

TRIBUNAL ARBITRAL

de

PEDRO ANTONIO OCHOA GÓMEZ

contra

GERMÁN ALARCÓN RODRÍGUEZ**Expediente No. 114693**

El Tribunal de Arbitramento integrado por el Árbitro **JAIME ANDRÉS VELÁSQUEZ CAMBAS**, en cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales profiere el siguiente laudo arbitral en Bogotá, D.C., a los tres (3) días de julio de 2020.

CAPÍTULO PRIMERO: TRÁMITE ARBITRAL**1.1 PARTES.****1.1.1 Parte convocante.**

PEDRO ANTONIO OCHOA GÓMEZ, mayor de edad, domiciliado y residente en Bogotá, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.307.485 expedida en Bogotá.

1.1.2 Parte convocada.

GERMÁN ALARCÓN RODRÍGUEZ, mayor de edad, domiciliado y residente en Bogotá, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.720.861 expedida en Bogotá.

1.2 EL CONTRATO Y EL PACTO ARBITRAL.

El asunto que concentra la atención del presente tribunal está relacionado con el contrato titulado como: "PROMESA DE COMPRAVENTA APARTAMENTO" del 21 de febrero de 2017, celebrado entre la parte convocante como PROMETIENTE VENDEDOR y la parte convocada como PROMETIENTE COMPRADOR, cuyo objeto indicado en el contrato es, en resumen, la promesa de vender "el pleno derecho de dominio, propiedad y posesión que EL (LA, LOS) PROMITENTE (S) VENDEDOR (A) (ES) tiene (n) y ejerce (n) sobre el (los) siguientes inmuebles (s): APARTAMENTO NÚMERO 101 Y GARAJE que hacen parte el EDIFICIO PERES (sic) OCHOA PROPIEDAD HORIZONTAL, ubicado en la CL 64 I Número 76 a 23 de la ciudad de BOGOTÁ (...)"¹.

¹ Folios 01 al 07 del Cuaderno de Pruebas No. 1

En la cláusula DÉCIMA TERCERA del contrato de “PROMESA DE COMPRAVENTA APARTAMENTO” del 21 de febrero de 2017, las partes pactaron:

“DÉCIMA TERCERA: RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS -: Todas las diferencias o conflictos que pudieren llegar a surgir entre las partes, por razón o con motivo del presente contrato, o como consecuencia del desarrollo, ejecución, del mismo y que no pudieren ser resueltos de manera directa y amigable entre aquellos, se someterán a la decisión definitiva y vinculante de un Tribunal de Arbitramento el cual se constituirá, integrará y funcionará de acuerdo con las siguientes reglas: 1) El tribunal arbitral estará conformado por un (1) árbitro, el cual será designado directamente y de común por las partes involucradas en la controversia. Si por cualquier motivo dichas partes no llegaren a un acuerdo sobre el particular, o no pudieren hacer la designación atrás aludida, el nombramiento del árbitro único lo realizará el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, conforme a las listas que para el efecto tenga constituidas. El citado centro de arbitraje velará porque el árbitro único designado tenga la especialidad profesional que requiera la definición del conflicto, conforme a la naturaleza del mismo. 2) El tribunal fallará en derecho. 3) El tribunal arbitral se constituirá y funcionará de acuerdo a las reglas de procedimiento contempladas en las normas legales que para la fecha de la controversia se encuentren vigentes. 4) El tribunal arbitral sesionará en la ciudad de Bogotá”.

1.3 DEMANDA (SOLICITUD DE CONVOCATORIA).

El 01 de abril de 2019, la parte Convocante presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, demanda arbitral y solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento².

1.4 INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL.

Mediante designación hecha por sorteo se designó al Doctor RICARDO NATES ESCALLÓN como árbitro, quien aceptó su designación y posteriormente debió renunciar a esta; designándose en su reemplazo al Doctor JAIME ANDRÉS VELÁSQUEZ CAMBAS, quien dentro del término de Ley aceptó su designación y surtió deber de información.

El Tribunal se instaló en audiencia celebrada el 22 de agosto de 2019. Se designó como Secretario al doctor CHRISTIAM UBEYMAR INFANTE ANGARITA, quien aceptó, surtió deber de información y tomó posteriormente posesión de su cargo ante el Tribunal. Así mismo, en esta providencia, se fijó como lugar de funcionamiento y secretaría del Tribunal el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicado en la Calle 76 número 11 – 52 de Bogotá, se inadmitió la demanda y se otorgó el plazo de ley para su subsanación³.

1.5 ADMISIÓN DE LA DEMANDA, REFORMA Y SU CONTESTACIÓN.

La demanda fue subsanada en debida forma dentro del término otorgado. El auto admisorio de la demanda fue notificado en legal forma a la parte convocada, que dentro del término de ley contestó la

² Folios 1 y siguientes del Cuaderno Principal No. 1

³ Folios 109 a 112 del Cuaderno Principal No. 1

demanda, contestación de la cual se corrió traslado a la parte convocante, quien dentro del término recorrió el traslado de la contestación de la demanda.

1.6 AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE HONORARIOS.

El 2 de diciembre de 2019 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual se suspendió para procurar el arreglo directo entre las partes, pero fracasó y se procedió con la fijación de honorarios del Tribunal. El valor de los honorarios fue consignado, de forma oportuna, por la parte convocante en los términos establecidos en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012. Sin embargo, la parte convocada no procedió en igual sentido dentro de la oportunidad legal establecida, debiendo la parte convocante consignar por aquélla el valor correspondiente dentro del término adicional que otorga el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012.

1.7 PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE.

La primera audiencia de trámite se llevó a cabo el 24 de enero de 2020, según consta en Acta No. 8 de la misma fecha. En ella, el Tribunal se pronunció sobre su propia competencia, las controversias sometidas a arbitraje, entre otros asuntos y resolvió sobre la solicitud de pruebas presentada por las partes.

1.7.1. Competencia del Tribunal.

Mediante Auto No. 10 del 24 de enero de 2020, el Tribunal resolvió, entre otros:

“Primero: Declararse competente, sin perjuicio de lo que se decida en el laudo, para conocer y resolver, en derecho, las controversias surgidas entre las partes de que dan cuenta la demanda”.

Para lo anterior, el Tribunal consideró:

“De conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política Colombiana: “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

“El artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 define el arbitraje como “... un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice. (...)”.

“En relación con el pacto arbitral dispone el artículo 3º de la Ley 1563 de 2012:

“Artículo 3º. Pacto arbitral. El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.

“El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria.

En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho.

“Parágrafo. Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral”.

“De esta manera, la Constitución Política permite a las partes en una controversia someter la decisión de esta a particulares habilitados por ellas para el efecto. La ley por su parte autoriza el arbitraje para resolver controversias sobre cuestiones disponibles, para lo cual es necesario que exista un pacto arbitral.

“Revisada la normatividad citada y las demás disposiciones de la Ley 1563 de 2012, advierte el Tribunal que le corresponde en esta oportunidad analizar la existencia, validez y oponibilidad del pacto arbitral, si existe competencia, si los asuntos materia del proceso pueden ser materia de arbitraje, si los mismos se encuentran incluidos dentro del alcance del pacto arbitral, y si el Tribunal se encuentra debidamente integrado.

