

# LAUDO ARBITRAL PARA DIRIMIR LAS CONTROVERSIAS ENTRE HUMAN CAPITAL CONSULTING S.A. y JOSÉ IGNACIO FERNÁNDEZ PÉREZ

## 1. ANTECEDENTES GENERALES Y TRÁMITE DEL PROCESO

- 1.1. El 20 de enero de 2012, la sociedad **HUMAN CAPITAL CONSULTING S.A.** (en adelante **HUMAN CAPITAL** o **LA CONVOCANTE**) formuló convocatoria a un Tribunal arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para resolver diferencias de naturaleza contractual con el señor **JOSÉ IGNACIO FERNÁNDEZ PÉREZ** (en adelante el **SEÑOR FERNÁNDEZ PÉREZ** o **EL CONVOCADO**), invocando la Cláusula 7.1.11. del documento denominado "*MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO ENTRE HUMAN CAPITAL CONSULTING S.A. Y JOSÉ IGNACIO FERNÁNDEZ PÉREZ*" que se transcribe a continuación:

*"7.1.11. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: Cualquier diferencia o disputa derivada o relacionada con este contrato o con su ejecución, que las Partes no puedan resolver en forma directa dentro de los cinco (5) días siguientes a que una de las partes ha solicitado a la otra por escrito, resolverla directamente, será sometida a un tribunal de arbitramento que en tal caso sesionará en la ciudad de Bogotá D.C., según las reglas de la Cámara de Comercio de Bogotá y estaría formado por tres (3) abogados colombianos, quienes serán escogidos por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá a solicitud de cualquiera de las partes; y quienes fallarán en derecho<sup>1</sup>.*

- 1.2. Previos los trámites internos correspondientes por parte del Centro aludido, el Tribunal quedó integrado por los abogados RAMÓN EDUARDO MADRIÑÁN DE LA TORRE, EDUARDO SILVA ROMERO Y GUSTAVO CUBEROS GÓMEZ, quienes expresamente aceptaron sus designaciones.
- 1.3. El Tribunal se instaló en audiencia celebrada el 5 de marzo de 2012, donde se designó como Presidente al abogado GUSTAVO CUBEROS GÓMEZ y como Secretario al abogado DAVID YAYA NARVÁEZ, quien en su momento aceptó el cargo y se posesionó debidamente ante el Presidente.
- 1.4. El 23 de abril de 2012, el Tribunal dio curso al trámite de conciliación y fracasada ésta, fijó el valor de los honorarios de árbitros y secretario y los gastos del Tribunal, mediante auto de esa fecha, los cuales fueron pagados íntegramente por partes iguales entre LA CONVOCANTE y EL CONVOCADO.
- 1.5. El 15 de mayo de 2012, se celebró la primera audiencia de trámite donde el Tribunal ratificó su propia competencia para resolver la controversia sometida a su consideración (Auto No. 5) y emitió el auto de pruebas correspondiente (Auto No. 6).
- 1.6. En el Auto No. 6, el Tribunal decretó las siguientes pruebas:
- 1.6.1. Las documentales aportadas con la demanda arbitral y con el escrito con que se describió el traslado de las excepciones de mérito,

---

<sup>1</sup> Cno. de Pruebas No. 1, Folio No. 6.

- 1.6.2. Las declaraciones de parte,
  - 1.6.3. Los testimonios de los señores IVÁN D. CUEVAS SERVA y AMPARO VINASCO y,
  - 1.6.4. Un dictamen pericial para realizar avalúos del inmueble objeto del proceso para lo cual designó al doctor ROBERTO CÁCERRES FERRO, el cual fue objeto de solicitudes de aclaración y objeción por error grave formulada por la parte convocante.
- 1.7. El 10 de diciembre de 2012, las partes presentaron sus alegaciones finales y entregaron resúmenes escritos de sus intervenciones.
  - 1.8. El proceso se adelantó en dieciséis (16) audiencias.

## **2. RESUMEN GENERAL DE LOS HECHOS**

De acuerdo con lo planteado en la convocatoria arbitral y en la demanda en ella contenida, los hechos básicos que sirven de sustento a las pretensiones pueden resumirse de la siguiente manera:

- 2.1. El 10 de octubre de 2011, el señor José Ignacio Fernández Pérez y Human Capital Consulting S.A. suscribieron un Memorando de Entendimiento (en adelante EL MEMORANDO), según el cual Human Capital se obligó a ceder al SEÑOR FERNÁNDEZ PÉREZ la posición contractual que aquella tenía en el Contrato de Leasing Inmobiliario No 180-67515 celebrado entre aquella y el Banco de Occidente el 3 de septiembre de 2010.
- 2.2. EL MEMORANDO contenía el valor de la cesión, cuatro mil millones de pesos (\$4.000.000.000) y la forma de pago del mismo a cargo del SEÑOR FERNÁNDEZ PÉREZ, en cuantía de mil doscientos millones de pesos (\$1.200.000.000) a más tardar el 25 de octubre de 2011 y dos mil ochocientos millones de pesos (\$2.800.000.000) a más tardar el 25 de noviembre de 2011.
- 2.3. Adicionalmente, EL MEMORANDO contenía una cláusula penal de cuatrocientos millones de pesos (\$400.000.000) para el evento de incumplimiento total o parcial de cualquiera de las partes.
- 2.4. El SEÑOR FERNÁNDEZ PÉREZ no pagó a Human Capital la suma prevista para el 25 de octubre de 2011.
- 2.5. El incumplimiento aludido del SEÑOR FERNÁNDEZ PÉREZ trató de remediarse infructuosamente por las partes.

## **3. LAS CONTROVERSIAS PLANTEADAS**

Con fundamento en los hechos precedentemente resumidos, la parte convocante formuló en su demanda arbitral las siguientes

### 3.1. Pretensiones:

- 3.1.1. Primera: Que se declare que el señor José Ignacio Fernández Pérez incumplió el Memorando de Entendimiento suscrito con Human Capital Consulting S.A. el 10 de octubre de 2011.
- 3.1.2. Segunda: Que como consecuencia de la anterior declaración se condene al señor Fernández Pérez a pagar el valor de la cláusula penal aludida, en cuantía de cuatrocientos millones de pesos (\$400.000.000), más los intereses moratorios sobre la misma contados a partir del 26 de octubre de 2011.
- 3.1.3. Tercera: Que como consecuencia de la primera declaración se decrete la resolución del Memorando de Entendimiento arriba mencionado.
- 3.1.4. Cuarta: Que se condene al señor Fernández Pérez a las costas del proceso.

EL CONVOCADO, notificado de la demanda, procedió a contestarla aceptando unos hechos; complementando o aclarando otros; o ateniéndose a los textos invocados por LA CONVOCANTE en otros más y propuso en su defensa las siguientes:

### 3.2. Excepciones

- 3.2.1. Inexistencia e invalidez del Memorando de Entendimiento, por falta de la autorización previa para la cesión. Como subsidiaria de ésta invocó nulidad absoluta de las cláusulas contractuales contenidas en el Memorando de Entendimiento derivada de falta de capacidad de Human Capital para efectuar la cesión por ausencia del consentimiento previo. Más adelante propuso como consecuencia de lo anterior la excepción de consentimiento viciado por error, por no haber dado a conocer Human Capital a su representado el Contrato de Leasing celebrado entre esta sociedad y el Banco de Occidente.
- 3.2.2. Inexistencia de la obligación de pagar a Human Capital cualquiera de los conceptos solicitados, por la alegada falta de capacidad de Human Capital para ceder la posición contractual.
- 3.2.3. Ineficacia de la solicitud de resolución del Memorando de Entendimiento, considerando que Human Capital carecía de capacidad para contratar y obligarse a ceder su posición sin la autorización previa del Banco de Occidente.

## 4. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

El término de duración del presente trámite es de seis (6) meses, prorrogable por un término igual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> "El trámite arbitral tendrá la duración señalada por las partes en su pacto arbitral. En caso de no contener éste indicación alguna, tendrá una duración máxima de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite. Dicho plazo podrá ser prorrogado de oficio por los árbitros, por una o varias

Su cómputo inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, el quince (15) de mayo de 2012 y fue prorrogado por seis (6) meses más que vencerían el quince (15) de mayo de 2013.

Por lo anterior, la expedición del presente Laudo es oportuna.

## **5. PRESUPUESTOS PROCESALES**

Revisada la actuación y previamente a proferir el laudo correspondiente, el Tribunal encuentra que están dados los presupuestos procesales para decidir de fondo.

El Tribunal verificó: i) su debida designación e instalación, ii) que las partes son capaces y están debidamente representadas por apoderados reconocidos, iii) consignaron las sumas a su cargo por concepto de honorarios y gastos, iv) las diferencias sometidas a arbitraje son susceptibles de transacción, v) el proceso se desarrolló con observancia de las normas procesales y con respeto de los derechos de defensa y contradicción y, vi) no hay causal de nulidad que afecte lo actuado.

Asímismo, las partes manifestaron no tener inconformidad con el trámite arbitral (Acta No. 15).

## **6. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LAS PRETENSIONES Y EXCEPCIONES PLANTEADAS, FRENTE A LAS PRUEBAS DEL PROCESO**

### **6.1. Sobre la suscripción por las partes del denominado Memorando de Entendimiento y sus alegadas inexistencia, invalidez o nulidad:**

Estima el Tribunal que preliminarmente debe abordar el tema relativo a la celebración, a la existencia legal y a la validez del documento denominado "Memorando de Entendimiento" pues, por una parte, la controversia se refiere a una relación jurídica comercial derivada del mismo y por la otra, EL CONVOCADO ha propuesto dentro de sus excepciones la inexistencia de éste, la invalidez del mismo o de las de sus cláusulas, derivada de vicios del consentimiento.

Sobre si fácticamente se produjo o no la suscripción de EL MEMORANDO la cuestión resulta bien simple, por cuanto el mismo se encuentra aportado en su integridad al proceso, donde obra a Folios 001 y ss del C. de P. No. 1. Además, no ha sido tachado de falso, total, ni parcialmente y a su existencia, contenido, alcance y validez se refieren otras muchas pruebas recaudadas en el plenario, como se verá a continuación.

Así, por ejemplo, en el interrogatorio de parte del señor José Manuel Acosta Gómez, representante legal de LA CONVOCANTE, al plantear los fundamentos generales de la negociación hoy cuestionada, señaló:

---

*veces, siempre y cuando dichas prórrogas no sumen, en total, el plazo originalmente pactado por las partes o el que supletivamente aquí se establece. Dentro de dicho plazo y prórrogas se entienden incluidas las suspensiones que las partes acuerden conforme a las reglas generales."*

Se trata de "(...) Un contrato que el señor Fernández insistió se firmara ese día básicamente porque viajaba en el que por supuesto no existió más allá de nuestro interés en vender el inmueble, que no le estaba aportando, repito, a la estructura y a la operación de Human Capital como tal, no existió ningún tipo de presión (...)". (sic)

Por su parte, EL CONVOCADO tampoco negó ni cuestionó la suscripción del documento y a propósito de ella, en el interrogatorio de parte que absolvió, señaló:

"(...) Recuerdo que nos reunimos y el señor José Manuel Acosta me presentó un documento totalmente distinto a lo que yo había recibido, yo había recibido una promesa de compraventa y en ese momento me citaron y me dijo el señor de Human Capital, José Ignacio no podemos firmar una promesa de compraventa porque Human Capital tiene un... con Leasing de Occidente, es muy sencillo el negocio, me dice él, tenemos que firmar este acuerdo, si quiere comprar el inmueble tiene que firmar este acuerdo, esto es un memorándum de entendimiento, este memorándum de entendimiento habla de que Human Capital le está traspasando, vendiendo el inmueble, pero a través de un proceso en el cual usted compra la posición contractual que tiene Human Capital en el... de Occidente y va a pagar, está establecido acá, tiene un plazo para pagar a lo más tardar el 25 de noviembre la cantidad de 1.200 millones y le traspasamos esta posición contractual y usted tiene la opción de bien pagar la casa en su totalidad, la cantidad de los 4.000 millones, es decir, le paga el remanente a Leasing de Occidente y termina comprando la casa. (...)". (sic).

Más adelante, en el mismo sentido, complementó:

"(...) Efectivamente, después de que se firmó el memorándum de entendimiento, yo procedí a llenar unos requisitos para una solicitud para yo ser calificado como posible locatario de... esa es más o menos la historia real de lo que pasó (...)". (sic)

En armonía con lo anterior, el asesor legal de EL CONVOCADO, abogado IVAN CUEVAS SERVA, activo interviniente en los desarrollos posteriores de EL MEMORANDO, señaló en su declaración:

"(...) El ingeniero Fernández en la ciudad de Miami me consultó como un hecho cumplido la firma de un contrato que se denomina memorándum de entendimiento suscrito entre una empresa que se llama Human Capital Consulting y el ingeniero Fernández y su señora esposa Isabel Cristina Álvarez Fernández (...)". (sic)

Por lo someramente expuesto, no estima necesario el Tribunal recabar en probanzas adicionales sobre la suscripción del aludido documento, tema que como se dijo no es materia de controversia, por lo que adelante se ocupará mejor de su alcance, validez y particularidades, que es realmente lo que se debate dentro del proceso.

