

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., catorce (14) de julio de dos mil diecisiete (2017)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad procesal para hacerlo, el Tribunal integrado por el Doctor Dario Laguado Giraldo, en su calidad de Árbitro Único, asistido por la Secretaria, Diana Rivera Andrade, procede a pronunciar el laudo arbitral para dirimir las controversias existentes entre Claudia Lizeth Hernández Piñeros y Constructora Marsil S.A.S.

I. ANTECEDENTES.

1. Pacto arbitral. La cláusula compromisoria se encuentra pactada en la cláusula décima tercera del contrato de opción para firmar promesa de compraventa, celebrado por Claudia Lizeth Hernández Piñeros y Constructora Marsil S.A.S., el 02 de septiembre de 2014 y que en su tenor literal dispone lo siguiente:

"CLAUSULA DECIMA TERCERA.- Cláusula Compromisoria: toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución o liquidación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento integrado por árbitro único, por el Centro de Arbitraje y Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá. El Tribunal se sujetará en su funcionamiento a las disposiciones legales, al reglamento adoptado por el centro mencionado, funcionará allí y el Arbitro resolverá las diferencias en derecho".

2. Partes procesales.

i. Demandante:

Claudia Lizeth Hernandez Piñeros, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.913.983.

ii. Demandada:

Constructora Marsil S.A.S., identificada con Nit. 900.604.650-5, domiciliada en Bogotá, representada legalmente por Fanny María Sierra Salgado, identificada con cedula de ciudadanía No. 1.069.485.647 y/o quien haga sus veces.

3. Apoderados.

i. Apoderado de la parte demandante:

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

Juan Carlos Serrano Gutierrez, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 91.110.808 y tarjeta profesional de abogado No. 166.658 del C.S.J., a quien se le reconoció personería mediante Auto del 23 de junio de 2016.

ii. **Apoderado parte demandada:**

La parte convocada no ha designado apoderado especial que represente sus intereses dentro del presente proceso arbitral, pues no ha comparecido a pesar de haber sido notificada y convocada a todas las actuaciones procesales.

4. Demanda Arbitral. El 22 de abril de 2016 fue radicada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la demanda a la que le fue asignado el número de caso 4577.

5. Hechos de la demanda. Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- i. El 2 de septiembre de 2014 Constructora Marsil S.A.S. (en adelante la "parte convocada" o la "Constructora") y Claudia Lizeth Hernandez Piñeros (en adelante la "parte convocante" o la "Beneficiaria"), celebraron un contrato opción al cual denominaron, CONTRATO DE OPCIÓN PARA FIRMAR PROMESA DE COMPRAVENTA PROYECTO: BIFAMILIAR PINOS DE TURINGIA. (en adelante el "Contrato").
- ii. El objeto del Contrato, según la cláusula primera del mismo, consistió en que la Constructora se obligaba para con la Beneficiaria a preferirla, en el momento en decidiera y pudiera vender la Casa 9 - 2 del Bifamiliar Pinos de Turingia, ubicado en la Carrera 103D No. 152-24, Barrio Turingia de la ciudad de Bogotá, lote 12, manzana B de la Urbanización Turingia 3, con una área superficial de 36.00 m² (3.00 m² de frente por 12.00 m² de fondo), tres (3) pisos de altura, área construida de 116.00 m² y área de placa de cubierta de 27.00 m²; para lo cual, las partes celebrarían una promesa de compraventa que contenga las condiciones bajo las cuales se perfeccione la venta del mencionado inmueble.
- iii. El valor pactado como precio de la promesa de compraventa, según cláusula segunda del Contrato, fue la suma de trescientos veinte millones de pesos (\$320.000.000), acordando una cuota inicial de ciento ochenta millones (\$180.000.000) (en adelante la "Suma Anticipada") y los restantes ciento cuarenta millones de pesos (\$140.000.000) para el momento de la entrega del inmueble prometido en venta.
- iv. La beneficiaria canceló la Suma Anticipada de la siguiente manera:
 - (a) La suma de ciento diez millones de pesos (\$110.000.000) consignados mediante cheque girado a nombre de la Constructora, el 5 de septiembre de 2014.

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

(b) La suma de sesenta y cuatro millones de pesos (\$64.000.000) consignados mediante cheque girado a nombre de la Constructora, el 8 de septiembre de 2014.

Lo anterior asciende a un total de ciento setenta y cuatro millones de pesos (\$174.000.000).

- v. En la cláusula tercera del Contrato, se pactó que el derecho de preferencia u opción a favor de la Beneficiaria, tenía una vigencia de 6 meses contados a partir de la suscripción del contrato y que la única causal de terminación de la opción o preferencia sería el mutuo acuerdo entre las partes.
- vi. En la cláusula cuarta del Contrato, se estableció que la sociedad debía dar aviso escrito de la decisión de celebrar la promesa de compraventa del inmueble a la Beneficiaria, mediante el envío de una comunicación escrita a la dirección de notificación indicada en la cláusula décima segunda del Contrato.
- vii. En la cláusula octava del Contrato, se estipuló que de acuerdo a lo pactado en el Contrato, el mismo contenía una oferta o propuesta de un negocio jurídico que se propuso a la Beneficiaria y que consistía en la opción para la adquisición, en las condiciones indicadas y preferentemente, de una casa que la Constructora tenía construida y que en ese sentido la aceptación de la oferta por parte de la Beneficiaria implicaba para ella la obligación de suscribir en el futuro, un contrato de promesa de compraventa, una vez recibiera el aviso del que trataba la cláusula cuarta del Contrato.
- viii. Posterior a la firma del Contrato, las partes decidieron firmar un documento adicional al Contrato, al cual denominaron, DOCUMENTO ACLARATORIO (en adelante el "Documento Aclaratorio"), a través del cual aclararon la opción de compra de la casa 9-2 de Bifamiliar Pinos de Turingia, en el sentido que, la suma de ciento ochenta millones de pesos (\$180.000.000), entregados por la Beneficiaria no implicaban una restricción o prohibición para la venta de la casa en mención, cuando se presentara otro promitente comprador; dado que ella obtendría una rentabilidad de treinta millones de pesos (\$30.000.000), por el periodo de seis meses contados a partir de la fecha de entrega de los ciento ochenta millones de pesos (\$180.000.000) a la Constructora.
- ix. La sociedad decidió vender a otra persona el inmueble prometido en venta sin avisar previamente a la Beneficiaria, sobre la decisión de realizar la promesa de compraventa del inmueble objeto del contrato, tal como lo ordenaba cláusula cuarta del Contrato, privándola del derecho de preferencia que le asistía.
- x. Pasados los seis meses contados a partir del pago de la cuota inicial, es decir, el 8 de septiembre de 2014 y habiéndose vendido el inmueble, la Constructora incumplió su obligación de pagarle a la Beneficiaria, los treinta millones de pesos (\$30.000.000) que se comprometió

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

a reconocerle como utilidad por la venta del inmueble a persona distinta, conforme a lo pactado en el Documento Aclaratorio.

- xi. A la fecha de presentación de la demanda, la Constructora no ha restituido a la Beneficiaria, los ciento setenta y cuatro millones de pesos (\$174.000.000) pagados por concepto de cuota inicial, ni le ha pagado los treinta millones de pesos (\$30.000.000), por concepto de utilidad prometida a pesar de los múltiples requerimientos verbales efectuados por ella.
- xii. El incumplimiento de la parte convocante le ha venido causando graves daños y perjuicios a la parte convocada.
- xiii. La parte convocada, sin contar con autorización previa, consignó a la cuenta de ahorros de la parte convocada, las siguientes sumas de dinero:
 - i. Diez millones de pesos (\$10.000.000), el 14 de noviembre de 2015.
 - ii. Treinta millones de pesos (\$30.000.000), el 25 de febrero de 2016.
 - iii. Cuarenta millones de pesos (\$40.000.000), el 17 de marzo de 2016.

Respecto a estas sumas dinero, el apoderado indicó que deberían imputarse primero a intereses y luego a capital.

- xiv. En la cláusula décima tercera del Contrato, las partes de común acuerdo pactaron una cláusula compromisoria en virtud de la cual toda controversia o diferencia relativa al contrato, a su ejecución o liquidación, sería dirimida por un Tribunal de Arbitramento integrado por un árbitro único del Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal que se sujetará en su funcionamiento a las disposiciones legales, al reglamento adoptado por el centro mencionado, y que proferirá un laudo en Derecho.

6. Pretensiones de la demanda.

Las pretensiones de la demanda son las siguientes:

- i. Que se declare resuelto el Contrato, suscrito el 2 de septiembre de 2014 entre Constructora Marsil S.A.S. y Claudia Lizeth Hernández Piñeros, posteriormente adicionado conforme al Documento Aclaratorio, dado el grave incumplimiento de la Constructora, consistente en no respetar el derecho de preferencia y en su defecto, al vender el inmueble no pagar la utilidad prometida.

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

- ii. Que en consecuencia de lo anterior se condene a la demandada a reintegrar a la demandante, la suma de ciento setenta y cuatro millones de pesos (\$174.000.000) por concepto de Suma Anticipada, terminada de pagar el 8 de septiembre de 2014.
 - iii. Que en consecuencia de lo anterior se condene a la demandada a pagar a la demandante, la suma de treinta millones de pesos (\$30.000.000) por concepto de la utilidad prometida y generada durante el período de seis meses comprendido desde el 8 de septiembre de 2014 al 7 de marzo de 2015.
 - iv. Que se condene a la demandada a pagar a la demandante todos y cada uno de los perjuicios causados a raíz del incumplimiento del Contrato, los cuales se determinaron de la siguiente manera:
 - (a) Daño emergente. Estimado en treinta y cuatro millones trescientos setenta y dos mil seiscientos diecinueve pesos con diecinueve centavos (\$34.372.219,19), por concepto de honorarios pactados con el apoderado judicial para la representación judicial del demandante en la presente causa, conforme al contrato de prestación de servicios presentado como prueba en la demanda.
 - (b) Lucro cesante. Estimado en sesenta y seis millones novecientos cincuenta y ocho mil novecientos noventa y cinco pesos (\$66.958.995), correspondiente a los intereses moratorios generados en relación con la suma de doscientos cuatro millones de pesos (\$204.000.000), por concepto de lo pagado por concepto de Suma Anticipada más la utilidad prometida, desde el 8 de marzo de 2015 hasta la fecha de presentación de esta demanda.
- A las anteriores sumas deberá descontarse las sumas giradas de manera inconsulta por la demandada a la cuenta de ahorros de la demandante, primero imputados a intereses y luego si resulta saldo al capital.
- v. En caso de oposición, se condene al demandado a pagar las costas del proceso.