3.1. El pacto arbitral

En cuanto al pacto arbitral encuentra el Tribunal que las partes pactaron la cláusula compromisoria, leída, contenida en la cláusula DÉCIMA TERCERA del contrato de “PROMESA DE COMPRAVENTA APARTAMENTO” de fecha 21 de febrero de 2017, que habilita al Tribunal de Arbitramento para conocer las controversias de las partes al siguiente tenor:

“DÉCIMA TERCERA: RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS -: Todas las diferencias o conflictos que pudieren llegar a surgir entre las partes, por razón o con motivo del presente contrato, o como consecuencia del desarrollo, ejecución, del mismo y que no pudieren ser resueltos de manera directa y amigable entre aquellos, se someterán a la decisión definitiva y vinculante de un Tribunal de Arbitramento el cual se constituirá, integrará y funcionará de acuerdo con las siguientes reglas: 1) El tribunal arbitral estará conformado por un (1) árbitro, el cual será designado directamente y de común por las partes involucradas en la controversia. Si por cualquier motivo dichas partes no llegaren a un acuerdo sobre el particular, o no pudieren hacer la designación atrás aludida, el nombramiento del árbitro único lo realizará el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, conforme a las listas que para el efecto tenga constituidas. El citado centro de arbitraje velará porque el árbitro único designado tenga la especialidad profesional que requiera la definición del conflicto, conforme a la naturaleza del mismo. 2) El tribunal fallará en derecho. 3) El tribunal arbitral se constituirá y funcionará de acuerdo a las reglas de procedimiento contempladas en las normas legales que para la fecha de la controversia se encuentren vigentes. 4) El tribunal arbitral sesionará en la ciudad de Bogotá”.

“Desde esta perspectiva advierte el Tribunal que el pacto arbitral forma parte del contrato al que se refiere y cumple con los requisitos establecidos por la Ley 1563 de 2012.

“Adicionalmente encuentra el Tribunal que el pacto arbitral fue celebrado por personas capaces, sin que se haya invocado la existencia de vicio alguno en el consentimiento.

“Así mismo, que no tiene objeto ilícito, pues se refiere a “Todas las diferencias o conflictos que pudieren llegar a surgir entre las partes, por razón o con motivo del presente contrato, o como consecuencia del desarrollo, ejecución, del mismo”, esto es, controversias sobre asuntos contractuales, patrimoniales y por ello disponibles.

“Finalmente, no se ha invocado ni aparece acreditado que exista causa ilícita.

“Por lo anterior no encuentra el Tribunal que se haya configurado causal alguna que pueda afectar la existencia, eficacia, validez u oponibilidad del pacto arbitral.

“3.2. Los asuntos que se someten al Tribunal y la posibilidad de resolver esta controversia a través de arbitraje.

“En relación con los asuntos que en concreto se someten al conocimiento del Tribunal, se advierte que las diferencias planteadas en la demanda se encuentran comprendidas dentro del alcance del pacto arbitral.

“Revisadas las pretensiones de la demanda, observa el Tribunal:

“3.2.1. Que se trata de controversias de tipo contractual derivadas del contrato de “PROMESA DE COMPRAVENTA APARTAMENTO” de fecha 21 de febrero de 2017.

“3.2.2. Que la controversia sujeta a decisión del Tribunal corresponde a asuntos de libre disposición o transigibles y comprendidos en el alcance del pacto arbitral.

“3.2.3. Que, dentro del presente trámite arbitral, no ha sido cuestionada la competencia del Tribunal para conocer de las controversias sub lite.

“3.3. La debida integración del Tribunal

“Del recuento que se ha hecho sobre el trámite, se desprende que este Tribunal se ha integrado dando cumplimiento a las reglas previstas por la ley y en el pacto arbitral, sin que existiera reparo por las partes.

“Por lo anterior, el Tribunal se declarará competente para conocer de las controversias planteadas por las partes en la demanda.”.

Frente a la providencia mediante la cual el Tribunal se declaró competente, las partes no interpusieron recurso.

1.7.2. Auto de Pruebas.

Mediante Auto No. 11 del 24 de enero de 2020, el Tribunal resolvió sobre las pruebas pedidas por las

partes, las cuales fueron decretadas y practicadas en debida forma.

1.8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El 13 de marzo de 2020 se llevó a cabo audiencia de alegatos de conclusión a la que asistieron los apoderados de cada una de las partes, quienes rindieron sus alegaciones finales en la forma prevista en la Ley.

1.9. TÉRMINO DEL PROCESO.

El presente Laudo arbitral se profiere dentro del término legal de ocho (8) meses, conforme lo ordenado en la Ley 1563 de 2012 y el Decreto 491 de 2020 en su artículo 10.

CAPÍTULO SEGUNDO: SÍNTESIS DEL PROCESO

2.1. LA DEMANDA

2.1.1 Pretensiones.

Las pretensiones de la demanda son del siguiente tenor:

“Se declare:

“PRIMERO: Que, entre las partes, el día 21 de febrero de 2017, se suscribió contrato de promesa de compraventa respecto de los inmuebles apartamento 101 y garaje 1 que se forman parte del EDIFICIO PÉREZ OCHOA PROPIEDAD HORIZONTAL ubicado en la Calle 64 I No. 76 A-23 de la ciudad de Bogotá, siendo el demandante, señor PEDRO ANTONIO OCHOA GÓMEZ el vendedor y, el demandado, GERMAN ALARCÓN RODRÍGUEZ, el comprador.

“SEGUNDO: Que, el demandado, GERMAN ALARCÓN RODRÍGUEZ, incumplió con el señalado contrato, al NO PAGAR LA TOTALIDAD DEL PRECIO DE VENTA, en las fechas y forma convenidas o acordadas en la cláusula SEXTA del documento suscrito.

“TERCERO: Que, en virtud de tal incumplimiento, el demandado, GERMAN ALARCÓN RODRÍGUEZ, deberá restituir los inmuebles al demandante, señor PEDRO ANTONIO OCHOA GÓMEZ, en el término de tres (3) días siguientes a la firmeza del LAUDO ARBITRAL.

“CUARTO: Que, el demandado, deberá pagar, en favor del demandante, la suma de DIECISIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$17.500.000) M/CTE, como CLAUSULA PENAL acordada en la CLAUSULA NOVENA del contrato suscrito.

“QUINTO: Que el demandado, deberá cancelar, en favor del demandante, la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000) m/cte., por concepto de sanción del VEINTE POR CIENTO (20%) sobre el valor del importe, de conformidad con el artículo 731 del Código de Comercio, al

haberse girado los cheques No. 580253 y No. 580254 ambos del Banco de Occidente, sin fondos y haber sido devueltos por esa causal.

“SEXTA: Que, se condene al demandado a pagar, en favor del actor, tanto los frutos civiles como naturales, producidos por el inmueble objeto de la venta, así como los dejados de percibir y los que se han podido producir con mediana inteligencia y actividad estando en poder del actor, desde la fecha en que se entregó el inmueble (23 de febrero de 2017) y hasta el día en que se haga devolución efectiva del bien; de conformidad con el dictamen pericial aportado con la demanda y que reposa en el expediente que se conforma, corresponden a cánones de arrendamiento generados desde el día 21 de febrero de 2017 hasta la fecha en que se radicó la demanda, es decir, febrero de 2019, por valor de TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MIL CIENTO SESENTA Y OCHO PESOS (\$32.831.168) M/CTE.”.