En lo relativo a la existencia legal –aparte de la meramente fáctica- el artículo 898 del estatuto mercantil establece que "(...) Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales (...)".

Resulta claro para el Tribunal que la regla general en derecho colombiano es la de la consensualidad de los contratos, al tenor de lo dispuesto por los artículos 1500 del Código Civil y 824 del Código de Comercio, siendo solemnes única y exclusivamente aquellos para los cuales la ley ha establecido expresamente alguna formalidad. A pesar de que el presente asunto versa sobre una relación contractual atípica -o tal vez precisamente por eso- se trata de un contrato que no tiene predispuesta por ley una forma determinada y por ello era susceptible de perfeccionarse con el simple consentimiento de las partes que pudiera probarse de cualquier modo inequívoco y aquí, para el efecto, se trataría de una prueba escrita porque así lo quisieron los intervinientes en su celebración.

La solemnidad aludiría por ejemplo al caso que se suele mencionar como típico de estas circunstancias, cual es la escritura pública para efecto de la compra-venta de inmuebles o a la constitución de derechos reales sobre los mismos. Aquí, como luego se verá, si bien la controversia es relativa a una negociación sobre un bien inmueble, no se trató de la compraventa del mismo y por tanto no le son aplicables las disposiciones que rigen la aludida materia. Ahora, cuando la ley califica como inexistente también el contrato al que falte alguno de los elementos esenciales, tendría ello que referirse necesariamente a la falta de consentimiento de cualquiera de las partes, pues el resto de los elementos necesarios para configurar una relación válida, como la falta de capacidad, el consentimiento viciado, la ilicitud del objeto o de la causa generarían nulidad y estos serán temas que se abordarán más adelante.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado *"que para que el acto jurídico exista como tal, se hace necesaria la concurrencia de ciertos presupuestos axiológicos, entre ellos, un motivo impulsor generalmente relacionado con la satisfacción de una necesidad económica, lo que se denomina causa o móvil que, además de ser conocido y aceptado por quienes concurren a la celebración del negocio jurídico, debe ser determinante para una de ellas, de modo que sin el mismo no habría comunicado su voluntad de contratar"*.

*"Si los efectos inherentes al contrato no se radican en la esfera jurídica y patrimonial de una de las partes, porque no las asiste propósito al respecto, sino la intención de defraudar la ley o de engañar a terceros, el contrato es inexistente pues el consentimiento se expresó sin causa ni objeto. Si la apariencia está destinada a ocultar aquella realidad, el contrato es absolutamente simulado; pero si los contratantes, "con el interés personal de uno y aquiescencia del otro disfrazan en parte la verdad, el contrato aparece afectado por simulación relativa", siendo trascendente para el mundo jurídico el contrato no publicado, pues, de conformidad con la máxima regla de interpretación de los actos jurídicos, el verdadero querer de los contratantes prima sobre cualquier comunicación que lo desvirtúe."*<sup>3</sup>

Así las cosas, el Tribunal no vislumbra por parte alguna que pueda predicarse inexistencia fáctica ni jurídica del contrato aducido como fundamento de la controversia, pues como se vio, físicamente existe, las partes han reconocido su celebración y no lo han tachado de falso total ni parcialmente y, adicionalmente, la ley no tiene preestablecidas para el mismo unas formas, ni se observa que falte alguno de los requisitos esenciales para predicar su inexistencia.

---

<sup>3</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL. Magistrado Ponente: Dr. JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES. Bogotá Distrito Capital, diez (10) de septiembre de dos mil uno (2001). Ref: Expediente No. 5961

Ahora, en cuanto respecta a la invalidez alegada, la señora apoderada de EL CONVOCADO en su contestación de la demanda arbitral y en sus alegatos finales formuló diversos cuestionamientos para soportar sus excepciones, aduciendo principalmente:

- Que Human Capital no podía obligarse a ceder la posición contractual pues al momento de celebrar el Memorando de Entendimiento no contaba con la autorización previa del Banco para realizar la cesión;
- Que el artículo 887 del Código de Comercio sólo autoriza la cesión de contrato si por ley o por estipulación no se ha prohibido o limitado dicha sustitución, la cual en este caso estaba vedada;
- Que Human Capital no podía obligarse a realizar la cesión sin la previa autorización del Banco, quien realmente tenía la propiedad del inmueble para ese entonces y en consecuencia no llegó a materializarse el respectivo modelo o esquema legal con el cual se confronta, es decir una cesión y por lo tanto no produjo efectos jurídicos para las partes, ni para terceros;
- Que el proceso de formación del Memorando de Entendimiento y la cesión en él implícita no cumplieron con las solemnidades sustanciales impuestas por el referido contrato de leasing, es decir no cumplieron con las solemnidades sustanciales previstas por la ley;
- Que subsidiariamente debe declararse la nulidad absoluta de las cláusulas contractuales contenidas en el Memorando de Entendimiento, por cuanto Human Capital no tenía la capacidad para contratar ni obligarse a ceder la posición contractual a favor de José Ignacio Fernández por no existir una autorización previa del Banco de Occidente;
- Que Human Capital indujo a error de hecho y de derecho al señor José Ignacio Fernández Pérez desde la etapa precontractual y vició su consentimiento por haber fallado en el deber de información, máxime cuando una de las partes es extranjero y desconoce la legislación que enmarca los negocios jurídicos y la costumbre mercantil del territorio colombiano;
- Que el consentimiento del SEÑOR FERNÁNDEZ PÉREZ para contratar estuvo viciado de error en virtud de que Human Capital nunca le dio a conocer el contrato de leasing celebrado por esa sociedad y el Banco de Occidente donde efectivamente constaban las condiciones que asumiría el SEÑOR FERNÁNDEZ PÉREZ;
- Que Human Capital entregó al señor José Ignacio Fernández Pérez una información distorsionada de la verdadera rentabilidad del inmueble objeto del contrato de leasing la cual se requería para poder proyectar un retorno de la inversión que él realizaría a través de el Memorando de Entendimiento;
- Que el SEÑOR FERNÁNDEZ PÉREZ no podía saber las condiciones ciertas y reales de la posición contractual que se le estaba cediendo al momento de celebrar el Memorando de Entendimiento.

Como puede deducirse del amplio y variado repertorio de causales de nulidad propuestas, es claro que la señora apoderada de EL CONVOCADO invoca primeramente la necesaria autorización previa del Banco arrendador para conferirle validez al negocio –so pena de nulidad absoluta- y a renglón seguido propone una eventual nulidad relativa por error en la contratación derivado de información supuestamente distorsionada o incompleta que habría suministrado LA CONVOCANTE al SEÑOR FERNÁNDEZ PÉREZ referente al contrato de leasing cuya posición contractual sería objeto de cesión y/o sobre la rentabilidad del inmueble objeto de negociación lo cual, en su sentir, sería la causa eficiente para la celebración de EL MEMORANDO.

En efecto, la cláusula novena del Contrato de Leasing celebrado entre LA CONVOCANTE y el Banco de Occidente estableció dentro de los derechos del locatario, que éste "(...) sólo podrá ceder su contrato, previa aceptación por escrito de EL BANCO, pero en cualquier caso permanecerá obligado solidariamente por el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el presente contrato, al igual que los restantes deudores solidarios, quienes desde este mismo momento aceptan las cesiones que se hagan, sin que para nada se modifique, cambie o extinga el vínculo que los une a este contrato..."

Sin embargo, sea lo primero observar que según la cláusula primera de EL MEMORANDO, en razón de éste Human Capital "*(...) se obliga a ceder a favor de **JOSÉ IGNACIO FERNÁNDEZ PÉREZ**, la posición contractual que **HUMAN CAPITAL CONSULTING S.A.** tiene en el **CONTRATO DE LEASING** con el objeto que **EL BANCO** transfiera directamente a **JOSE IGNACIO FERNANDEZ PEREZ** la propiedad de **EL INMUEBLE**"; en segundo lugar, que la cláusula quinta del mismo dispuso "*(...) en el evento que las obligaciones y derechos contraídos por **HUMAN CAPITAL CONSULTING S.A.** frente a **EL BANCO** en el **CONTRATO DE LEASING** fueren cedidas a **JOSE IGNACIO FERNANDEZ PEREZ** antes del veinticinco (25) de noviembre de 2.011 (...)" y en tercer lugar, que la última parte de esta cláusula estableció: "*(...) El trámite para la cesión de **EL CONTRATO DE LEASING**, de conformidad con lo establecido por **EL BANCO** será responsabilidad exclusiva de **JOSE IGNACIO FERNANDEZ PEREZ**. Si para el veinticinco (25) de noviembre de 2.011, la citada cesión de posición contractual no ha sido aprobada por **EL BANCO**, **JOSE IGNACIO FERNANDEZ PEREZ** estará obligado..." (Subrayado fuera de texto)***

Por tanto, EL MEMORANDO no contenía en sí mismo una cesión de posición contractual, pues a lo que apuntaba era a que la posición contractual del locatario fuera asumida **a futuro** por el SEÑOR FERNÁNDEZ PÉREZ, al punto que la cláusula de objeto ya transcrita no contiene una cesión, sino una obligación de ceder, trasladando a EL CONVOCADO la carga de realizar los trámites necesarios para obtener la autorización del Banco y estableciendo consecuencias si en determinado período no se lograba la autorización requerida. Por consiguiente, todo el repertorio exceptivo de la parte convocada que se soporta en el requisito de la autorización supuestamente omitida se derrumba por sí solo, con las simples estipulaciones contractuales y sin necesidad de mayores disquisiciones.

En cuanto a la inducción a error, de hecho y de derecho aducida por la señora apoderada de EL CONVOCADO, recuerda el Tribunal preliminarmente que el error de derecho no vicia el consentimiento, según lo dispone el artículo 1509 del Código Civil o en otras palabras, siguiendo el antiguo precepto del Art. 9 del Código Civil, que "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa", ni aún tratándose de ciudadanos



extranjeros, quienes están obligados en las relaciones jurídicas de todo orden que adelanten en la República a conocerla y acatar sus disposiciones, como también lo manda el artículo 18 del mismo estatuto.

Ahora, en lo referente al error de hecho alegado, observa el Tribunal que desde los propios considerandos del contrato objeto de controversia se aludió a la condición jurídica del bien inmueble que se pretendía adquirir por tal mecanismo, a la titularidad del mismo por parte del Banco de Occidente como entidad propietaria y arrendadora financiera de éste y más adelante, a las condiciones necesarias para el ejercicio de la opción de compra propia de esta clase de operaciones. Por lo demás, en la cláusula de objeto contractual precedentemente transcrita las partes en efecto indicaron que se trataba de ceder la posición del locatario en un contrato de leasing y por tanto, si el conocer más en detalle esta relación jurídica era presupuesto necesario para la celebración de esta especie de promesa de cesión, ello no quedó evidenciado en el contrato, ni se sujetó su perfeccionamiento a condición alguna al respecto, ni se invocó oportunamente tal desconocimiento para justificar el no pago de las cuotas pactadas en el mismo. Como más adelante se detallará, estos argumentos, igual que el relativo a las diferencias en la rentabilidad del inmueble sólo vinieron a ser alegados muy posteriormente, ya dentro de la etapa del conflicto contractual, por lo que el Tribunal no podrá calificar como vicio en el nacimiento del contrato lo que sólo vino a manifestarse a posteriori, como una justificación extemporánea por el no pago del precio pactado por parte del promitente cesionario de la posición contractual.

La Corte Suprema de Justicia ha manifestado que *"la nulidad predicable respecto de un determinado contrato debe calificarse a la luz de las circunstancias existentes al momento de celebrarse y no de circunstancias venideras que, en modo alguno, puedan alterar tales condiciones concurrentes al producirse la manifestación de voluntad, pues una cosa es privar de efectos a ésta última por defectos que le son inherentes, es decir que le conciernen intrínsecamente a su estructura jurídica (validez) y otra bien distinta, la privación de su eficacia funcional o extrínseca por circunstancias sobrevenidas que tienden a evitar, por medios diversos, el mantenimiento de una relación negocial de intereses válidamente celebrada."*<sup>4</sup>

Por su lado, la Corte Constitucional propugna que *"[E]n virtud de la garantía de la autonomía de la voluntad privada y, también, de la garantía de la justicia en ese amplio campo de la actividad de las personas, el ordenamiento positivo exige que la manifestación de voluntad sea consciente y libre, esto es, que no esté afectada por irregularidades que genéricamente son denominadas en la ley y en la doctrina vicios del consentimiento, los cuales son error, fuerza y dolo (Art. 1508 del Código Civil).*

*La fuerza o violencia es la presión física o moral que se ejerce sobre una persona para obtener su consentimiento, la cual infunde miedo o temor en la misma.*

*El dolo es toda especie de artificio para engañar a otro sujeto del negocio jurídico y que induce o provoca un error en él.*

*El error, por su parte, consiste en la falta de correspondencia entre la representación mental del sujeto y la realidad, es decir, en el conocimiento no verdadero o falso de la realidad. Se distingue de la ignorancia, en cuanto ésta consiste en la ausencia de conocimiento.*

*Estos vicios de la voluntad están sancionados en el ordenamiento civil colombiano con la nulidad relativa, que sólo puede ser declarada por el juez a pedimento de la parte en cuyo beneficio ha sido establecida (Arts. 1741 y 1743 Código Civil).*

---

<sup>4</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Magistrado Ponente: CESAR JULIO VALENCIA COPETE, Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil tres (2003).-Ref: Expediente No. 6760.

