con lograr que el cocontratante comparezca al proceso (citación como litisconsorte), ya que éste no tiene que estar de acuerdo con la posición jurídica del cocontratante que lo convoca; precisamente es citado para darle la oportunidad de fijar su posición en relación con la posibilidad de resolución del contrato.

Con respecto a este punto es importante reiterar que cuando la pretensión resolutoria no es formulada por todos los cocontratantes es necesario que se convoque al proceso a aquellos que no ejercieron la pretensión para efectos de que sienten su posición en relación con la misma, tal como ocurrió en este caso. Tal situación -si se quiere singular- exige la intervención en el proceso del cocontratante que no obró como pretensor y habilita a que se profiera una sentencia de fondo, sin que se pueda sostener que tal conducta viola el debido proceso y los derechos procesales y sustantivos del cocontratante citado, pues precisamente se le otorga la oportunidad para esgrimir su posición en relación con la pretensión resolutoria, que es la que a él atañe.

Adicionalmente, cabe advertir que en este caso la pretensión fue formulada para que se decretara la resolución total del contrato -en la demanda se partió de la base de "la indivisibilidad de este"- y no la resolución parcial. La parte convocante citó al proceso a los demás promitentes vendedores entendiendo que era necesaria su comparecencia para efectos de que se pudiera decretar la resolución total del contrato.

Para el Tribunal, los antecedentes contractuales y las disposiciones específicas del contrato celebrado entre las partes -que justamente fueron las que sirvieron de sustento para calificar la unidad negocial- llevan a concluir que en este caso no es dable decretar la resolución del contrato sin el aval de todos los promitentes vendedores, resaltando que en la posición procesal asumida por los promitentes vendedores citados al proceso por la parte convocante no se evidenció interés alguno en que el contrato se resolviera o en coadyuvar la pretensión resolutoria.

La posibilidad de la resolución parcial -planteada por la parte convocante apenas en el alegato de conclusión- no es viable, no solo por razones de congruencia, sino especialmente por la estructura funcional del contrato celebrado entre las partes, que perdería su razón de ser si se dejaran sin efecto las obligaciones concernientes a los convocantes. Dicho de otra forma, este contrato de promesa de compraventa no podría sobrevivir únicamente en relación con los cocontratantes que no consintieron en la resolución, tal como pareció entenderlo la propia parte convocante al estructurar la demanda.

Igualmente debe anotarse que el compartir con otros sujetos una misma posición contractual entraña riesgos y dificultades, como la de no ponerse de acuerdo para el ejercicio de una opción. En casos como el que se analiza es lógico que el contrato deba surtir sus efectos normales, dirigidos a su cumplimiento (la resolución es una opción de excepción), sin que los cocontratantes que no consintieron en la resolución tengan por qué soportar las consecuencias gravosas que la resolución puede aparejar.

Se reitera, el contrato cuya resolución se pretende en este proceso es un negocio jurídico que fue concebido en función de un interés común que ligó a los promitentes vendedores y que se desnaturalizaría si se accediese a la resolución exclusivamente en lo que atañe a los convocantes, quienes no ostentan una posición contractualmente privilegiada con respecto a los demás cocontratantes para efectos de definir la suerte (disolución) del contrato.

Para que la pretensión resolutoria pudiera salir avante en este caso era necesario que los pretensores hubieran cumplido con la carga de contar con la aquiescencia de los demás promitentes vendedores para efectos de optar por la resolución. Como no se cumplió con tal carga el Tribunal no puede decretar la resolución pedida de manera principal.

Por lo expuesto el Tribunal desestimará la pretensión resolutoria ya que al no haber cumplido con la carga analizada, los convocantes por si solos no eran titulares del derecho sustancial pretendido. Ello releva al Tribunal de analizar los demás problemas que se plantearon en torno de la misma.

4.8. SOBRE LA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

El fracaso de la pretensión resolutoria formulada de manera principal conlleva a que el Tribunal se ocupe de la pretensión de cumplimiento deprecada de manera subsidiaria tendiente a que se ordene a la sociedad convocada pagarle a los convocantes las sumas adeudadas por concepto del precio pactado, valoradas en \$889.857.966.00.

Con respecto a la pretensión de cumplimiento contractual ejercitada, son partes, exclusivamente, la FAMILIA SALDARRIAGA como demandante por su crédito insoluto, y como demandada la sociedad PROMOTORA CASA DEL MAR S.A.

A diferencia de lo analizado con la pretensión resolutoria, para el ejercicio de la pretensión de cumplimiento del contrato en lo que atañe al pago del precio establecido en el contrato de promesa de compraventa no es necesaria la concurrencia al proceso de todos los promitentes vendedores, ya que lo que se reclama es el cumplimiento de un crédito contractual, sin que tal pretensión incida en la eficacia del contrato.

El éxito de la pretensión de cumplimiento queda supeditado a que los demandantes hubiesen demostrado su condición de contratantes cumplidos o allanados a cumplir y la situación de incumplimiento contractual imputable jurídicamente a PROMOTORA CASA DEL MAR S.A.

Si bien es cierto que la obligación cuyo cumplimiento se reclama (pago del precio insoluto) corresponde a una obligación propia del contrato prometido, nada obsta para que se pueda pactar desde el contrato preparatorio que la prestación correspondiente se ejecute con anticipación a la celebración o perfeccionamiento del negocio objeto de la promesa.

Los términos para el cumplimiento de la obligación cuyo cumplimiento se depreca son los establecidos en el OTROSÍ 5 celebrado el 25 de febrero de 2008 mediante el cual se modificaron algunas de las cláusulas contenidas en el contrato de promesa de compraventa y en los OTROSÍ 1, 2 y 3.

Del OTROSÍ NRO. 5 se desprende:

- *“IV.- Que la Primera Etapa del Proyecto Casa del Mar alcanzó el punto de equilibrio pactado, dentro del plazo acordado por las partes, razón por la cual la realización de dicha etapa se encuentra en plena ejecución, en los aspectos constructivos de los inmuebles privados y las áreas comunes y jurídicos, dentro de los cuales se menciona que el proyecto se denominó finalmente: Condominio Residencial y Hotelero Casa del Mar — Propiedad Horizontal, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Propiedad Horizontal, contenido*

en la escritura pública número 138 de fecha seis (6) de febrero de dos mil ocho (2008), otorgada en la Notaría 22 de Bogotá, cuyo registro se encuentra en trámite ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena (subraya añadida)."

- El cumplimiento de la obligación a cargo de los PROMETIENTES VENDEDORES de enajenar, a título de compraventa, a través de los fideicomisos, el lote donde se construiría la PRIMERA ETAPA del proyecto CASA DEL MAR (aparte 2.1. de la cláusula "SEGUNDA"). Así se consignó en su texto, que se resalta y subraya en lo pertinente:

9.6: "De Compraventa del inmueble descrito y alinderado en el numeral 2.1. de la cláusula Segunda, del patrimonio autónomo denominado en el acto de constitución del mismo como Fideicomiso Lotes 1 y 2 Arroyo de Piedra, en favor del Fideicomiso No. 1 a que se refiere el numeral 8.1 de la cláusula Octava, acto este que se cumplió mediante la escritura pública número 145 de fecha 20 de octubre de 2006, otorgada en la Notaría 73 de Bogotá, registrada el día 15 de octubre de 2006, en el folio de matrícula inmobiliaria No. 060-221021, aclarada y ratificada mediante la escritura pública número 1.401 de fecha 9 de agosto de 2007, otorgada en la Notaría 73 de Bogotá."

La fijación de nueva fecha, para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa de los dos lotes en los que se construiría CASA DEL MAR-SEGUNDA ETAPA y CASA DEL MAR-TERCERA ETAPA (apartes 2.2. y 2.3. de la cláusula "SEGUNDA"), así:

"9.7: De transferencia de los inmuebles descritos y alinderados en los numerales 2.2 y 2.3 de la cláusula Segunda, a título de compraventa en favor del Fideicomiso No. 1, a que se refiere el numeral 8.1 de la cláusula Octava, en la Notaría setenta y Tres (73) de Bogotá, a las Once de la mañana (11:00 am.), del día veinte (20) de mayo de 2008." (el resalto y la subraya son incorporados).

- El pago de cuotas del precio a los PROMETIENTES VENDEDORES en las cantidades insertas en el cuadro visible en el folio 754 del expediente, correspondientes a la PRIMERA ETAPA, advirtiéndose que solamente a los PROMETIENTES VENDEDORES Guillermo de Jesús Álvarez Múnera y Antonio Elías Nader Nader se les pagaron sus respectivos intereses. Por manera que a éstas dos personas se les satisfizo en su integridad el precio y los intereses a

que tenían derecho por virtud de lo pactado en la promesa y documentos ulteriores (otrosíes).

Del cuadro en mención se da por probado que a los miembros de la "FAMILIA SALDARRIGA" se les hicieron pagos en total y en conjunto, únicamente por capital, en cuantía de \$540.113.000 (acreditado, además, por confesión en el hecho 20.1. de la demanda).

- Conjugando armonizadamente el saldo del precio adeudado el 25 de febrero de 2008 por la PROMETIENTE COMPRADORA a LOS PROMITIENTES VENDEDORES, excluidos los señores ALVAREZ MUNERA Y NADER NADER (apartes 5.1.2. al aparte 5.2.3. y su PARÁGRAFO I), con la distribución de los pagos que se estableció en los apartes 6.1. al 6.2.3., se concluye que a la "FAMILIA SALDARRIGA" se les quedó a deber las sumas de dinero por intereses pendientes de pago y por capital que a continuación se relacionan, exigibles en las fechas que a su lado se señalan:

- La suma de TRESCIENTOS DOS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE PESOS (\$302.874.169.00) M/CTE., por concepto de capital, el día veintiocho (28) de febrero de dos mil ocho (2008) –aparte 5.1.2.1.-

- La suma de CIENTO SETENTA Y OCHO MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$178.125.831,00) M/CTE., por concepto de capital, el día quince (15) de marzo de dos mil ocho (2008) –aparte 5.1.2.2.-

- La suma de CIENTO CUATRO MILLONES QUINIENTOS DOCE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$104.512.444), por concepto de capital, el día quince (15) de marzo de dos mil ocho (2008) – aparte 5.1.3.-

- La suma de DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CINCUENTA Y OCHO PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$266.384.058), por concepto de intereses, el día quince (15) de junio de dos mil ocho (2008) –aparte 5.1.4.1.-.

- La suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS DIEZ OCHO MIL CIENTO NUEVE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$46.818.109), por concepto de intereses, el día quince (15) de junio del 2008 – aparte 5.1.4.2.-.

- La suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y NUEVE MIL PESOS MONEDA LEGAL (\$285.159.000), el día quince (15) de junio del dos mil ocho (2008), por concepto de capital –aparte 5.2.1.-.

- La suma de CIENTO SEIS MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS (\$106.107.379) por concepto de intereses causados al 15 de junio de 2008, deberá ser pagada el 15 de junio de 2008 – aparte 5.2.2.-.

- Se pactaron intereses moratorios y otras sanciones pecuniarias por incumplimiento, del siguiente orden:

“SÉPTIMA- CAUSACIÓN DE INTERESES: La mora en el pago de las cuotas previstas en las cláusulas quinta y sexta causará intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley. Adicionalmente se generarán las siguientes sanciones:

a) Si la mora fuere mayor a 180 días las partes acuerdan que a partir del día ciento ochenta y uno (181) calendario, se generará una pena equivalente al 10% del valor total de la venta.

b) Los saldos que se adeuden por capital, intereses y multas podrán ser exigidos a través de derechos fiduciarios en el Fideicomiso Casa del Mar. Acción Fiduciaria deberá ceder los derechos al Promitente Vendedor que le hayan incumplido, una vez este acredite si quiera sumariamente que no se le ha efectuado el pago. Para dicha cesión la Promitente Compradora autoriza que se efectúe con la simple presentación de una carta de reclamación a la Fiducia donde se manifieste que no se ha cumplido con los pagos adeudados.”

4.8.1 LA CONDICIÓN DE CONTRATANTES CUMPLIDOS DE LOS CONVOCANTES.

Como antes se indicó, para el éxito de la pretensión de cumplimiento es menester que los convocantes hayan acreditado su condición de contratantes cumplidos o por lo menos de contratantes que se allanaron a cumplir con las obligaciones contractuales a su cargo.