“SÉPTIMA: Que, se condene al demandado a pagar, en favor del actor, los daños materiales, en modalidad de daño emergente, en virtud de los gastos en que ha tenido que incurrir, con ocasión del incumplimiento del contrato, correspondiente a los siguientes valores:

HONORARIOS DE ABOGADO: la suma de OCHO MILLONES DE PESOS (\$8.000.000) M/CTE., de conformidad con el recibo aportado.

HONORARIOS DICTAMEN PERICIAL: La suma de OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL PESOS (\$828.000) M/CTE., de conformidad con los recibos aportados.

GASTOS INICIALES DE ARBITRAJE: La suma de NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS (\$985.440) M/CTE., de conformidad con la factura de venta aportada.

Total gastos a la fecha de subsanación: NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS TRECE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS (\$9.813.440) M/CTE”.

“OCTAVO: Que las sumas de dinero solicitadas en los numerales cuarto, quinto y sexto de este acápite, sean debidamente indexadas y/o actualizadas, hasta cuando se cancele la totalidad de la condena.

“NOVENO: Que, se condene a las accionadas a pagar intereses corrientes, de mora y/o legales, aplicable sobre las sumas dinerarias reclamadas y a la tasa que fije la Superfinanciera o entidad facultada para ese efecto.

“DECIMO: Que, se condene al demandado a pagar los gastos y costas causados con ocasión del plenario, incluidas las agencias en derecho.”

2.1.2. Hechos.

Los hechos en que se fundamentan las pretensiones arriba transcritas son del siguiente tenor⁴:

⁴ Se trata de una transcripción literal de los textos aportados por la parte convocante

1. El señor PEDRO ANTONIO OCHOA GÓMEZ, suscribió con el demandado, GERMAN ALARCON RODRIGUEZ, el 21 de febrero de 2017, contrato de promesa de compraventa, respecto de los inmuebles apartamento 101 y qaraaje 1, que forman parte del EDIFICIO PEREZ OCHOA PROPIEDAD HORIZONTAL, el cual se encuentra ubicado en la Calle 64 I No. 76 A-23 de la ciudad de Bogotá, cuyos linderos reposan en la escritura pública No. 666 del 7 de abril de 2001, hoja cuatro, cuya copia se adjunta con este libelo.
2. En dicho documento, se convino, en la cláusula quinta, que los inmuebles se entregarían al comprador y aquí demandado, el día 23 de febrero de 2017, lo que efectivamente se hizo por parte de nuestro cliente, y a entera satisfacción del comprador y hoy demandado.
3. En la CLÁUSULA SEXTA de la mencionada promesa de compraventa, se estipuló como precio de venta la suma de **CIENTO SETENTA Y CINCO MILLONES (\$175.000.000) DE PESOS M/CTE.**, los cuales, el comprador y aquí demandado, se comprometió a pagar de la siguiente manera:
 - a) El día **21 de febrero de 2017**, día en que se firmó el documento, la suma de \$44.000.000, mediante dos cheques, uno del Banco Caja Social por la suma de \$5.000.000 y otro del Banco de Occidente por \$39.000.000.
 - b) El día **2 de abril de 2017**, la suma de \$31.000.000 mediante el cheque No.580250 del Banco de Occidente.
 - c) El día **5 de mayo de 2017**, la suma de \$25.000.000 mediante el cheque No.580251 del Banco de Occidente.
 - d) El día **5 de junio de 2017**, la suma de \$25.000.000 mediante el cheque No.580252 del Banco de Occidente.
 - e) El día **5 de julio de 2017**, la suma de \$25.000.000 mediante el cheque No.580253 del Banco de Occidente.
 - f) El día **5 de agosto de 2017**, la suma de \$25.000.000 mediante el cheque No.580254 del Banco de Occidente.
4. Llegado el día del **5 de junio de 2017**, el comprador y hoy demandado, **NO pagó** la suma de dinero allí convenida, pues al presentarse el cheque para su pago, fue devuelto por falta de fondos.
5. Llegado el día **5 de julio de 2017**, el comprador y hoy demandado, **NO pagó** la suma de dinero allí convenida, pues al presentarse el cheque para su pago, fue devuelto por falta de fondos.
6. Llegado el día del **5 de agosto de 2017**, el comprador y hoy demandado, **NO pagó** la suma de dinero allí convenida, pues al presentarse el cheque para su pago, fue devuelto por falta de fondos.
7. Ante el reiterativo incumplimiento del demandado, el señor PEDRO OCHOA inició una cruzada tendiente a que el demandado le pagara las sumas debidas, no solo porque había entregado, desde el día 23 de febrero de 2017, los inmuebles al demandado, sino porque, la falta de pago de éste, lo había hecho incumplir en un negocio que había celebrado previamente con su hermana, señora LUZ MARINA OCHOA GOMEZ, a quien le endosó los cheques confiando en que con el pago del demandado en virtud de la venta a él realizada, ella recibiría lo que se le adeudaba por parte de nuestro cliente.

-
8. *En el mes de septiembre de 2017, el demandado, entregó la suma de \$25.000.000 correspondientes al cheque No.580252 del mes de junio de esa anualidad, y solicitó le fuera otorgado un término de 90 días, para pagar la totalidad del precio, es decir, la suma contenida en los dos últimos cheques, el No.580253 y el No.580254, conviniendo que, éste, el accionado, le cancelaría a la señora Luz Marina, intereses sobre dichos valores. No obstante, vencido este último plazo, tampoco cumplió en el pago del saldo.*
 9. *Es así como, el demandado, le giró a la señora Luz Marina, dos cheques que soportarían el pago de los intereses, los cuales, también al ser presentados, fueron devueltos por **falta de fondos**.*
 10. *Ante el paso del tiempo, nuestro representado empezó a requerir el pago y cumplimiento del acuerdo suscrito, e incluso se desplazó al inmueble objeto de venta, donde el demandado, por medio de un empleado suyo no le permitió el ingreso, e incluso, llegó al punto de manifestarle al señor Ochoa que hiciera lo que quisiera, que él no iba a pagar la cláusula penal pactada, para, finalmente, ya no contestar las llamadas que le eran realizadas a su teléfono por el actor.*
 11. *El pasado 13 de marzo de 2019, el demandado consignó a una cuenta bancaria de la hermana de nuestro cliente, señora Luz Marina, la suma de \$34.000.000, de los cuales, le señaló, vía mensaje de texto, que \$9.000.000 corresponderían a intereses sobre los cheques de junio y julio de 2017, y \$25.000.000 correspondientes al cheque No.580253 que debía haber cancelado el 5 de julio de 2017.*
 12. *Suma de dinero que, no solamente no corresponde al pago total del precio, sino que, por demás, se entregó FUERA del término acordado, por lo que, nuestro representado, NO ha aceptado tales sumas de dinero como cumplimiento del contrato, siendo clara su intención de devolverlas, por conducto de este Tribunal, como se lo comunicó, por escrito, remitido por correo certificado.*
 13. *Es así como, al demandado se le ha reiterado por escrito la terminación del contrato por su incumplimiento, y la decisión de acudir ante este Tribunal, a fin de resolver el acuerdo y, restituir el dinero recibido, así como, procurar el cobro de la cláusula penal, gastos y perjuicios que le han sido causados y se procuran sean determinados por el Arbitro que se designe.*
 14. *Resultando más que evidente que las obligaciones que fueron adquiridas por la pasiva, y que se encuentran plasmadas en la promesa de compraventa suscrita con nuestro representado, consistentes en el pago total y oportuno del precio convenido, **NO FUERON CUMPLIDAS**.*
 15. *De la misma manera, es claro que el demandado, siempre tuvo la intención de desatender el compromiso adquirido, al punto de haber girado cheques que resultaron sin fondos, lo que dista de la buena fe que debe acompañar esta clase de negocios.*
 16. *De conformidad con la cláusula octava de la promesa suscrita, las partes habían fijado, como fecha para la firma de la respectiva escritura, el día 8 de agosto de 2017, es decir, a los tres días siguientes del pago total del precio, lo que no se pudo llevar a cabo, debido al*