*Para los efectos de este examen interesa en particular la distinción entre el error de derecho, que se refiere a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico, y el error de hecho, que concierne a modificaciones del mundo exterior.*

*Desde el punto de vista psicológico, ambos tipos de error configuran un vicio de la voluntad. No obstante, en el campo jurídico su regulación no es uniforme, en cuanto en los ordenamientos de algunos Estados se les concede por igual el carácter de vicios del consentimiento y, en cambio, en los ordenamientos de otros Estados, como es el caso del colombiano, sólo se otorga dicho carácter al error de hecho, con exclusión del error de derecho.<sup>15</sup>*

Por tanto, el Tribunal partirá del supuesto de la existencia y validez del contrato y por consiguiente, declarará no probadas las excepciones de inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa alegadas por EL CONVOCADO respecto a EL MEMORANDO y/o a sus estipulaciones.

## **6.2. Sobre la naturaleza y alcance del denominado Memorando de Entendimiento:**

A lo largo del debate probatorio se ha pretendido descalificar por EL CONVOCADO la naturaleza o la fuerza vinculante del Memorando de Entendimiento. Se ha dicho o insinuado que el documento en cuestión, como su nombre lo indica, era representativo de una simple intención pero que no constituiría contrato en sí mismo y ni siquiera promesa de adquirir una propiedad inmobiliaria.

A este propósito, la abogada Amparo Vinasco, asesora de EL CONVOCADO, señaló en su declaración:

*"(...) SRA. VINASCO: El señor José Ignacio me llamó y me dijo que él había recibido y que él no iba a firmar la promesa de compraventa. Yo tenía ese día ocupaciones y en la tarde hablé con él, él me dijo que él no había dejado de ir a la cita de Gracia Asociados a las 2, pero esté tranquila yo no firmé promesa, lo que hicimos fue que se firmó un Memorando de Entendimiento, dijo, esa es una intención de compra del inmueble y eso nos da tiempo porque él viajaba para Estados Unidos y la señora Gracia también tenía sus vacaciones y se iba. (...) (sic)*

*(...) DR. CUBEROS: Por la primera parte de su relato entiendo que usted, que es abogada y abogada en negocios inmobiliarios, usted entendía, uno, que hubo conciencia de que era un inmueble que había sido adquirido por el vendedor "a título Leasing", eso lo sabía desde el primer día. (sic)*

*SRA. VINASCO: Sí.*

*DR. CUBEROS: ¿Y eso se lo explicó usted al ingeniero Fernández? (sic)*

*SRA. VINASCO: Sí, sabíamos que no estaba vinculado, o sea, dentro de la promesa no estaba vinculado Leasing de Occidente pero tampoco*

---

<sup>5</sup> Sentencia C-993/06. Referencia: D-6349. Demanda de inconstitucionalidad contra los Arts. 1509, 1510 (parcial) y 1511 (parcial) del Código Civil. Demandante: Nicolás Ernesto Lozada Pimiento. Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

*sabíamos, pues yo no tenía acceso al contrato para saber qué restricciones tenía o qué cláusulas había al respecto. (sic)*

*DR. CUBEROS: ¿De la manera como usted lo expone también, quiere dar entender que la parte compradora, hablando del ingeniero Fernández, para la parte compradora era más o menos equivalente, no estoy hablando jurídicamente estoy hablando negocialmente, era más o menos equivalente firmar una promesa de compraventa o el firmar el llamado Memorando de Entendimiento? (sic)*

*SRA. VINASCO: No, no eran equivalente, precisamente porque no se tenía a mano todavía la documentación y esa es una cuestión atípica, para él el firmar el Memorando de Entendimiento lo que él me expresó a mí, era que eso era una intención de compra, él me dijo, me voy tranquilo porque ya se firmó Memorando de Entendimiento donde hay una intención de compra, para él era, eso fue lo que yo entendí. (sic)*

*DR. CUBEROS: Usted menciona para algo la escritura de compra por parte del leasing y habló también del certificado de libertad. ¿Esos documentos los conoció usted previamente? (...) (sic)*

*(...) SRA. VINASCO: La verdad es que el documento me causó sorpresa porque pues intención de compra es muy distinto a lo que estaba plasmado en el documento, el documento era más o menos un resumen de lo que era la promesa de venta con un título diferente y todas las obligaciones estaban a cargo del ingeniero Fernández y Human Capital no asumía ninguna obligación, esa era la mayor preocupación mía porque al ingeniero no le preocupaba lo del dinero, el valor que se había incrementado, él no tenía ese tipo de preocupación, él lo que le preocupaba era el contrato de arrendamiento y que existiera como un acuerdo de que sí se le iba a vender el inmueble a él. (sic)*

*"Yo me preocupé viendo el documento, por supuesto que sí, porque me parecía que era muy desventajoso para él, o sea, si él no cumplía ellos no aportaban ningún documento pero si él no cumplía él sí tenía una penalidad, ellos no tenían absolutamente nada que perder (...)".(sic)*

Aunque desde luego la expresión "memorando de entendimiento" no está consagrada como contrato en la legislación nacional, es de frecuente utilización en el mundo de los negocios y por tanto, más que al término en sí mismo, tanto las partes como el juzgador deben remontarse a su contenido para la correcta evaluación de su significado y consecuencias. En otras palabras, tratándose de un documento escrito, la principal fuente para establecer su naturaleza y alcance es su propio tenor literal.

Valga en primer término traer a colación la definición que de contrato trae el Código Civil, que en su artículo 1495 expresa:

*"ART. 1495.—Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas."*

Por su parte, el artículo 1611 de la misma codificación, tal como quedó modificado por

el artículo 89 de la ley 153 de 1887, al regular la promesa de celebrar un contrato, estableció:

*"ART. 1611.—Derogado. L. 153/887, art. 89. La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren 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.*

*Queda derogado el artículo 1611 del Código Civil".*

Para el análisis que se hará resulta pertinente hacer alusión a algunas estipulaciones particulares de EL MEMORANDO, así:

- Cláusula primera: En ésta, como ya se indicó antes, HUMAN CAPITAL CONSULTING se obligó a ceder a favor de JOSE IGNACIO FERNANDEZ PEREZ, la posición contractual que aquella tenía en un CONTRATO DE LEASING con el Banco de Occidente, para que en su momento éste transfiriera directamente a EL CONVOCADO la propiedad de EL INMUEBLE, a más tardar el día VEINTICINCO (25) de noviembre de 2.011. (Folio 02).
- Cláusula segunda: Se estableció el valor de la cesión en la suma de 4.000 millones de pesos, de los cuales, según el numeral 2.1, debía pagarse la suma de 1.200 millones a más tardar el 25 de octubre de 2011 y según el numeral 2.2, 2.800 millones el 25 de noviembre de 2011.
- Cláusula tercera: Se pactó que el pago de los \$2.800 millones mencionados por parte de HUMAN CAPITAL a el Banco, implicaría el ejercicio por parte de HUMAN CAPITAL de la opción de adquisición prevista en el CONTRATO DE LEASING y el cumplimiento del mismo y que como consecuencia El Banco tendría la obligación de ceder a HUMAN CAPITAL el derecho de dominio y la posesión sobre el inmueble. HUMAN CAPITAL se obligó a instruir a el Banco para que dicha cesión se efectuara a favor del señor JOSÉ IGNACIO FERNÁNDEZ PÉREZ dentro de los tres (3) días siguientes a que el Banco hubiera recibido de éste la mencionada suma de \$2.800 millones (Folio 02).
- Cláusula quinta: Se estableció que el trámite para la cesión del Contrato de Leasing, de conformidad con lo establecido por el Banco, sería responsabilidad exclusiva de EL SEÑOR FERNÁNDEZ PÉREZ. (Folio 03).
- Cláusula sexta: Se pactó que en caso de incumplimiento total o parcial de alguna de las partes de las obligaciones contenidas en el contrato, la parte cumplida reclamaría a la parte incumplida, a título de pena, la suma de \$400 millones (Folio 03).

Adicionalmente, existen diversas piezas procesales que de alguna manera aluden a cuál fue el entendimiento de las partes respecto al negocio celebrado, coetáneamente con su suscripción, o durante el desenvolvimiento posterior.

Por ejemplo, el 8 de diciembre de 2011, el abogado de EL SEÑOR FERNÁNDEZ PÉREZ le manifestó al representante legal de LA CONVOCANTE, refiriéndose al aludido documento:

*"(...) cuyo objeto final lo constituye: (i) la posible cesión del Contrato de Leasing por parte de EL BANCO o en su defecto, (ii) la posible adquisición en plena propiedad por parte del Ingeniero Fernández del inmueble denominado "Quinta Camacho". (sic)*

Más adelante pidió buscar una alternativa que legalmente fuera satisfactoria para ambas partes, encaminada a la compra final del inmueble, aduciendo:

*"(...) dentro de unos plazos de tiempo más reales, para lo cual, respetuosamente le propongo a usted que trabajemos en estructurar unos nuevos acuerdos o un "ademdum" a los ya existentes que conduzcan a incluir al menos una certificación o compromiso por parte de EL Banco, elemento importantísimo que en nuestro criterio, adolece el documento conocido como Memorando de Entendimiento" (sic) (Folio 09).*

Finalmente, solicitó celebrar una reunión "con el objeto de establecer y suscribir unos nuevos plazos".

Por su parte, el señor JOSÉ MANUEL ACOSTA, en representación de HUMAN CAPITAL, respondió el 12 de diciembre de 2011 la anterior comunicación al abogado Cuevas, manifestándole:

- *"(...) a. Human Capital aceptaría firmar un otrosí al contrato (ademdum) suscrito en octubre 10 de 2011, sujeto al cumplimiento de los literales b. a d. de este punto. (sic)*
- *"(...) c. Teniendo en consideración que han transcurrido 2 meses (octubre 10 a diciembre 12) desde la firma del contrato, Human Capital no podría ampliar el plazo para el recibo del primer pago pactado; esto es, mil doscientos millones de pesos (\$1.200.000.000), que en el evento de firmarse dicho ademdum, no debiera cancelarse más allá del día 19 de diciembre de 2011" (sic) (Folio 15).*

En razón de lo anterior, de nuevo el abogado Iván Cuevas se dirigió el 15 de diciembre de 2011 al señor José Manuel Acosta de HUMAN CAPITAL, indicándole:

- *"1. Bajos las actuales condiciones establecidas en el Memorando de Entendimiento antes referido, resulta imposible continuar con las negociaciones con su representada, en virtud de que, tal y como se lo exprese en la comunicación que le envié en fecha 08 de Diciembre del corriente año, de la redacción e interpretación legal del referido documento, no se garantiza para nada que el Ingeniero Jose Ignacio Fernández, contra el pago de las sumas allí indicadas, se le genere la contraprestación debida y el derecho a: (i) la posible cesión del Contrato de Leasing por parte de EL BANCO o (ii) en su defecto, si no reúne las condiciones*

*para obtener el crédito por parte de EL BANCO, el traspaso en plena propiedad del inmueble por parte del mismo banco (...) (sic) ". (Folio 017)*

- *"2. Como bien se lo expreso el Ingeniero Fernández en diversas oportunidades, ciertamente hubo la intención original de llegar a una negociación con su representada, pero contrario a lo expresado por usted en su comunicación de fecha 07 Diciembre del corriente año se le solicitó varias veces también a usted, una extensión de los plazos y la firma de un "otro sí" con el propósito de estructurar la negociación bajo unos términos, plazos y condiciones que hubiesen permitido y garantizado la ejecución de la negociación bajo parámetros legales más ciertos y razonables, reales y sostenibles para ambas partes, además de que en virtud de las cantidad de imprecisiones, carencias y vacíos incurridos en la redacción del documento denominado Memorando de Entendimiento suscrito por los interesados, hace presumir que ese acuerdo está viciado de nulidad absoluta, y fundamentalmente la negociación, tal y como está pactada, es de imposible cumplimiento". (sic) (Folio 017).*

Entre tanto, LEASING DE OCCIDENTE le dirigió una comunicación a HUMAN CAPITAL el 13 de diciembre de 2011 manifestándole:

*"Por medio de la presente me permito informar que una vez cancelado el saldo total de la obligación del leasing No. 180 67515 estamos en capacidad de transferir la propiedad del inmueble a un tercero una vez se firme el documento de cesión de transferencia del derecho y se cumpla con los documentos requeridos para dicha transferencia.*

*"En caso de requerir la cesión del contrato, el nuevo locatario debe cumplir con los requisitos exigidos por el nuestra área de crédito para la aprobación de dicha cesión". (sic) (Folio 024).*

En este sentido, a folios 097 y 098 del C. de P. No. 1, aparece el documento denominado *"CESIÓN DEL DERECHO DE RECIBIR A TÍTULO DE LEASING EL(LOS) BIEN(ES) OBJETO DEL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO No. \_\_\_\_\_"* que, como se destaca, es un formato que parece provenir del Banco arrendador y que estaría destinado a complementarse con los datos correspondientes para a través de él comunicar a la entidad propietaria y arrendadora la cesión efectuada, una vez se encontraran canceladas en su totalidad las obligaciones dinerarias derivadas del Contrato de Leasing, incluido el pago de la opción de adquisición, como reza su propio texto.