En relación con este punto resulta trascendente resaltar que la parte convocada en ningún momento cuestionó que los demandantes no hubieran cumplido con las obligaciones contractuales a su cargo o que no se hubieran allanado a su cumplimiento. Al contestar la demanda la sociedad CASA DEL MAR manifestó oponerse a la pretensión de cumplimiento aduciendo que *“las obligaciones indemnizatorias de perjuicios son divisibles entre los coacreedores, razón por la cual cada uno de ellos solo puede pretender el perjuicio propio (alícuota) sufrido y no el de todos, como aquí ha sucedido”*. Aunque dicho argumento se esgrimió en relación con la pretensión de cumplimiento, el mismo sólo es idóneo para controvertir la pretensión indemnizatoria esgrimida como consecuencial de aquella. Lo anterior, teniendo en cuenta que el planteamiento defensivo referido no ataca ninguno de los presupuestos de la pretensión de cumplimiento contractual.

Pero además, al responder la demanda, CASA DEL MAR expresamente admitió el hecho 23 de la demanda en el cual se afirmó *“Que posteriormente a la celebración del contrato de promesa y de los otrosí que la adicionan y/o modifican, los señores OSCAR SALDARRIAGA SANÍN, ROCÍO DEL SOCORRO VANEGAS JARAMILLO, EDUARDO SALDARRIAGA VANEGAS,*

PABLO SALDARRIAGA VANEGAS, LUZ MARÍA SALDARRIAGA VANEGAS Y CATALINA SALDARRIAGA VANEGAS cumplieron y se allanaron a cumplir todas y cada una de las obligaciones a su cargo”; lo cual significa que confesó la condición de contratantes cumplidos de los convocantes.

Ello resulta coherente con el testimonio del Dr. JORGE MARIO ARISTIZÁBAL MESA quien expresó que en su criterio la familia Saldarriaga no incumplió las obligaciones que le incumbían frente al contrato de promesa celebrado (F. 1.357).

Adicionalmente se destaca que en la promesa de compraventa celebrada, se acordó que los promitentes compradores cumplirían sus respectivas obligaciones utilizando el “sistema fiduciario”, por lo cual se obligaron a constituir sendos FIDEICOMISOS (cláusula “OCTAVA”).

El contrato de fiducia mercantil es uno de aquellos que la doctrina denomina contrato de gestión o de medio, en razón de que, por su naturaleza, surge para el *fiduciario* la obligación de realizar actos o contratos con terceros, que permitan cumplir el encargo o finalidad en él contemplada. Es un negocio que implica la transferencia del derecho de dominio sobre un bien, tal como lo dispone el artículo 1226 del C. de Co. al definirlo como “...*negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente transfiere uno o mas bienes especificados a otra llamada fiduciario...*”, aunque, por disposición legal, el bien o los bienes transferidos por el fiduciante no entran al patrimonio del fiduciario y éste los debe mantener separados del resto de sus activos, puesto que aquel o aquellos “*forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo*” (art 1233 C. de Co.).

Puede predicarse que la fiducia mercantil constituye un negocio jurídico de sustitución en virtud del cual el fiduciario, en ejercicio del encargo que se le confiere, sustituye al fideicomitente en el cumplimiento de los deberes y obligaciones que se le encomiendan.

La obligación principal que surge para el fiduciario del contrato de fiducia está referida a la ejecución o realización de los actos o contratos de administración o enajenación de bienes que debe cumplir, según la intención y las aspiraciones del Fideicomitente, expresamente reveladas y que se erigen como la prestación que aquel está llamado a ejecutar. El Fiduciario queda, entonces, obligado personalmente con el constituyente a actuar de una determinada manera -en la forma como se establezca en el contrato mismo- con el propósito primordial de alcanzar su finalidad.

Lo que las partes pretendieron al suscribir el contrato de promesa fue acudir a la fiducia como figura o instrumento para cumplir, a través de dicho mecanismo, las obligaciones contraídas por ellas en la referida promesa. Esta especie de fiducia es la que hoy una buena parte de la doctrina denomina Fiducia de Parqueo.

Fue así como, en virtud de la voluntad contractual, los interesados dispusieron, según la cláusula octava de la promesa de compraventa, emplear el instrumento fiduciario para el desarrollo y venta de las unidades que componen el proyecto inmobiliario, mediante la constitución previa de dos fideicomisos, que serían manejados por Acción Fiduciaria, así: el primero (llamado Fideicomiso # 1) constituido por PROMOTORA CASA DEL MAR S.A en su condición de PROMITENTE COMPRADORA, cuyo objeto fue el desarrollo de la Primera Etapa del Proyecto inmobiliario Casa del Mar; y el segundo (llamado Fideicomiso # 2), constituido por LOS PROMITENTES VENDEDORES con el objeto de transferir la propiedad de los lotes de terreno y dar cumplimiento a las obligaciones emanadas del contrato de promesa, a saber: (1) otorgar la escritura pública de englobe de los lotes de terreno aportados al patrimonio autónomo por LOS PROMITENTES VENDEDORES en su calidad de FIDEICOMITENTES; (2) otorgar la escritura pública de división material de los inmuebles resultantes del englobe, con el fin de obtener tres predios, debidamente alinderados y singularizados en la referida promesa; (3) otorgar, a la brevedad posible, la escritura pública de compraventa a favor del Fideicomiso # 1, donde se desarrollo el proyecto inmobiliario en su primera etapa; y (4) Otorgar, en la fecha prevista por las partes, al mismo Fideicomiso # 1, la

escritura de venta de los otros dos lotes de terreno producto del reloteo ya mencionado. En este último fideicomiso LOS PROMITENTES VENEDORES como fideicomitentes tenían a su vez la calidad de Beneficiarios.

Obra en el plenario la copia de la escritura pública 801 del 26 de abril de 2006, otorgada ante el Notario 10 de Medellín, que contiene el contrato de fiducia otorgado por LOS PROMITENTES VENEDORES, en su condición de FIDEICOMITENTES, en cumplimiento de las obligaciones derivadas para ellos del contrato de promesa, cuyo objetivo quedo claramente establecido, en la cláusula Segunda, que a la letra dice: "*Objeto: El objeto del presente contrato consiste en que LA FIDUCIARIA reciba los inmuebles que le son transferidos mediante el presente instrumento por LOS FIDEICOMITENTES, mantenga su titularidad jurídica y siguiendo las instrucciones de LOS FIDEICOMITENTES otorgue las escrituras públicas de englobe y de división material en la forma que se indica más adelante y realice en favor de la sociedad PROMOTORA CASA DEL MAR S.A. la transferencia de los inmuebles resultantes de la división, en la forma y plazos estipulados en el contrato de promesa de Compraventa celebrado el 10 de abril de 2006 entre LOS FIDEICOMITENTES en calidad de Promitentes Vendedores y dicha sociedad en calidad de PROMITENTE COMPRADORA*" (Negrillas ajenas al texto original).

De esta manera se constituyó el patrimonio autónomo, correspondiente al denominado Fideicomiso # 2 cuya administración recayó en Acción Fiduciaria.

También se encuentra incorporada como prueba, copia de la escritura pública # 145 del 20 de octubre de 2006, otorgada en la Notaria 73 de Bogotá, por medio del cual Acción Fiduciaria como vocera del Patrimonio autónomo denominado FIEICOMISO LOTES 1 Y 2 ARROYO DE PIEDRA, vendió a Acción Fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo denominado FIEICOMISO LOTE CASA DEL MAR PRIMERA ETAPA, el lote de terreno donde se desarrolló y ejecutó la primera etapa del proyecto inmobiliario distinguido con igual nombre. Con el otorgamiento de las dos escrituras públicas mencionadas se dio cumplimiento a lo dispuesto por los apartes 1.5 y 1.8 del contrato de promesa.

En el hecho sexto de la demanda LOS CONVOCANTES expresan con toda precisión cuál fue el alcance del compromiso de constituir los fideicomisos tanto por LOS PROMITENTES VENDEDORES, como por LA PROMITENTE COMPRADORA, manifestando que por medio de éstos *“la sociedad fiduciaria estaría encargada de dar cumplimiento a las obligaciones de los PROMITENTES VENDEDORES y PROMITENTE COMPRADORA”*

El Tribunal tiene absoluta claridad de que con el otorgamiento de los contratos de fiducia en mención LOS PROMITENTES VENDEDORES dieron cabal cumplimiento a su obligación de efectuar la transferencia fiduciaria de los inmuebles y por lo tanto se allanaron -sin ninguna otra preocupación- al cumplimiento que la Fiduciaria diera a las obligaciones adquiridas por ellos en la misma promesa de compraventa. De ahí en adelante todas las obligaciones a su cargo emanadas del contrato de promesa deberían cumplirse por ACCION FIDUCIARIA, pues ese fue el encargo que ella debía atender.

Este Tribunal Arbitral estima que LOS CONVOCANTES en su calidad de FIDEICOMITENTES, al haber acudido a la fiducia y al haberle impartido las órdenes correspondientes evidenciaron su disposición a cumplir con el contrato de promesa de compraventa, pues la fiducia fue concebida como el instrumento apto para el cumplimiento y desarrollo del proyecto inmobiliario CASA DEL MAR.

De allí que el hecho de que no se hubiera otorgado la escritura pública de compraventa de los lotes de la SEGUNDA y TERCERA etapas del proyecto, que en el mismo OTROSÍ N° 5 se fijó para el 20 de mayo de 2008 a las 11 a.m., en la Notaría 73 de Bogotá (aparte 9.7), no puede configurar un incumplimiento contractual imputable a los demandantes, quienes oportunamente impartieron instrucciones a ACCIÓN FIDUCIARIA para el otorgamiento de la escritura pública referida.

Al respecto es importante resaltar que la propia ACCIÓN FIDUCIARIA explicó que sólo transferiría los inmuebles una vez se pagara a los promitentes vendedores la totalidad del precio acordado. En comunicación del 17 de septiembre de 2010 dirigida a los beneficiarios del Fideicomiso ARROYO DE PIEDRA el Gerente de la Oficina Bogotá de la sociedad fiduciaria expresó:

"En ese orden de ideas, cuando se verifique el pago total de las sumas establecidas en la promesa de compraventa como valor de los inmuebles y los vendedores se lo informen a la fiduciaria, ésta procederá a transferir los bienes en los términos del contrato fiduciario". (F. 920).

Las consideraciones antecedentes en torno de la función que en este negocio desempeñó la Fiducia explican además la razón por la cual el Tribunal ha considerado que para la definición del litigio no era necesaria la presencia en el mismo de ACCIÓN FIDUCIARIA, tal como se definió en la primera audiencia de trámite. Lo anterior, teniendo en cuenta que la controversia gira en torno del contrato de promesa de compraventa celebrado entre las partes, en el cual no intervino la sociedad fiduciaria.

En dicha audiencia el Tribunal expuso:

"Escrutados los documentos aducidos por el señor apoderado, el Tribunal llega a la conclusión de que ACCION FIDUCIARIA S.A. obró como mandataria de uno y otro extremo subjetivo de los prometientes, dotada de exactos deberes y atribuciones tendientes al cumplimiento y solución o pago de las prestaciones nacidas y radicadas en cabeza de cada una de las partes vinculadas por la promesa de compraventa. La compañía fiduciaria no actuó en virtud de obligaciones que para ella hubieran brotado de la promesa, sino por causa de los contratos de fiducia que celebró con los respectivos promitentes, independientes entre sí y fuente de los derechos y obligaciones particulares con sus propios fideicomitentes. Si algún incumplimiento existió por parte de la fiduciaria con respecto a las obligaciones derivadas de la promesa de venta, le es imputable a los correspondientes fiduciantes, según provenga del fideicomiso constituido por los promitentes vendedores o por la promitente compradora. Es por ello que la parte promitente a quien se le pueda endilgar incumplimiento deviniente de la promesa, a través de la fiduciaria, hubiera podido llamar a ésta en garantía dentro del arbitraje, pero como tercero, mas no como litisconsorte necesario. Evidentemente que una y otra figura tienen alcances y consecuencias diferentes.

Lo dicho conlleva a no acceder al atraimiento al proceso de ACCION FIDUCIARIA S.A. como sujeto integrante de la parte litisconsorcial –necesaria-por pasiva."