incumplimiento del accionado en el pago total y oportuno del precio convenido, requisito sin el cual, no era viable la firma de la escritura pública respectiva.

17. Nuestro cliente, se ha visto en la obligación de seguir pagando los impuestos de los inmuebles objeto de venta, a fin de evitar el inicio de acciones judiciales en su contra, por parte de las autoridades distritales y que, podrían afectar los inmuebles con medidas cautelares, al no cumplirse con esa carga tributaria.

*18. De otra parte, las obligaciones que nuestro cliente, adquirió en el señalado documento, consistentes en la entrega efectiva, física y material de los dos inmuebles ofrecidos en venta al demandado, en la fecha estipulada en la **CLÁUSULA QUINTA**, fueron atendidas a cabalidad, siendo procedente, no solo el pago de la cláusula penal a su favor, sino, por demás, la procedencia y aplicación de la condición resolutoria que contempla el artículo 1546 del Código Civil y que se encuentra inmersa en los contratos bilaterales, como el que fue celebrado entre las partes y que es objeto de este plenario.*

19. Desde el día 23 de febrero de 2017 y hasta la fecha en que se presenta esta demanda, el demandado ha venido no solo disfrutando de los bienes que le fueron entregados por nuestro prohijado, sino que, habiéndole cambiado la destinación a los mismos, ya que los usa para el desarrollo de actividades de comercio, ha afectado al actor, pues éste ha dejado de percibir los frutos civiles propios de su detentación como dueño de los mismos.

20. De igual manera, el señor OCHOA se ha visto en la obligación de tener que asumir gastos propios del inicio de acciones legales que le permitan recuperar su propiedad, tales como honorarios de abogado, honorarios de perito, gastos del presente Tribunal, certificados de libertad, pagos de impuestos y demás, que se encuentran soportados en los documentos allegados como prueba.

21. En el documento suscrito por las partes, se convino cláusula arbitral, como consta en la cláusula décimo tercera, razón por la cual, se ha acudido a este centro de arbitraje.

22. Ante el incumplimiento del demandado, se nos ha conferido poder para iniciar la presente acción resolutoria.

2.2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La parte convocada dentro de la oportunidad procesal, contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso las siguientes excepciones de mérito:

- **Falta de legitimidad en la causa por activa**

En resumen, considera la parte convocada que el señor Pedro Antonio Ochoa Gómez no es el legitimado en la causa por activa para presentar la demanda que ocupa la atención del Tribunal. Indica, que al haber decidido endosar los cheques mediante el cual se garantizaba el pago de la obligación derivada del contrato, lo que procede es que la persona endosatario es la legitimada en la causa por activa para iniciar una acción cambiaria con base en los títulos valores.

Señala que, como quiera que el endoso se predica respecto de títulos valores, como documentos de naturaleza mercantil, constituidos según determinados requisitos formales, que obedecen a normas estipuladas en el código de comercio y que tienen incorporado el derecho de legítimo poseedor a una prestación de dinero o mercancía, son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Considera entonces, que de no haberse negociado los títulos valores, el señor demandante a su discreción hubiera podido optar por acción cambiaria o resolución de contrato.

- **Novación**

Con base en esa excepción, argumenta la parte convocante que con ocasión del endoso de los cheques que garantizaban la obligación contenida en la promesa de compraventa se presentó la figura jurídica de la novación como quiera que se cambió el legitimado para hacer efectiva la acción cambiaria. Indica, adicionalmente, que entre el endosatario y el demandado se creó un negocio de mutuo y que de esta manera el acreedor de la parte convocada es la señora Luz Marina Ochoa Gómez.

Afirma que no existen saldos insolutos por parte del convocado frente al convocante, toda vez que la señora Luz Marina Ochoa Gómez, le pagó la totalidad de la obligación contenida en los títulos valores que garantizaban la deuda, predicándose así la novación por cambio de acreedor y de obligación.

2.3. LAS PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS.

Mediante Auto No. 11 del 24 de enero de 2020, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, así:

“Primero: Se decretan las siguientes pruebas:

1. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA PARTE CONVOCANTE

1.1. Documentales

Téngase como pruebas documentales con el valor que la ley les asigna las aportadas por la parte convocante junto con la demanda arbitral, así como las que hayan sido aportadas en debida forma en las demás oportunidades procesales contempladas para aportar pruebas.

1.2. Interrogatorio de parte

De conformidad con lo previsto en los Artículos 198 y siguientes del Código General del Proceso, se decreta el interrogatorio de parte al Convocado de acuerdo con lo solicitado por la Parte Convocante.

El interrogatorio de parte deberá ser rendido en la sede del Tribunal, en la fecha que más adelante fijará el tribunal.

Se previene al convocado de la obligación de comparecer en la fecha y hora indicada, so pena de acarrear las consecuencias de ley por su inasistencia.

1.3. Testimoniales

En los términos previstos en el Artículo 208 y siguientes del Código General del Proceso, se decreta el testimonio de:

- *LUZ MARINA OCHOA GÓMEZ, este testimonio deberá ser rendido en la sede del Tribunal en la fecha que más adelante fijará el tribunal.*

Se previene a la parte convocante que deberá procurar la comparecencia de los testigos en la fecha y hora en que sea citado por el Tribunal.

No obstante, si requiere la expedición de citación para el testigo, así deberá manifestarlo conforme lo establece el artículo 217 del Código General del Proceso.

1.4. Dictamen Pericial

En los términos del Artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, junto con los Artículos 226 al 235 del C. G del P. y por considerar el Tribunal la prueba útil para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes, se decreta el dictamen pericial aportado por la parte convocante.

Del dictamen pericial, a partir de la ejecutoria de esta providencia, se corre traslado a la parte convocada por el término de diez (10) días para el ejercicio del derecho de contradicción.

2. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA PARTE CONVOCADA

2.1. Documentales

Téngase como pruebas documentales con el valor que la ley les asigna las aportadas por la parte convocada junto con la contestación de la demanda arbitral, así como las que hayan sido aportadas en debida forma en las demás oportunidades procesales contempladas para aportar pruebas.