II. TRÁMITE ARBITRAL.

- 1. Designación y posesión del Árbitro.** El Tribunal está integrado por el Doctor Dario Laguado Giraldo, en su calidad de Árbitro único, designado por sorteo realizado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 4 de mayo de 2016, quien tomó posesión del cargo una vez se surtió el trámite de notificación respectivo y con el cumplimiento del deber de revelación previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012.

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

2. Instalación del Tribunal. Previa las citaciones de rigor, el Tribunal se instaló el 23 de junio de 2016 y en la Audiencia adoptó las siguientes decisiones:

- i. Fijar la sede Salitre del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, como lugar de funcionamiento del Tribunal y la Secretaría.
- ii. Designar como secretaria a la Doctora Diana Rivera Andrade, quien, informada de su designación, dio cumplimiento al deber revelación previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012.
- iii. Reconocer personería a Juan Carlos Serrano Gutierrez como apoderado de la parte convocante.
- iv. Inadmitir la demanda por ausencia del juramento estimatorio, con fundamento en los artículos 82,7 y 206 del Código General del Proceso.

7. Admisión de la demanda. Mediante escrito radicado 30 de junio de 2016, el apoderado de la parte convocante subsanó oportunamente la demanda y en consecuencia el Tribunal mediante Auto del 11 de julio de 2016, admitió la demanda y ordenó la notificación del Auto admisorio a la parte convocada en la forma prevista en los artículos 290 y siguientes del Código General del Proceso.

- i. En cumplimiento de las órdenes impartidas en el Auto admisorio, el apoderado de la parte convocante remitió, en sobre sellado recibido en las oficinas de la Secretaria del Tribunal, el 3 de agosto de 2016, los documentos que a continuación se relacionan con los cuales pretendía acreditar el trámite de notificación personal a la parte convocada:

- (a) Una (1) comunicación fechada primero (1º) de agosto de 2016 dirigida al Tribunal en la que el apoderado de la parte convocante informó al Tribunal que:

“(…) primer lugar la citación fue enviada vía correo certificado a la dirección reportada en la Cámara de Comercio y la misma fue devuelta, por lo que se procedió a desplazarnos directamente a la dirección y allí fue recibida personalmente.

Adjunto copia de ambos trámites.”

- (b) Una (1) una citación para diligencia de notificación personal del Auto admisorio de la demanda arbitral, fechada 15 de julio de 2016 sin constancia de recibido.
- (c) Una (1) una constancia de devolución de la citación del 15 de julio de 2016, con fundamento en la casual “desconocido / destinatario desconocido”, expedida por Inter Rapidísimo S.A.

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

- (d) Una (1) una citación para diligencia de notificación personal del Auto admisorio de la demanda arbitral, fechada el 28 de julio de 2016, con sello de Marsil Constructora Nit. 900.604.650-7, firmado por Liliana Bahamón y con hora de recepción 11:50 am, que el apoderado de la parte convocante manifiesta haber radicado personalmente en la carrera 103 D No. 152-24 de la ciudad de Bogotá
- ii. Por Secretaría se incorporaron al expediente todos los documentos arriba relacionados, junto con el sobre sellado y todos los documentos que tienen el membrete de la empresa postal Inter Rapidísimo S.A.
- iii. En atención a lo narrado en el numeral i. anterior, el Tribunal mediante Auto No. 5 del 10 de agosto de 2016, resolvió:
- "Primero:-** Ordenar que por Secretaría se envíe la comunicación de que trata el Artículo 291 al correo electrónico "*fbanguera10@hotmail.com*", el cual consta en el certificado de existencia y representación legal de la parte convocada expedido por la Cámara de Comercio de Constructora Marsil S.A.S. (Cfr. Folios 16 del Cuaderno Principal).
- Segundo:** Si dicha comunicación no fuese efectiva según lo previsto en la norma aplicable, ordenar que la Secretaría del Tribunal haga la notificación personal en los términos del párrafo 1º del Artículo 291 del Código General del Proceso."
- iv. En cumplimiento a lo dispuesto en el ordinal primero del Auto del 5 de agosto de 2016, el 19 de agosto del mismo año, la Secretaría remitió la citación para notificación personal del Auto admisorio de la demanda al correo electrónico fbanguera10@hotmail.com.
- v. En relación con el correo electrónico al que se refiere el numeral anterior, no se recibió acuse de recibo de la parte convocada y el mismo obra a folio a 126 del Cuaderno Principal.
- vi. En cumplimiento a lo dispuesto en el ordinal segundo del Auto del 5 de agosto de 2016, el 2 de septiembre del mismo año, la Secretaría se desplazó, infructuosamente, a la carrera 103 D No. 152 - 24 de la ciudad de Bogotá, dirección inscrita en el Registro Mercantil por la sociedad convocada para recibir notificaciones judiciales, con el propósito de realizar la entrega de la citación de que trata el art. 291 del C.G.P.; sin embargo ese día el Tribunal pudo constatar que en efecto en esa dirección funcionaban las oficinas de la parte convocada.
- vii. El 21 de septiembre de 2016, la Secretaría del Tribunal se desplazó nuevamente a la carrera 103 D No. 152 - 24 de la ciudad de Bogotá y entregó a la señora Liliana Bahamón, la citación de que trata el art. 291 del C.G.P. y la previno en forma rigurosa para que informara al representante legal de la sociedad convocada acerca de la importancia de comparecer a

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

notificarse del Auto admisorio y retirar el traslado de la demanda o en su defecto otorgar poder especial con ese propósito a un apoderado de su confianza.

- viii. En vista de que la citación para notificación personal fue entregada el 21 de septiembre de 2016, el término de cinco (5) días para que la parte convocada compareciera a notificarse del Auto admisorio y retirara el traslado de la demanda, venció el 28 de septiembre del mismo año, sin que el representante legal de la sociedad o su apoderado hubiesen concurrido a notificarse del Auto del 11 de julio de 2016.
- ix. En atención los hechos narrados anteriormente, el Tribunal mediante Auto No. 6 del 5 de octubre de 2016 requirió al apoderado de la parte convocante, para que elaborara el aviso de que trata el artículo 292 del C.G.P. e hiciera entrega del mismo a la Secretaría del Tribunal, para que esta, a través del servicio de correo electrónico certificado "certimail" del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, surtiera el trámite de la notificación por aviso del Auto admisorio de la demanda.
- x. En cumplimiento a lo dispuesto en el Auto del 5 de octubre de 2016, el 12 de octubre del mismo año, el apoderado de la parte convocante elaboró y entregó el aviso a la Secretaría del Tribunal.
- xi. El 18 de octubre de 2016, la Secretaría del Tribunal remitió a la parte convocada, un correo electrónico certificado que contenía el aviso y copia del Auto del 11 de julio de 2016, por medio del cual el Tribunal admitió la demanda, advirtiéndole que la notificación se entendería surtida al finalizar el día siguiente al recibo del aviso.
- xii. En vista de que el aviso fue entregado al destinatario del mail, el 19 de octubre de 2016, según informe generado por el servicio de correo electrónico certificado "certimail" del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el término de traslado de veinte (20) días para contestar la demanda y proponer excepciones, venció el 21 de noviembre de 2016.

8. Contestación de la demanda. Conforme a lo dicho anteriormente, el 21 de noviembre de 2016, finalizó el término de 20 días hábiles para que la parte convocada contestara la demanda y propusiera excepciones, término que finalizó sin pronunciamiento alguno por parte de la convocada.

9. Medidas cautelares. A solicitud de la parte convocante y habiéndose prestado oportunamente la caución señalada por el Tribunal, se ordenó la inscripción de la demanda en los folios de matrícula inmobiliaria 50N-20754147, 50N-20369594 y 50N-20369595, medidas cautelares que fueron debidamente inscritas por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá - Zona Norte

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

en los folios de matrícula referidos, bajo los turnos de radicación No. 2017-13026, 2017-27331 y 2017-27334 respectivamente.

10. Audiencia de conciliación y fijación de gastos y honorarios. El 2 de marzo de 2016 se llevó a cabo la audiencia de conciliación sin que se haya obtenido acuerdo alguno, pues la parte convocada no compareció y por ello, se declaró fracasada. A continuación se fijaron por el Tribunal los gastos y honorarios del Tribunal, sumas que fueron pagadas oportuna y totalmente por la parte convocante, quien a la fecha no ha solicitado la expedición de la certificación prevista en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012.

11. Primera audiencia de trámite. El 25 de abril de 2016, tuvo lugar la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir en derecho, las controversias surgidas entre las partes antes referidas. Igualmente fijó el término de duración del proceso arbitral en seis (6) meses, profirió el Auto de decreto de pruebas, señaló fechas para la práctica de las diligencias y así mismo declaró finalizada la primera audiencia de trámite.

12. Instrucción del proceso.

- i. **Pruebas documentales.** Con el valor que la ley les confiere, se agregaron al expediente los documentos aportados por la parte convocante en la demanda:
 - (a) Original del contrato de opción para firma de promesa de compraventa: Proyecto Bifamiliar Pinos de Turingia suscrito por Constructora Marsil S.A.S. y Claudia Lizeth Hernández Piñeros, el 02 de septiembre de 2014.
 - (b) Original del Documento Aclaratorio suscrito por Constructora Marsil S.A.S. y Claudia Lizeth Hernández Piñeros.
 - (c) Copia del comprobante de consignación de Bancolombia No. 160245868 del 5 de septiembre de 2014 por valor de ciento diez millones de pesos (\$110.000.000).
 - (d) Copia del comprobante de consignación de Bancolombia No. 167963830 del 8 de septiembre de 2014 por valor de sesenta y cuatro millones de pesos (\$64.000.000).
 - (e) Copia autenticada del contrato de prestación de servicios profesionales de abogado suscrito por la demandante y su apoderado, en el cual las partes pactaron el valor de los honorarios y su forma de pago así: *"EL CONTRATANTE pagará a los ABOGADOS CONTRATISTAS por concepto de honorarios profesionales, la suma correspondiente al 18% de todas las sumas y conceptos que se logren recaudar a través de conciliación extrajudicial, o durante el proceso arbitral, ya sea por sentencia de fondo, conciliación judicial o cualquier otra forma anormal o anticipada de terminación del proceso."*

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

(f) Certificado de existencia y representación legal de Constructora Marsil S.A.S. identificada con Nit. 900.604.650-5.

ii. **Interrogatorio de la parte demandada.** Fijado para el 28 de abril de 2017 a las 11:30 am, mediante Auto No. 15 del 25 de abril del año en curso.