Por lo expuesto, el Tribunal concluye que no era necesario integrar el litisconsorcio con ACCIÓN FIDUCIARIA y que está suficientemente acreditada en el proceso la condición de contratantes cumplidos de los convocantes, sin que la misma se pueda ver desvirtuada por la eventual posesión alegada por la señora DOLFI RESTREPO, sobre parte de los bienes prometidos en venta. Tal situación fáctica, a la que de manera tangencial y superficial se refirieron algunos de los declarantes, particularmente el interrogado señor CARLOS GERMÁN MARTÍNEZ VÉLEZ, tendría incidencia sobre la obligación de saneamiento que incumbiría a los vendedores, pero de ninguna manera se erige en causa justificativa del no pago del precio pactado, tal como lo evidencia la posición defensiva asumida por CASA DEL MAR, quien no adujo tal hecho como razón para el no pago de la obligación dineraria que le incumbía.

4.8.2. EL INCUMPLIMIENTO DE CASA DEL MAR.

En el OTROSÍ No. 5 mediante el cual las partes modificaron algunas de las condiciones del contrato de promesa de compraventa celebrado el 10 de abril de 2006 pactaron en relación con la obligación del pago del precio de los inmuebles prometidos en venta:

"A). La cláusula QUINTA queda del siguiente tenor:

QUINTA.-FORMA DE PAGO: LA PROMITENTE COMPRADORA se obliga a pagar a los PROMITENTES VENDEDORES el precio de los inmuebles prometidos en compraventa de la siguiente:

5.1 PAGO DE LA PRIMERA ETAPA.

5.1.1. La suma de MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$1.396.200.000) M/CTE., la cual ha sido pagada a satisfacción a favor de los PROMITENTES VENDEDORES. Respecto a los intereses, se hace la salvedad que a los señores GUILLERMO DE JESÚS ÁLVAREZ MÚNERA y ANTONIO NÁDER NÁDER les fueron cancelados en su totalidad. Sin embargo, a los señores OSCAR SALDARRIAGA SANIN, ROCIO DEL SOCORRO VANEGAS JARAMILLO, EDUARDO SALDARRIAGA VANEGAS y CATALINA SALDARRIAGA VANEGAS sólo se les abonó esta suma a título de capital y por lo tanto queda pendiente por pagarles sus intereses.

Los anteriores MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$1.396.200.000) fueron pagados a los PROMITENTES VENDEDORES así:

| PROMITENTE VENDEDOR | CAPITAL PAGADO | INTERESES PAGADOS | TOTAL |
|--------------------------------------|---------------------------|------------------------------|------------------------|
| Guillermo de Jesús Álvarez Múnera | \$290.500.000 | \$193.233.000 | \$483.733.000 |
| Antonio Elías Nader Nader | \$250.500.000 | \$67.954.000 | \$318.454.000 |
| Oscar Saldarriaga Sanín | \$206.005.000 | \$0 | \$206.005.000 |
| Rocío Vanegas J | \$140.005.000 | \$0 | \$140.005.000 |
| Eduardo Saldarriaga V. | \$36.025.750 | \$0 | \$36.025.750 |
| Pablo Saldarriaga V. | \$86.025.750 | \$0 | \$86.025.750 |
| Luz María Saldarriaga V. | \$36.025.750 | \$0 | \$36.025.750 |
| Catalina Saldarriaga V. | \$36.025.750 | \$0 | \$36.025.750 |
| Inversiones Monticello | \$26.950.000 | \$0 | \$26.950.000 |
| Promociones Venta Raíz | \$26.950.000 | \$0 | \$26.950.000 |
| TOTAL | \$1.135.013.000 | \$261.187.000 | \$1.396.200.000 |

5.1.2: La suma de CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES DE PESOS (\$481.000.000.00) M/CTE., será pagado durante el desarrollo constructivo de la Primera Etapa del proyecto Condominio Residencial y Hotelero Casa del Mar Propiedad Horizontal, así:

Por concepto de capital:

5.1.2.1: La suma de TRESCIENTOS DOS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE PESOS (\$302.874.169.00) m/CTE. el día veintiocho (28) de febrero de dos mil ocho (2008).

5.1.2.2: La suma de CIENTO SETENTA Y OCHO MIL MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$178.125.831,00) M/CTE. el día quince (15) de marzo de dos mil ocho (2008).

5.1.3: La suma de CIENTO CUATRO MILLONES QUINIENTOS DOCE MIL CUATROCIENTOS CUARENHTA Y CUATRO PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$104.512.444) el día quince (15) de marzo de dos mil ocho (2008).

Por concepto de intereses:

5.1.4.1 La suma de DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CINCUENTA Y OCHO PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$266.384.058), el día quince (15) de junio de dos mil ocho (2008).

5.1.4.2 La suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS DIEZ Y OCHO MIL CIENTO NUEVE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$46.818.109) el día quince (15) de junio del 2008.

5.2. PAGO DE LA SEGUNDA ETAPA

5.2: El saldo o sea la suma de MIL OCHOCIENTOS SETENTA MILLONES DE SETECIENTOS QUINCE MIL QUINIENTOS DIECISIETE PESOS (\$1.870.715.517) M/CTE. , será pagado durante el desarrollo constructivo de la Segunda Etapa y Tercera Etapa del proyecto Condominio Residencial y Hotelero Casa del Mar – Propiedad Horizontal, en la siguiente forma:

5.2.1: La suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CIENCIENTA Y NUEVE MIL PESOS MONEDA LEGAL (\$285.159.000), el día quince (15) de junio de dos mil ocho (2008) por concepto de capital.

5.2.2 La suma de CIENTO SEIS MILLONES CIENTO SIETE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS MONEDA LEGAL (\$106.107.379) por concepto de intereses causados al 15 de junio de 2008. Esta suma deberá ser pagada el 15 de junio de 2008.

5.2.3: El saldo o sea la suma de MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS DIECISIETE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$1.585.556.517), será pagado durante el desarrollo constructivo de la Segunda Etapa y Tercera Etapa del proyecto Condominio Residencial y Hotelero Casa del Mar – Propiedad Horizontal, en la forma que convengan las partes, previamente a la iniciación de la construcción de la Segunda Etapa. Como para este momento ya se habrá pagado todas las cuotas a favor de OSCAR SALDARRIAGA S, ROCIO VANEGAS J, EDUARDO SALDARRIAGA V. se entiende que estos \$1.585.556.517. estarán destinados a ser pagados a los promitentes vendedores INVERSIONES MONTICELLO y PROMOCIONES VENTA RAÍZ LTDA.

PARAGRAFO I: INVERSIONES MONTICELLO S.A. autoriza mediante este acuerdo que del valor referido en la cláusula 5.3.2 (\$1.585.556.517) se le pague al señor OSCAR SALDARRIAGA SANIN la suma de CIENTO SESENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS MONEDA LEGAL (\$168.290.382) el día quince (15) de junio de dos mil ocho (2008) . En caso de no lograrse la construcción de la Segunda o Tercera Etapa, o de no cumplirse con el pago establecido en este parágrafo, INVERSIONES MONTICELLO S.A. incurrirá en una pena del 10% de este valor y además autoriza a Acción Fiduciaria a cederle a OSCAR SALDARRIAGA SANIN los derechos fiduciarios correspondientes al capital (\$168.290.382), más intereses, más el valor de la multa aquí establecida. La tasa de intereses aplicable a este parágrafo será la máxima permitida por la ley.”

En relación con el precio pactado el Tribunal encuentra demostrado que:

- El pago correspondiente a la primera etapa le fue realizado a los convocantes, tal como lo confiesan en la demanda.
- A los señores GUILLERMO DE JESÚS ÁLVAREZ MÚNERA y ANTONIO ELÍAS NÁDER NÁDER se les pagó la totalidad del dinero que les correspondía, sin que ello pudiera significar que quedaran desvinculados del contrato de promesa, como equivocadamente se declaró en el Otrosí No. 5.

- La sociedad convocada pagó a los convocantes la totalidad de las cuotas causadas con anterioridad al 15 de junio de 2008, como lo confiesa la parte demandante en el hecho 20 de la demanda (Fs. 23 y 24).
- Los convocantes recibieron pagos parciales de la obligación dineraria causada a partir del 15 de junio de 2008, como se reconoce en la demanda (hecho 30) y en la contestación presentada por CASA DEL MAR (en la que se aceptó el hecho 30), y como se explica en el dictamen pericial rendido por el Dr. JORGE CASTRILLÓN NARANJO que en tal punto resulta coincidente con la experticia rendida por el Dr. OSCAR LEÓN GARCÍA. En la ampliación del dictamen citado el perito designado por el Tribunal reconoce que a la Familia Saldarriaga se le pagó la suma de \$ 66.384.058.00 el 16 de septiembre de 2009 y \$ 227.488.846.00 el 26 de marzo de 2010 (F. 1124 y 1126).
- La sociedad convocada **CASA DEL MAR** admite desde la contestación de la demanda haber incumplido a los demandantes con las obligaciones dinerarias (pago del precio) pactadas en la promesa de compraventa celebrada y específicamente en el Otrosí Nro. 5. Al responder el hecho 25 de la demanda el apoderado de la sociedad referida confiesa que “..., *en efecto respecto de los demandantes, ha existido cumplimiento tardío e incompleto de las obligaciones dinerarias a cargo de la sociedad demandada*” (F. 646).

En relación con el “PAGO DE LA SEGUNDA ETAPA” se pactó en el OTROSÍ No. 5 que el saldo correspondiente a \$ 1.870.715.517.00 sería pagado por la sociedad CASA DEL MAR S.A. *“durante el desarrollo constructivo de la Segunda Etapa y Tercera Etapa del proyecto Condominio Residencial y Hotelero Casa del Mar-Propiedad Horizontal”* estableciéndose unas fechas determinadas para el pago por instalamentos de dicha suma (F. 119).

El hecho de que se hubiera pactado que el valor referido se pagaría durante la ejecución de la segunda y la tercera etapa no convierte la obligación dineraria analizada en una obligación condicional, como lo ha planteado el apoderado de las sociedades INVERSIONES MONTECELLO S.A. y PROMOCIONES VENTA

RAÍZ LTDA. en el transcurso del proceso (respuesta a la demanda, alegato de conclusión).

La obligación referida -pago del precio insoluto- se fraccionó acordándose plazos determinados para el pago de cada cuota parte, sin que se hubiera sometido la causación de la obligación al hecho de que efectivamente se llevara a cabo la ejecución de la segunda y tercera etapa del proyecto de CASA DEL MAR.

La forma como se pactó la obligación se explica por la aspiración que tenía la sociedad CASA DEL MAR de ir ejecutando la segunda y tercera etapa del proyecto inmobiliario dentro de la época pactada para el pago del precio insoluto, pero sin condicionar el crédito de los promitentes vendedores a la realización de actos que le incumbían a ella.

Inclusive, si quedara alguna duda al respecto -sobre el carácter condicional de la obligación- la propia conducta asumida por la sociedad deudora evidencia que la obligación estaba sometida a plazo y no a una condición. El reconocimiento expreso de la obligación insoluta, e inclusive los pagos parciales que efectuó con posterioridad al 15 de junio de 2008 pese a no haber ejecutado las etapas 2 y 3 demuestran que la voluntad de las partes fue sujetar la obligación insoluta del pago del precio a plazos y no a una condición; y tal criterio interpretativo (prevalencia de la voluntad real de las partes, de conformidad con el artículo 1.618 del código civil) no puede ser ignorado por el Tribunal.

Se colige de lo expuesto, que se acreditó en el proceso adecuadamente la condición de contratante incumplido de la sociedad CASA DEL MAR.

4.8.3. SOBRE EL MONTO DE LA OBLIGACIÓN DE CASA DEL MAR FRENTE A LOS CONVOCANTES.

En el orden lógico asumido, corresponde al Tribunal determinar el alcance de la obligación insoluta a cargo de CASA DEL MAR S.A. y a favor de los convocantes, sin que sea dable determinar el valor debido a los cocontratantes

INVERSIONES MONTECELLO S.A. y PROMOCIONES VENTA RAÍZ LTDA., ya que éstas no formularon técnicamente una pretensión tendiente a que se definiera su situación obligacional. Las solicitudes formuladas al respecto por las sociedades referidas no fueron formuladas bajo el esquema de una verdadera demanda, brillando por su ausencia la causa petendi particular que la sustente, sin que puedan tenerse como hechos fundantes de tales reclamaciones sus manifestaciones al referirse a cada uno de los supuestos fácticos del escrito de los convocantes, máxime si en la contestación negó y discutió la mayoría de los mismos.

A este respecto se reitera que las peticiones contenidas en el escrito mediante el cual intervinieron en el proceso no fueron procesadas como una verdadera pretensión, pues no se reunieron las condiciones exigidas para tal efecto.