Por su parte, del interrogatorio formulado al representante legal de LA CONVOCANTE por la señora apoderada de EL CONVOCADO, se destaca:

*"(...) DRA. BONILLA: Pregunta n.º 15: Sírvase decir a este Tribunal ¿si estaba en posición Human Capital de comprometerse como lo dice ahí a hacer la posición contractual al señor José Ignacio Fernández en la fecha de allí señalada? (sic)*

*"SR. ACOSTA: Totalmente convencidos de ello por 2 razones, porque lo que estábamos cediendo como posición contractual era nuestra condición de locatario si el señor Fernández tomaba la obligación con el banco, si el señor Fernández cancelaba el monto que era la primera opción que se*

*acordó en el memorando de entendimiento, por supuesto porque la fecha 25 de noviembre/11 hacía suponer que no solamente ya se había pagado el 25 de octubre los 1.200 millones sino fue el plazo que en el memorando de entendimiento se estableció o la cancelación de los 2.800 directamente por el señor Fernández o el saldo que fuera al banco o la cesión del tema como tal, sin duda sí. (...) (sic)*

En otro aparte de su interrogatorio señaló:

*"...El primero en la compra de una operación accionaria de unas personas que tenían una participación y ese fue el contrato, se llamó memorando de entendimiento, luego si los abogados nos dijeron en su entendimiento y en su dominio de las normas que ese era el documento idóneo, ese era el documento idóneo y lo firmamos con el convencimiento de que era, pero tendría decir que también nuestra hoy contraparte lo entendió de esa manera, todas las referencias que hay incluyendo creo que la de la abogada Vinasco en alguno de los memorandos cuando ya se decía, el señor no puede cumplir en la fecha prevista hablaba en el contrato, se dejó de hablar de contrato o se cuestionó la naturaleza de ese documento, posteriormente cuando el doctor Cuevas intervino dijo que adolecía...". (sic)*

De lo someramente expuesto, que como se ve, es comprensivo de algunos apartes de la ley, de particularidades del contrato, y de comunicaciones y manifestaciones de los contratantes o de sus delegados, puede concluirse, también sin mayor dificultad, que el documento objeto de análisis y controversia en efecto era un contrato, bilateral, en el que una de las partes, HUMAN CAPITAL, se obligó a ceder su posición contractual dentro de un contrato de leasing a favor de EL SEÑOR FERNÁNDEZ PÉREZ, previos los trámites y requisitos que éste se comprometió a adelantar o cumplir y dicho contratante, a su turno, como contraprestación, se obligó a pagar una retribución, que sería parte para el propio cedente y parte para la entidad arrendadora ante la cual se tramitaría la cesión. Por consiguiente, representaba para la parte cedente una obligación de hacer, ceder una posición contractual y para la parte cesionaria, de dar, esto es pagar una contraprestación por ello y además de hacer, en cuanto alude a la realización de los trámites mencionados.

Ahora, si ha de tipificarse la especie de contrato de la cual se trató, era por supuesto una promesa de contrato –reconocida como tal por sus estipulaciones, más no por su denominación- que constaba por escrito, lo cual está fuera de toda duda; que no era de aquellas consideradas como ineficaces por no concurrir en ella los requisitos previstos por la ley, tema que ya se desarrolló en el numeral precedente; que contenía el plazo o condición para su celebración, que era dentro de los tres (3) días siguientes a aquél en que se verificara el segundo pago a cargo de EL SEÑOR FERNÁNDEZ PÉREZ, previsto para el 25 de noviembre de 2011, como quiera que en ese momento debía concluirse la cesión, según las voces de la cláusula tercera; y finalmente, por supuesto que el contrato estaba determinado debidamente, cesión de la posición contractual del locatario dentro del Contrato de Leasing número 180-67615 celebrado entre HUMAN CAPITAL y el Banco de Occidente el 3 de septiembre de 2010.

No está por demás destacar que cuando el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 del Código Civil antes transcrito se refiere a "*...los requisitos que establece el artículo 1511...*" de la misma obra, la doctrina y la jurisprudencia han sido uniformes en

considerar que se trató de un error del legislador y que la norma a la cual se hace referencia es el artículo 1502 que alude a la capacidad de los contratantes, a su consentimiento exento de vicios y a la licitud del objeto y de la causa. La capacidad de los contratantes –hoy contendientes- no ha sido puesta en duda y se analizó al establecer los presupuestos procesales y originalmente al determinarse la competencia del Tribunal; el consentimiento exento de vicios fue analizado someramente en el capítulo precedente y la licitud del objeto y de la causa no han sido tampoco objeto de cuestionamiento, por tratarse de la cesión de una posición contractual, cuestión de carácter patrimonial para la cual rige la autonomía de la voluntad, negociación condicionada a la autorización previa por parte del contratante cedido, trámite que como se vio era a cargo del propio cesionario señor Fernández Pérez.

Respecto del tema, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que:

*"[P]or ser la promesa bilateral de celebrar un contrato un negocio jurídico de carácter preparatorio de otro futuro, su existencia es, por esencia, limitada en el tiempo. Ello se infiere de lo dispuesto en el artículo 89 de la ley 153 de 1887, en cuyo enunciado general, en principio, se le priva de eficacia, salvo que se ajuste a todas y cada una de las exigencias que allí mismo se ordenan y describen.*

*(...) merece especial atención, en lo pertinente al presente caso, la de que, según el numeral 3º de la ley citada, deba contener "un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato", es decir, que necesariamente bajo una de dichas modalidades, plazo o condición determinados, o ambas en combinación, pueden y deben las partes establecer cuándo se ha de celebrar o perfeccionar el ulterior contrato, esto es el prometido. Es obvio que si tales modalidades se consagran o combinan para obtener el efecto contrario, o sea, para dejar indeterminada tal época, la respectiva promesa no adquiere eficacia, pues no cumpliría cabalmente con la referida exigencia legal.*

*Justamente, el que la ley exija un plazo o una condición determinados que sirva para fijar la época de celebración del contrato prometido está indicando a las claras que la promesa apenas es un acto jurídico instrumental efímero y que por consiguiente, su vigencia, además de provisional, debe estar plasmada con exactitud en el escrito que la contiene, de tal manera que no deje márgenes de duda en cuanto a su efecto temporal transitorio.<sup>6</sup>*

*"A partir de lo anterior identifica los requisitos que debe reunir el contrato de promesa al tenor del art. 89 de la ley 153 de 1887, destacando por lo que al caso interesa el del ord. 4, o sea el atinente a la determinación del contrato, el cual justifica porque si la obligación que se origina es hacer el contrato prometido, es preciso que ésta no quede expuesta a "incertidumbres y desvíos".<sup>7</sup>*

---

<sup>6</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Magistrado Ponente: CESAR JULIO VALENCIA COPETE, Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil tres (2003).-Ref: Expediente No. 6760

<sup>7</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA. Magistrado Ponente: Dr. JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ. Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998). Referencia: Expediente No. 4724



*"De manera que esa determinación del contrato conlleva a reseñar todos "sus elementos estructurales hasta el punto que para celebrarlo posteriormente, mediante el empleo de esos cabales elementos, sólo reste en orden a su perfeccionamiento la tradición de la cosa, cuando el contrato sea real, o las formalidades legales, cuando estas sean requeridas por el derecho, como en los contratos solemnes". A continuación explica que esa especificación no es discrecional de las partes, sino imperativa, por cuanto en el numeral 4º. del art. 89 de la ley 153 de 1887, "se consagra una clara correlación entre la determinación del contrato prometido y los procedimientos o requisitos legales que sean esenciales para concluirlo". Por tanto, agrega, "si en un caso dado sólo está pendiente la ejecución de esos requisitos, es porque el contrato prometido se encuentra determinado a cabalidad; pero si fuera de los mismos, todavía se necesita que se dé otro paso cualquiera a intento de concluir el contrato, ya no será viable afirmar que la determinación se ha cumplido de modo satisfactorio, es decir según lo contempla la ley".<sup>8</sup>*

Por consiguiente, el Tribunal concluye que a pesar de la forma adoptada y del rótulo que las partes imprimieron al documento negocial, se trató de una promesa de cesión de una posición de parte dentro de un contrato, la cual es perfectamente válida a la luz de las estipulaciones legales actualmente vigentes.

### **6.3. Sobre los alegados incumplimientos del señor José Ignacio Fernández Pérez**

Recuérdese que el primer petitum de la demanda arbitral se encamina a una declaración de incumplimiento contractual que alega LA CONVOCANTE y que servirá de soporte a las demás pretensiones de su demanda, por lo cual, ante los presupuestos de existencia, validez y calificación legal del contrato fundamento de la acción, ha de ocuparse ahora el Tribunal -como tema basilar del proceso- de los incumplimientos alegados, que consistirían en el no pago, oportuno ni extemporáneo de las prestaciones dinerarias a cargo de EL CONVOCADO, de 1.200 millones de pesos a más tardar el 25 de octubre y 2.800 millones de pesos el 25 de noviembre de 2011.

Para el análisis debe tenerse en cuenta primeramente el correo del señor José Ignacio Fernández a la abogada Amparo Vinasco del 23 de octubre de 2011 donde en vísperas del primero de los vencimientos aludidos, le señala:

*"Por favor informarles a cerca de mi imposibilidad de hacer la monetización por las razones bancarias establecidas en el contrato. Es decir, no he aperturado la cuenta de Gran Mene, que será la empresa compradora designada. Esta empresa estara monetizando la ultima semana de este mes de Octubre, es decir, en lo que se abra la cuenta de banco. (estamos trabajando) (...)"*. (sic) (Folio 123 del C. de P. No. 1).

Como consecuencia de dicha solicitud, el 24 de octubre de 2011 –día anterior a la fecha prevista para el primer pago pactado- la abogada en mención dirigió a su turno una comunicación al señor E. Forero, de Human Capital, donde le manifestó:

---

<sup>8</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA. Magistrado Ponente: Dr. JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ. Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998). Referencia: Expediente No. 4724

" (...) Me permito reenviar el correo del Sr. José Ignacio Fernández, presentar excusas por no poder cumplir con el desembolso de los 1200 Millones correspondientes al primer pago del negocio de casa ubicada en la Cra. 7 con Calle 70, pago acordado para el día 25 de Octubre del año en curso, el cual se estará haciendo finalizando (...)" (Folio 123 del C. de P. No. 1).

La misma abogada Vinasco se dirigió de nuevo a Human Capital el 18 de octubre de 2011, señalándole:

"(...) noté en el documento que elaboró la inmobiliaria y que se firmó con Human Capital, tiene fecha de pago para el día 25 de Octubre, de \$1200 Millones y no creo que se alcance a monetizar para ese día exactamente.

Quisiera pedirle el favor, otorguen una prórroga para este pago, que pueda hacerse en el transcurso de la semana entrante, a fin de no incurrir en penalidades que podrían afectar el negocio (...)" (sic). (Folio 124 del C. de P. No. 1).

Lo anterior es complementado por la misma abogada en su declaración, donde afirmó:

"(...) DR. CUBEROS: Doctora la pregunta es si usted tuvo la oportunidad de hacerle estas prevenciones, estas inquietudes, estas advertencias, a la gente de Human Capital sobre las condiciones de la negociación. ¿Es esa su pregunta?" (sic)

"DR. QUINTERO: Sí señor". (sic)

"DR. CUBEROS: ¿Pudo hacerlas o simplemente se limitaron hablar de la monetización?" (sic)

"SRA. VINASCO: Simplemente yo le mandé un correo a ella, transfiriéndole la inquietud del ingeniero donde decía que estaba teniendo problemas para monetizar, que hablara para que ellos se tranquilizaran, que él seguía con toda la intención de cumplir y que se diera un plazo, pero ya en ese momento el doctor Iván Cuevas era quien estaba asesorando todo el tema del negocio, pero ellos estaban en Estados Unidos y yo sí estaba acá". (sic)

"Me imagino que cualquier conversación que tuvimos él me dijo, por qué no le escribe a la señora Carmen y le dice que yo sigo con la intención de comprar y de pagarles pero que tengo unos problemas en la monetización y a eso se refiere el correo (...)". (sic)

"(...) SRA. VINASCO: Es que es muy sencillo, yo tuve todas las objeciones que mencioné acá sobre el contrato, se las expresé, y se las expresé al doctor Iván pero el ingeniero pese a todo eso él continuaba con la idea de que él iba a cumplir con el contrato y con la negociación. Entonces, a mí me parecía que sobraba cualquier advertencia, cualquier manifestación que yo hiciera porque de todas maneras él quería cumplir con ese contrato (...)". (sic)

A propósito de estas comunicaciones, el representante legal de HUMAN CAPITAL se pronunció así en el interrogatorio de parte que le fue formulado en su momento:

*"(...) SR. ACOSTA: Faltando algunos días para la fecha en el que se debía dar el giro, recibimos una solicitud o más bien digamos que fue la transferencia de una razón y reposa dentro de los documentos por parte de la abogada Vinasco, la primera vez que realmente la conocimos a ella fue a través de ese escrito en el que nos transcribía que el señor Fernández no iba seguramente a poder cumplir con la obligación y solicitaba la prórroga de esa fecha del 25 aduciendo básicamente que había un proceso de monetización de los recursos y que seguramente iba a necesitar unos días adicionales para esa operación, operación, escrito, por la doctora Vinasco que seguramente debía darse la final del mes en este caso de octubre.*

*Posteriormente recibimos otra comunicación donde también la abogada Vinasco transcribía alguna referencia expresa que hacía el ingeniero Fernández diciendo que no iba a poder cumplir y que solicitaba una prórroga del tema como tal, a partir de ese momento yo establecí directamente, no mi soporte administrativo y financiero, una relación que busqué fuera directa con el ingeniero Fernández entendiendo sus razones y obviamente motivados en el interés legítimo que teníamos de que la operación finalmente se diera, que consistió en llamadas donde además siempre tomamos la iniciativa de hacer las llamadas, él siempre quedaba en confirmarnos posteriormente ¿cuándo se haría la operación?, pero realmente en el tiempo no se hizo".*

*Transcurrió un tiempo que considerábamos era más que prudencial, nunca se dijo nada referente hasta entonces a no hacer el negocio, siempre se reconoció como consta en los documentos escritos el contrato, nunca se hizo referencia alguna al valor del inmueble (...)" (sic)*

*"(...) A partir de ese momento yo empecé a presionar la situación, primero porque obviamente teníamos un acuerdo, viendo que las llamadas y que los acercamientos verbales, voy a expresarlo de una manea muy coloquial, planteaban lo más parecido a una especie de novelones sería el término adecuado, un día el argumento del ingeniero era, estoy en un proceso de monetización, el otro día el banco me cambió el PIN y no puedo hacer la transferencia al banco que va a hacer a su vez la transferencia de los recursos, el día siguiente estoy furioso con el banco porque no he podido hacer esto, el día siguiente viene acción de gracias y me voy con mi familia (...)" (sic)*

*"(...) tomé la decisión de enviar una comunicación que fue elaborada por nuestros abogados, pero que la firmé yo que simplemente ponía en entre dicho que teníamos unos compromisos, que estábamos ya en una causal de incumplimiento (...)" (sic)*

*"(...) Esa comunicación fue respondida en ese momento y entró en ese momento un nuevo actor que era el abogado Iván Cuevas creo que se llamaba, que recibía en la Florida, que apareció respondiendo las comunicaciones como tal y a partir de eso empezó un tire y afloje en una serie de comunicaciones formales que están planteadas en la parte documental, que la primera del doctor Cuevas fue decir que nos liberaba, que nos dejaba en libertad de no hacer el negocio, tema que no sabíamos si*

*contestarle agradeciéndole o diciéndole: esto no puede ser tan folclórico como decir: dejemos las cosas así, hay una serie de compromisos (...)" (sic)*

*"(...) En ese momento el abogado Cuevas sugiere en una de sus comunicaciones y también está planteado que el contrato tenía un vicio y que el vicio del contrato en esencia era el que el banco o la Leasing en este caso, no había proferido la autorización previa o no había sido vinculada la elaboración del llamado memorando de entendimiento para dar su aquiescencia sobre el tema (...)" (sic)*

*"(...) y de ahí vino algo que corroboró el folclor con el que el señor Fernández estaba asumiendo el tema, como decir: los libero de cualquier obligación o los libero de cualquier obligatoriedad de llevar a cabo el contrato como si esto fuera (...)" (sic)*

*"(...) DR. CUBEROS: Usted ha hecho mención que después de que ser firmó el memorando de entendimiento hubo reuniones con la Leasing, con el Instituto Distrital de Turismo, pero en las tratativas precontractuales antes de la celebración de memorando de entendimiento, usted mencionó al principio de su intervención que había sido que el doctor Fernández tenía un poco de afán, hubo unas reuniones previas, largas, tranquilas, se trabajó el tema, se hablaron las condiciones, ¿se llega a unas tratativas serias o fue una cosa muy acelerada? (...)" (sic)*

*"(...) el lunes en la mañana yo recibí el tema, incluso cancelé la agenda que tenía para recibir al señor Fernández porque nos dijo que salía de viaje y que era muy rápido, ya había una oferta formal y entendí que la señora comisionista con su carta formal entre otras cosas lo que quería era asegurar la comisión correspondiente que legítimamente le correspondía dentro del tema y fue cuando entre la mañana y la tarde se planteó eso". (sic)*

*"Ese día yo dije y lo recuerdo clarísimo, ¿por qué tenemos que firmar hoy?, ¿cuál es el afán por firmar hoy?, si hay alguna duda sobre el tema, el señor Fernández estaba con su señora de la inmobiliaria y lo que dijo fue básicamente: yo quiero firmar, quiero dejar esto listo, hubo preguntas no sobre el contrato, las condiciones estaban pactadas, la forma de pago, las fechas no las pusimos nosotros, simplemente fueron de mutuo acuerdo, es decir, no podemos decir que hubo presión de nadie ni presión mía ni teníamos un comprador en la puerta esperando para decir, es que si no hacemos el negocio como es tan usual en los colombianos decir, si no hay otra persona interesada, no, nosotros no teníamos absolutamente a nadie interesado, fue muy concreta (...)" (sic)*

*"(...) DRA. BONILLA: Pregunta n. ° 9: Sírvase decir a este Tribunal ¿si el memorando de entendimiento fue puesto a consideración del señor José Ignacio Fernández antes de la fecha de la firma, es decir, antes del 10 de octubre/11?" (sic)*

*"SR. ACOSTA: No lo recuerdo, pero no debió ser así porque si el 10 de octubre es un lunes, todo sucedió el lunes en la mañana y en la tarde, lo que sí hubo fue una intensa reunión en la que mi posición incluso fue no firmemos hoy, ¿por qué tenemos que firmar hoy?, consúltelo con sus*

*abogados, el tema fue, yo quiero dejar esto firmado, posición del señor Fernández y por eso se firmó, nosotros no teníamos ningún afán en eso (...). (sic)*

Con posterioridad a la fecha prevista para el primer pago, el 3 de noviembre de 2011, la misma abogada de EL CONVOCADO antes mencionada, señora Amparo Vinasco, dirigió una nueva comunicación a Human Capital, reiterándole su solicitud del 1 de noviembre de una copia del "*Primer contrato suscrito por Ustedes como Arrendadores y el Instituto Distrital de Turismo de Bogotá D.C., documento que requiere el Ingeniero José Ignacio Fernández, como requisito indispensable para continuar con la negociación del predio*". (sic) (Folio 047).

Más adelante, el 5 de diciembre de 2011, EL CONVOCADO dirigió una carta a HUMAN CAPITAL, donde señaló:

*"(...) El negocio se planteó desde un principio con plazos más extendidos, a solicitud manifestada por Usted., por conveniencia para la firma que Ud. representa, fijándose como fecha eventual en Enero de 2012, posteriormente, y por solicitud suya también, se acortaron los plazos sin haberse aclarado debidamente los aspectos legales propios de la negociación que nos ocupaba" (sic)*

*"(...) Siempre tuve reservas del tiempo que se estipulaba para el pago e incluso era mi deseo postergar la firma de la promesa, dado que habían varios aspectos por aclarar y el plazo era bastante corto, pero se me citó y como no existía consenso en todos los puntos de la negociación, en vez de firmar una promesa de compraventa, como alternativa se me ofreció la firma de un Memorando de Entendimiento, con base a una intención de compra, con unos acuerdos, pero que consultado con mis abogados, **adolece de muchos requisitos como para considerarse un contrato de venta que me obligue a continuar con la negociación (...)**" (sic) (Negrilla del texto original) .*

*"(...) **Adicionalmente, el Memorando de Entendimiento al no haber sido aprobado por el Banco, en la fecha de su suscripción, no me garantizo ni me podía garantizar, la debida cesión de leasing como primera alternativa, ni me dio la alternativa de la adquisición de la propiedad del referido inmueble, como segunda opción (...)**" (sic) (Negrilla del texto original )*

*"(...) Para concluir, quiero afirmar que actualmente no se puede aducir ningún incumplimiento de mi parte. En el momento, yo no les debo nada, no he usufructuado el inmueble, no hay ningún documento que haya firmado el banco quien tiene la propiedad a mi favor, ni yo en comprometer ante ellos la compra del inmueble". (sic) (Folio 126 y Folio 127).*

Finalmente, vale la pena traer a colación las explicaciones que sobre el negocio celebrado hizo al Tribunal el abogado de EL CONVOCADO, señor Iván Cuevas, cuya participación, como ya se señaló, fue posterior a la celebración de EL MEMORANDO, quien en su declaración señaló:

*"(...) A raíz de eso el ingeniero Fernández siempre manifestó su intención de cumplir con el contrato, él tenía realmente interés en imponerse en el inmueble objeto del contrato de Leasing financiero (...)" (sic)*

*"(...) El ingeniero siempre tuvo su intención de adquirir el inmueble y las comunicaciones que yo le envié al señor Acosta, de su lectura se puede perfectamente interpretar que nosotros queríamos buscar una alternativa jurídica más segura, hacer una redacción con un lenguaje más apropiado, con un conocimiento más técnico de lo que era un Leasing financiero que permitiese que la negociación terminase como era el espíritu original de las partes en que el ingeniero se subrogaba en el contrato o al final él adquiriría el inmueble (...)" (sic)*

*"(...) SR. CUEVAS: Para mí como el contrato ya había sido firmado en octubre, vuelvo y repito ya eso era un hecho cumplido, yo siempre consideré y he considerado que es un contrato que está viciado que está completamente viciado porque sus obligaciones son de imposible cumplimiento, así lo ordena un Tribunal en mi criterio personal, no hay forma de que se pueda cumplir el contrato, sencillamente eso es un contrato que tenía que resolverse, que fue el punto más concreto, tenía que resolverse y tenía que proceder para la elaboración de un nuevo contrato con un nuevo lenguaje ajustado más técnicamente a las condiciones que vinculaban el negocio porque el ingeniero Fernández siempre tuvo su intención de cumplir, él quería realmente llegar al final de las negociaciones adquiriendo el inmueble o subrogándose en el contrato, para mí eso ya era irrelevante, ese contrato tal cual como estaba redactado era inejecutable, no servía para nada, estaba completamente... a mi manera de ver (...)"(sic)*

Finalmente y sobre el mismo tema, EL CONVOCADO manifestó al Tribunal en su interrogatorio:

*"(...) SR. FERNÁNDEZ: No, le explico, ella me estaba asesorando en otra negociación y el día anterior al día 10 de octubre me dijo que era necesario tener lo que aquí llaman así como la certificación de la propiedad y era necesario conocer más del inmueble y yo lo que hice fue que el día 10 de octubre me quedé realmente sorprendido por la celeridad que se le quiso dar a la negociación, como le dije, no esperaba nunca firmar sino una promesa de compraventa y no un memorándum de entendimiento que surgió a última hora ese mismo día cuando ya yo estaba prácticamente yéndome para el extranjero y todo lo demás (...)" (sic)*

*"(...) Lo cierto del caso es que para sorpresa mía, nunca Human Capital llegó a entregar el contrato de... que tenía con Leasing de Occidente, no solamente eso sino que a posteriori Human Capital nos demanda por 400 millones de pesos y yo no entiendo ¿por qué razón nunca me entregaron el documento de... que tenía Human Capital con Leasing de Occidente? sino que tampoco se lo entregaron a mis abogados, pero no solamente eso, ahí no queda eso, yo quiero comentar que posteriormente entre la documentación que entregó Human Capital al Tribunal no estaba espontáneamente acompañada con la demanda, este documento que tenía Human Capital con Leasing de Occidente (...)"(sic)*

"(...) DR. CUBEROS: La pregunta apunta a eso, si estaba tan sorprendido, si sucedían esas cosas que para usted no eran claras, ¿por qué firmó el memorando de entendimiento?" (sic)

"SR. FERNÁNDEZ: Muy sencillo, porque yo confié absolutamente en la buena fe de parte del señor José Manuel Acosta y la firma que él representa y no pensé nunca que se nos quisiera ocultar una información a posteriori y realmente sigo sorprendo en mi buena fe con relación al comportamiento y la actitud que hubo posteriormente". (sic)

"DR. CUBEROS: Usted ha dicho reiterativamente que la "Columna vertebral" del memorando de entendimiento era del contrato de Leasing, ¿usted firmó un contrato de esta envergadura, sin conocer la columna vertebral?, usted es un profesional y un hombre de negocios, ¿usted firmó eso sin contar con la columna vertebral, sin conocerla?" (sic)

"SR. FERNÁNDEZ: Sí." (sic)

"(...) DR. CUBEROS: Perdón, pero la pregunta es esa y quiero respuesta, usted o su delegada Amparo Vinasco le hicieron requerimientos previos antes de que se vencieran los plazos de pago de los 1.200 millones le dijeron, no pago la plata porque me están faltando esos documentos porque yo conozco, en el expediente están son otras justificaciones, ¿se dijo concretamente, hasta que no me entreguen el contrato de Leasing no pago?" (sic)

"SR. FERNÁNDEZ: Yo quiero aclararle que la doctora Amparo Vinasco solicitó en varias oportunidades y ella me alertó que no había recibido la información completa". (sic)

"DR. CUBEROS: No quería hacer esta pregunta porque no soy yo llamado a provocar confesiones, pero por favor, sí o no, usted personalmente o le consta que ¿antes de las fechas se hubieran requerido formalmente esos documentos a Human Capital?, ¿sí o no?" (sic)

"SR. FERNÁNDEZ: Yo en lo personal no". (sic)

"(...) DR. QUINTERO: Diga cómo es cierto, sí o no, ¿si el día 25 de octubre/11 usted pagó a Human Capital la suma de 1.200 millones de pesos o posteriormente?" (sic)

"SR. FERNÁNDEZ: No." (sic)

Más adelante y sobre el mismo tema se reitera la cuestión así:

"(...) DR. CUBEROS: ¿Por qué no la contesta sin el documento? y si es necesario aportarlo, lo aporta, le hicieron una pregunta, usted sí o no pagó los 1.200 millones el 25 de octubre y usted dice: no los pagué". (sic)

"SR. FERNÁNDEZ: Exacto". (sic)

"DR. CUBEROS: ¿Tiene alguna aclaración o complementación?" (sic)

"SR. FERNÁNDEZ: ¿A esa pregunta?" (sic)

"DR. CUBEROS: Sí". (sic)

SR. FERNÁNDEZ: Para el 25 de octubre no los pagué (...).(sic)

"(...) Ese esquema de originar esas transferencias, efectivamente lo utilicé por años con el... bank, el año pasado el... bank cambió el sistema, por razones de seguridad cambió los pines de las cuentas que tengo en el... bank, se cambiaron los pines, pero los pines no me llegaban y esto fue lo que generó el retraso, como no me llegaron los pines y quiero decirle esto, todo que estoy diciendo es absolutamente la verdad, inclusive podemos en algún momento determinado llamar, no tengo inconveniente, a los funcionarios del... bank a que vengan a declarar si es verdad que lo que estoy diciendo es o no es verdad.