2.2. Interrogatorio de parte

De conformidad con lo previsto en los Artículos 198 y siguientes del Código General del Proceso, se decreta el interrogatorio de parte a la Parte Convocante de acuerdo con lo solicitado por la Parte Convocada.

El interrogatorio de parte deberá ser rendido en la sede del Tribunal, en la fecha que más adelante fijará el tribunal.

Se previene al convocante de la obligación de comparecer en la fecha y hora indicada, so pena de acarrear las consecuencias de ley por su inasistencia.

2.3. Testimoniales

En los términos previstos en el Artículo 208 y siguientes del Código General del Proceso, se decreta el testimonio de:

- *LUZ MARINA OCHOA GÓMEZ, este testimonio deberá ser rendido en la sede del Tribunal en la fecha que más adelante fijará el tribunal. Se previene a la parte convocada que deberá procurar la comparecencia de los testigos en la fecha y hora en que sea citado por el Tribunal.*

No obstante, si requiere la expedición de citación para el testigo, así deberá manifestarlo conforme lo establece el artículo 217 del Código General del Proceso.

Segundo: En los términos del Artículo 236 del C. G del P. se niega la inspección judicial solicitada por la parte convocante, por recaer esta sobre información y datos personales de una persona que no es parte dentro del presente trámite y porque los hechos que se pretenden probar con la inspección pudieron ser probados por la parte convocante a través de videograbación, fotografías u otros documentos, o por cualquier otro medio de prueba. (...)”.

CAPÍTULO TERCERO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

3.1 LOS PRESUPUESTOS PROCESALES.

De lo señalado en precedencia, resulta claro que la relación procesal se constituyó en regular forma y se corrobora que las partes que han concurrido a este proceso son legalmente capaces, con facultad y posibilidad legal para transigir, que comparecieron personalmente al proceso cuando ello fue requerido y en lo demás estuvieron representados por sus respectivos apoderados especiales.

Corolario de lo anterior, la demanda cumple con las exigencias legales, de suerte que los presupuestos procesales de competencia del Tribunal Arbitral, que fueron previamente abordados, es decir, capacidad para ser parte y su debida representación, así como la demanda en forma, están satisfechos, lo que permite al Tribunal Arbitral proferir una decisión de fondo.

En este orden de ideas, resultando que la relación procesal existente en el presente caso se ha configurado en regular forma y que en su desarrollo no se incurrió en defecto alguno que, en cuanto tenga virtualidad legal para invalidar lo actuado y no aparezca saneado, imponga darle aplicación al artículo 133 del Código General del Proceso, es de rigor decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes y en orden a hacerlo son pertinentes las siguientes consideraciones.

3.2 DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA SOMETIDA A DECISIÓN ARBITRAL. PROBLEMA JURÍDICO.

3.2.1 Los hechos probados dentro del proceso sobre los que no existe controversia

En el presente asunto, las partes no difieren sobre los siguientes hechos:

-
- a. Sobre la celebración y alcance del contrato de promesa de compraventa del 21 de febrero de 2017 entre el señor Pedro Antonio Ochoa Gómez y Germán Alarcón Rodríguez, respecto de los inmuebles identificados como apartamento 101 y garaje de la Calle 64 I No. 76 A-23 de Bogotá.
 - b. Sobre la entrega material de los inmuebles por parte del promitente vendedor al promitente comprador desde el 23 de febrero de 2017.
 - c. El precio convenido y la forma de pago fue convenida mediante la entrega de varios cheques el día de la firma de la promesa, los cuales se harían efectivos en distintas ocasiones durante los siguientes seis meses hasta completar el precio acordado de CIENTO SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$175.000.000), así:
 - El 21 de febrero de 2017, día en que se firmó el contrato, se pagaron \$44.000.000 mediante dos cheques, uno del Banco Caja Social por \$5.000.000 y otro del Banco de Occidente por \$39.000.000.
 - El 2 de abril de 2017, \$31.000.000 mediante el cheque No.580250 del Banco de Occidente.
 - El 5 de mayo de 2017, \$25.000.000 mediante el cheque No.580251 del Banco de Occidente.
 - El 5 de junio de 2017, \$25.000.000 mediante el cheque No.580252 del Banco de Occidente.
 - El 5 de julio de 2017, \$25.000.000 mediante el cheque No.580253 del Banco de Occidente.
 - El 5 de agosto de 2017, \$25.000.000 mediante el cheque No.580254 del Banco de Occidente.
 - d. A partir del 5 de junio de 2017, inclusive, el prometente comprador no volvió a pagar en el tiempo acordado.
 - e. El 6 de septiembre de 2017, el banco devolvió los dos cheques que se pagarían el 5 de julio y el 5 de agosto de 2017.
 - f. El 13 de marzo de 2019, casi dos años después de la celebración del negocio y de la fecha en que debían ser pagados los títulos, el prometente comprador hizo una consignación por \$37.000.000 en la cuenta de la hermana del Sr. Pedro Antonio Ochoa.
 - g. Se acordó pacto arbitral.

3.2.2 Hechos controvertidos.

- a. Si bien se acepta por el demandado que desde el 5 de junio de 2017, inclusive, no volvió a pagar en el tiempo acordado las sumas que completarían el precio convenido en la promesa, añade y aclara que se le concedieron nuevos plazos para realizar los pagos correspondientes con altas tasas de intereses por la mora en que incurría, sumas que fueron recibidas por el prometente vendedor.
- b. Se discute también sobre el hecho de que varios de los cheques fueron endosados por el Sr. Pedro Antonio Ochoa a su hermana, razón por la cual, en opinión del demandado, operó una novación, lo que es rechazado por el convocante.
- c. Se discute sobre la validez y pertinencia del pago que hizo el demandado por \$37.000.000 en marzo de 2019, pues el demandante dice no aceptarlo como cumplimiento del contrato de promesa de compraventa, por cuanto es incompleto respecto del saldo adeudado y se hace por

fuera del término acordado. El demandado alega que ese pago corresponde a deudas que solo le conciernen a la hermana del Sr. Pedro A. Ochoa, en razón de la novación y por ser la tenedora legítima.

3.2.3 El problema jurídico.

Delimitada la controversia en la forma que se acaba de hacer, el Tribunal entiende que el problema jurídico consiste en establecer si la promesa de compraventa celebrada el 21 de febrero de 2017 puede ser resuelta por este Tribunal en el marco de la acción resolutoria impetrada con base en el artículo 1546 del Código Civil dado el alegado incumplimiento en el pago del precio, condición previa a la suscripción de la escritura pública que perfeccionaría el contrato de promesa, a pesar de que fueron entregados todos los cheques con la suscripción del referido contrato; en este sentido, surge el interrogante si con la entrega de los cheques se consideraba cumplida la obligación de pago pactada en la promesa que concentra la atención del Tribunal, y si hay lugar a considerar un mutuo disenso tácito por el hecho de que ninguna de las partes concurrió a la notaría acordada para suscribir el instrumento público.