Igualmente aprovecha el Tribunal para poner de presente que el objeto del litigio no fue el de determinar el porcentaje de derechos fiduciarios de cada uno de los promitentes vendedores. Se hace esta observación ya que en diversas etapas del proceso el debate se diluyó hacia este punto, cuando en realidad ninguna pretensión se formuló en torno de este aspecto.

Efectuadas las anteriores precisiones, el Tribunal encuentra que la sociedad CASA DEL MAR S.A. quedó adeudando a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

| | |
|--|-------------------|
| Por la cuota establecida por intereses de plazo correspondientes a la primera etapa (exigible el 15 de junio de 2008)..... | \$266.384.058.00. |
| Por la cuota establecida por intereses de plazo correspondientes a la primera etapa (exigible el 15 de junio de 2008)..... | \$46.818.109.00. |
| Por la cuota establecida por capital correspondientes a la segunda etapa (exigible el 15 de junio de 2008)..... | \$285.159.000.00. |
| Por la cuota establecida por intereses de plazo correspondientes a la segunda etapa (exigible el 15 de junio de 2008)..... | \$106.101.379.00. |

Un estudio detenido y minucioso del numeral 5.2.3. y de su párrafo I del OTROSÍ No. 5, le ha suscitado seria inquietud al Tribunal en el sentido de

determinar si la suma a la que se refiere el parágrafo indicado, a favor del señor OSCAR SALDARRIGA SANIN, por monto equivalente a \$168.290.382, corresponde o no a parte del precio adeudado a la parte convocante por CASA DEL MAR. La redacción de dicho aparte del documento origina la incertidumbre señalada, y es forzoso intentar descifrar la misma.

La intención de las partes al otorgar el OTROSÍ N° 5 quedó conocida manifiestamente tanto en las "CONSIDERACIONES PREVIAS" como en las "MODIFICACIONES AL CONTRATO ORIGINAL". Venga en su letra lo que consignaron los contratantes en las "MODIFICACIONES":

"QUE CON EL PRESENTE DOCUMENTO SE ACTUALIZAN, MODIFICAN Y REEMPLAZAN LAS CLÁUSULAS: QUINTA, SEXTA, SÉPTIMA Y NOVENA DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA SUSCRITO EL DÍA 10 DE ABRIL DE 2006, LAS CUALES QUEDARÁN DEL SIGUIENTE TENOR:

A) La CLÁUSULA QUINTA Queda del siguiente tenor

QUINTA.- FORMA DE PAGO: LA PROMETIENTE COMPRADORA se obliga a pagar a LOS PROMETIENTES VENDEDORES el precio de los inmuebles prometidos en compraventa de la siguiente forma:

"..."

Lo instrumentado a partir del numeral 5.1.2. en adelante, sin solución de continuidad, hasta el numeral 5.2.2., no ofrece ningún reparo ni dificultad para apreciar que a la FAMILIA SALDARRIAGA se le actualizaron sus cuotas por pagar, a título de PRECIO, por capital e intereses, en las cuantías y en los plazos definidos en los apartes antedichos; y se afirma que tales cuotas del PRECIO estaban destinadas a los miembros de la FAMILIA SALDARRIAGA, en virtud de lo pactado en la CLÁUSULA SEXTA DEL OTROSÍ -"DISTRIBUCIÓN DEL PRECIO ENTRE LOS PROMITENTES VENDEDORES"- y específicamente en los apartes 6.1.2.1. al 6.2.2, ambos extremos incluidos.

Como antes se explicó, las cuotas por capital e interés, por concepto de PRECIO, que tenían vencimiento el 28 de febrero y el 15 de marzo de 2008 (5.1.2.1., 5.1.2.2. y 5.1.3.), les fueron pagadas efectivamente a los convocantes (ver confesiones espontáneas insertas en los hechos 20.2 a 20.4.1. de la demanda).

Inequivocamente quedaron pendientes las contraprestaciones dinerarias de plazo final convenido para el 15 de junio de 2008 (5.1.4.1., 5.1.4.2., 5.2.1. y 5.2.2.) con destino, se repite, a la FAMILIA SALDARRIGA y como PRECIO (capital e intereses), de acuerdo con lo ya reseñado en la CLÁUSULA SEXTA.

La duda que debe ser esclarecida, como anteriormente se planteó, radica en lo que a continuación se copia:

"5.2.3: El saldo o sea la suma de MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILQUINIENTOS DIECISIETE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$1.585.556.517), será pagado durante el desarrollo constructivo de la Segunda Etapa y Tercera Etapa del proyecto Condominio Residencial y Hotelero Casa del Mar— Propiedad Horizontal, en la forma que convengan las partes, previamente a la iniciación de la construcción de la Segunda Etapa. Como para este momento, ya se habrá pagado todas las cuotas a favor de OSCAR SALDARRIAGA S, ROCIO VANEGAS J., EDUARDO SALDARRIAGA V., PABLO SALDARRIAGA V. y CATALINA SALDARRIAGA V. se entiende que estos \$1.585.556.517, estarán destinados a ser pagados a los promitentes vendedores INVERSIONES MONTICELLO y PROMOCIONES VENTA RAIZ LTDA.

PARAGRAFO I: INVERSIONES MONTICELLO SA. autoriza mediante este acuerdo que del valor referido en la cláusula 5.3,2 –sic- (\$1.585.556.517) se le pague al señor OSCAR SALDARRIAGA SANIN la suma de CIENTO SESENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS MONEDA LEGAL (\$168.290.382) el día quince (15) de junio de dos mil ocho (2008). En caso de no lograrse la construcción de la Segunda o Tercera Etapa, o de no cumplirse con el pago establecido en este parágrafo, INVERSIONES MONTICELLO S.A. incurrirá en una pena del 10% de este valor y además autoriza a Acción Fiduciaria a cederle a OSCAR SALDARRIAGA SANIN los derechos fiduciarios correspondientes al capital (\$168.290.382), más intereses, más el valor de la multa aquí establecida. La tasa de intereses aplicable a este parágrafo será la máxima permitida por la ley."

En el parágrafo transcrito se reconoció un crédito a favor del señor OSCAR SALDARRIAGA SANÍN por la suma de \$168.290.382, para ser cancelado el 15 de junio de 2008.

El dilema que apremia al Tribunal, y que procede a desentrañar, se contrae a dar solución a los siguientes interrogantes: ¿Cuál es la naturaleza de dicho crédito? ¿Cuál su fuente jurídica? ¿Es una acreencia nacida del contrato de promesa como parte del precio que le correspondía al señor Saldarriaga Sanín en su calidad de PROMITENTE VENDEDOR?

Acudiendo a las reglas de interpretación de los contratos consagradas en el Código Civil, y aplicando como prototipo las de la intención de las partes y el criterio sistemático (artículos 1618 y 1622, inciso 1°), se arriba a la inferencia o deducción consistente en que la suma de dinero cuestionada (\$168.290.382) no corresponde a una porción del "PRECIO" adeudado a su titular (señor SALDARRIAGA) como contraprestación dineraria a la que tuviera derecho por razón del precio del contrato de compraventa prometido.

Las razones que sustentan tal conclusión son las siguientes:

PRIMERA.- La intención de los signatarios del OTROSÍ N° 5, revelada y descubierta en los antecedentes y en el objeto del documento, así como de la lectura integral de su clausulado, auscultando coherencia lógica entre las estipulaciones allí vertidas, era la de actualizar "EL PRECIO" que a la fecha del 25 de febrero de 2008 se adeudaba a LOS PROMETIENTES VENDEDORES y que la PROMETIENTE COMPRADORA se obligaba a pagar, a ese título, en las fechas allí pactadas.

Así se plasmó sin ambages ni rodeos, valga reiterarlo:

"QUINTA.- FORMA DE PAGO: LA PROMETIENTE COMPRADORA se obliga a pagar a LOS PROMETIENTES VENDEDORES el precio de los inmuebles prometidos en compraventa de la siguiente forma:
(...)

Por ello se dijo instrumentalmente:

"I.- Que a la fecha del presente documento, LA PROMETIENTE COMPRADORA ha pagado a los siguientes Prometientes Vendedores: GUILLERMO DE JESUS ÁLVAREZ MÚNERA y ANTONIO ELIAS NADER NADER, la totalidad del precio de los inmuebles prometidos en compraventa que a ellos les correspondía, motivo por el cual la totalidad de los derechos que estos tenían han quedado cumplidos a satisfacción.

II.- Que como consecuencia de lo expresado en el numeral anterior, los mencionados Prometientes Vendedores: GUILLERMO DE JESUS ALVAREZ MÚNERA y ANTONIO ELIAS NADER NADER, han dejado de tener la calidad de Prometientes Vendedores del Contrato de Promesa de Compraventa suscrito el día 10 de Abril de 2006, el cual continúa vigente, quedando la parte Prometiente Vendedora integrada únicamente por los restantes prometientes vendedores, es decir, por: INVERSIONES MONTECELLO S.A., PROMOCIONES VENTA RAIZ LTDA., OSCAR SALDARRIAGA SANIN, ROCIO DEL SOCORRO VANEGAS JARAMILLO, EDUARDO SALDARRIAGA

VANEGAS, PABLO SALDARRIAGA VANEGAS, LUZ MARIA SALDARRIAGA VANEGAS y CATALINA SALDARRIAGA VANEGAS. "

Lo que traduce y significa, en lo que aquí interesa, que las personas naturales y jurídicas enlistadas en el aparte II quedaban como únicos acreedores del precio restante por pagar. Y para hacer entera y absoluta claridad, en el numeral 5.1.1. se elaboró el cuadro explicativo de lo ya pagado a cada uno de los PROMITENTES VENDEDORES, incluidos los señores ALVAREZ Y NADER, por capital e intereses del precio.

Según lo indicado en el cuadro, hecha la sumatoria, a la familia Saldarriaga se le había cancelado únicamente por concepto de capital \$540.113.000 A "Inversiones Montecello" (sic) y a "Promociones Venta Raíz", también por capital exclusivamente, sendas sumas de \$26.950.000.

SEGUNDA.- Siempre girando en torno al precio aún adeudado, y como ya quedó averiguado precedentemente, se fijaron los montos a los que tenían derecho los miembros de la Familia Saldarriaga, por capital e intereses, lo que se deduce de la cláusula SEXTA (6.1.2.1. al 6.2.2) unida a los apartes 5.1.2.1., 5.1.2.2., 5.1.3., 5.1.4.1., 5.1.4.2. 5.2.1. y 5.2.2., cuyo total era de \$1.289.980.990.

Para el Tribunal este era el saldo del precio por pagar, finalmente, a los convocantes, en conjunto.

Se anota, repitiendo, que de tal saldo se canceló el 28 de febrero y el 15 de marzo de 2008, la cantidad de \$585.512.444, quedando así reducida la deuda a la suma de \$704.468.546.

Y se concluye de esta manera porque con todas y cada una las cuotas detalladas ya quedaba previsto el pago del remanente total del precio de los convocantes pendiente por cubrir a la fecha en que se extendió el del OTROSÍ N° 5.

¿De dónde se desprende? De lo que se subraya a continuación:

"5.2.3: El saldo o sea la suma de MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILQUINIENTOS DIECISIETE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$1.585.556.517), será pagado durante el desarrollo constructivo de la Segunda Etapa y Tercera Etapa del proyecto Condominio Residencial y Hotelero Casa del Mar— Propiedad Horizontal, en la forma que convengan las partes, previamente a la iniciación de la construcción de la Segunda Etapa. Como para este momento, ya se habrá pagado todas las cuotas a favor de OSCAR SALDARRIAGA S. ROCIO VANEGAS J., EDUARDO SALDARRIAGA V., PABLO SALDARRIAGA V. y CATALINA SALDARRIAGA V. se entiende que estos \$1.585.556.517, estarán destinados a ser pagados a los promitentes vendedores INVERSIONES MONTECELLO y PROMOCIONES VENTA RAIZ LTDA."

La suma de \$1.585.556.517, era, evidentemente, la cantidad que LA PROMITENTE COMPRADORA le debía pagar a INVERSIONES MONTECELLO y PROMOCIONES VENTA RAIZ LTDA, habida cuenta de que la familia Saldarriaga ya quedaba íntegramente satisfecha con lo suyo, en cuanto al precio se refiere.

TERCERA.- Ahora bien, la acreencia de que trata el PARAGRAFO I a favor del señor OSCAR SALDARRIGA SANÍN por \$168.290.382, no podía tener el carácter de PRECIO, por cuanto no dimanaba del CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA a cargo de la promitente compradora como una obligación suya, propia y directa surgida de la convención celebrada, sino que resultó ser creada por "INVERSIONES MONTECELLO SA.", que, para su solución, debía ser cargada a lo que a ésta le correspondía en los \$1.585.556.517.