Respecto a esta prueba el Tribunal deja constancia que la parte convocada, a pesar de haber sido debidamente citada, no compareció y tampoco justificó su inasistencia conforme lo prevé el artículo 204 del C.G.P.

iii. **Juramento estimatorio.** Allegado con el escrito de subsanación de la demanda, en el que los perjuicios fueron estimados en la suma de doscientos veinticinco millones trescientos treinta y un mil seiscientos catorce pesos (\$225.331.614).

iv. **De oficio.** En ejercicio de las facultades que le confiere la legislación en materia de pruebas de oficio, el Tribunal decretó las siguientes:

(a) **Documentales.** Ordenó a la parte convocante que allegara, una certificación de la cuenta bancaria en la cual se recibieron las consignaciones hechas por Constructora Marsil S.A.S.

Respecto a estos documentos, el Tribunal deja constancia que fueron aportados oportunamente y los mismos quedaron a disposición de la parte convocada por el término de tres (3) días sin que ella se hubiere manifestado al respecto.

En cuanto a los extractos de la cuenta de ahorros de la parte convocante, se verifican tres (3) consignaciones por valor ochenta millones trece mil ciento sesenta y seis pesos (\$80.013.166), hechas de la siguiente manera:

i. Diez millones de pesos (\$10.000.000), el 14 de noviembre de 2015.

ii. Treinta millones trece mil ciento sesenta y seis pesos (\$30.013.166), el 25 de febrero de 2016.

iii. Cuarenta millones de pesos (\$40.000.000), el 17 de marzo de 2016.

(b) **Declaración de la parte demandante.** Fijado para el 28 de abril de 2017 a las 11:00 am, mediante Auto No. 15 del 25 de abril del año en curso.

Respecto a esta prueba el Tribunal deja constancia que Claudia Lizeth Hernández Piñeros, asistió puntualmente a la audiencia y su declaración se encuentra grabada en un CD que

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

obra en el expediente y del cual el apoderado de parte demandante conserva una copia que le fue entregada el 28 de abril de 2017.

13. Cierre de la etapa probatoria. El 05 de mayo de 2017 mediante Auto No. 16, el Tribunal decretó el cierre de la etapa probatoria y fijó fecha para surtir la audiencia de alegatos, la cual tuvo lugar el 13 de junio de 2016.

14. Alegatos de conclusión. El 13 de junio de 2017, se llevó a cabo la audiencia de alegatos en la que la parte convocada no compareció ni presentó alegatos y la parte convocante los presentó en forma verbal y escrita, los cuales pueden resumirse de la siguiente manera:

- i. Hizo un análisis de las pruebas aportadas y practicadas a lo largo del proceso y la manera como, como en su concepto, quedaron plenamente demostrados los hechos en que se fundamentaron las pretensiones de la demanda arbitral.
- ii. Manifestó sus consideraciones sobre el negocio jurídico celebrado por las partes y la aplicación de las normas relativas a la resolución de los contratos bilaterales, para lo cual trajo a colación una sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia del 27 de enero de 1981, en la que establecieron los requisitos para la resolución de los contratos.
- iii. Presentó una liquidación de las sumas de dinero que la parte convocante debe devolver a su cliente, las cuales ascienden a **TRESCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS UN PESOS (\$328.651.401)**, que incluye los siguiente conceptos:

Concepto.	Valor.
Capital inicial.	\$204.000.000
Capital al 17 de marzo de 2016 luego de aplicar los abonos o pagos hechos por la parte convocada el 14 de noviembre de 2015, el 26 de febrero de 2016 y el 17 de marzo de 2016.	\$185.796.190 ¹
Intereses corrientes y de mora liquidados mes a mes desde marzo de 2015 hasta junio de 2017, menos los abonos o pagos	\$74.817.881 ²

¹ Sobre el capital al 17 de marzo de 2016 debe advertirse que en la liquidación allegada con el escrito de alegatos existe una incongruencia por cuanto no refleja el pago o abono realizado por la parte convocada el 17 de marzo de 2016, por valor de \$40.000.000.

² Sobre los intereses debe advertirse que en la liquidación allegada con el escrito de alegatos existe una incongruencia por cuanto no refleja el pago o abono realizado por la parte convocada el 17 de marzo de 2016, por valor de \$40.000.000.

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

realizados por la parte convocada, el 26 de febrero de 2016 y el 17 de marzo de 2016.	
Total adeudado a 13 de junio de 2017 luego de descontar abonos a intereses y capital	\$260.614.071 ³
Gastos Tribunal de arbitramento, que incluye gastos iniciales, póliza de seguro y honorarios del Árbitro, la Secretaria y los gastos del Centro de Arbitraje y Conciliación de la CCB.	\$21.126.798
Honorarios abogado.	\$46.910.533
Gran Total.	\$328.651.401

- iv. Hizo un análisis de la conducta procesal de la parte convocada y las consecuencias jurídicas por no haber contestad la demanda, para lo cual solicitó dar aplicación a los artículos 97 y 191 del Código General del Proceso.
- v. Solicitó un pronunciamiento de decisión de fondo a la mayor brevedad posible, dadas las maniobras de insolvencia que desde la radicación de la demanda arbitral ha estado desplegando la parte convocada.
- vi. Reiteró las pretensiones de la demanda, tendientes a que se declare resuelto el **CONTRATO DE OPCIÓN PARA FIRMAR PROMESA DE COMPRAVENTA** y su **DOCUMENTO ACLARATORIO** y la condena correspondiente.

15. Término de duración del proceso. Conforme lo dispuso el Tribunal al asumir competencia y atendiendo al hecho de que se trata de un trámite en el que se aplica el procedimiento establecido en la ley, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, la cual se adelantó el 25 de abril de 2017, por lo que el vencimiento del término legal para proferir el Laudo que dirima la controversias entre las partes finalizaría el 25 de octubre de 2017, en el que tampoco se han presentado suspensiones durante este lapso.

16. Audiencia de lectura del Laudo. La audiencia de lectura del laudo fue programada inicialmente para el cinco (5) de julio del año en curso a las dos de la tarde (02:00 pm) de conformidad con el

³ Sobre el valor total adeudado a 13 de junio de 2017 debe decirse que la liquidación allegada con el escrito de alegatos existe una incongruencia por cuanto no refleja el pago o abono realizado por la parte convocada el 17 de marzo de 2016, por valor de \$40.000.000.

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

ordinal tercero del Auto No. 18, proferido en la Audiencia de Alegatos; pero a solicitud del apoderado de la parte convocante se aplazó mediante Auto No. 18 del 27 de junio de 2017, para el día doce (12) de julio a las dos de la tarde (02:00 pm) en la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicada en la calle 76 No. 11 - 52 de esta ciudad, audiencia que fue aplazada de oficio por el Tribunal, mediante Auto No. 19 del 10 de julio de 2017, para el día trece (13) de julio a las tres de la tarde (03:00 pm) en la misma sede del Centro de Arbitraje y Conciliación.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos indispensables para la validez del proceso arbitral y debido a que todas las actuaciones procesales que se han surtido se desarrollaron con plena observancia de las disposiciones legales que regulan la materia, no se advierte causal alguna de nulidad y, por ello, procede a dictar Laudo en Derecho, previas las siguientes consideraciones:

1. El negocio jurídico celebrado por las partes

El primer asunto que debe examinar este Tribunal tiene que ver con el negocio jurídico celebrado entre las partes, tal como se describe a continuación.

a. Los antecedentes

Las partes celebraron, inicialmente, un contrato que denominaron contrato de opción para firmar promesa de compraventa, en virtud del cual Constructora Marsil S.A.S., se obligó a preferir a Claudia Lizeth Hernández Piñeros, durante un lapso de 6 meses contados a partir de 02 de septiembre de 2014, para suscribir con ella, un contrato de promesa de compraventa de una casa que era construida por la Constructora. Posteriormente, las partes decidieron modificar este negocio jurídico a través de la suscripción de un documento aclaratorio en el cual pactaron que el contrato de opción no constituía impedimento para que la Constructora vendiera la casa en mención, toda vez que la demandada reconocería a la demandante, en el evento de no preferirla, una utilidad de treinta millones de pesos (\$30.000.000) sobre las sumas de dinero inicialmente entregadas por ella por concepto de Suma Anticipada.

b. Naturaleza jurídica del Contrato

Este Tribunal no puede dejar de mencionar que las partes, con suma ligereza, han engendrado una verdadera rareza jurídica. En efecto, en un sentido lato, parece ser que estamos en presencia de un contrato de opción para celebrar un contrato de promesa. Es decir, si este acuerdo es válido, el caso que nos ocupa involucraría un contrato preparatorio para celebrar otro contrato preparatorio. Tres capas o tres envolturas (contrato de opción, contrato de promesa, contrato de compraventa) que separarían la voluntad de las partes del objeto último querido por ellas, que sería la tradición del

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

inmueble. Semejante constructo no puede, sin embargo, descartarse de entrada. Al contrario, este Tribunal debe desentrañar la voluntad de los contratantes y el verdadero sentido y objetivo perseguido por ellas, tarea que se acomete a continuación.

i. Comentarios sobre el Contrato de Opción

La primera tarea que debe acometer este Tribunal es determinar si el Contrato suscrito entre las partes, analizado en conjunto con el Documento Aclaratorio, es un contrato de opción.

La legislación colombiana en relación con el contrato de opción es escueta, existiendo solo una referencia al mismo en el artículo 23 de la Ley 51 de 1998, que es del siguiente tenor:

La opción impone al que la concede la obligación de cumplir su compromiso. Si la opción no estuviere sometida a un término o a una condición será ineficaz.

La condición se tendrá por fallida si tardare más de un año en cumplirse.

Las partes pueden ampliar o restringir este plazo.

Como se ve, esta norma no define el contrato de opción ni establece cuáles son sus requisitos de existencia y validez. Al contrario, esta norma (i) reconoce la validez del contrato de opción, (ii) regula sus efectos normativos (a saber la creación de una obligación de cumplir el compromiso), (iii) establece un requisito de la esencia de la opción que es el de estar sometido a plazo o condición, y (iv) establece una regla supletiva sobre el tiempo en que debe cumplirse el plazo o la condición.