3.3 CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO EN CONCRETO

Hechas las precisiones precedentes, corresponde avocar el examen del marco jurídico para decidir las pretensiones puestas a consideración de este Tribunal en el espectro fáctico que condujo al surgimiento de las diferencias que ahora corresponde resolver en forma definitiva.

Se expone por el actor la pretensión de resolución de un contrato de promesa de compraventa suscrito con el convocado -Sr. Alarcón Rodríguez-, aduciéndose en su fundamento un incumplimiento del mismo endilgable a la parte demandada, pidiéndosele al Tribunal que declare dicho incumplimiento y, consecuentemente, declare resuelto el contrato y condene a la parte incumplida al pago de la pena convenida contractualmente, junto con otras sanciones y los demás perjuicios que dice haber padecido el prometiente vendedor.

Por su parte, el demandado alega que si bien puede entenderse que la obligación de pago no se realizó estrictamente en las oportunidades contractualmente establecidas, lo cierto es que sí pagó varias de las cuotas con los intereses de mora que correspondían, pero añade que no es el demandante el legitimado para reclamar pues los cheques que recibió los endosó a un tercero, quien -en su particular opinión- sería la persona legitimada para demandar incumplimientos mediante la respectiva acción cambiaria y pedir los perjuicios por la mora en el pago, todo esto ajeno al contrato de promesa. Alega que, en consecuencia, operó una novación de las obligaciones contraídas, que respaldan su alegada falta de legitimación.

Se trata, pues, el litigio y el problema jurídico a resolver, del ejercicio de la acción de incumplimiento contractual propia de los contratos bilaterales y de la responsabilidad que de ello deba desprenderse, junto con el análisis de los alegados mecanismos de defensa reflejados en las dos excepciones de mérito antes dichas.

De esa manera, asumirá el Tribunal un estudio del contrato tipo suscrito -contrato de promesa de compraventa de bien inmueble-, de las acciones que le son dadas a los contratantes en este tipo de contratos, sus requisitos, modalidades y consecuencias, de cómo fue el comportamiento de las partes durante la relación contractual, las probanzas, las obligaciones a cargo de cada una de ellas, el pago

realizado a través de títulos valores entregados en tiempo, para concluir con una solución adoptada por este Tribunal para dirimir, en forma definitiva, las diferencias existentes, todo ello con fundamento en las normas legales subjetivas y procedimentales a aplicar, las pruebas allegadas al expediente y el sano criterio para la valoración de las mismas.

3.3.1 El contrato de promesa de compraventa de bien inmueble.

El contrato de promesa de compraventa de bien inmueble, entendido como surgió con el Código Civil de la Unión, de 1873, no estaba en ese entonces llamado a producir efectos jurídicos entre los contratantes. Empero, como consecuencia del desarrollo dinámico del derecho, el legislador de 1887, mediante el artículo 89 de la ley 153, le confirió efectos vinculantes a esta modalidad de contrato.

Para efectos de comprender la institución de la promesa de compraventa, es necesario abordar los siguientes elementos, a saber: (i) la naturaleza jurídica y los elementos esenciales del contrato de promesa de compraventa de bien inmueble; (ii) los efectos jurídicos que está llamado a producir este contrato y (iii) las diferencias principales entre el contrato preparatorio y el contrato prometido como tal.

3.3.1.1 Naturaleza jurídica del contrato de promesa de compraventa de bien inmueble

El contrato de promesa es, como su nombre lo indica, un contrato antecedente o preparatorio, en el cual las partes adelantan negociaciones y están vinculadas y comprometidas a obrar de buena fe. Como consecuencia natural del carácter preparatorio, el contrato de promesa está encaminado a obligar a las partes para realizar un contrato posterior o prometido, con el cual se materializará el negocio jurídico final.

En Colombia, la doctrina y la jurisprudencia han sido pacíficas al afirmar que la obligación que se desprende del contrato de promesa es de hacer (*facere*): Naturalmente, lo propio sucede con el escenario de responsabilidad en el que se encuentran las partes contratantes, que no puede ser otro que el de la responsabilidad civil contractual.

Ahora bien, desde la ley 153 de 1887 se subrogó el texto del precitado artículo 1611 del Código Civil en el sentido de conferirle la calidad de un verdadero negocio jurídico o convención, llamado a producir efectos respecto de las partes contratantes. En consecuencia, resulta palmario afirmar que, por ostentar la calidad de contrato, cuenta con los mismos criterios de validez y existencia que se le han impuesto a todos los demás contratos dentro del ordenamiento jurídico.

Antes de detenernos en el estudio de los elementos esenciales del contrato de promesa, es preciso destacar que en Colombia existen dos modalidades de promesa, a saber: (i) el contrato de opción y (ii) la promesa bilateral de contratar.

La primera de ellas fue incorporada al ordenamiento jurídico colombiano a través del artículo 23 de la ley 51 de 1918. Se tiene que es una modalidad de promesa, en la medida en que quien concede el contrato queda obligado a realizar el negocio jurídico prometido si la contraparte decide hacer exigible su opción. Sobre esta figura, corresponde resaltar que tiene las características propias de un contrato unilateral, o acto jurídico en términos del doctrinante Guillermo Ospina Fernández, y gratuito, en principio.

Por su parte, la promesa bilateral de contratar se incorporó al ordenamiento jurídico con la subrogación del artículo 1611 del Código Civil. En este evento, el contrato genera la obligación de realizar el nuevo contrato, para ambas partes. Al ser esta la figura nodular del caso *sub judice*, es menester poner de presente las características atribuibles al contrato de promesa bilateral.

- En primer lugar, como consecuencia del carácter bilateral de la promesa, el ordenamiento jurídico les atribuye a los contratantes la excepción de contrato no cumplido y la condición resolutoria tácita (las cuales se analizarán en detalle, una vez se vislumbren los efectos jurídicos de la promesa).
- En segundo lugar, y en oposición al contrato de opción, la promesa bilateral es onerosa. Lo anterior refiere a que existe un beneficio recíproco para las partes y, conforme al tenor literal del artículo 1604 del Código Civil, cualquiera de ellas será responsable por la culpa leve en la inobservancia de sus obligaciones:

“El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.”

- En tercer lugar, se tiene que la promesa bilateral es, necesariamente, un contrato conmutativo, ya que las partes conocen, desde la celebración del contrato, el alcance de sus obligaciones. Del carácter conmutativo emana, entre otras, la eventual aplicación de la teoría de la imprevisión en los casos en los que el cumplimiento de la obligación se haga tan supremamente oneroso para el deudor, que sea imposible su cumplimiento.
- En cuarto lugar, una característica clara respecto de la promesa bilateral en materia civil es su naturaleza solemne, en oposición al carácter consensual que ostenta el contrato de opción y la promesa en materia mercantil. Las solemnidades, en el ordenamiento jurídico colombiano, se han clasificado en dos tipos distintos, como se sigue a continuación: (i) las solemnidades *ad substantiam actus*; y (ii) las solemnidades *ad probationem*.

Al decir del doctrinante y árbitro Juan Pablo Cárdenas⁵, las solemnidades *ad probationem* son aquellas que no afectan la existencia del negocio jurídico, pero implican restricciones en materia probatoria. Cuando el legislador las exige, no significa que la única forma de probar sea mediante la formalidad contenida en el texto normativo, sino que esa es la **forma adecuada de probar**. Este tipo de formalidades se predicán, por ejemplo, de la prueba del fletamiento (Art. 1677, C.Co), del contrato de transporte marítimo (Art. 1678, *ibídem*) y del contrato de arrendamiento de naves (Art. 1578, *ibídem*).