En el parágrafo I se refleja la existencia de un crédito extraño al contrato de promesa, entre sujetos distintos, con penalidad y consecuencias determinadas que se previeron para el evento de no pago del mismo en contra del deudor, INVERSIONES MONTECELLO S.A., así:

"En caso de no lograrse la construcción de la Segunda o Tercera Etapa, o de no cumplirse con el pago establecido en este parágrafo, INVERSIONES MONTECELLO S.A. incurrirá en una pena del 10% de este valor y además autoriza a Acción Fiduciaria a cederle a OSCAR SALDARRIAGA SANIN los derechos fiduciarios correspondientes al capital (\$168.290.382), más intereses, más el valor de la multa aquí establecida. La tasa de intereses aplicable a este parágrafo será la máxima permitida por la ley."

Crédito fuera de lugar, como elemento o factor de precio para el señor Saldarriaga Sanín, que corrobora el numeral 6.2.3. de la CLÁUSULA SEXTA:

"6.2.3 La cuota prevista en el numeral 6.2.3 (sic) será pagada por LA PROMITENTE COMPRADORA únicamente a LOS PROMITENTES VENEDORES: Inversiones Monticello S.A. y Promociones Venta Raíz Ltda., de conformidad con las instrucciones escritas que al respecto darán oportunamente a la Fiduciaria en las cuales se le dará prioridad al pago establecido en el párrafo I. de la cláusula 5.2.3 a favor del señor Oscar Saldarriaga Sanín."

Esta obligación dineraria a cargo de INVERSIONES MONTECELLO y en beneficio del señor SALDARRIAGA SANÍN, no puede, entonces, tener por vengero la relación jurídica de la promesa de venta sino otro negocio particular que enlazó a las mencionadas personas natural y jurídica.

COROLARIO: El Tribunal tendrá como ajena a las obligaciones dinerarias a cargo de CASA DEL MAR, pactadas en el contrato de promesa de compraventa, la suma de \$168.290.382, sobre la que versa el PARÁGRAFO I del aparte 5.2.3. del OTROSÍ N° 5, pues no forma parte de "la materia sobre la que se ha contratado" (art. 1619 del Código Civil).

La interpretación de los apartes del OTROSÍ No. 5 transcritos –cuya función no le incumbía al perito- llevan al Tribunal a apartarse de los valores consignados en el dictamen pericial e inclusive en la experticia aportada por la parte convocante como prueba de objeción al dictamen.

De conformidad con lo expuesto se concluye que la sociedad CASA DEL MAR S.A. le quedó adeudando a los demandantes la suma de \$ 704.462.546.00 por concepto de capital y de intereses de plazo causados al 15 de junio de 2008.

4.8.4. SOBRE LAS PRETENSIONES INDEMNIZATORIAS FORMULADAS PARA EL EVENTO EN QUE SE DISPUSIERA EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

De manera preliminar se advierte que si bien la parte demandante dando cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010 que modificó el artículo 211 del C.P.C. estimó bajo juramento la indemnización de perjuicios que consideró irrogados por el incumplimiento contractual de la sociedad convocada, el Tribunal considera que dicha estimación, dadas las reglas imperativas que regulan el incumplimiento de obligaciones dinerarias, no

le impide valorar la posibilidad jurídica de acumular las diversas indemnizaciones reclamadas y de verificar que las mismas no excedan los topes máximos que se aplican en esta clase de obligaciones, como luego se explicará.

En la petición cuarta subsidiaria de la demanda la parte convocante solicitó se condenara a la sociedad CASA DEL MAR a reconocerle y pagarle la totalidad de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales sufridos por los demandantes en razón del incumplimiento contractual imputable a la sociedad demandada.

Concretamente reclamó por el rubro indemnizatorio:

4.1 La suma de \$300.000.000.00 por cláusula penal pactada en la cláusula Décima Primera del contrato de promesa de compraventa.

4.2 La suma de \$391.350.000.00 por concepto de la "pena" contenida en la cláusula séptima del OTROSÍ No. 5.

4.3 Los intereses moratorios generados hasta el momento de presentación de la demanda, estimados en la suma de \$186.051.218.00; más los intereses moratorios generados hasta el pago efectivo de la obligación, a la tasa máxima legal autorizada.

4.4 Los perjuicios morales equivalentes a la suma de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales para cada uno de los convocantes.

4.5 Los perjuicios a la vida de relación equivalentes a la suma de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales para cada uno de los convocantes.

El éxito de la pretensión de cumplimiento de un contrato no asegura por sí mismo que hayan de prosperar las pretensiones indemnizatorias que se formulan por el incumplimiento contractual.

De conformidad con los postulados de la responsabilidad civil (en esta institución se enmarca la pretensión indemnizatoria), por regla general le incumbe a la parte que pretende la reparación de un perjuicio demostrar la ocurrencia de este y su cuantía.

Tratándose del incumplimiento de obligaciones dinerarias la legislación civil y la legislación comercial consagran unas reglas especiales en relación con la indemnización de perjuicios.

El artículo 1.617 # 2 del código civil prescribe que si la obligación es de pagar una cantidad de dinero el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses. Por su parte el artículo 884 del código de comercio (con la modificación introducida por el artículo 111 de la Ley 510 de 1999) determina que el interés máximo que se puede cobrar en negocios mercantiles corresponde a 1.5 veces el interés bancario corriente.

En el presente caso las partes estipularon en la cláusula séptima del contrato de promesa (con la modificación introducida por el OTROSÍ No. 5) que en el evento en que la promitente compradora incurriera en mora en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias a su cargo debería reconocer intereses moratorios a la tasa máxima permitida. Pero además acordaron en la misma cláusula la causación de una pena en el evento de que la mora fuera superior a 180 días. La cláusula referida es del siguiente tenor:

“SÉPTIMA- CAUSACIÓN DE INTERESES: La mora en el pago de las cuotas previstas en las cláusulas quinta y sexta causará intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley. Adicionalmente se generarán las siguientes sanciones:

a) Si la mora fuere mayor a 180 días las partes acuerdan que a partir del día ciento ochenta y uno (181) calendario, se generará una pena equivalente al 10% del valor total de la venta.

b) Los saldos que se adeuden por capital, intereses y multas podrán ser exigidos a través de derechos fiduciaros en el Fideicomiso Casa del Mar. Acción Fiduciaria deberá ceder los derechos al Promitente Vendedor que le hayan incumplido, una vez este acredite si quiera sumariamente que no se le ha efectuado el pago. Para dicha cesión la Promitente Compradora autoriza que se efectúe con la simple presentación de una carta de reclamación a la Fiducia donde se manifieste que no se ha cumplido con los pagos adeudados.”

Adicionalmente en la cláusula Décima Primera del contrato de promesa de compraventa celebrado entre las partes se pactó una cláusula penal para el evento de incumplimiento por valor de \$300.000.000.00, la cual fue concebida en los siguientes términos:

DECIMA PRIMERA: CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA: *En caso de incumplimiento de cualquiera de las cláusulas estipuladas en el presente contrato de promesa de compraventa, el contratante incumplido pagará al contratante cumplido la suma de TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$300.000.000.00), a título de Cláusula Penal Pecuniaria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1.592 del Código Civil. El valor de la cláusula penal antes expresada será exigible por la vía ejecutiva inmediatamente. La parte cumplida solamente podrá exigir el cumplimiento del mismo, pues no podrá dar por terminado el presente contrato. Si fuere LA PROMETIENTE COMPRADORA la parte incumplida, LA PROMETIENTE COMPRADORA deberá cancelarle, además del precio del inmueble, el monto de la cláusula penal pecuniaria; Y viceversa, si fueren LOS PROMETIENTES VENEDORES la parte incumplida, LA PROMETIENTE COMPRADORA podrá deducir del precio de los inmuebles, el monto de la cláusula penal pecuniaria.*

PARÁGRAFO: *En caso que el proyecto inmobiliario Casa del Mar – Primera Etapa no llegare al Punto de Equilibrio, dentro del plazo y condiciones previstas en el parágrafo III de la cláusula Quinta, no se considerará incumplimiento imputable a la PROMITENTE COMPRADORA y por ende no se causará la cláusula penal prevista en estas cláusulas”.*

Las normas citadas y las cláusulas contractuales relacionadas plantean los siguientes problemas:

- Es posible que cuando se incumplen obligaciones dinerarias el acreedor pueda exigir el pago de los intereses moratorios máximos que se permiten cobrar (1.5 veces el interés bancario corriente) y las cláusulas penales contractualmente acordadas?

- Es posible que adicionalmente a los intereses moratorios el acreedor de la obligación dineraria incumplida pueda reclamar perjuicios extrapatrimoniales?

En relación con el primer interrogante planteado es necesario advertir que tal problema suscitó una fundada controversia hasta la expedición de la Ley 45 de 1990, ya que hasta dicho momento no existía una norma expresa que impidiera la acumulación de los intereses moratorios y las cláusulas penales por el incumplimiento de obligaciones dinerarias. Pese a la ausencia de una norma prohibitiva, tal acumulación resultaba cuestionable, pues la cláusula penal se erigía en un mecanismo para que las partes eludieran los topes máximos que se podían cobrar por concepto de intereses.

El artículo 65 de la Ley 45 de 1990 resolvió con claridad y con equidad la discusión planteada al prescribir que *“toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación”*.

La norma citada, que precisamente tiene como objetivo impedir que se burlen los topes máximos que se permite cobrar por concepto de intereses moratorios por el incumplimiento de obligaciones dinerarias, determina que cualquier pena, cláusula penal o sanción que se establezca por el incumplimiento de una obligación de tal naturaleza, deba ser interpretada como un pacto de intereses de mora.

Como lo explica JORGE SUESCÚN MELO en el ensayo “COMENTARIOS AL RÉGIMEN DE TASAS DE INTERÉS”:

“En consecuencia, los daños causados por la extemporaneidad en el pago de sumas de dinero se reparan por el reconocimiento de intereses y sólo con éstos. Pueden los particulares en desarrollo de la autonomía de su voluntad, pactar para este evento cláusulas penales, pero para su validez el monto de éstas no podrá superar el límite de los intereses moratorios establecidos en la ley. Esto significa, que las denominaciones de cláusula penal, multa diaria, sanción pecuniaria, etc., no tienen ninguna relevancia jurídica especial, pues en el fondo son y deben

mirarse, en la hipótesis que analizamos, como intereses de mora, y por tanto están sujetas a su régimen". (DERECHO PRIVADO. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Legis. Segunda Edición. Tomo I, pág. 531).

En coherencia con las consideraciones precedentes, para este Tribunal resulta nítido que al haber pactado las partes para el evento de incumplimiento de las obligaciones dinerarias a cargo de CASA DEL MAR la causación de intereses moratorios a la tasa máxima permitida, carecen de validez las cláusulas penales que se acordaron en adición a los intereses moratorios, pues con las mismas se estarían transgrediendo los límites máximos que se pueden cobrar en materia de intereses moratorios, y es claro conforme a la norma citada que a dichas cláusulas penales o penas hay que darles el efecto jurídico de pactos de intereses.

Al no poderse acumular los intereses moratorios pactados –que se reitera son los máximos permitidos- con las cláusulas penales acordadas, se impone desestimar el reconocimiento de estas.

Las mismas razones expuestas llevan al Tribunal a no reconocer los demás rubros indemnizatorios genéricamente reclamados por la parte convocante, anotando que los intereses moratorios que se están cobrando tienen como uno de sus componentes el de la indexación. Igualmente, la petición dirigida al reconocimiento de "*dineros cancelados en exceso por el predial*" no tiene relación con la pretensión de cumplimiento contractual, y lo que allí se pide no corresponde a una indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento negocial deducido.

4.8.5. SOBRE LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES.

En el escrito por medio del cual la parte actora satisfizo las exigencias requeridas por el Tribunal para admitir la demanda, se indicó:

"PERJUICIOS MORALES Y DAÑOS A LA VIDA DE RELACIÓN. Para dar cumplimiento a este requisito me permito agregar el siguiente hecho:

TRIGÉSIMO PRIMERO: Todos los miembros de la familia Saldarriaga a raíz de los incumplimientos invocados en los hechos de esta demanda no solo se ha visto sumidos en un gran pesar, dolor, pena, angustia y además una minoración espiritual que se traducen en un evidente perjuicio moral. Igualmente se han visto afectado a todos ellos su vida de relación, al cambiar sus vidas a raíz del incumplimiento en la ejecución contrato, puesto que muchos de sus proyectos dependían del dinero que recibirían de este negocio, los cuales no han percibido en su totalidad y sus vidas ya giran en torno a este asunto."