La jurisprudencia arbitral se ha referido en varias ocasiones al contrato de opción. En el laudo arbitral Falcom Farms de Colombia S.A Vs Inversiones R A Rivera Sierra y Cia S. en C. se sostuvo lo siguiente:

[...] puede afirmarse que habrá opción siempre y cuando el tener que someterse al contrato prometido dependa de que una de las partes manifieste dentro de cierto plazo su voluntad de celebrarlo. Lo primero que observa el Tribunal es que la opción es necesariamente condicional; la palabra opción, del latín *optare*, escoger, advierte la posibilidad para el beneficiario de elegir entre concluir o no el contrato prometido, facultad que se le ha concedido pero que debe ser ejercida dentro del término de ley o, en su caso, el fijado por las partes, sin que esto constituya equiparar el plazo y la condición, como desprevénidamente parece haberse contemplado por el legislador.⁴

De otro lado, en el laudo arbitral José María Gómez y Constanza Fernández de Gómez vs. Centro Comercial y de Negocios Andino, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

⁴ Tribunal Arbitral Falcom Farms de Colombia S.A Vs Inversiones R A Rivera Sierra y Cia S. En C. 2016.

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

No existe en la legislación colombiana una regulación nítida, específica y completa de la "opción", por lo que resulta indispensable para el Tribunal acudir, por una parte, al sentido natural con que se utiliza la expresión en el mundo del comercio, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 28 del Código Civil, y por la otra, a diversas instituciones jurídicas que integradas armónicamente, conducen a estructurar el concepto, sus requisitos y sus efectos.

(...)

Por consiguiente, integrando armónicamente las disposiciones aludidas, se tiene que lo que en derecho común se denomina "opción", no es nada distinto que una manifestación unilateral de voluntad en virtud de la cual un individuo ofrece a otro preferirlo para la celebración de un contrato futuro, cuyos elementos determina debidamente, quedando obligado el oferente en los términos propuestos, hasta la fecha estipulada o hasta el cumplimiento de la condición establecida y obligándose el destinatario en los términos fijados a través de la simple aceptación o del cumplimiento por su parte de las condiciones establecidas en aquella.

De esta manera, se trata de un vínculo obligacional que comprende sólo a uno de los sujetos de la relación, al oferente, desde cuando formula la oferta y a todos los demás, esto es, a los destinatarios, a partir del momento en que expresan su aceptación de aquélla en la forma debida. Por consiguiente, es una obligación que nace unilateral con la oferta y se torna bilateral o plurilateral con la aceptación de la misma.⁵

Pérez Vives, al respecto, señala lo siguiente:

Es la opción un contrato en virtud del cual una persona concede a otra, por tiempo fijo y en determinadas condiciones, la facultad exclusiva de adquirir o transferir a un tercero determinada cosa o derecho, obligándose el promitente a mantener, mientras tanto, lo ofrecido en las condiciones pactadas, y quedando libre el estipulante de concluir o no el negocio jurídico⁶.

Ahora bien, este Tribunal, siguiendo de cerca lo indicado en el laudo arbitral Falcom Farms de Colombia S.A Vs Inversiones R A Rivera Sierra y Cia S. en C. (ya citado), considera que los requisitos de la opción son los siguientes:

- a. Oferta unilateral de una persona determinada a otra persona determinada, lo que no obsta para que la opción como tal se otorgue a cambio de un precio (como ocurre con frecuencia en la opción de compra de acciones u otros valores) o que, a título de anticipo, cualquiera

⁵ Tribunal Arbitral José María Gómez y Constanza Fernández De Gómez Vs. Centro Comercial y de Negocios Andino, Propiedad Horizontal. 2008.

⁶ Teoría General de las Obligaciones. Primera Partes. Volumen I, página 35.

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

de las dos partes cumpla en todo o en parte la prestación prometida o la contraprestación correspondiente si la hubiese.

- b. Determinación perfecta de la obligación de quien concede la oferta, lo que incluye la prestación y el objeto de la misma.
- c. Plazo o condición determinada en el tiempo para que el beneficiario de la opción para exigir el cumplimiento de lo prometido.
- d. Obligación de quien concede la opción de cumplir su compromiso si así lo demanda el beneficiario de la opción.
- e. Discrecionalidad absoluta del beneficiario de la opción de exigir el cumplimiento del compromiso o no, elemento esencial de la opción y diferencia fundamental con el contrato de promesa.
- f. Ausencia de formalidades, con lo cual se distingue la opción de la promesa civil.

ii. El Contrato de Promesa; la viabilidad de celebrar un contrato de opción para suscribir un contrato de promesa

Los requisitos del contrato de promesa mercantil han sido ampliamente analizados por la jurisprudencia y la doctrina nacional. Al respecto, puede verse la Sentencia S-162 de 2000 de la Corte Suprema de Justicia y la famosa Sentencia de la misma corporación del 13 de noviembre de 1981⁷.

Ahora bien, toda vez que el contrato de promesa objeto del contrato de opción todavía no existe, este Tribunal no debe ocuparse de los requisitos de validez de este futuro e hipotético contrato, sino de una pregunta previa desde el punto de vista lógico y cronológico, a saber, si es posible celebrar un contrato de opción, cuyo objeto sea la celebración de un contrato de promesa. Al respecto, considera el Tribunal que no hay reparo alguno para que ello ocurra. La razón que permite llegar a esta conclusión tiene que ver con la diferencia que existe entre el contrato de opción y el contrato de promesa. El primero depende enteramente de la voluntad de una de las partes, quien puede optar por exigir que la otra cumpla o no el compromiso adquirido. El contrato de promesa, en cambio, es bilateral, de tal manera que una vez suscrito ambas partes están obligadas a celebrar el contrato prometido una vez se cumpla el plazo o la condición relevante. No obra en el proceso evidencia que explique por qué las partes acudieron a una fórmula de esta naturaleza, en lugar de un contrato de opción que diera lugar a la transferencia directa del inmueble, u otra modalidad contractual; pero ello es irrelevante de cara a definir la validez del contrato bajo análisis. Lo que ha sido demostrado durante el proceso es que ambas partes concurrieron libremente a la celebración del contrato, y el análisis jurídico que precede estas

⁷ GJ. Tomo CLXVI, No. 2407, páginas 610 a 683.

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

líneas es suficiente para demostrar que ningún vicio objetivo o subjetivo hace mella en la validez de dicho negocio jurídico.

iii. El efecto del Documento Aclaratorio

Con posterioridad a la firma del Contrato, las partes decidieron firmar un documento adicional al contrato de opción, el cual denominaron "Documento Aclaratorio", a través del cual aclararon la opción de compra de la casa 9-2 de Bifamiliar Pinos de Turingia, estableciendo que: *"La suma de (\$180.000.000) Ciento Ochenta millones de pesos Mcte, entregados por la BENEFICIARIA relacionada en el documento de opción de compra de la casa 9-2 no son motivo de restricción o prohibición para la venta de la casa en mención, cuando se presente otro promitente comprador; dado que la señora CLAUDIA LIZETH HERNÁNDEZ PIÑEROS, obtiene una rentabilidad por valor de (\$30.000.000) de Treinta Millones de pesos Mcte; por el periodo de seis meses contados a partir de la fecha de entrega del dinero a la Constructora Marsil S.A.S con NIT 900.604.650-5."*

Como se ve, el Documento Aclaratorio parece restarle firmeza a la obligación de celebrar el contrato de promesa de compraventa, toda vez que el pago anticipado no implicaba una restricción o prohibición para la venta de la casa en mención. En contrapartida, la beneficiaria tendría derecho a recibir una "rentabilidad" de treinta millones de pesos (\$30.000.000). Con todo, conviene analizar en detalle si el Documento Aclaratorio arrasa con la obligación prevista en el Contrato. Si se mira detalladamente, el Documento Aclaratorio consagra una obligación facultativa (Artículo 1562 del Código Civil), por virtud de la cual la parte convocada tendría la obligación de preferir a la parte convocante en la venta del inmueble, pero podría cumplir dicha obligación facultativamente mediante el pago de la suma de \$30.000.000 y el reembolso de la Suma Anticipada. Ahora bien, está demostrado en el expediente que la parte convocada no pagó a la parte convocante la suma de \$30.000.000 ni reembolsó la Suma Anticipada. Así las cosas, no se ha verificado pago ni bajo el Contrato ni bajo el Documento Aclaratorio.

iv. El Contrato, tal como fue modificado por el Documento Aclaratorio, no es un contrato de opción

En el contexto analizado anteriormente y a la luz de la evidencia que obra en el expediente, este Tribunal considera que a pesar de su denominación, sin duda resultado de la ligereza de las partes y sus asesores al momento de celebrarlo, el Contrato no es un contrato de opción. Lo anterior se fundamenta en las siguientes razones:

- (a) La Cláusula Primera del Contrato, al definir su objeto, señala que "la Sociedad se obliga para con el Beneficiario a preferirlo en el momento en el cual el primero decida y pueda vender la Casa Nueve Dos [...]. Como se ve, la supuesta obligación de vender la casa, que sería el alegado objeto del alegado contrato de opción, depende de que la parte convocada "decida y pueda" vender la casa. Así, uno de los elementos esenciales del contrato de opción, a saber, la obligación de quien la concede de cumplir su compromiso, no se configura en este caso.