Resulta que como no me llegaban los pines yo en estas idas y venidas a Bogotá y con posterioridad al 10 de octubre, se me ocurrió solicitarles por escrito, como efectivamente lo solicité, que me originaran la transferencia para mandarla aquí a Colombia a una cuenta mía para proceder a hacer el depósito, el... bank me contestó que ya ellos no estaban originando transferencias por solicitudes hechas por escrito y que yo tenía que esperar de nuevo el uso del pin y ese pin no me llegó, sino hasta mucho después (...).(sic)

"(...) pero lo cierto es que también de mi parte no pude originar la transferencia y no pude monetizar los recursos, sino hasta posterior al 25 de noviembre". (sic)

"Tengo una prueba en la cual una transferencia llegó el día 9 de diciembre, esa fue la fecha en donde pude monetizar, pero con anterioridad a eso yo había escrito porque efectivamente yo le decía al señor José Manuel Acosta que dado que yo no había podido monetizar y como no quería causarle daño, que lo dejaba en libertad para disponer del inmueble y a la vez le solicitaba lo mismo de mi parte (...)"

"(...) para mí fue sorpresa porque por primera vez en la vida que una persona que no origina un depósito y que desiste de comprar un inmueble es demandado (Subrayas del Tribunal) (...)". (sic)

"(...) DR. QUINTERO: Reformulo la pregunta, sírvase decirle a este Tribunal, ¿sí no hubiera tenido los inconvenientes para el giro, hubiese usted pagado los \$1.200 millones en la fecha que se comprometió a hacerlo?" (sic)

"SR. FERNÁNDEZ: ¿Si yo no hubiera tenido el inconveniente?" (sic)

"DR. QUINTERO: Los imponderables inconvenientes que relató en la respuesta anterior". (sic)

"SR. FERNÁNDEZ: Muy probablemente sí lo hubiera pagado, pero también quiero aclarar que estaba por parte de su cliente una responsabilidad igual o



*mayor, previa a estos \$1.200 millones, vamos a estar claros en algo, yo estaba centrado en tratar de solucionar mi problema de la transferencia, pero mis abogados por otro lado estaban esperando una información que nunca llegó de parte de Human Capital, siempre tuve la buena fe de concretar ese depósito para la compra del inmueble, pero muy seguramente mis abogados no me hubieran dejado porque nunca llegó la información que primariamente tenían que haber mandado su cliente (...).(sic)*

*"(...) Human Capital, para mí entender desde un comienzo desde que empecé a ver el inmueble y a negociarlo y todo lo demás, siempre pensé hasta el día 10 de octubre que el propietario era Human Capital como se me había informado, como la señora Betty Gracia me había informado, pero el día 10 de octubre resulta que Human Capital tiene es un lis y dentro de lo que está establecido en la cláusula novena, Human Capital para poder ceder su documentación, su participación, ceder su contrato, tenía que haber tenido una aceptación por escrito del banco, ¿cuál es la consecuencia de no haber tenido esa aceptación por escrito del banco? (...)"(sic)*

*"(...) DR. CUBEROS: La relación es, ¿qué sí lo representaba a usted, hablaba en nombre suyo válidamente?"(sic)*

*"SR. FERNÁNDEZ: Sí. (...)"(sic)*

A su turno el abogado de EL CONVOCADO señor Iván Cuevas señaló a propósito de cuestiones ocurridas después de suscrito EL MEMORANDO, e incluso después de vencidos los plazos de pago previstos en el mismo:

*"(...) SR. CUEVAS: Las fechas a veces no las tengo exactas, pero para el mes de diciembre el ingeniero me dice que él resolvió transferir a su cuenta aquí en Bogotá después de haber superado una cantidad de inconvenientes en la operación que le estaba haciendo para tratar de cumplir con este pago inicial, él logra transferir la cantidad equivalente a 1.200 millones de pesos (...).(sic)*

*"(...) inclusive pusieron unas fechas que en mi manera fueron muy temerarias, era imposible que en tan cortísimo plazo el banco pudiera cumplir con un análisis financiero que le permitiese aprobarnos la cesión de la posición contractual (...).(sic)*

*"(...) DRA. BONILLA: En mi concepto sí señor. Sírvase manifestar a este Tribunal ¿si usted tuvo conocimiento de que el señor José Ignacio Fernández realizó efectivamente la transferencia de los 1.200 millones al país? y ¿en qué fecha la realizó?"(sic)*

*"SR. CUEVAS: Yo tengo, quisiera confirmar el estado de cuenta donde, si mi memoria no me falla, para el 9 de diciembre el ingeniero ya tenía en cuenta una cantidad superior a los 1.200 millones, lo que refleja la intención que él tenía de cumplir con el contrato (...).(sic)*

*"(...) el contrato era de imposible ejecución, me parecía inútil proceder a demandarlos a ustedes en un contrato que aún queriendo el ingeniero Ignacio Fernández insistir en quedarse con el inmueble, no iba a haber*

*fórmula jurídica que un Tribunal me garantizara que al final ese contrato podía cumplirse, no podía cumplirse y le reitero nuevamente una vez más, porque sencillamente el propietario del inmueble nunca ha sido Human Capital, el propietario del inmueble es Leasing de Occidente y en ese contrato Leasing de Occidente no forma parte (...).(sic)*

Todo lo antes expuesto y transcrito, permite al Tribunal arribar a diversas conclusiones tanto respecto al negocio celebrado, como respecto a sus posteriores desarrollos y por ende, al incumplimiento alegado por LA PARTE CONVOCANTE, que como se dijo, constituye la base del proceso.

En primer lugar, no cabe duda alguna que a través de la firma de EL MEMORANDO, EL CONVOCADO pretendía hacerse a futuro a la propiedad del inmueble de la calle 70 con carrera séptima, a la cual accedería a través de diversos pasos que secuencialmente serían: la firma de EL MEMORANDO; el pago de los dos instalamentos previstos por concepto de la cesión; la realización de los trámites de la misma por parte del propio convocado; la cesión propiamente dicha y finalmente, la transferencia de la propiedad por parte del banco propietario del inmueble a favor del cesionario. Ese fue, sin duda, el entendimiento inicial de las partes y así se plasmó no sólo en el contrato base de la acción, sino además, en las primeras comunicaciones que se cruzaron entre las partes, como luego lo reconocieron los diversos intervinientes en el negocio y en el proceso.

Resulta igualmente evidente que en los comienzos de la ejecución del contrato, esto es, entre el momento de su celebración y la fecha fijada para el pago de la primera de las dos cuotas previstas esa intención se mantuvo sin cuestionamiento alguno por parte del pretendido cesionario, quien no obstante argumentó dificultades logísticas para su pago, pero quien en esta etapa inicial de ninguna manera cuestionó el vigor de las estipulaciones contractuales, ni adujo que se requirieran documentos adicionales cuya no entrega pudiera llegar a considerarse exculpatoria del pago. Como lo dijeron diversos intervinientes, EL SEÑOR FERNÁNDEZ PÉREZ tuvo dificultades para la transferencia y/o para la monetización de los recursos necesarios para el pago y en razón de ello pidió que se le concedieran algunos plazos adicionales, los cuales parece que de facto se le concedieron. Sólo después de eso fue que resultaron los cuestionamientos de sus asesores sobre las implicaciones del contrato y sobre su inconveniencia para celebrarlo en la forma pactada y, mucho más adelante, censuras con respecto al valor que podría tener el inmueble o a la rentabilidad que éste podría estar generando; es decir, inconveniencias de tipo comercial, pero de ninguna manera de naturaleza legal.

No corresponde al Tribunal entrar a dilucidar si los términos del negocio fueron convenientes o no desde la perspectiva comercial; si los plazos pactados para el pago fueron razonables o no y si el promitente cesionario debía o no haber conocido previamente los términos precisos del contrato de leasing cuya posición le sería transferida. Lo cierto es que EL SEÑOR FERNÁNDEZ PÉREZ es un hombre de negocios que manifestó su conformidad sobre una forma contractual perfectamente válida y asumió unos compromisos bajo el entendido de que podría cumplirlos en el tiempo y cuantía convencionalmente señalados.

Lo cierto resultó ser -a posteriori- diferente, pues por una parte, no logró obtener los recursos con la prontitud esperada y por la otra, recibió censura de sus asesores sobre la forma y términos de la negociación celebrada. No obstante salta a la vista, como verdad procesal indiscutida, que el 25 octubre de 2011 EL SEÑOR FERNÁNDEZ PÉREZ

debía haber transferido a HUMAN CAPITAL la suma de 1.200 millones de pesos y no lo hizo, sin que aparezcan probadas y ni siquiera alegadas dentro del proceso circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito o cualquier otro eximente de responsabilidad.

De lo relatado y transcrito se evidencia que el propio señor Fernández Pérez hoy se lamenta de la premura con que se realizó el negocio, de la forma que se adoptó para el mismo, de la brevedad de los tiempos pactados, etc., lo cual no hace más que corroborar que incurrió en culpa *in contrahendo*, la cual se da ante la presencia de un error en que se ha incurrido por culpa o negligencia de la parte que lo sufre. Tal fue entonces el caso de EL CONVOCADO, quien previamente a la suscripción de EL MEMORANDO no hizo las verificaciones pertinentes a la situación jurídica del contrato al cual pretendía vincularse como cesionario, entre otras razones por tener un viaje previsto para ese mismo día, para venir a alegar posteriormente y de manera extemporánea que desconocía el Contrato de Leasing, que la rentabilidad del inmueble no era la esperada, que la modalidad contractual le era desconocida como extranjero, etc., argumentos que no están llamados a prosperar bajo la consideración legal de que nadie puede alegar su propia culpa para justificar su incumplimiento.

Tampoco puede aceptarse el argumento de que se trataba de un contrato de cumplimiento imposible por no ser Human Capital propietaria del inmueble y no haber sido ella parte de EL MEMORANDO, pues por una parte, la venta de cosa ajena es válida –tanto en Colombia como en Venezuela (Art. 1871 y 1843 del C.C., respectivamente)- y por la otra, la situación era de conocimiento del pretendido adquirente, al punto que el contrato fijaba los mecanismos para viabilizar la transferencia del inmueble a favor de EL CONVOCADO.

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado que *"[L]a regla general que trae el Código Civil es que la venta de cosa ajena vale sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño, entendiendo que si el tradente no es el verdadero dueño "no se adquieren por medio de la tradición otros derechos de los trasmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada"*<sup>9</sup>.

Además, ha determinado que *"(...) disponer que la venta de cosa ajena sea válida, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, propugna por la realización de la justicia, debido a que circunscribe los efectos del contrato a quienes intervinieron en su celebración y distingue entre validez o invalidez del contrato y cumplimiento.*

*Además, dejar a salvo los derechos del verdadero titular porque no intervino en la negociación, así ésta tenga por objeto su propio derecho, es un principio que desarrolla debidamente los artículos 15, 16 y 17 de la Constitución Política, toda vez que resulta imperativo excluir de los efectos del contrato a quien no tuvo la oportunidad de consentir en él, y es principio ordenador de la libertad que cada cual pueda disponer de sus bienes o dejar de hacerlo conforme se lo dictaminen sus propios intereses, haciendo caso omiso, sin tener que explicarlo, de las estipulaciones de terceros que involucran lo suyo.*

---

<sup>9</sup> Sentencia T-465/09. Referencia: expediente T-2230634. Acción de Tutela instaurada por las sociedades "A.J.C.S. S. en C." y "Gruincofe & Induepóxicos Ltda." contra el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la Superintendencia de Notariado y Registro y la Alcaldía Distrital de Santa Marta. Magistrado Ponente: Dr. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB. Bogotá D.C., julio nueve (9) de dos mil nueve (2009).