En el mismo memorial, se había invitado al Tribunal a tener en consideración la siguiente reflexión:

"EN CUANTO AL REQUISITO 3.3. Se afirma en este requisito que la petición "QUINTA" de las principales viene planteada en forma general y adolece de indeterminación (sic), y se insiste que "al juzgador le está vedado suplir a la parte demandante en el reconocimiento de lo que no fue expresamente pedido por ésta con precisión, claridad, exactitud y determinación de lo solicitado.", lo que se comparte plenamente, sin embargo llamo la atención del H. TRIBUNAL sobre un principio general en materia de responsabilidad: "SE DEBE INDEMNIZAR EL DAÑO CAUSADO, TODO EL DAÑO CAUSADO Y NADA MÁS QUE EL DAÑO CAUSADO"
(...)

"Art. 16 Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración del daño irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales."

El mérito de dicha norma es el que se retomara el contenido de la equidad como principio y como criterio cuantificador del perjuicio por encima de los límites del derecho procesal, dando prevalencia al derecho sustancial como lo ordena la constitución, por lo tanto, cuando de indemnización se requiere, basta con pedir una reparación total e integral de todos los perjuicios, puesto que de encontrarse acreditado dentro del proceso cualquier perjuicio que haya producido el daño se debe de indemnizar". (subraya adicionada).

A efecto de concluir si procede o no el reconocimiento de estos perjuicios impetrados por los convocantes, es de rigor traer las siguientes apreciaciones:

Bien puede afirmarse como axiomático en el estado actual de la teoría general de la responsabilidad civil, que por causa del incumplimiento de obligaciones contractuales, en principio, pueden producirse daños no solamente patrimoniales sino extrapatrimoniales que deben ser indemnizados, si se dan, desde luego, los supuestos en los que se fundamenta el resarcimiento. De la última estirpe son, evidentemente, los que se han transcrito precedentemente.

El tratadista HERNAN DARIO VELASQUEZ GÓMEZ, en su obra "ESTUDIOS SOBRE OBLIGACIONES" (Editorial Temis, 2010), enseña:

"443 (...) Para hablar de indemnización es indispensable que exista un perjuicio al acreedor. Sin perjuicio no hay lugar a indemnización no obstante el incumplimiento de la obligación, porque si no existe, nada hay que reparar. ...lo ordinario, lo normal, lo que suele suceder, es que el incumplimiento de una obligación previamente determinada genere perjuicios, ya que el acreedor no va a obtener el provecho que esperaba. Por ello el ordenamiento impone la obligación de indemnizar perjuicios, a partir de la mora, cuando ésta se requiere. Vistas así las cosas existe una presunción legal de que el incumplimiento acarrea perjuicios: Más tal presunción no tiene significación distinta de la de admitir la existencia de perjuicios que sean razonablemente ciertos, aunque no sean absolutamente ciertos ... estando el acreedor llamado a probar su naturaleza y cuantía".

Este autor, al clasificar los perjuicios en patrimoniales y extrapatrimoniales, argumenta que:

"447.2. Los extrapatrimoniales, que algunos llaman daño a la persona, comprenden diversos perjuicios relacionados directamente con la persona, no con su patrimonio, cuya valoración no puede obtenerse de manera exacta. El daño proveniente de la acción u omisión del deudor en muchos casos incide en las personas mismas, de variadas formas y en diferentes aspectos, sustancialmente distintos. Así, puede darse una aflicción interna por la muerte de un ser querido; o una afectación de la vida de relación que trasciende a los comportamientos sociales (como cuando alguien queda con una fea cicatriz en su rostro, o cuando el pianista por la pérdida de la mano y no puede volver a tocar el piano, o se sufre un continuo dolor corporal, o alguien queda funcionalmente discapacitado).

También puede ocurrir que sean otros derechos distintos de la vida o la integridad personal los que quedan afectados, como ocurre cuando se lesionan intereses protegidos jurídicamente: La libertad (de expresión, de cultos, de

locomoción, de asociación), el honor, la honra, la intimidad, el buen nombre, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, en fin, una variopinta gama de derechos fundamentales que pueden ser conculcados sin que se genere un daño patrimonial. Se ha tratado, incluso, de deslindar cada daño causado a distintas esferas de la persona, hablándose así de daño a la vida de relación, daño a las condiciones de existencia, daño estético, daño psicológico, etc. Tarea ciertamente loable porque debiendo ser la reparación integral, no pueden dejarse de lado afectaciones que tengan clara autonomía; pero es una tarea en la que hay que ser cuidadosos, no sea que se termine indemnizando doblemente. Por ejemplo, la diferenciación entre daño psicológico y moral puede ser sutil en algunos casos. Lo mismo puede decirse entre el daño estético y el daño de la vida de relación. ¿Hasta dónde uno de ellos no absorbe al otro?

(...)

Los perjuicios morales se concretan en el dolor interno, tales como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o impotencia que siente el acreedor por la transgresión de la obligación, como cuando se causan lesiones físicas, una cicatriz, por ejemplo, o cuando se ocasiona la muerte de un ser querido. El acreedor, no hay duda de ello, sufre interiormente, sufrimiento que debe ser reparado en la medida de lo posible. Su valoración es del arbitrio judicial en materia civil según reiterada posición de la Corte Suprema (...).

El doctor VELASQUEZ pasa a describir el "perjuicio llamado fisiológico", así: "... (la denominación, por su especificidad, ha sido criticada, sugiriéndose, más bien, denominarlo perjuicio de placer o pérdida del placer de vida, o a la vida de relación) que algunos incluyen dentro del moral y otros lo separan. Se refiere a la destrucción de la relación de vida, es decir el entorno social con las demás personas queda afectado, se disminuye el placer de la vida, su disfrute ... En fin, el rumbo vital toma otra dirección".

Finalmente, arguye:

"Ahora bien, no se pretende que cualquier incumplimiento o retardo automáticamente de lugar a la indemnización del daño extrapatrimonial ... Cada caso merece analizarse, sin que pueda afirmarse una línea general de conducta. Sólo cuando el Juez, con fundamento en las circunstancias del caso y de la prueba recaudada, encuentra que el acreedor sufrió internamente o se afectó extrapatrimonialmente, el daño debe ser reparado" (resalto y subrayas, intencionales)".

El Tribunal acoge la anterior doctrina por encontrarla ceñida a la lógica y coherencia que sobre el particular se ha dilucidado por otros tratadistas y por la jurisprudencia.

De donde, en ejercicio de la misión de atender a las naturaleza de la obligación incumplida –dineraria-, las vicisitudes a las que estuvo sometido el contrato, las dificultades en la ejecución del proyecto inmobiliario, el incumplimiento parcial de la convocada, así como la orfandad absoluta de prueba acerca de los daños extrapatrimoniales que se dice fueron ocasionados a todos los demandados, para determinar la conducencia del reconocimiento y pago de los perjuicios en tales modalidades, los suscritos Árbitros no encuentran, con la certeza debida, que los mismos se hubieran ocasionado, resaltando que el reconocimiento de perjuicios extrapatrimoniales por el incumplimiento de obligaciones dinerarias corresponde a una situación excepcional que debe estar demostrada causal y cabalmente.

En realidad de verdad no es convincente lo que al respecto recoge el señor apoderado en de los demandantes en su alegato de conclusión, al apuntar simplemente:

“En cuanto a los perjuicios extra patrimoniales sufridos por la Familia SALDARRIAGA los mismos saltan a la vista y basta con leer la declaración de la Señora SILVIA OSORIO GALEANO quien afirma sobre la grave situación económica que al momento de la venta estaba pasando dicha familia con la esperanza de que con el pago de dicha venta iban a salir de la misma, pero resulta que van más de cinco (5) años y no han podido ver satisfecho el precio pactado. Igualmente la respuesta a la pregunta No. 2 del interrogatorio de parte absuelto por la Dra. CATALINA SALDARRIAGA VANEGAS que corrobora la mala situación económica del miembro cabeza de familia, lo que lo obligo a realizar esa negociación con la esperanza de recibir el pago cumplido y hasta la fecha no lo ha logrado”.

No es de recibo admitir para fulminar condenas como las referidas, aducir que los perjuicios extrapatrimoniales, en este caso, “saltan a la vista”. No, ese tipo de condenas exigen contar con un mínimo sustrato de evidencia acerca del

acaecimiento de los daños que deben indemnizarse; sustrato que no logra edificar la declaración de la señora Silvia Osorio Galeano. La señora Galeano en sus versión ante el Tribunal no describe las características de la aflicción padecida por los miembros de la familia Saldarriaga, ni las circunstancias de modo en que se habría afectado la vida de relación de sus integrantes en las distintas esferas que la componen, como en lo laboral, profesional, social, etc.

Por lo expuesto, el Tribunal considera que no se demostraron los perjuicios extrapatrimoniales deprecados, y por tanto no se accederá a estos pedimentos de la demanda.

4.9. LIQUIDACIÓN DE LAS SUMAS A RECONOCER A LOS CONVOCANTES.

Acorde con lo expuesto en acápites precedentes el Tribunal concluye que a los convocantes se les adeuda por la sociedad CASA DEL MAR la suma de \$704.462.546.00 por concepto de capital, más los intereses moratorios causados a la tasa máxima legal permitida, a partir del 16 de junio de 2008.

A dichos valores debe descontarse -imputando a intereses- las dos sumas de dinero pagadas por la sociedad CASA DEL MAR a los convocantes el 16 de septiembre de 2009 (\$66.384.058.00) y el 26 de marzo de 2010 (\$227.488.846.00).

Teniendo en cuenta dichos parámetros la liquidación de las sumas adeudadas a los convocantes a la fecha del laudo es la siguiente:

Liquidación de los intereses sobre un capital de \$704462546 entre el 16 de junio de 2008 y el 16 de septiembre de 2009, teniendo en cuenta que en esta fecha la Sociedad demandada efectuó un pago parcial de \$66,384,058,00 imputable a intereses.

| CAPITAL: | | \$704.462.546,00 | | | | | | | |
|---|----------|------------------|-------------|-------------------------------|-----------------------------------|------------|------------------|---------------|------------------|
| DESDE | VIGENCIA | HASTA | T. Efectiva | Brio. Cte. Efectiva Anual 1.5 | Máxima Autorizada Nominal Mensual | TASA FINAL | LIQUIDACION DÍAS | INTERESES | |
| 16-Jun-08 | | 30-Jun-08 | | 21,92% | 32,88% | 2,40% | 15 | 8.443.871,10 | |
| 01-Jul-08 | | 31-Jul-08 | | 21,51% | 32,27% | 2,36% | 30 | 18.608.935,33 | |
| 01-Ago-08 | | 31-Ago-08 | | 21,51% | 32,27% | 2,36% | 30 | 18.608.935,33 | |
| 01-Sep-08 | | 30-Sep-08 | | 21,51% | 32,27% | 2,36% | 30 | 18.608.935,33 | |
| 01-Oct-08 | | 31-Oct-08 | | 21,02% | 31,53% | 2,31% | 30 | 16.274.164,09 | |
| 01-Nov-08 | | 30-Nov-08 | | 21,02% | 31,53% | 2,31% | 30 | 16.274.164,09 | |
| 01-Dic-08 | | 31-Dic-08 | | 21,02% | 31,53% | 2,31% | 30 | 16.274.164,09 | |
| 01-Ene-09 | | 31-Ene-09 | | 21,47% | 32,21% | 2,35% | 30 | 16.581.671,07 | |
| 01-Feb-09 | | 28-Feb-09 | | 21,47% | 32,21% | 2,35% | 30 | 16.581.671,07 | |
| 01-Mar-09 | | 31-Mar-09 | | 21,47% | 32,21% | 2,35% | 30 | 16.581.671,07 | |
| 01-Abr-09 | | 30-Abr-09 | | 20,28% | 30,42% | 2,24% | 30 | 15.765.326,47 | |
| 01-May-09 | | 31-May-09 | | 20,28% | 30,42% | 2,24% | 30 | 15.765.326,47 | |
| 01-Jun-09 | | 30-Jun-09 | | 20,28% | 30,42% | 2,24% | 30 | 15.765.326,47 | |
| 01-Jul-09 | | 31-Jul-09 | | 18,65% | 27,98% | 2,08% | 30 | 14.630.357,53 | |
| 01-Ago-09 | | 31-Ago-09 | | 18,65% | 27,98% | 2,08% | 30 | 14.630.357,53 | |
| 16-Sep-09 | | 30-Sep-09 | | 18,65% | 27,98% | 2,08% | 15 | 7.315.178,76 | |
| total intereses hasta el 16 de septiembre de 2009 | | | | | | | | 450 | 240.710.055,82 |
| Capital | | | | | | | | | 704.462.546,00 |
| TOTAL: CAPITAL+INTERESES | | | | | | | | | \$945.172.601,82 |