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

- (b) La Cláusula Cuarta del Contrato, establece que "la Sociedad deberá dar aviso escrito al Beneficiario [...] de la decisión de realizar las promesas de compraventa de los inmuebles señalados. Nótese que esta estipulación indica que será la parte convocada quien decida seguir adelante con el negocio prometido. Así las cosas, de manera consistente con la Cláusula Primera, queda claro que no hay obligación en firme a cargo de la parte convocada.
- (c) Por su parte, la Cláusula Octava del Contrato establece que "La aceptación de la oferta por parte del Beneficiario implica para éste la obligación de suscribir, en el futuro, el contrato de promesa de compraventa, una vez reciba la notificación que le envíe la Sociedad."
- (d) Como si lo anterior fuera poco, el Documento Aclaratorio establece que el pago de la Suma Anticipada no implicaba una restricción o prohibición para la venta de la casa en mención toda vez que la parte convocante recibiría una rentabilidad de \$30.000.000 por el período de seis meses contados a partir de la entrega de la Suma Anticipada a la Parte Convocada.
- (e) Estos elementos normativos de origen contractual son suficientes para concluir que el Contrato no es un contrato de opción. No obra en el expediente prueba alguna que demuestre que la intención de las partes era distinta y que, mediante otro documento, acuerdo verbal, tratos contractuales o de otra manera quisieron darle un significado o alcance distinto a este negocio jurídico.
- (f) A partir del acervo probatorio este Tribunal considera demostrado que la intención de la parte convocante era hacerse a la propiedad del inmueble en mención. En efecto, la parte convocante manifestó lo siguiente durante el interrogatorio de parte que tuvo lugar en la audiencia del 28 de abril de 2017 en la arbitro preguntó a la demandante lo siguiente:

¿En su cabeza cuál era el negocio que usted tenía con la Constructora Marsil?

A lo cual la demandante contestó:

"Comprar la casa, yo realmente tenía primero la disponibilidad de esos ciento ochenta millones (\$180.000.000) y pues tenía el otro apartamento disponible que podía vender y que podía realmente sacar los ciento cuarenta millones (\$140.000.000) restantes que me faltaban, o sea digamos que la plata estaba y la casa pues siempre fue como atractiva para mí actividad como tal, sí, en donde uno dice de alguna forma le busco rentabilidad, vuelvo y la vendo."

No obstante lo anterior, el Contrato, se reitera, no es un contrato de opción. ¿Quiere lo anterior decir que entre las partes no ha existido un contrato válido? Si así fuera, ¿A qué título se habría hecho el pago de la Suma Anticipada y cuál sería el título para solicitar el reembolso de la misma? Procede ahora el Tribunal a analizar estas cuestiones.

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

v. Verdadera naturaleza jurídica del Contrato; conversión y conservación del negocio jurídico: el pacto de preferencia

La jurisprudencia y la doctrina se han referido extensamente sobre la conversión y conservación del negocio jurídico, privilegiando aquella forma de interpretación que permita que el negocio jurídico produzca los efectos queridos por las partes en el momento de su celebración, con independencia del nombre dado por ellas al contrato celebrado.

Es así como la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 28 de febrero de 2005, sostuvo que:

Por eso la Corte, en jurisprudencia reiterada, ha resaltado que "Si la misión del intérprete,..., es la de recrear la voluntad de los extremos de la relación contractual, su laborío debe circunscribirse, únicamente, a la consecución prudente y reflexiva del aludido logro, en orden a que su valoración, de índole reconstructiva, no eclipse el querer de los convencionistas" (cas. civ. 14 de agosto de 2000, exp. 5577). De allí que "la operación interpretativa del contrato parta necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo es traicionar la personalidad del sujeto comprometida en el acto jurídico, o en otros términos, adulterar o desvirtuar la voluntad plasmada en él" (CCLV, 568).

A lo anterior se agrega que, tratándose de contratos mercantiles, el juzgador no puede circunscribir su atención exclusivamente a las precitadas reglas hermenéuticas, todas ellas establecidas en el Código Civil, pero aplicables a los negocios jurídicos de esa estirpe, por la integración normativa que dispone el artículo 822 del Código de Comercio, sino que debe igualmente atender los principios -o directrices- que, de manera especial, consagra esta última codificación, entre ellos, por vía de ejemplo, el que aparece entronizado en el artículo 871, conforme al cual, "los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo estipulado expresamente en ellos, sino además a todo lo que corresponde a su naturaleza, según la ley, la costumbre o la equidad natural" (se destaca), o el que recoge el artículo 835, que ordena presumir esa buena fe, aún la exenta de culpa."

(...) no puede pasarse por alto que el intérprete, a la hora de hacer imperar uno de los dos extremos, debe privilegiar aquella interpretación que permita hacerle producir a la estipulación los efectos legales que las partes quisieron o debieron querer, por sobre aquella otra postura hermenéutica que conduzca a cercenárselos. Y ello es así, no sólo porque el juez debe ser respetuoso de la voluntad contractual, libremente plasmada en las cláusulas diseñadas por los contratantes (art. 1602 C.C.), a menos, claro está, que sea robusta y elocuente la violación de una normas imperativa, sino también porque, en caso de duda, manda el artículo 1620 del Código Civil que "el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno", regla que propende por la conservación del negocio (preservación de los efectos del acuerdo volitivo), pues las partes, cuando lo configuraron, quisieron de buena fe que generara una determinada consecuencia.

En otras palabras, cuando el artículo 1620 del Código Civil sienta la regla según la cual debe desecharse la interpretación que lleve a pregonar que la cláusula objeto de hermenéutica es ineficaz, o que no produce efectos, en beneficio de aquella otra que sí los reconoce, no hace otra cosa que reconocer el valor

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

normativo que *-lato sensu-* tienen los contratos, en el entendido que ellos han sido ajustados de buena fe por las partes, para que rijan su comportamiento negocial, de suerte que los jueces, caprichosa o generalizadamente, no pueden cercenar esos efectos, so capa de interpretaciones aisladas que conducen a predicar la invalidez de la estipulación, laborío que, de suyo, tiene carácter absolutamente restricto.⁸

Postura jurisprudencial que se ha sostenido en el tiempo, por ejemplo en la Sentencia del 1º de julio 2009, en donde sostuvo:

Como recientemente sostuvo la Corte, “[i]nterpretar, estricto sensu, es auscultar, desentrañar, precisar y determinar el sentido jurídicamente relevante del negocio (cas. agosto 27/1971 y julio 5/1983) el alcance de su contenido (cas. diciembre 10/1999, exp. 5277) y la identificación de los fines perseguidos con su celebración para imprimirle eficacia final (cas. febrero 18/2003, exp. 6806). Por lo mismo, la interpretación se predica de los negocios jurídicos existentes, es ulterior a la existencia del acto dispositivo y, en rigor, consiste en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido conformemente a la “recíproca intención de las partes” (art. 1618 C.C.), de ordinario plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, a las cuales, sin embargo, no se reduce ni supedita, por cuanto, aún siendo “claro” el sentido idiomático, literal o textual de las palabras, en toda divergencia a propósito, impónese reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, (...), esto es, considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica negocial, la fase prodrómica, de gestación o formación teniendo en cuenta que “...los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato” (cas. civ. junio 28/1989). De otro lado, la interpretación del negocio jurídico, es necesaria no sólo respecto de cláusulas oscuras, ambiguas, imprecisas, insuficientes e ininteligibles, antinómicas y contradictorias o incoherentes entre sí o con la disciplina normativa abstracta o singular del acto, sino también en presencia de estipulaciones claras o diáfanas (*in claris non fit interpretatio*) y aún frente a la claridad del lenguaje utilizado, cuando las partes, una o ambas, le atribuyen un significado divergente, no siendo admisible al hermeneuta restringirse al sentido natural u obvio de las palabras, a la interpretación gramatical o exegética, al escrito del acto dispositivo documental o documentado “por claro que sea el tenor literal del contrato” (cas. civ. agosto 1/2002, exp. 6907), ni “encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato...” (cas. civ. junio 3/1946, LX, 656). Naturalmente, la claridad del articulado o su significación lingüística, no exceptúa el deber de precisar la finalidad común convergente de las partes, pues la particular relevancia dinámica de la hermenéutica del negocio jurídico, se explica ante la imposibilidad pragmática de prever toda contingencia, el significado disímil de la terminología, lenguaje o redacción y no se reduce a hipótesis de ambigüedad, insuficiencia, disfunción u oscuridad, siendo pertinente en todo caso de disparidad, divergencia o diferencia respecto de su entendimiento recíproco (cas. civ. de 1 de agosto de 2002 exp. 6907). Por supuesto, la labor del juez no se orienta a enervar, reemplazar o suplantar la autoridad del dominus negotii, ni a modificar, eclipsar, adulterar o desvirtuar sus estipulaciones (cas. marzo 27/1927), está ceñida a “la fidelidad” del pacto (cas. agosto 27/1971, CCLV, 568) y “a la consecución prudente y reflexiva” del sentido recíproco de la disposición (cas. agosto 14/2000, exp. 5577). (...) Más

⁸ Sentencia 28 de febrero de 2005. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp. No. 7504

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

concretamente, la actividad hermenéutica del juzgador no es estática, el ordenamiento jurídico le impone ex autoritate el deber de decidir las controversias buscando el resultado concreto perseguido por las partes con la celebración del negocio jurídico en coherencia con su "contenido sustancial", utilidad práctica, esencial, "real" y funcional (Massimo BIANCA, *Diritto Civile*, Tomo 3, *Il contratto*, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Mila, 1987, Ristampa, 1992, pp. 379), para lo cual, sin alterar, sustituir ni tergiversar lo acordado, debe intervenir efectuando un control eficaz e idóneo, incluso corrector, para determinar su relevancia final o efectos definitivos conforme a los intereses sustanciales, el tipo específico, su función y la preceptiva rectora, en general y, en particular. (...).

Compréndese, entonces, que la directriz cardinal de la interpretación de un contrato es desentrañar la *communis intentio* de las partes aún sobre el texto literal, tal como dispone el artículo 1618 del Código Civil, según el cual, "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras", o sea "la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes", sin erradicarla "por el hecho de que las palabras usadas por los contratantes reflejen, prima facie, claridad y precisión, pues no hay que olvidar que si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal, el que, in radice, en precisas circunstancias, puede llegar a eclipsar y, por ende, desfigurar, la verdadera voluntad de los convencionistas, ratio medular del laborio hermenéutico. No en vano, como bien lo señala la antigua máxima, "la letra mata, y el espíritu vivifica". (cas. civ. sentencia SC-040-2006 [7504]), actividad en la que, entre otras reglas, desde luego, "las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad" (1622) y "los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo estipulado expresamente en ellos, sino además a todo lo que corresponde a su naturaleza, según la ley, la costumbre o la equidad natural."⁹

Así las cosas, este Tribunal debe ahora considerar si las partes han celebrado un negocio jurídico válido, más allá de su errónea denominación, y si el mismo es título jurídico válido para el pago de la Suma Anticipada por parte de la parte convocante y, vía resolución, para el reembolso de la misma junto con la indemnización correspondiente.

Si se analizan las prestaciones pactadas en el Contrato, junto con el Documento Aclaratorio, este Tribunal encuentra que la verdadera voluntad de las partes era la de celebrar un pacto de preferencia.