Por su parte, las solemnidades *ad substantiam actus* son aquellas cuya inobservancia vicia la existencia o la validez del negocio o acto jurídico. En inalterada jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha expresado que el carácter escrito del contrato de promesa en

⁵ Cárdenas, Juan Pablo. Conferencia Académica sobre los Contratos Civiles y Mercantiles. Bogotá, Colombia. Abril de 2013.

el régimen civil es una solemnidad *ad substantiam actus* que, de ser inobservada, vicia la validez del contrato, como se sigue a continuación:

*"(...) Lo anterior acompasa con el carácter solemne de la promesa, que implica que la satisfacción de todos los requisitos que la ley consagra para que produzca efectos figuren en ella misma, puesto que, como lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte, "Los caracteres que en nuestro derecho tiene la promesa de contratar, constitutiva en sí misma de una convención, le dan la naturaleza de un contrato solemne porque para su perfeccionamiento y validez se requieren condiciones especiales sin cuya concurrencia no produce obligación alguna, entre las cuales la primera es la exigencia de que conste por escrito. Estos requisitos, que condicionan la promesa como fuente creadora de vínculos jurídicos, son condiciones ad probationem. En el caso del art. 89 que acaba de citarse, la forma escrita de la promesa de contratar se exige ad substantiam actus, como requisito especial para la validez del contrato que junto con las demás condiciones requeridas, integra el conjunto de formalidades especiales, sin las cuales no produce ningún efecto civil, como está dicho en el art. 1500 del C.C. al definir el contrato solemne" (G.J. t, LII, pag 19)."*⁶ (Negrillas ajenas al original).

A pesar del carácter solemne del contrato de promesa en el régimen civil, no ocurre lo mismo en el régimen comercial, donde el artículo 861 del Estatuto Mercantil guarda silencio respecto del condicionamiento para que el contrato de promesa produzca efectos. Por lo tanto, y por la vía del artículo 824, ibídem, la jurisprudencia y la doctrina han alcanzado doctrina pacífica en el sentido de afirmar que la promesa mercantil, en oposición a la promesa civil, es consensual.

- En quinto lugar, es de anotar que el contrato de promesa bilateral es un contrato principal. El artículo 499 del Código Civil distinguió los contratos entre principales y accesorios de la siguiente manera:

"El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella."

Así, se tiene que el contrato de promesa bilateral, a pesar de tener la calidad de acto preparatorio con miras a la realización de un contrato prometido, es *per se* un contrato principal, pues produce efectos jurídicos por sí mismo aun cuando no se realice el contrato prometido. Caso distinto se vislumbra, por ejemplo, en las capitulaciones matrimoniales, ya que, si el contrato de matrimonio no se realiza, las primeras no están llamadas a producir ningún efecto jurídico entre las partes contratantes.

- En sexto lugar, el contrato de promesa bilateral es de ejecución instantánea, a pesar de ser diferida en el tiempo por estar sujeta a un plazo o a una condición. Esta característica tiene una gran relevancia en materia de efectos jurídicos por concepto del incumplimiento, ya que en el evento en que una de las partes inobserve sus obligaciones, la otra parte, cumplida o que se allanó a

⁶ Cfr. Sala de Casación Civil y Agraria, Corte Suprema de Justicia, radicado 6760, Magistrado Ponente: César Julio Valencia Copete, 13 de mayo de 2003.

cumplir el objeto del contrato, podrá pedir la resolución del contrato, lo que obliga a que los efectos de este se retrotraigan al *statu quo ante*.

Habiendo abordado, entonces, todas las características propias del contrato de promesa bilateral, es fundamental analizar sus elementos esenciales, a fin de subsumir la naturaleza jurídica de este contrato en su integridad.

Ya se advertía en los párrafos precedentes que, por su calidad de contrato, es inexorable que existan los elementos de que trata el artículo 1502 del Estatuto Civil⁷. Empero, el artículo 89 de la ley 153 de 1887, al subrogar el artículo 1611 del Código Civil, estableció otros elementos adicionales de la esencia del contrato de promesa, so pena de que no produzca efecto alguno, a saber:

- (i) que la promesa conste por escrito;
- (ii) 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 [1502] del Código Civil;
- (iii) que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato, y
- (iv) que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

El Profesor Fernando Hinestrosa, en la Conferencia para el Congreso Internacional de Derecho Civil y Romano, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (UNAM) entre el 7 y el 9 de septiembre de 2005, añadió a los elementos esenciales ya anotados, “las reglas propias del contrato prometido”⁸.

3.3.1.2 Efectos jurídicos del contrato de promesa de compraventa de bien inmueble.

Habiendo estudiado con suficiencia la naturaleza jurídica del contrato de promesa bilateral, es menester abordar los efectos jurídicos del contrato en comento, con el fin de vislumbrar sus verdaderos alcances en el ordenamiento jurídico colombiano.

Las obligaciones, en general, están llamadas a producir tres clases de efectos, a saber: (i) dar *-dare-*; (ii) hacer *-facere-*; y (iii) no hacer *-non facere-*. El contrato, en tanto pacto entre las partes con el fin de producir obligaciones, naturalmente también puede contener cualquiera de los efectos arriba mencionados. Sin embargo, el contrato de promesa bilateral, como ya se previno, únicamente está llamado a producir una obligación de hacer *-facere-*, según la cual las partes quedan obligadas a realizar el contrato prometido.

Sobre esa base, es procedente afirmar, con claridad meridiana que, por tratarse de un contrato principal, tan exigible es la obligación producto del contrato, como lo es la obligación del contrato prometido. Así,

⁷ En consecuencia, el contrato de promesa debe contener los elementos de capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto idóneo y causa real y lícita, que van a operar como lo hacen en el grueso de los contratos, con las mismas limitaciones y aplicaciones.

⁸ Dice Sacco, en su obra intitulada *Il Contrato Preliminare*, que “suponiéndose un esquema de contrato definitivo nulo, no se ve cómo pueda ser válido un contrato paralelo, preliminar” pg. 363.

cuando ambas partes del negocio jurídico prometen, como en el caso *sub judice*, realizar una compraventa de bien inmueble, pueden acontecer tres escenarios distintos, como se sigue a continuación: (i) que los contratantes cumplan con su obligación y se haga el contrato prometido; (ii) que una de las partes contratante inobserve su obligación de hacer y no pueda realizarse el contrato prometido; o (iii) que ninguna de las partes sea observante de su obligación, naturalmente desencadenando en la misma situación que en el segundo escenario.

Veamos someramente cada escenario, sin perjuicio del estudio detallado que en capítulo especial a ello se dedica.

Cuando se está en presencia del primer escenario, la vocación del contrato preliminar se extingue, habida cuenta de su efectivo cumplimiento. Lo anterior no es óbice para afirmar que el contrato prometido puede adolecer de nulidades relativas o absolutas que deben juzgarse al tenor de las normas que lo gobiernan. Esto es, si se firma la escritura que perfecciona el contrato de compraventa, la promesa queda extinguida por haberse llevado a feliz término su objeto. Sin embargo, el contrato de compraventa puede estar viciado en su validez, lo que no afecta al contrato de promesa en lo absoluto.