PAGO PARCIAL IMPUTABLE A INTERESES Valor de intereses causados hasta el 16 de sep de 2009 teniendo en cuenta el pago parcial
\$ 66.384.058 \$ 240.710.055,82 \$ 174.325.997,82

| CAPITAL: | | \$704.462.546,00 | | | | | | | |
|--|----------|------------------|-------------|-------------------------------|-----------------------------------|------------|------------------|---------------|-------------------|
| DESDE | VIGENCIA | HASTA | T. Efectiva | Brio. Cte. Efectiva Anual 1.5 | Máxima Autorizada Nominal Mensual | TASA FINAL | LIQUIDACION DÍAS | INTERESES | |
| 17-Sep-09 | | 30-Sep-09 | | 18,65% | 27,98% | 2,08% | 14 | 6.827.500,18 | |
| 01-Oct-09 | | 31-Oct-09 | | 17,28% | 25,92% | 1,94% | 30 | 13.650.946,37 | |
| 01-Nov-09 | | 30-Nov-09 | | 17,28% | 25,92% | 1,94% | 30 | 13.650.946,37 | |
| 01-Dic-09 | | 31-Dic-09 | | 17,28% | 25,92% | 1,94% | 30 | 13.650.946,37 | |
| 01-Ene-10 | | 31-Ene-10 | | 16,14% | 24,21% | 1,82% | 30 | 12.843.164,31 | |
| 01-Feb-10 | | 28-Feb-10 | | 16,14% | 24,21% | 1,82% | 30 | 12.843.164,31 | |
| 01-Mar-10 | | 26-Mar-10 | | 16,14% | 24,21% | 1,82% | 26 | 11.130.742,40 | |
| total intereses periodo 17 de septiembre/26 de marzo /2010 | | | | | | | | 190 | 84.827.410,32 |
| total intereses periodo anterior | | | | | | | | | \$ 174.325.997,82 |
| capital | | | | | | | | | 704.462.546,00 |
| TOTAL: CAPITAL+INTERESES | | | | | | | | | \$963.415.954,14 |

PAGO PARCIAL IMPUTABLE A INTERESES Valor de intereses causados hasta el 26 de marzo de 2010 teniendo en cuenta el pago parcial
\$ 227.488.846 \$ 258.953.407,82 \$ 31.464.561,82

Liquidación de los intereses sobre un capital de \$704462546 entre el 27 de marzo de 2010 y el 19 de noviembre de 2012

| CAPITAL: | | \$704.462.546,00 | | | | | | | |
|---|----------|------------------|-------------|-------------------------------|-----------------------------------|------------|------------------|---------------|--------------------|
| DESDE | VIGENCIA | HASTA | T. Efectiva | Brio. Cte. Efectiva Anual 1.5 | Máxima Autorizada Nominal Mensual | TASA FINAL | LIQUIDACION DÍAS | INTERESES | |
| 27-Mar-10 | | 31-Mar-10 | | 16,14% | 24,21% | 1,82% | 4 | 1.712.421,91 | |
| 01-Abr-10 | | 30-Abr-10 | | 15,31% | 22,97% | 1,74% | 30 | 12.241.243,67 | |
| 01-May-10 | | 31-May-10 | | 15,31% | 22,97% | 1,74% | 30 | 12.241.243,67 | |
| 01-Jun-10 | | 30-Jun-10 | | 15,31% | 22,97% | 1,74% | 30 | 12.241.243,67 | |
| 01-Jul-10 | | 31-Jul-10 | | 14,94% | 22,41% | 1,70% | 30 | 11.971.115,42 | |
| 01-Ago-10 | | 31-Ago-10 | | 14,94% | 22,41% | 1,70% | 30 | 11.971.115,42 | |
| 01-Sep-10 | | 30-Sep-10 | | 14,94% | 22,41% | 1,70% | 30 | 11.971.115,42 | |
| 01-Oct-10 | | 31-Oct-10 | | 14,21% | 21,32% | 1,62% | 30 | 11.434.850,85 | |
| 01-Nov-10 | | 30-Nov-10 | | 14,21% | 21,32% | 1,62% | 30 | 11.434.850,85 | |
| 01-Dic-10 | | 31-Dic-10 | | 14,21% | 21,32% | 1,62% | 30 | 11.434.850,85 | |
| 01-Ene-11 | | 31-Ene-11 | | 15,61% | 23,42% | 1,77% | 30 | 12.459.447,36 | |
| 01-Feb-11 | | 28-Feb-11 | | 15,61% | 23,42% | 1,77% | 30 | 12.459.447,36 | |
| 01-Mar-11 | | 31-Mar-11 | | 15,61% | 23,42% | 1,77% | 30 | 12.459.447,36 | |
| 01-Abr-11 | | 30-Abr-11 | | 17,69% | 26,54% | 1,98% | 30 | 13.952.573,58 | |
| 01-May-11 | | 31-May-11 | | 17,69% | 26,54% | 1,98% | 30 | 13.952.573,58 | |
| 01-Jun-11 | | 30-Jun-11 | | 17,69% | 26,54% | 1,98% | 30 | 13.952.573,58 | |
| 01-Jul-11 | | 31-Jul-11 | | 18,63% | 27,95% | 2,07% | 30 | 14.616.308,49 | |
| 01-Ago-11 | | 31-Ago-11 | | 18,63% | 27,95% | 2,07% | 30 | 14.616.308,49 | |
| 01-Sep-11 | | 30-Sep-11 | | 18,63% | 27,95% | 2,07% | 30 | 14.616.308,49 | |
| 01-Oct-11 | | 31-Oct-11 | | 19,39% | 29,09% | 2,15% | 30 | 15.148.061,16 | |
| 01-Nov-11 | | 30-Nov-11 | | 19,39% | 29,09% | 2,15% | 30 | 15.148.061,16 | |
| 01-Dic-11 | | 31-Dic-11 | | 19,39% | 29,09% | 2,15% | 30 | 15.148.061,16 | |
| 01-Ene-12 | | 31-Ene-12 | | 19,92% | 29,68% | 2,20% | 30 | 15.516.346,84 | |
| 01-Feb-12 | | 29-Feb-12 | | 19,92% | 29,68% | 2,20% | 30 | 15.516.346,84 | |
| 01-Mar-12 | | 31-Mar-12 | | 19,92% | 29,68% | 2,20% | 30 | 15.516.346,84 | |
| 01-Abr-12 | | 30-Abr-12 | | 20,52% | 30,78% | 2,26% | 30 | 15.930.788,43 | |
| 01-May-12 | | 31-May-12 | | 20,52% | 30,78% | 2,26% | 30 | 15.930.788,43 | |
| 01-Jun-12 | | 30-Jun-12 | | 20,52% | 30,78% | 2,26% | 30 | 15.930.788,43 | |
| 01-Jul-12 | | 31-Jul-12 | | 20,52% | 30,78% | 2,26% | 30 | 15.930.788,43 | |
| 01-Ago-12 | | 31-Ago-12 | | 20,89% | 31,29% | 2,29% | 30 | 16.164.479,59 | |
| 01-Sep-12 | | 30-Sep-12 | | 20,89% | 31,29% | 2,29% | 30 | 16.164.479,59 | |
| 01-Oct-12 | | 31-Oct-12 | | 20,89% | 31,34% | 2,30% | 30 | 16.185.059,42 | |
| 01-Nov-12 | | 19-Nov-12 | | 20,89% | 31,34% | 2,30% | 19 | 10.250.537,83 | |
| total intereses periodo 27 de septiembre/10/ 19 /noviembre/2012 | | | | | | | | 1013 | 478.316.241,98 |
| total intereses periodo anterior | | | | | | | | | 31.464.561,82 |
| capital | | | | | | | | | 704.462.546,00 |
| TOTAL: CAPITAL+INTERESES causados hasta la fecha del leudo | | | | | | | | | \$1.214.242.349,80 |

Consecuente con lo anterior se ordenará a la sociedad CASA DEL MAR S.A. pagarle a los demandantes la suma antes referida (\$1.214.242.349.80) por concepto de capital e intereses moratorios causados hasta la fecha del laudo. De dicha suma le corresponde el 20% al señor OSCAR SALDARRIAGA, el 20% a la señora ROCÍO DEL SOCORRO VANEGAS, y el 15% a cada uno de los hijos demandantes, acorde con los porcentajes establecidos en el Otrosí No. 5.

Igualmente se dispondrá que a partir del 20 de noviembre de 2012 la sociedad demandada le deberá reconocer intereses moratorios a los convocantes sobre el capital debido (\$704.462.546.00) a la tasa máxima permitida (1.5 del interés corriente bancario).

4.10. DE LA OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE DEL DICTAMEN PERICIAL CONTABLE FINANCIERO.

Le corresponde ahora al Tribunal pronunciarse sobre la objeción por error grave formulada por la parte convocante al dictamen pericial rendido por el perito Jorge Castrillón Naranjo.

La prueba pericial tiene por objeto ayudar e ilustrar al juez sobre la verificación de hechos que interesen al proceso, que requieran de especiales conocimientos científicos técnicos y artísticos, distintos a la ciencia del derecho.

En ese sentido, los peritos son auxiliares de los jueces, en este caso los árbitros, que por razón de sus conocimientos especializados los ilustran sobre hechos que exceden el conocimiento común de los mismos.

El artículo 238 del C.P.C. establece que los dictámenes periciales son objetables por error grave, cuando éste sea "*determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas.*"

De la norma citada se desprende que el error grave es aquel que de no haberse presentado hubiese implicado un contenido y resultado diferente de la pericia,

a punto de alterar de manera determinante la realidad y, por consiguiente, suscitar una falsa apreciación, significativa y relevante de las conclusiones del dictamen.

Consiste igualmente el error grave en formular opiniones sobre temas que no les constan a los peritos. Adicionalmente, es importante resaltar que no se puede confundir "error grave", con desavenencia con el concepto profesional del perito.

Sobre el particular ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

"(...) deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos (...)" y que lo que caracteriza desaciertos de tal naturaleza y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un dictamen *"(...) es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otros que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven (...)"*

*"La tacha por error grave a que se refiere la norma citada no es una vía para controvertir los razonamientos y conclusiones del perito. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando y aplicando correctamente la norma legal y, por lo mismo, es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva."*¹

Así mismo, es importante precisar que el objeto y ámbito del dictamen está fijado por los cuestionarios sometidos a los peritos por las partes, y por el Tribunal, de tal manera que para efectos del estudio de la objeción, el Tribunal deberá tener en cuenta específicamente el marco fijado a la perito para rendir su dictamen.

Se observa que el dictamen se ciñó estrictamente a la prueba pedida por la parte convocante y a la ordenada por el Tribunal, sin que la pericia hubiera excedido los límites del decreto de pruebas.

¹ Gaceta Judicial, Tomo LXXXV, Pág. 604. Citada en el Laudo proferido en el Tribunal de Arbitramento Monómeros Colombo Venezolanos S.A. vs. Lloyds Trust S.A.

Se considera igualmente que, para proferir el presente laudo, el Tribunal no tuvo en cuenta las consideraciones del perito Castrillón Naranjo, ni las presentadas por el otro perito Dr. Oscar León García por cuanto ninguno de los dos considero - pues no tenían porque hacerlo- que la cuota por intereses demandada para ser cancelada el 15 de junio de 2008, por la suma de \$168.290.382 no correspondía a la convocada Casa del Mar, sino a Inversiones Monticello S.A, conforme ya se indicó en otro aparte de este laudo, razón por la cual no se advierte error grave del dictamen que hubiera de considerar el Tribunal al proferir su laudo.

No prospera, igualmente, porque el Tribunal para llegar a la cuantificación de la condena no tuvo en cuenta el dictamen pericial, sino que procedió a elaborar sus propios cálculos, no obstante que los peritos se ciñeron a lo solicitado por la partes al pedir la prueba.