El Artículo 862 del Código de Comercio establece, al respecto, lo siguiente:

El pacto de preferencia, o sea aquel por el cual una de las partes se obliga a preferir a la otra para la conclusión de un contrato posterior, sobre determinadas cosas, por un precio fijo o por el que ofrezca un tercero, en determinadas condiciones o en las mismas que dicho tercero proponga, será obligatorio. El pacto de preferencia no podrá estipularse por un término superior a un año.

⁹ Sentencia del 1º de julio de dos mil nueve (2009). Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: William Namen Vargas. Radicación 11001-3103-039-2000-00310-01

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

Si la preferencia se concede en favor de quien esté ejecutando a virtud de contrato una explotación económica determinada, el anterior plazo se contará a partir de la expiración del término del contrato en ejecución.

Todo plazo superior a un año quedará reducido, de derecho, al máximo legal.

Volvamos, nuevamente, sobre lo pactado por las partes.

En primer lugar, el Contrato establece que la Constructora se obligó con el Beneficiario a “preferirlo” en el momento en el cual el primero decida y pueda vender el inmueble objeto del mismo. Este constructo se ve confirmado por las otras disposiciones contractuales relevantes citadas anteriormente. Así pues, es claro que aquí no hay una obligación de vender, exigible discrecionalmente por el beneficiario, como ocurriría en un contrato de opción. Al contrario, estamos en presencia de una obligación de preferir al beneficiario (parte convocante) en cualquier momento en que la parte convocada decidiera vender el inmueble.

Ahora bien, el Documento Aclaratorio contiene, de manera que puede causar perplejidad, una inusual aclaración en el sentido de que el Contrato no impide la venta del inmueble, bajo el entendido de que la Parte Convocada recibirá una rentabilidad asociada a la Suma Anticipada.

Sobre el sentido de dicho documento, durante el interrogatorio de parte, la demandante manifestó lo siguiente:

“Cuando uno compra un bien inmueble, en mi caso yo me acerque, no sé, no me acuerdo exactamente la fecha, dos meses después, tres mes, mes y medio, no me acuerdo, pero yo me acerqué al proyecto, cuando yo llegué al proyecto y miro, yo vi que mi casa tenía cortinas, entonces Marino no estaba en ese momento, estaba la secretaria o la persona que vende allí los inmuebles, yo ni siquiera le dije a ella nada sino yo simplemente lo que hice fue coger el teléfono, marcarle a Marino y decirle: ¿Marino usted en dónde se encuentra? Me dijo estoy aquí cerquita, aquí en Salitre de Suba, eso es diez minutos en carro, ahí mismo en el mismo sector, yo le dije porque no viene que yo estoy aquí en el proyecto y yo quiero hablar con usted y aclarar algo que quiero aclarar, me dijo sí, espéreme, deme diez minutos y yo voy para allá.

Él llegó, en ese momento yo le dije: ¿Marino qué paso? ¿Qué pasa con la casa? Entonces me dijo, no, tranquila señora Claudia, tranquila, tranquila, yo decía pero cómo así que tranquila de qué, yo en ese momento pues obviamente estaba tal vez con mucha rabia, impotencia, o yo no sé ni siquiera que sentía porque yo dije, es mi plata, yo le entregué mi plata y ahora el señor vendió la casa, entonces él me dijo que no me preocupara, que tranquila, que no me preocupara que si quería hacíamos un documento y que él me pagaba treinta millones (\$30.000.000) de la rentabilidad por los mismo seis meses que ya estaban acordados.

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

Yo decía, digamos faltaban, no sé, el tiempo que si ya en este momento habían transcurrido dos meses pues faltaban cuatro para cumplirse el plazo de la promesa que habíamos pactado para la entrega de la casa, en ese momento como que lo que yo tuve en cuenta es, los mismos seis meses estarían dentro de lo que está pactado en la promesa, pues bueno, entonces que aunque sea me pague algo de rentabilidad por esa plata y pues sí, pero que yo recupere mi plata.

Efectivamente ahí mismo el señor hizo el documento y pues yo sí de pronto, también igual lo leí, pero de pronto lo que no tuve en cuenta era que ese documento de una u otra manera es que me anulaba la promesa, como que en ese momento lo que realmente yo tuve en cuenta era que me pagara, que me reconociera treinta millones (\$30.000.000) de rentabilidad sobre el valor obviamente ya consignado."

Pues bien, este Tribunal, obligado a ello por la impericia de las partes, observando todo el material probatorio que obra en el expediente, considera que la hermenéutica y la sana lógica sólo permiten a una interpretación razonable de los hechos. Entre las partes existió un pacto de preferencia en relación con el inmueble en comento. En caso de que la Parte Convocada decidiese vender el inmueble, debería preferir a la Parte Convocante, salvo en cuanto le pagase una suma de \$30.000.000 como "rentabilidad" y reembolsase la Suma Anticipada, obligación que está establecida en el Documento Aclaratorio, que produce los efectos anotados anteriormente, y de la cual no hay evidencia de pago en el expediente.

Esta conclusión se soporta en las pruebas documentales que obran en el expediente, así como en el interrogatorio de parte de la Parte Convocante en el cual afirmó:

"Yo vendí un apartamento, digamos que mi actividad de una u otra manera es también quizá la compra y venta de inmuebles ya sean nuevos o usados, ya sea sobre planos o como sea, entonces yo tenía un apartamento lo vendí y fruto de ese apartamento me quedaban ciento ochenta millones (\$180.000.000) libres, adicional tenía otro apartamento que podía vender para poder comprar el inmueble que me interesó en ese momento y fue esa casa.

Me acerqué al proyecto e hicimos, o sea yo vi la casa , la casa ya estaba hecha ya había construcción, le faltaban como unos acabados y unas cosas realmente que estaban, al igual que yo también pedí cómo detallar, entonces se negoció la casa en los trescientos veinte millones (\$320.000.000), que yo daba ciento ochenta millones (\$180.000.000) en su momento de cuota inicial teniendo en cuenta que la casa ya estaba casi terminada y que me daba seis meses para pagar el saldo como tal, que sería en su momento ya prácticamente contra escritura y entrega de la casa."

Esa es, en opinión de este Tribunal, la interpretación adecuada del negocio jurídico que existió entre las partes.

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

vi. Efectos procesales de la errónea calificación del Contrato

A esta altura del análisis, el Tribunal debe detenerse a analizar si el hecho de que la parte convocante, en su demanda y a lo largo de toda la actuación arbitral se hubiese referido al Contrato como un contrato de opción, y no como un pacto de preferencia, enerva la facultad de pronunciarse sobre las pretensiones perseguidas por la misma. Dicho de otra manera, ¿esta errónea calificación hace mella en el *petitum*, de tal manera que el Tribunal deba abstenerse de conceder el remedio perseguido?

Al respecto el juez (y el árbitro en cuanto tal) tiene la facultad-deber de interpretar la demanda. Al respecto la Jurisprudencia de las altas Cortes ha sostenido, de manera reiterada, que el Juez (lo que incluye a la justicia arbitral) tiene tanto la facultad, como el deber, de interpretar la demanda a fin de determinar el verdadero sentido de lo que en ella se expresa y hacer prevalecer el derecho sustancial.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 22 de noviembre de 1991, sostuvo lo siguiente:

La interpretación y concreción del petitum que se hizo en la sentencia recurrida obedeció a la facultad y, desde luego, al deber que tiene el juzgador para interpretar la demanda con miras a no entorpecer el accionar del reclamante, con mayor razón cuando el contexto mismo de dicho libelo resulta clara la vía procesal a seguir y la orientación que lleva a las distintas peticiones relacionadas, así lo hayan sido en forma desordenada e informal. Cabe recordar que corresponde al fallador, por mandato legal contenido en el artículo 4o. del C. de P. C., tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustancial.... Con acierto sostuvo la Corte que una demanda debe interpretarse siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria sino también en los fundamentos de hecho y de derecho. (XLIV. P g. 627). No se puede entonces desestimar la demanda, más hoy, cuando el artículo 228 de la Carta prescribe que en las actuaciones judiciales prevalecer el derecho sustancial.¹⁰

Postura reiterada por la misma Corporación en Sentencia del 19 de agosto de 2016:

El juez en el marco de su autonomía funcional y siendo garante del acceso efectivo a la administración de justicia, debe interpretar de manera integral, y como un todo, el escrito de demanda extrayendo el verdadero sentido y alcance de la protección judicial deprecada por quien acude a la jurisdicción.

Así, corresponde a la judicatura adentrarse en el estudio de los extremos fácticos que circunscriben la causa petendi y los razonamientos jurídicos de manera armónica con lo

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández. Santafé de Bogotá, D. C., veintidós (22) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991). Radicación número: 6223.

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

pretendido, de modo tal que más que aferrarse a la literalidad de los términos expuestos interesa desentrañar el sentido del problema litigioso puesto a su consideración, eso sí, sin desquiciar los ejes basilares de la misma demanda.¹¹

A su turno, la Corte Suprema de Justicia también se ha pronunciado sobre la materia en los siguientes términos.

Es deber del juez, interpretar la demanda, (...) en aquellos casos en que exista cierta vaguedad en la demanda, el juez está en la obligación de interpretarla '...con el fin de no sacrificar un derecho y siempre que la interpretación no varíe ni modifique los capítulos petitorios del libelo. En la interpretación de una demanda, ha dicho la Corte, existe el poder necesario para ir tras lo racional y evitar lo absurdo...' (G.J. tomo XLIV, pag.439), facultad que se torna en un deber en cuanto compete al fallador a emplear sus atribuciones legales para evitar las decisiones inhibitorias (artículo 39 del Código de Procedimiento Civil)" (Cas, Civ., sentencia de 6 de febrero de 2001, expediente No. 5656; ss subraya); y que en desarrollo de esa actividad, importa "tener en cuenta todo el conjunto del libelo y además, si ello fuere menester para precisar su verdadero sentido, todas las actuaciones desarrolladas no solo en el curso de proceso sino también durante la génesis del litigio" (Cas. Civ., sentencia de 19 de Julio de 1985. G.J. CLXXX, pág. 175).¹²

Con base en lo anterior, este Tribunal considera que, en cumplimiento de esta facultad-deber, es lo correcto interpretar la demanda en el sentido de que la referencia al alegado contrato de opción debe entenderse como una referencia al pacto de preferencia. Ello es así principalmente por cuanto la errónea calificación del contrato termina siendo irrelevante frente a la lógica relación que existe entre los diferentes elementos de la demanda. En efecto, este Tribunal considera que el argumento lógico sobre el cual descansa lo pretendido descansa sobre tres elementos: (i) la existencia de un contrato válido, (ii) el cumplimiento de la parte convocante y el incumplimiento de la parte convocada de dicho contrato y (iii) la subsiguiente pretensión de resolución del negocio jurídico y la indemnización de perjuicios. El hecho de que el Contrato, examinado con rigor, no sea un contrato de opción sino un pacto de preferencia, no desestabiliza los elementos anteriormente mencionados ni afecta, por ende, el silogismo.