*(...) Para nuestro derecho civil en que el dominio y los demás derechos reales no se adquieren por el solo efecto de los contratos; para nuestro derecho civil en que la venta de cosa ajena vale, precisamente, porque la venta por si sola no está llamada a traspasar el dominio, sino a servir de título a la transferencia que debe efectuar el deudor, como cumplimiento de su obligación de transferir la cosa al comprador.*<sup>10</sup>

Así las cosas, el Tribunal habrá de concluir que ciertamente se produjo el incumplimiento alegado, consistente en el no pago de las sumas a su cargo por parte del señor José Ignacio Fernández Pérez a favor de su co-contratante Human Capital Consulting S.A.

#### **6.4. Sobre el valor real del inmueble objeto del Memorando de Entendimiento.**

Uno de los temas que más ha ocupado la atención del Tribunal es el relativo al valor del inmueble objeto de la negociación cuestionada, a pesar de que el mismo no fue un referente de las pretensiones de la demanda y que tampoco fue constitutivo de excepción alguna por la parte convocada, quien se limitó a mencionar tangencialmente en una de sus excepciones que Human Capital habría entregado el SEÑOR FERNÁNDEZ PÉREZ una información distorsionada de la verdadera rentabilidad del inmueble objeto del contrato de leasing, la cual se requería para poder proyectar el retorno de la inversión. Sin embargo, a pesar de no estar en discusión el precio del inmueble, ni como pretensión, ni como excepción, la parte convocada en su contestación de demanda pidió la práctica de un dictamen pericial por un perito técnico especialista en avalúos de inmuebles comerciales para determinar el valor comercial real del inmueble ubicado en la calle 70 número 7-40 de Bogotá y su potencial de renta comercial el cual, en efecto, se practicó, se debatió y fue objetado por la parte convocante, por lo cual resulta de interés abordar el punto para dilucidar lo que corresponda en el presente laudo.

El propio representante legal de la sociedad convocante, señor José Manuel Acosta Gómez, manifestó su extrañeza respecto a este tema de discusión cuando en su interrogatorio de parte manifestó:

*"(...) a partir de cuando se instaló el Tribunal para mí particularmente, se lo decía al doctor Pedro Miguel, ha sido sorpresa 2 cosas, decir, discutamos el precio o discutamos sin duda temas como la relación que hay o fui engañado por Human Capital porque no son 30 sino 31 millones lo cual además en nuestra opinión carecería de toda seriedad, siempre se habló de que era 30 sin IVA y no sé si 30 sin IVA y 30 más el IVA del 10 son 33, pero eso no es lo que era relevante (...)"*. (sic)

*"(...) DRA. BONILLA: **Pregunta n.º 3:** Sírvase informar a este Tribunal ¿cuál fue el precio comercial que Human Capital le dio al inmueble objeto de Leasing inmobiliario?"* (sic)

*"SR. ACOSTA: 4 mil millones de pesos y el referente de los 4 mil millones de pesos fue el avalúo de la lonja de propiedad tomado en agosto del mismo"*

---

<sup>10</sup> Sentencia C-174/01. Referencia: expediente D-3142. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1871, 1874 y 1875 del Código Civil. Actores: Sandra Liliana Arias Loaiza y otros. Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS. Bogotá D.C., catorce (14) de febrero del año dos mil uno (2001).

*año, es decir, este negocio se definió el 10 de octubre, el avalúo se hizo en agosto como todos los años lo hemos hecho desde el 2002 que fue fijado por 4.167, eso quiere decir que la referencia del precio fue un avalúo de la lonja de propiedad y fue con un margen por debajo, no por encima del avalúo (...).”(sic)*

A pesar de que según lo expuesto el tema no fue objeto de debate procesal, obran en el proceso diversos documentos que aluden al valor del inmueble, a saber:

- i. Avalúo comercial de Confianza Avalúos, del 6 de septiembre de 2011, que avalúa el terreno por un lado, el área construida por otro, con 782 metros (para un total de \$4.164.600.000). (Folio 099 y ss)
- ii. Avalúo del perito Roberto Cáceres Ferro, donde avalúa la propiedad para la fecha de la negociación, contabilizando el terreno por un lado y la construcción por el otro, (642.61 metros), para un total de \$1.935.515.615,60. (Folio 171 y ss)
- iii. Avalúo comercial de Confianza Avalúos, del 31 de agosto de 2012, considerando el terreno por un lado y el área construida por el otro, (782 metros), para un total de \$4.479.400. (Folio 225 y ss)
- iv. Avalúo comercial de Confianza Avalúos, del 9 de agosto de 2010, considerando el terreno por un lado y la construcción por el otro, (782 metros), para un total de \$3.771.600.000. (Folio 266 y ss)
- v. Avalúo elaborado por Construdiseños Ltda, del 8 de octubre de 2009, que avalúa el terreno por un lado y las construcciones por el otro (782 metros), para un total de \$3.583.000.000. (Folio 278 y ss)

En cuanto respecta a la rentabilidad, hay dos pruebas que merecen ser tenidas en cuenta: La primera, el dictamen pericial practicado dentro del proceso que arroja un total de \$17.500.000 mensuales **por el área legalmente construida** y la segunda, el propio contrato de arrendamiento celebrado entre Human Capital como arrendador y el Instituto Distrital de Turismo como arrendatario, que establece un canon mensual de \$33.014.400... (Folio 316)

Como puede apreciarse de los avalúos que se ocupan del precio del inmueble, todos arrojan valores diferentes que dependen, como es natural, de los criterios profesionales de cada experto interviniente, dentro de los cuales se destaca es el del Auxiliar de la Justicia interviniente en el proceso, quien consideró que las construcciones no legalizadas no podrían ser objeto de valoración ni para establecer el precio del bien, ni para calcular su rentabilidad. Considera el Tribunal que es un criterio respetable que de todas maneras fija una posibilidad definitiva sobre el tema el cual, no obstante, resulta irrelevante para los fines del proceso, pues como ya se señaló, el valor real del inmueble no es objeto de ninguna de las pretensiones, ni fue soporte de ninguna de las excepciones. La práctica de un nuevo avalúo sólo hubiera conducido a tener un nuevo monto a considerar sobre el cual no tendría por qué pronunciarse el Tribunal, dado lo expuesto.

Ahora, en cuanto a la rentabilidad del predio, ciertamente hay una importante diferencia entre la valoración pericial y la real contenida en el contrato, pero de nuevo

es claro que la primera se circunscribió al metraje legalizado del inmueble, en tanto que la segunda constituía no un cálculo sino una realidad y por tanto era esa rentabilidad, la real, la que podía tener algún relieve para efectos del proceso. Ahora, aunque por una parte, esta última en efecto era más alta, por la otra, no resulta coherente que sea la parte convocada quien alegue información distorsionada sobre la rentabilidad del inmueble, considerando:

- Que el Perito valoró la renta del inmueble en \$17.500.000 mensuales, en tanto que el canon real resultó ser mucho más elevado.
- Que el señor Hernández Pérez al responder la pregunta No. 13 de su interrogatorio aceptó que según la información suministrada por Human Capital el canon era de \$33 millones mensuales, cuando el real sólo era de \$31 millones, diferencia que no resulta relevante para viciar el consentimiento, máxime cuando ambas cifras estaban muy por encima del avalúo pericial.
- Que la propia apoderada de EL CONVOCADO defendió la solidez del dictamen pericial contentivo del cálculo de renta aludido.

Así las cosas, en cuanto a la objeción por error grave que debe ser resuelta en el laudo según lo dispuesto por el artículo 238 numeral sexto del C.P.C., estima el Tribunal que el dictamen del Perito Roberto Cáceres es un documento completo, claro, de estructura muy profesional para los efectos que con él se persiguen. Sin embargo, entiende que una de las razones principales de sus conclusiones y de las diferencias que el mismo presenta con los demás avalúos, es que el perito solamente tuvo en cuenta las construcciones que se encuentran legalizadas, es decir, 642 metros, en tanto que todos los demás avalúos tienen en cuenta la totalidad de las áreas construidas, que totalizan 782 metros cuadrados, es decir, una diferencia de 140 metros en construcción, lo cual es muy importante para un dictamen de esta naturaleza. No obstante si el Tribunal tuviera que tener en cuenta esos 140 metros adicionales para adoptar alguna decisión –que ya se vio no será requerida–, la operación sería muy sencilla porque consistiría en multiplicar el número de metros cuadrados, 140, por el valor asignado por el Perito a cada metro cuadrado \$1.200.000, lo cual daría un total adicional de \$168.000.000 millones al avalúo.

Otra de las censuras que imputa Human Capital en su objeción al dictamen es que el Perito no haya señalado las direcciones de todos los demás inmuebles que fueron objeto de comparación con el avaluado. Es cierto: direcciones específicas no hay, pero en el documento en cuestión están dados todos los elementos para acreditar la razón de ser de sus apreciaciones, pues en la página 19 del dictamen (Folio 189) se señala la cuadra donde están las casas, se incluyen las fotografías de cada una y se señalan sus características y la firma o persona que esté encargada de su venta, con los teléfonos. Por consiguiente, para el Tribunal hay mérito de convicción suficiente para definir que sí se usaron bases de comparación serias. Además, debe tenerse en cuenta que ninguno de los demás avalúos, es decir, ni el original que se supone fue base de la negociación, ni los nuevos aportados como alegaciones del propio objetante, traen dichas bases de comparación.

Por consiguiente, el Tribunal habrá de concluir, por un lado, que no está llamada a prosperar la objeción por error grave y por el otro, que los elementos de juicio que aportó el dictamen son suficientes y eficientes para lo que con él se perseguía, máxime teniendo en cuenta que el precio del bien y el monto de su rentabilidad no fueron las

razones esgrimidas oportunamente por EL CONVOCADO para justificar su incumplimiento o según sus propias palabras, su desistimiento del negocio.

#### **6.5. Sobre la inexistencia de la obligación de pagar a Human Capital cualquiera de los conceptos solicitados.**

La parte convocada propuso como segunda excepción la "inexistencia de la obligación de pagar a Human Capital cualquiera de los conceptos solicitados por dicha Convocante", argumentando, en primer término, la pretendida inexistencia de EL MEMORANDO bajo la consideración de que Human Capital carecía de capacidad legal según el Contrato de Leasing para la celebración del mismo.

En los acápites 6.1. y 6.2. del presente laudo ya se analizó en extenso la existencia fáctica y legal del aludido Memorando y quedó probado que él en sí mismo no era constitutivo de cesión sino un documento preparatorio de la misma o si se quiere, promitente de ésta, no sólo por su propio lenguaje, sino principalmente por las obligaciones que emanaban del mismo para las partes, especialmente para EL CONVOCADO, quien como se dijo, según la cláusula quinta, tenía a su cargo "el trámite para la cesión de el CONTRATO DE LEASING, de conformidad con lo establecido por EL BANCO".

A su turno, la cláusula segunda del mismo estableció el valor de la cesión de posición contractual (4.000 millones) y dispuso la forma de pago de la misma, a razón de \$1.200 millones "mediante cheque de Gerencia a favor de HUMAN CAPITAL CONSULTING S.A., a más tardar el día veinticinco (25) de octubre de 2011" y de \$2.800 millones "que será directamente pagada a EL BANCO por cuenta de HUMAN CAPITAL CONSULTING S.A., a más tardar el veinticinco (25) de noviembre de 2011".

Los mencionados pagos, como se lee en el contrato, se pactaron de manera pura y simple, sin condición alguna y sometidos sólo al plazo precitado el cual transcurrió sin que la parte deudora los hubiera atendido total ni parcialmente, por lo que la existencia de las obligaciones de pago era evidente y la parte convocada no podía eludir su observancia sin incurrir en incumplimiento del contrato.

Entonces, la obligación de pago sí existía y como antes se señaló hoy ya no existe porque se produjo incumplimiento del deudor y el acreedor respectivo optó por la resolución y no por la exigibilidad de pago, como era también su alternativa, según lo establecido por el artículo 1546 del Código Civil.

Por tanto, la excepción en comento tampoco está llamada a prosperar y así habrá de declararse en la parte resolutive del presente laudo.

#### **6.6. Sobre la Cláusula Penal reclamada**

La pretensión segunda de la demanda arbitral pide que como consecuencia de la declaración de incumplimiento anteriormente analizada, el Tribunal condene al señor José Ignacio Fernández Pérez al pago de las siguientes cantidades de dinero:

- i. "Cuatrocientos millones de pesos (\$400.000.000) a los que hace referencia el texto de la Cláusula Sexta – Cláusula Penal del Memorando de Entendimiento...".

- ii. "La que resulte de calcular los intereses moratorios liquidados a la tasa máxima permitida por la ley sobre cuatrocientos millones de pesos (\$400.000.000), a partir del veintiséis (26) de octubre de dos mil once (2011)".