Con base en todo lo expuesto y dentro del marco interpretativo señalado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que atrás se transcribió, el Tribunal concluirá que la objeción por error grave no está llamada a prosperar y así lo declarará en la parte resolutive de este Laudo.

4.11. DE LAS EXCEPCIONES.

La razón para negar la pretensión resolutoria es la de ausencia de un presupuesto necesario para la prosperidad de esta, cual es la anuencia de todos los contratantes para ejercer la opción de resolución del contrato.

Teniendo en cuenta el motivo de desestimación de la pretensión, técnicamente no existe la posibilidad de hacer un pronunciamiento en relación con las excepciones.

Con respecto a la pretensión de cumplimiento, el Tribunal no halla ningún hecho diferente que configure una excepción y que pueda impedir que la pretensión referida prospere.

Se advierte que únicamente propuso excepciones la apoderada de los señores ANTONIO ELÍAS NÁDER y GUILLERMO DE JESÚS ÁLVAREZ, sin que las mismas pudieran atacar la pretensión de cumplimiento, puesto que tales sujetos no tienen interés jurídico para oponerse a esta pretensión.

En consecuencia, no se declarará probada ninguna excepción.

4.12. COSTAS.

Teniendo en cuenta las reglas que en materia de costas establecen los artículos 392 y 393 del código de procedimiento civil, el Tribunal condenará a la sociedad CASA DEL MAR a pagar a los convocantes las costas procesales, reducidas en un 50%, teniendo en cuenta que la pretensión principal no prosperó y que de las subsidiarias no todas salieron avantes. Así:

Por concepto de gastos del proceso reconocerá a los convocantes la suma de \$34.696.290.00, equivalente al 50% del valor que le correspondió pagar por honorarios del Tribunal, gastos administrativos y de funcionamiento del proceso y por los gastos de la pericia contable acreditados en el proceso.

El Tribunal conforme al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura con la modificación introducida por el Acuerdo 222 del mismo año, consultando los porcentajes establecidos para un proceso verbal de única instancia, impondrá pagar a la sociedad demandada CASA DEL MAR y a favor de los demandantes la suma de \$60.000.000.00, por concepto de agencias en derecho.

De otro lado, con base en el anterior parámetro normativo, los convocantes serán condenados a pagar las costas procesales a las sociedades INVERSIONES MONTECELLO S.A. y PROMOCIONES VENTA RAÍZ LTDA. y a los señores GUILLERMO DE JESÚS ÁLVAREZ y ANTONIO ELÍAS NÁDER. Como agencias en derecho los demandantes pagarán a cada una de las mencionadas personas naturales y jurídicas, la suma de \$15.000.000.00. Lo precedente, teniendo en cuenta la desestimación de la pretensión que concernía a éstos y que fue la que conllevó a su citación al proceso.

Finalmente, El Tribunal impondrá a los demandantes la obligación de pagar los gastos del proceso acreditados a favor de los demandados GUILLERMO DE JESÚS ÁLVAREZ y ANTONIO ELÍAS NÁDER, en su orden, así: \$2.056.000.00 (folios 709 y 710 del expediente) y \$563.235.00 (folios 923 y 924 del expediente).

CAPITULO TERCERO

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado e integrado para dirimir el conflicto entre los señores **OSCAR SALDARRIAGA SANÍN, ROCÍO DEL SOCORRO VANEGAS JARAMILLO, EDUARDO SALDARRIAGA VANEGAS, PABLO SALDARRIAGA VANEGAS, LUZ MARÍA SALDARRIAGA VANEGAS y CATALINA SALADARRIAGA VANEGAS (LOS CONVOCANTES)**, y los señores **GUILLERMO ÁLVAREZ MÚNERA y ANTONIO ELÍAS NADER NADER** y de las sociedades **PROMOTORA CASA DEL MAR S.A., INVERSIONES MONTECELLO S.A. y PROMOCIONES VENTA RAÍZ LIMITADA (LOS CONVOCADOS)**, administrando justicia en nombre la República de Colombia, por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- Se desestima en su integridad la pretensión deducida de manera principal por los convocantes, referida a la resolución del contrato de promesa de compraventa celebrado entre LOS PROMITENTES VENDEDORES: Oscar Saldarriaga Sanin, Rocío Del Socorro Vanegas Jaramillo, Eduardo Saldarriaga Vanegas, Pablo Saldarriaga Vanegas, Luz María Saldarriaga Vanegas, Catalina Saldarriaga Vanegas, Inversiones Montecello S.A., Promociones Venta Raíz Ltda., Guillermo de Jesús Alvarez Múnera y Antonio Elías Náder Náder y LA PROMITENTE COMPRADORA: Promotora Casa Del Mar S.A., el diez (10) de abril de 2006, y todos sus "otrosi", junto con las peticiones "CONSECUENCIALES Y SUBSIDIARIAS" de dicha pretensión.

SEGUNDO.- No hay lugar a acoger las excepciones propuestas por los convocados GUILLERMO ÁLVAREZ MÚNERA y ANTONIO ELÍAS NADER NADER, en relación con la pretensión principal desestimada –resolución del contrato de promesa de compraventa y sus “otrosí”, junto con las peticiones “CONSECUENCIALES Y SUBSIDIARIAS” de la mencionada pretensión, de acuerdo con lo motivado en el aparte 4.12 de las motivaciones del presente laudo.

TERCERO.- Se declara que la sociedad PROMOTORA CASA DEL MAR S.A. incumplió a los convocantes con el pago del precio pactado en el contrato de promesa celebrado el diez (10) de abril de 2006 y en su “OTROSÍ N° 5”, que por concepto de capital y de intereses de plazo causados al 15 de junio de 2008 ascendía a la suma de \$704.462.546.00.

CUARTO.- Se declara que a los convocantes se les adeuda por la sociedad PROMOTORA CASA DEL MAR S.A., la suma de \$704.462.546.00, más los intereses moratorios causados a la tasa máxima legal permitida, a partir del 16 de junio de 2008.

QUINTO.- Se reconoce que PROMOTORA CASA DEL MAR S.A. pagó a los convocantes las siguientes sumas de dinero que se imputarán a intereses causados a la fecha en que se efectuaron los pagos: a) \$66.384.058.00, el 16 de septiembre de 2009 y b) \$227.488.846.00, el 26 de marzo de 2010.

SEXTO.- En consecuencia, se condena, en concreto, a PROMOTORA CASA DEL MAR S.A. a pagarle a los convocantes, por capital más los intereses moratorios causados a la tasa máxima legal permitida, a partir del 16 de junio de 2008 y hasta la fecha de este laudo, ya efectuadas las deducciones de las sumas de dinero de que trata la precedente resolución –quinta-, en la forma allí establecida, la cantidad total de \$1.214.242.349.80; de acuerdo con la liquidación practicada en la parte considerativa. De dicha suma le corresponde el 20% al señor OSCAR SALDARRIAGA, el 20% a la señora ROCÍO DEL SOCORRO VANEGAS, y el 15% a cada uno de los demandantes Eduardo Saldarriaga Vanegas, Pablo Saldarriaga Vanegas, Luz María Saldarriaga

Vanegas y Catalina Saldarriaga Vanegas, según los porcentajes establecidos en el Otrosí No. 5.

SÉPTIMO.- Se dispone que a partir del 20 de noviembre de 2012, la sociedad demandada, PROMOTORA CASA DEL MAR S.A., deberá reconocer a los convocantes intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida (1.5 del interés corriente bancario), sobre el capital debido de \$704.462.546.00. Tales intereses se pagarán a los demandantes en las proporciones indicadas en la condena impuesta en la precedente resolución sexta.

OCTAVO.- Salvo los intereses moratorios ya reconocidos y ordenados a favor de los convocantes, se absuelve a PROMOTORA CASA DEL MAR S.A. a pagar a los convocantes los otros perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales reclamados en la petición "CUARTA" de la pretensión subsidiaria, por las razones expresadas en la parte motiva de este laudo.

NOVENO.- No se acogen las excepciones propuestas por los convocados GUILLERMO ÁLVAREZ MÚNERA y ANTONIO ELÍAS NADER NADER, que puedan vincularse a la pretensión subsidiaria, por lo dicho en las motivaciones.

DÉCIMO.- Se declara que no prospera la objeción del dictamen pericial por error grave.

UNDÉCIMO.- Se abstiene de pronunciarse acerca de las reclamaciones solicitadas por las sociedades INVERSIONES MONTECELLO S.A. y PROMOCIONES VENTA RAÍZ LTDA., contenidas en la contestación de la demanda presentada el 3 de octubre de 2011, condicionadas a la prosperidad ya de la pretensión principal de resolución del contrato de promesa, ya de la subsidiaria de cumplimiento, por no reunir dicho escrito con los requisitos de una demanda que conduzca a proveer de fondo sobre aquellas peticiones, al tenor de lo expuesto en los considerandos del laudo.

DUODÉCIMO.- Se condena en costas, de acuerdo con lo determinado en la parte considerativa, así:

a) PROMOTORA CASA DEL MAR S.A. pagará como gastos del proceso a los convocantes la suma de \$34.696.290.00 y como agencias en derecho, la cantidad de \$60.000.000.00.

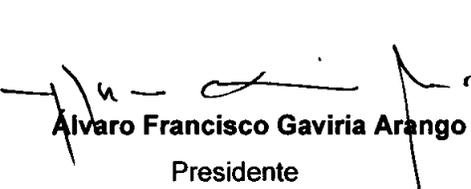
b) Los convocantes pagarán como gastos del proceso a los señores GUILLERMO ÁLVAREZ MÚNERA y ANTONIO ELÍAS NADER NADER, en su orden, la suma de \$2.056.000.00 y \$563.235.00, y como agencias en derecho pagarán los convocantes a las sociedades INVERSIONES MONTECELLO S.A. y PROMOCIONES VENTA RAÍZ LIMITADA y a los señores GUILLERMO ÁLVAREZ MÚNERA y ANTONIO ELÍAS NADER NADER, la cantidad de \$15.000.000.00 para cada una de las citadas personas jurídicas y naturales.

DÉCIMO TERCERO.- Se dispone la protocolización del expediente en una de las Notarías del Círculo Notarial de Medellín.

DECIMO CUARTO.- El Presidente liquidará la parte económica de los gastos del proceso y rendirá cuentas a las partes.

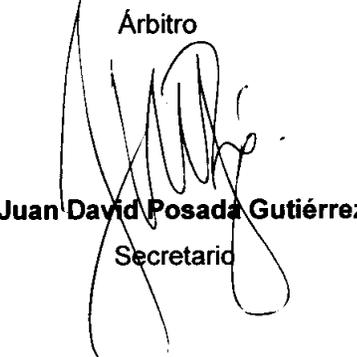
DECIMO QUINTO.- Se expiden sendas copias auténticas del presente laudo con destino a las partes del proceso.

El presente laudo queda notificado en la audiencia en la cual se profiere.


Álvaro Francisco Gaviria Arango
Presidente


Álvaro Isaza Upegui
Árbitro

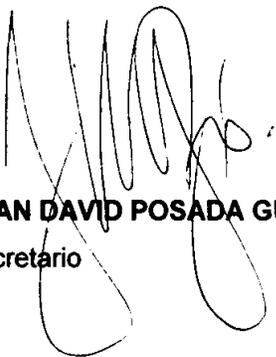

Juan Carlos Gaviria Gómez
Árbitro


Juan David Posada Gutiérrez
Secretario

Nota de autenticación:

Los presentes 97 folios son fiel copia del laudo arbitral dictado el 19 de noviembre de 2012, dentro del arbitramento promovido por los señores **OSCAR SALDARRIAGA SANÍN, ROCÍO DEL SOCORRO VANEGAS JARAMILLO, EDUARDO SALDARRIAGA VANEGAS, PABLO SALDARRIAGA VANEGAS, LUZ MARÍA SALDARRIAGA VANEGAS y CATALINA SALADARRIAGA VANEGAS** en contra de los señores **GUILLERMO ÁLVAREZ MÚNERA y ANTONIO ELÍAS NADER NADER** y de las sociedades **PROMOTORA CASA DEL MAR S.A., INVERSIONES MONTECELLO S.A. y PROMOCIONES VENTA RAÍZ LIMITADA.**, es tercera copia, no presta mérito ejecutivo y se destina para la Cámara de Comercio de Medellín.

Medellín, 19 de noviembre de 2012.



JUAN DAVID POSADA GUTIÉRREZ

Secretario