Si este Tribunal se abstuviese de interpretar la demanda según lo expuesto, caería en lo irracional y absurdo y se convertiría en un instrumento de denegación de justicia, lo cual debe evitarse a todas luces en la judicatura y más aún en la justicia arbitral.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 25000233600020150252901 (57380).

¹² Sentencia 14 de diciembre de 2010. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez.

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

2. Cumplimiento del Contrato por la Parte Convocante; Incumplimiento del Contrato por parte de la Parte Convocada

Determinado, como está, que entre las partes existe un pacto de preferencia válido, este Tribunal considera que ha quedado demostrado debidamente (i) el cumplimiento del contrato por parte de la demandante y (ii) el incumplimiento del contrato por parte de la parte de la demandada, así:

- i. La parte convocante cumplió con las obligaciones a su cargo y siempre estuvo dispuesta al perfeccionamiento de la venta del inmueble, circunstancia que se encuentra acreditada con las pruebas que reposan en el expediente y en especial con los comprobantes de consignación Nos. 160245868 y 167963830 de Bancolombia, con los cuales, la demandante acreditó ante el Tribunal, el pago de un anticipo del valor final de venta del inmueble, hecho que fue ratificado por ella durante el interrogatorio practicado en la audiencia del 28 de abril de 2017, cuando manifestó:

"(...) Yo consigné la plata, la plata pues obviamente me la consignaba, una parte ya me la habían consignado entonces estaba en mi cuenta AFC, la otra parte era un saldo que me quedaba de la venta del apartamento, que eran los setenta millones (\$70.000.000) que me quedaban, entonces ahí se completaban ciento diez millones (\$110.000.000) que yo tenía en la cuenta AFC y los setenta millones (\$70.000.000) que venían del señor que me había comprado el apartamento.

Las consignaciones por x o y razón el señor no, o sea le giraron un cheque también a él por sesenta y cuatro millones (\$64.000.000) y él me consignó los sesenta y cuatro millones (\$64.000.000) y por esa razón quedaron consignados ciento setenta y cuatro (\$174.0000.000) a la Constructora."

Sobre este punto en particular, el Tribunal requirió a la parte convocante para que aclarara su respuesta.

"El señor se llama Manuel, no me acuerdo más..., él me giró directamente, o sea yo le pedí que esos setenta millones (\$70.000.000) se los consignara directamente a Marsil, él me llamo y me dijo: Doña Claudia me consignaron solamente sesenta y cuatro millones (\$64.000.000), ¿le puedo consignar? Le dije por favor porque yo tengo ya obviamente previsto de la entrega de ese saldo, entonces por favor, el señor consignó la plata a la cuenta de Marsil y tenemos obviamente la consignación, él me entregó la copia de la consignación y quedaron ciento setenta y cuatro (\$174.0000.000) consignados a la cuenta de Bancolombia de la Constructora Marsil."

En cuanto al hecho de solo haber pagado ciento setenta y cuatro millones (\$174.000.000) en vez de los ciento ochenta millones de pesos (\$180.000.000) inicialmente pactados, durante el interrogatorio de parte que tuvo lugar en la audiencia del 28 de abril de 2017, el arbitro preguntó a la demandante lo siguiente:

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

"¿Cuándo usted le explica al señor Marino que no le va a hacer una consignación completa, después de eso que le contesta él, hay alguna reclamación, alguna manifestación escrita u oral en relación con el hecho de que no se pagaron ciento ochenta millones (\$180.000.000)?"

A lo cual la demandante contestó:

"No, él como quien dice aceptó que quedaban los ciento setenta y cuatro millones (\$174.000.000) y obviamente esa plata se pagaría, ni siquiera hablamos esos seis millones (\$6.000.000) o en qué momento inclusive yo los pagaba, en mi concepto asumí que sumarían a los ciento cuarenta millones (\$140.000.000) restantes, porque ni siquiera definimos, bueno, me los paga entonces dentro de quince días, de hecho al señor también me los quedó debiendo a mí, el tema, la plata llegó pero yo realmente no, no hablamos con Marino, simplemente en el momento en que yo le dije que le pagaba solamente sesenta y cuatro millones (\$64.000.000), él me dijo, no hay ningún problema, tranquila."

- ii. La parte convocada incumplió el pacto de preferencia y tampoco pagó la utilidad prometida, pues vendió el inmueble objeto del negocio jurídico a un tercero y en el expediente no obra constancia de la restitución de los ciento setenta millones de pesos (\$174.000.000) pagados por concepto de anticipo ni del pago de los treinta millones de pesos (\$30.000.000) pactados en el Documento Aclaratorio.

Adicional a lo anterior, el Tribunal no puede pasar por alto el hecho de que la parte convocada no concurrió al proceso arbitral. En efecto, la parte convocada no contestó la demanda ni atendido ninguna de las citaciones hechas hasta el momento. Como es sabido, esta circunstancia genera importantes efectos procesales y probatorios en contra de la parte ausente según lo establecido en el artículo 97 del C.G.P.

Conforme a lo dicho hasta el momento, el Tribunal observa que se han demostrado los requisitos para declarar la resolución del contrato, ordenar el pago de la utilidad pactada en el Documento Aclaratorio y condenar a la parte convocada al pago de los perjuicios probados por la demandante. En efecto, se ha demostrado a lo largo del proceso: (i) la existencia de un contrato válido, (ii) el cumplimiento de la parte convocante y el incumplimiento de la parte convocada de dicho Contrato y, por ende, procede (iii) la solicitud de resolución del negocio jurídico y la indemnización de perjuicios.

3. Análisis de las pruebas que reposan en el expediente.

Sin perjuicio del análisis probatorio que antecede, se recoge en esta sección un resumen del análisis probatorio acometido por el Tribunal.

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

- i. La existencia y el alcance de las cláusulas pactadas en el Contrato se encuentran acreditados como quiera que con la demanda se aportó un ejemplar original del Contrato, documento que las partes reconocieron ante Notario y que obran en el expediente en los folios 2 a 6 del cuaderno de pruebas.
- ii. El pago del anticipo se encuentra probado se encuentra probado con los comprobantes de las consignaciones realizadas el 5 y 8 de septiembre de 2014 y que obran a folios 7 y 8 del cuaderno de pruebas.
- iii. La existencia y alcance del Documento Aclaratorio, han quedado probados con el ejemplar del Documento Aclaratorio, documento que las partes reconocieron ante Notario y que obran en el expediente a folio 6 del cuaderno de pruebas.
- iv. Los hechos que constituyen el incumplimiento de la Constructora, consistentes en la venta del inmueble a un tercero, no pagar la rentabilidad y en no devolver el anticipo, están demostrados a partir de las pruebas que obran en el expediente, no han sido refutados por la ausente parte convocada y se presumen ciertos en virtud de la presunción establecida en el artículo 97 del C.G.P.
- v. Los perjuicios experimentados por la demandante se encuentran probados con las pruebas recaudadas a lo largo del proceso y con el juramento estimatorio prestado con el escrito de subsanación de la demanda conforme se desarrollará más adelante.
- vi. La devolución de ochenta millones de pesos (\$80.000.000), también se encuentra probada con los extractos de la cuenta de ahorros de la demandante, que obran a folios 12 a 14 del cuaderno de pruebas, en los que constan tres (3) consignaciones hechas por la Constructora por valor total de ochenta millones trece mil ciento sesenta y seis pesos (\$80.013.166).
- vii. La cláusula compromisoria a la que se refiere el hecho décimo cuarto de la demanda, se encuentra pactada en la cláusula décimo tercera del contrato de opción, la cual ya fue transcrita al inicio del presente laudo.

4. Análisis del Juramento Estimatorio.

En materia del reconocimiento de sumas de dinero por concepto de indemnización de perjuicios, la ley exige para su procedencia que concurren unos elementos estructurales de la misma, es decir, que el daño indemnizable sea de contenido patrimonial, directo y previsto si de la transgresión contractual se trata y que además se encuentre probado; sin perjuicio de la acreditación de los demás requisitos que definen y delimitan la responsabilidad civil en cada caso concreto.

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

El Artículo 206 del Código General del Proceso regula el juramento estimatorio, el cual hará prueba del monto indemnizatorio pretendido en la demanda mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo y siempre que el Tribunal no encuentre que el mismo es notoriamente injusto, ilegal o sospeche que hay fraude, colusión o cualquier situación similar.

Está demostrado y varias veces referido que la parte convocada no concurrió al trámite arbitral ni, por ende, formuló objeción alguna al juramento estimatorio. De otro lado, al analizar el juramento estimatorio prestado con la subsanación de la demanda, no advierte el Tribunal que el mismo sea notoriamente injusto, ilegal ni sospecha que hay habido fraude, colusión u otra situación similar. Más aún, considera el Tribunal que el juramento estimatorio es consistente con las diversas pruebas documentales que obran en el expediente.

Por lo anterior, el juramento estimatorio se tendrá como prueba de los perjuicios pretendidos dentro de este trámite.

5. Determinación de los perjuicios.

En cuanto a la determinación de los perjuicios que se resolverá en la parte resolutive y en particular, a la liquidación incluida en escrito de alegatos de conclusión presentados por el apoderado de la parte convocante, el Tribunal debe señalar que la sentencia debe ser coherente con las pretensiones de la demanda y al árbitro le está vedado conceder más de lo pedido, ni algo distinto, ni condenar por causa diferente a la invocada en la demanda, por cuanto al hacerlo estaría incurriendo en un fallo *ultra petita*, para lo cual a continuación se transcribe la pretensión cuarta de la demanda, relativa a los perjuicios reclamados:

"CUARTO: que se **CONDENE** a la CONSTRUCTORA MARSIL SAS a pagar a favor de CLAUDIA LIZETH HERNÁNDEZ PÍÑEROS todos y cada uno de los daños y perjuicios causados a raíz del incumplimiento dl contrato, los cuales se determinan de la siguiente manera:

A.- DAÑO EMERGENTE:

.- Estimo esta clase de perjuicios en la suma de **TREINTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS DIECINUEVE PESOS CON DIECINUEVE CENTAVOS MCTE (34.372.619,19=)** por concepto de honorarios profesionales pactados con el apoderado judicial para la representación judicial de la demandante en la presente causa, conforme al contrato de prestación de servicios presentado como prueba en la demanda.