Para efectos de este tema resulta necesario destacar:

*"ART. 1592.—La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal."*

En desarrollo de la disposición legal transcrita, la cláusula sexta de EL MEMORANDO estableció una penalidad para sancionar el incumplimiento de cualquiera de los contratantes, del siguiente tenor:

**"SEXTA- CLAUSULA PENAL.** *En caso de incumplimiento total o parcial de alguna de las partes de las obligaciones contenidas en el presente contrato, la parte cumplida reclamará a la parte incumplida, a título de pena, la suma de **CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$ 400.000.000.00)**. En el evento que la parte incumplida sea **JOSE IGNACIO FERNANDEZ PEREZ, HUMAN CAPITAL CONSULTING S.A** podrá retener la suma de **CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$ 400.000.000.00)** a título de pago de la cláusula penal de las sumas que le haya entregado **JOSE IGNACIO FERNANDEZ PEREZ a HUMAN CAPITAL CONSULTING S.A.**, en desarrollo del Acuerdo contenido en el presente documento. En el evento que la parte incumplida sea **HUMAN CAPITAL CONSULTING S.A.**, ésta deberá devolver a **JOSE IGNACIO FERNANDEZ PEREZ** todas las sumas recibidas por ésta mas los **CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$ 400.000.000.00)** aquí mencionados a título de cláusula penal".*

Como es bien sabido, la cláusula penal se reduce -ni más, ni menos- a una tasación anticipada de perjuicios que hacen las partes en el momento de la contratación para liberar al contratante cumplido de la carga de demostrar y cuantificar dentro de un proceso judicial los que se le hubieran podido causar en razón del incumplimiento.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que "[L]a cláusula penal implica una liquidación de los perjuicios por la no ejecución o el retardo de la obligación principal, realizada directamente por las partes, de manera anticipada y con un "carácter estimativo y aproximado", que en principio debe considerarse "equitativo", sin perjuicio, eso sí, de la acción de rebaja que consagra el art. 1601 del C. Civil."<sup>11</sup>

*"Entendida pues la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de*

---

<sup>11</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA. *Magistrado Ponente:* Dr. JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ. Santafé de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de junio de dos mil (2000). Referencia: Expediente No. C-4823



*prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad.*

*La cláusula penal como estimación anticipada de perjuicios, o como fórmula coercitiva del cumplimiento, dado su origen convencional, que inclusive permite calificarla como un acto jurídico adicional y accesorio del principal, constituye una ley para los contratantes, no mutable, salvo el caso del artículo 1601, no sólo porque se conviene dar en pago una "cantidad determinada" de dinero, como lo dice el artículo 1601, sino porque es el fruto del libre acuerdo y de la autonomía de la voluntad, expresado con toda la conciencia.<sup>12</sup>*

De la manera expuesta, en el presente caso no hay duda alguna de que las partes tasaron los eventuales perjuicios derivados de un posible incumplimiento en cuatrocientos millones de pesos, suma que por tanto equivalía al 10% del total de la negociación celebrada.

No corresponde al Tribunal valorar si el monto fue o no adecuado, pues ello corresponde a la esfera de la autonomía de la voluntad de los contratantes, sino tan sólo, verificar que no se den los presupuestos que obligarían al juzgador a reducirla, los cuales en efecto y a la luz del artículo 1601 del Código Civil no concurren en el presente caso. Por tanto, acreditada por una parte la existencia y validez del contrato y por otra, el incumplimiento por parte de EL CONVOCADO, no tendrá más remedio el Tribunal que decretar el pago de la penalidad a cargo de éste.

Sin embargo, como la segunda parte de la pretensión en comentario apunta a que se condene al demandado al pago de intereses moratorios sobre la aludida suma, a partir del 26 de octubre de 2011, destaca el Tribunal que dichos intereses sólo podrían generarse en caso de presentarse mora en el pago de la penalidad pactada una vez determinado el incumplimiento y como quiera que justamente la materia del proceso es determinar si éste ocurrió o no, sólo declarado judicialmente el incumplimiento se produce la causación de la pena. Además, tampoco puede perderse de vista que los intereses moratorios son en sí mismos una penalidad y por tanto, mal podría decretarse una doble pena por una misma causa. Por tanto, no habrá de decretarse el pago de los intereses reclamados, los cuales sólo podrán darse, eventualmente, en caso de que no se pague la condena dentro del término y condiciones previstos en el laudo.

#### **6.7. Sobre la resolución del Memorando de entendimiento**

Como anteriormente quedó reseñado, en razón de la pretensión tercera de la demanda arbitral, Human Capital solicitó que como consecuencia de la primera declaración -la del pretendido incumplimiento del SEÑOR FERNÁNDEZ PÉREZ- se decretara la resolución del Memorando de Entendimiento arriba mencionado.

Para el efecto debe traerse a colación el artículo 1546 del Código Civil según el cual, *"En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro*

---

<sup>12</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA. *Magistrado Ponente:* Dr. JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ. Santafé de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de junio de dos mil (2000). Referencia: Expediente No. C-4823

*contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.*

La disposición transcrita consagra la doctrinalmente denominada “*condición resolutoria tácita*” la cual, como su nombre lo indica, opera aunque no haya sido expresamente pactada por los contratantes, pues en caso de haberlo sido se denominaría “*pacto comisorio*”.

De esta manera, ante un eventual incumplimiento contractual, la parte perjudicada con el mismo tiene legalmente tres opciones cuales son: exigir que se obligue al co-contratante a cumplir, incluso coactivamente, si para ello dispone del título correspondiente; pedir la resolución del contrato para retornar las cosas al estado precontractual o exigir la indemnización de perjuicios, petición esta que puede ser independiente o concomitante con cualquiera de las dos primeras las cuales son, por supuesto, excluyentes entre sí.

No puede compartir el Tribunal la consideración de la señora apoderada de EL CONVOCADO contenida en su alegato final de que si se diera la resolución se tendría por no celebrado EL MEMORANDO, pues este efecto se daría con la inexistencia, pero no con la resolución subsiguiente derivada precisamente del incumplimiento y por propio mandato legal.

No puede olvidarse que en los contratos bilaterales las obligaciones de las partes se sirven recíprocamente de causa y por tanto, si alguna de ellas no cumple o no se allana a cumplir las prestaciones a su cargo, mal podría obligarse a la otra a satisfacer las prestaciones a su cargo, pues éstas carecerían de soporte causal.

A este propósito la Corte Suprema tiene antigua y reiterada jurisprudencia según la cual esta clase de acción resolutoria solamente puede incoarla el contratante cumplido y por eso la resolución está condicionada, por una parte, a que no exista culpa del actor y por la otra, a que haya mora en el contratante demandado.

Al respecto señala el alto tribunal: “(...) *el contratante cumplido tiene derecho a la resolución con indemnización de perjuicios, y si en armonía con el artículo 1615 del C.C. Se debe la indemnización de perjuicios desde cuando el deudor se ha constituido en mora, es sin duda porque la resolución de los contratos bilaterales sólo puede decretarse cuando el contratante incumplido está en mora de satisfacer la prestación a su cargo. Además, es pertinente dejarlo en claro, para el buen suceso de la acción resolutoria proveniente del artículo 1546, no basta simplemente el incumplimiento de las obligaciones del contratante demandado, sino que según se indicó, es preciso que el actor haya cumplido las suyas, pues al tenor del artículo 1609 del C.C. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla o no se allane a cumplirlo por su parte en la forma de oportunidad acordada.*

*La Corte reitera que condición resolutoria estipulada expresamente por los contratantes resuelve de pleno derecho el contrato, sin que requiera declaración judicial. El artículo 1546 del C. C. se refiere a la condición resolutoria tácita, es decir, a*

*la que envuelve todo contrato bilateral, y no a la expresa, o sea a la que libremente hayan estipulado las partes.*<sup>13</sup>

Carecería de sentido que una sola de las partes mantuviera vivo su ligamento obligacional y por tanto, que en el presente caso Human Capital quedara cohibida o legalmente impedida para negociar de cualquier manera sus derechos directos o indirectos sobre el inmueble de la calle 70 con carrera séptima, cuando nada ha recibido a cambio por ello, como ha quedado clara y ampliamente demostrado, por lo que resulta legítima la pretensión de LA PARTE CONVOCANTE de pedir que como consecuencia del incumplimiento que se decreta, se la deje en libertad para disponer de sus derechos en el contrato de leasing cuya posición prometió ceder a EL SEÑOR FERNÁNDEZ PÉREZ en las condiciones previstas en EL MEMORANDO.

Como arriba se vio, ha quedado procesalmente demostrado que EL SEÑOR FERNÁNDEZ PÉREZ no cumplió las obligaciones a su cargo que consistían, desde el punto de vista dinerario, en dar, esto es, en pagar las sumas previstas para los días 25 de octubre y 25 de noviembre de 2011 y desde el punto de vista de hacer, en adelantar los trámites necesarios para conseguir la autorización de la cesión por parte del Banco arrendador. Por otro lado, tampoco se probó y ni siquiera se alegó incumplimiento alguno por parte de Human Capital en la relación cuestionada, pues como se señaló, EL CONVOCADO se limitó a censurar el que no se hubieran cumplido unos requisitos o solemnidades previos a la cesión, trámites que precisamente estaban a su propio cargo.

Así las cosas, al declararse probados los incumplimientos de EL SEÑOR FERNÁNDEZ PÉREZ en sus obligaciones contractuales y estar satisfechos los requisitos para que opere la resolución contractual invocada, ésta habrá de decretarse en la parte resolutive del presente laudo y correlativamente se declarará impróspera la excepción de ineficacia de la solicitud de resolución invocada por la parte convocada.

## **7. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO**

Como se aprecia, la parte convocada resultó vencida en juicio, por lo que será condenada en costas incluyendo agencias en derecho por *un millón doscientos mil pesos (\$1'200.000)* de conformidad con lo dispuesto en el artículo sexto numeral 1.3. del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

Así mismo, el Tribunal estima probados los siguientes gastos incurridos por la parte convocante que integrarán las costas del proceso arbitral:

Concepto	Monto
Gastos iniciales (sin IVA)	\$1'133.400
Mitad de los honorarios y gastos asumidos por HUMAN CAPITAL (sin IVA ni retenciones).	\$11'500.000
Agencias en derecho	\$3'200.000
Total:	\$15'833.400

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 31 de octubre de 1994 Magistrado Ponente Nicolás Bechara Simancas.

## 8. DECISIÓN

En mérito de todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral para resolver las diferencias entre Human Capital Consulting S.A. y José Ignacio Fernández Pérez, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

- Primero. Declarar no probada la objeción por error grave formulada por la parte convocante con respecto al dictamen pericial practicado dentro del proceso.
- Segundo. Declarar imprósperas las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada, tanto las principales como las consecuenciales de éstas y la subsidiaria.
- Tercero. Declarar que el señor José Ignacio Fernández Pérez incumplió el Memorando de Entendimiento suscrito con Human Capital Consulting S.A. el 10 de octubre de 2011.
- Cuarto. Declarar resuelto, como consecuencia de lo anterior, el Memorando de Entendimiento celebrado entre las partes el 10 de octubre de 2011.
- Quinto. Condenar al señor José Ignacio Fernández Pérez a pagar a Human Capital Consulting S.A. la suma de cuatrocientos millones de pesos (\$400'000.000) moneda corriente a la ejecutoria del presente Laudo Arbitral.
- Sexto. Negar el pago de intereses reclamados por la parte demandante en el literal B de la Pretensión Segunda de la Demanda Arbitral.
- Séptimo. Condenar al señor José Ignacio Fernández Pérez a pagar a Human Capital Consulting S.A. la suma de quince millones ochocientos treinta y tres mil cuatrocientos pesos (\$15'833.400) a la ejecutoria del presente Laudo Arbitral, por concepto de costas procesales incluyendo agencias en derecho.
- Octavo. Condenar al señor José Ignacio Fernández Pérez a pagar a Human Capital Consulting S.A. intereses moratorios sobre la totalidad de las sumas previstas en las condenas precedentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio desde la ejecutoria del presente Laudo Arbitral y hasta la fecha de pago.
- Noveno. Ordenar a la Secretaría proceder a la entrega del expediente al Centro de Arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 del Reglamento de Procedimiento.
- Décimo. Expedir copias auténticas del presente Laudo Arbitral, por Secretaría, a cada una de las partes con las constancias legales con la ejecutoria del presente Laudo Arbitral.
- Undécimo. Declarar que una vez en firme el presente Laudo, o expedida la providencia que resuelva sobre las eventuales solicitudes de aclaración o

complementación, los Árbitros y el Secretario adquieren el derecho a devengar el saldo de los honorarios.

Duodécimo. Ordenar que por conducto del Presidente se rinda la cuenta razonada a las partes referente a la partida de gastos y que proceda a devolver a JOSÉ IGNACIO FERNÁNDEZ PÉREZ las sumas no utilizadas de la misma.

Para constancia, se firma por quienes intervinieron.

GUSTAVO CUBEROS GÓMEZ  
Presidente

RAMÓN E. MADRIÑÁN DE LA TORRE  
Árbitro

EDUARDO SILVA ROMERO  
Árbitro

DAVID YAYA NARVÁEZ  
Secretario