B.- LUCRO CESANTE:

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

.- Estimo esta clase de perjuicios en la suma de **SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS MCTE (66.958.995.00)** correspondientes a los intereses moratorios generados en relación con la suma de DOSCIENTOS CUATRO MILLONES DE PESOS correspondientes a lo pagado como cuota inicial más la utilidad prometida, desde el 8 de marzo de 2015 **hasta la fecha de presentación de la demanda.**

A las anteriores sumas deberá descontarse las sumas girados de manera inconsulta por la CONSTRUCTORA MARSIL a una cuenta de mi representada, primero imputados a intereses y luego a si resulta saldo a capital, de acuerdo con la liquidación que como prueba se anexa a la demanda.”

Así las cosas el Tribunal debe partir de las pretensiones de la demanda y del juramento estimatorio prestado en el escrito de subsanación, en el cual el apoderado de la parte convocante, bajo la gravedad de juramento, estimó el valor de las pretensiones de la demanda en la suma de **DOSCIENTOS VEINTICINCO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y UN MIL SEISCIENTOS CATORCE PESOS MCTE (225.331.614.00)**, discriminados razonablemente de la siguiente manera:

CONCEPTO	VALOR
• Cuota inicial terminada de pagar a Constructora el día 18 de septiembre de 2014.	• \$174.000.000,00
• Utilidad prometida y generada durante 6 meses desde el 8 de septiembre de 2014 al 8 de marzo de 2015.	• \$30.000.000,00
• Daño emergente	• \$34.372.619,19
• Lucro Cesante	• 66.958.995,00
• Total	305.331.614,19
• Menos abonos realizados posteriormente de manera inconsulta, los cuales se imputan primero a intereses y luego a capital.	-\$80.000.000
• Total saldo a la fecha de presentación de la demanda.	\$225.331.614

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

Lo anterior con fundamento en el artículo 281 CGP que dispone que la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda y que no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto ni causa distinto al invocado en la demanda, como quiera que cuando el juez condena por una cantidad superior a la pedida en la demanda, estaremos en presencia de un fallo *ultra petitta*.

Adicional a lo anterior, el Tribunal debe advertir que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo que:

Al contrario de lo que en el pasado estimó, la Corte considera ahora que en aquellos asuntos en cuya demanda, reforma o sustitución de ésta la parte actora pretenda condenación por una suma explícitamente determinada, pero acompañada de expresiones como las particularizadas arriba, [tales como, '...o la que se pruebe...', o 'la que resultare probada...', o '...la que se probare en el proceso...', o cualquiera otra de similar contenido,] que son las palabras con las que de modo usual se formulan o plantean las súplicas que tengan como propósito una condena pecuniaria, ninguno de esos agregados se puede concebir como dependiente o subordinado de la cifra expresada que a su alrededor se hubiere manifestado; todo lo contrario, una cabal comprensión del tema permite admitir que dichos complementos la modifican de tal manera que amplían el espectro dentro del cual el juzgador válidamente puede o debe moverse, hacia arriba o hacia abajo de esa cuantificación, sin caer, desde luego, en una resolución *infra petita* o *plus petita*, pues en tal supuesto está limitado, eso sí, sólo por el importe probado a través de los diversos elementos de convicción incorporados al plenario.

Este es, desde luego, el sentido lógico y coherente de las mencionadas locuciones, en tanto están llamadas a representar el verdadero querer del promotor de la causa judicial cuando las súplicas fueren formuladas de la anotada manera; y es bajo el entendimiento que se viene sustentando como ellas adquieren su verdadera eficacia, su importancia y real concreción, pues, con arreglo a esta nueva posición, si las mismas no aparecen en el escrito contentivo de las pretensiones al juez le estará vedado sobrepasar el monto allí indicado, más si llegaren a ser incluidas éste entonces no estará supeditado a la cuantía que le haya sido expresamente demandada, puesto que con el presente cambio tendrá la posibilidad de otorgar una suma superior, en aquellos casos que se lo permita el *haz probatorio*; expresado de otro modo, las memoradas frases resultarán provechosas bajo la doctrina que ahora se prohíja, porque si están incluidas en la súplica respectiva y si el acopio probativo permite establecerlo, harán posible imponer una cifra mayor de la que en términos numéricos la parte actora haya solicitado.¹³

Así las cosas y conforme a la luz de la pauta jurisprudencial citada el Tribunal, luego de analizar la forma en la que en la que se formularon las pretensiones en la demanda, considera que no es procedente reconocer sumas distintas a las solicitadas en la demanda y su escrito de subsanación.

6. Determinación de las Costas.

¹³ Sentencia 7 de diciembre de 2016. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Luis Alonso Rico Puerta. Radicación nº 05001-3103-011-2006-00123-02

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

La jurisprudencia nacional ha definido las costas como aquellas erogaciones necesarias en que incurren las partes en la tramitación del proceso y las agencias en derecho, corresponden a compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora.¹⁴

Por su parte el Artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, que la condena respectiva debe hacerse en la sentencia y que la misma se impondrá cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal o cuando, a sabiendas, se aleguen hechos contrarios a la realidad; y, adicionalmente, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

En razón de lo anterior, procede el Tribunal a liquidar las costas procesales de la siguiente manera:

A	
Gastos iniciales de Arbitraje.	\$689.500,00
IVA 16% por gastos iniciales de Arbitraje.	\$110.320,00
Subtotal A.	\$799.820,00
B	
Servicio de mensajería pagados por la parte convocante.	\$3.700,00
Servicio de mensajería pagados por la parte convocante.	\$9.100,00
Subtotal B.	\$12.800,00
C	
Prima de seguros para constitución de caución.	\$1.354.486,66
IVA 16% prima de seguros para constitución de caución.	\$216.718,35
Subtotal C.	\$1.571.205,01
D	
Honorarios Árbitro.	\$7.604.941,97
Honorarios Secretaria.	\$3.802.470,99
Gastos Centro de Arbitraje y Conciliación de la CCB.	\$3.802.470,99
Otros Gastos.	\$400.000,00

¹⁴ Ver Sentencia C-089 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Acuerdo No. PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura.

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

IVA 19% honorarios más otros gastos más gastos Centro de Arbitraje y Conciliación de la CCB.	\$2.965.877,95
Subtotal D.	\$18.575.761,90
E	
Agencias en Derecho	\$6.759.950,00 ¹⁵
TOTAL A, B, C, D y E.	\$27.719.536,91

IV. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Arbitral constituido para resolver las controversias entre **CLAUDIA LIZETH HERNÁNDEZ PIÑEROS** y **CONSTRUCTORA MARSIL S.A.S.** administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la resolución del Contrato por el incumplimiento de Constructora Marsil S.A.S.

SEGUNDO: Condenar a Constructora Marsil S.A.S. a la devolución de la suma de ciento setenta y cuatro millones de pesos (\$174.000.000), pagada anticipadamente por Claudia Lizeth Hernández Piñeros.

TERCERO: Condenar a Constructora Marsil S.A.S. al pago de treinta millones de pesos (\$30.000.000), a título de perjuicio de conformidad con lo pactado como rentabilidad en el Documento Aclaratorio.

CUARTO: Condenar a Constructora Marsil S.A.S. al pago de los siguientes perjuicios:

Por concepto de daño emergente, la suma de treinta y cuatro millones trescientos setenta y dos mil seiscientos diecinueve pesos con diecinueve centavos (\$34.372.619,19).

Por concepto de lucro cesante, la suma de sesenta y seis millones novecientos cincuenta y ocho mil novecientos noventa y cinco pesos (\$66.958.995), correspondiente a los intereses moratorios generados en relación con la suma de doscientos cuatro millones de pesos correspondientes a lo pagado como cuota inicial más la utilidad prometida, desde el 8 de marzo de 2015 hasta la fecha de presentación de la demanda.

¹⁵ En cuanto a las agencias en derecho, el Tribunal considera razonable establecerlas en un total de **seis millones setecientos cincuenta y nueve mil novecientos cincuenta pesos (\$6.759.950)**, que corresponden al **tres por ciento (3%)** de las pretensiones económicas contenidas en el escrito de subsanación de la demanda.

Tribunal Arbitral
Claudia Lizeth Hernández Piñeros
contra
Constructora Marsil S.A.

A las anteriores sumas de dinero deberán descontarse los abonos hechos por Constructora Marsil S.A.S., que ascienden a ochenta millones trece mil ciento sesenta y seis pesos (\$80.013.166), realizados los días 14 de noviembre de 2015, 25 de febrero de 2016 y 17 de marzo de 2016, para un total de doscientos veinticinco millones trescientos dieciocho mil cuatrocientos cuarenta y ocho pesos con diecinueve centavos (\$225.318.448,19) que Constructora Marsil S.A.S. deberá pagar a Claudia Lizeth Hernández Piñeros.

QUINTO: Condenar a Constructora Marsil S.A.S. al pago de las costas del proceso, que equivalen a veintisiete millones setecientos diecinueve mil quinientos treinta y nueve pesos con noventa y un centavos (\$27.719.536,91).

SEXTO: Declarar causado el saldo de los honorarios del Árbitro y de la Secretaria del Tribunal, por lo que se ordena realizar el pago del mismo.

SÉPTIMO: Procédase a la elaboración de la rendición final de gastos y su presentación a las partes así como a la restitución de las sumas remanentes a que hubiere lugar a la parte convocante.

OCTAVO: Disponer que, por Secretaría, se expidan copias auténticas de esta providencia con destino a cada una de las partes, a los árbitros y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

NOVENO: Ordenar el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, una vez se encuentre en firme esta providencia.

La anterior decisión se notifica en audiencia.



DARÍO LAGUADO GIRALDO
Arbitro Único



DIANA RIVERA ANDRADE
Secretaria