Ahora bien, cuando acaecen las circunstancias del segundo escenario, es preciso afirmar que la normativa vigente le confiere a la parte cumplida dos acciones para incoar a su arbitrio, sin perjuicio de la pretensión adicional de indemnización de perjuicios, como se sustrae del tenor literal del artículo 1546 del Código Civil:

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

Inalterada ha sido la jurisprudencia del órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en el sentido de precisar los alcances de este artículo. Así, reseña la sentencia proferida el 16 de julio de 1985, por la Sala de Casación Civil, M.P.: José Alejandro Bonivento Fernández, refiriéndose al artículo 1546 que:

“Este texto legal gobierna de manera concreta la forma sustancial de liberarse del negocio como corolario de que el que no cumple le permite al otro demandar la destrucción del vínculo, con la exigencia de los perjuicios. El incumplimiento de un contratante legitima la pretensión de resolución. (...)

“Es que el artículo 1546 está montado sobre la base de que si un contratante contraviene lo pactado da derecho para instar la resolución o el cumplimiento: ¿y a quién le concede esa facultad? Sencillamente al otro contratante que ha aportado una conducta jurídica, esto es, de parte cumpliente. No cabe duda alguna, que la acción alternativa que enuncia la norma en comento sólo se ofrece para el contratante que ha observado, dentro del marco negocial o legal, las obligaciones a su cargo. Por esta misma razón se permite, como consecuencia inevitable, que se reclamen los perjuicios, a manera de compensación por los menoscabos patrimoniales que se derivan de la inobtención de los resultados. Es la función equilibradora de la resolución que se entiende en beneficio de quien ha cumplido.”

Es prístino que cuando se está en el segundo escenario anunciado, la parte cumplida está en todo el derecho de exigir, por vía judicial, la resolución o el cumplimiento del contrato y, en cualquiera de los dos eventos, aunar la pretensión de indemnización de perjuicios. Como quiera que ese es el abanico de posibilidades que se abre ante el incumplimiento de un contratante, es preciso analizar las consecuencias jurídicas de una y otra pretensión.

En tratándose de la pretensión de resolución, se busca que las cosas vuelvan al *statu quo ante*, lo que significa que deben adelantarse las restituciones mutuas y recíprocas que den lugar a que el estado de ambos contratantes sea el mismo que tenían antes de celebrar el contrato incumplido por una de ellas. Así, deberán restituirse los frutos civiles que haya producido la cosa, si el contratante comprador la tuviere en su poder, se deben pagar las arras o exigir las dobladas, etc.

Por otro lado, en tratándose de la pretensión de cumplimiento, se busca que el contrato prometido se celebre en virtud de la exigibilidad del contrato preliminar, sin perjuicio del incumplimiento de una de las partes que abre la posibilidad a que la parte cumplida exija la respectiva indemnización de los perjuicios probados.

En suma, los elementos que se requieren probar para incoar una acción encaminada a resolver o hacer cumplir el contrato quebrantado por una de las partes son, conforme al decir de la Corte Suprema de Justicia⁹:

“(i) que el contrato sea bilateral; (ii) que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o se haya aprestado a cumplirlas; y (iii) que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que le corresponden.”

Por último, el tercer escenario que puede ocurrir es aquel en el cual ambas partes se sustraen de cumplir las obligaciones generadas por virtud del pacto contractual. La doctrina y la jurisprudencia reconocen la existencia de casos en los cuales las partes del negocio jurídico, por motivos de índole personal, social o económica pueden desmotivarse de adelantar o cumplir las obligaciones surgidas en el contrato. Por esa razón, es aceptado el paralelismo *“las cosas se deshacen como se hacen”*, en este caso denominado mutuo disenso expreso.

El mutuo disenso expreso es la manera más simple de dejar sin efectos las obligaciones que surgen por virtud de un contrato y que ninguna de las partes tiene interés en cumplir. Así, únicamente será necesario que las partes del negocio jurídico reúnan, en un nuevo documento, su interés de dar por finalizado el contrato existente.

Empero, también puede darse el caso en el cual no se realice dicho documento. En tal evento, le corresponde al juez conjurar la situación jurídica irregular que subsiste en el tiempo por la conducta inobservante de las obligaciones de las partes. Y le corresponde a la jurisdicción conocer de la situación porque, como afirma la sentencia proferida el 16 de julio de 1985, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, M.P.: José Alejandro Bonivento Fernández:

⁹ Cfr. Salvamento de Voto del Magistrado Alberto Ospina Botero en la sentencia proferida el 29 de noviembre de 1978, M.P.: Ricardo Uribe Holguín.

“El mutuo disenso tácito no tiene una regulación orgánica en el Código Civil, que permita determinar sus efectos o la forma de llegar al aniquilamiento del negocio jurídico. Tan solo queda abierta la regla general de la disolución del nexo jurídico creado. Empero, ante ese vacío normativo, no se pueden dejar sin solución aquellas situaciones que dan a comprender un abandono recíproco de las prestaciones. El esfuerzo que se haga por darle una aplicación tiene que consultar la realidad jurídica del país y, en particular, la conveniencia del tráfico, porque si se celebra un contrato es para cumplirlo; pero si, en el evento del comportamiento posterior de los contratantes se da a entender lo contrario, no puede quedar estancado sino que requiere la intervención del Juez, a falta de una fórmula especial.”

De suerte que no existe fundamento legal expreso que permita sustraer las consecuencias del mutuo disenso tácito, asunto sobre el cual profundizaremos más adelante.

Con todo, corresponde hacer unas apreciaciones en materia del contrato de promesa de compraventa. Por la calidad de contrato principal que ostenta, el incumplimiento o cualquier acción judicial encaminada a discutir el contrato se debe realizar en el campo de la responsabilidad civil contractual; del mismo modo, por su carácter preliminar, jamás debe entenderse que tiene una naturaleza traslativa, únicamente se trasladará el dominio con la firma del contrato de compraventa (o contrato prometido).

3.3.1.3 Diferencias principales entre el contrato de promesa y el contrato prometido

Como se ha vislumbrado a lo largo de estas líneas, varias son las diferencias entre el contrato preliminar y el contrato prometido. En consecuencia, es menester abordar, brevemente, las principales diferencias que se desprenden del contrato de promesa y el contrato consecuencia.

En primer lugar, la diferencia fundamental radica en la obligación nacida en el contrato de promesa, como lo señala la jurisprudencia, la única obligación que está llamada a producir la promesa bilateral es una obligación de hacer *–facere–*. No necesariamente sucede lo mismo en el contrato consecuencia, donde puede encontrarse una obligación de dar *–dare–*, hacer *–facere–*, o no hacer *–non facere–*.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de la compraventa. La promesa de compraventa tiene como obligación la de hacer el contrato de compraventa en los términos y condiciones acordados en el texto del contrato preliminar. Por su parte, el contrato prometido, esto es, el de compraventa, lleva consigo, generalmente, una obligación de dar la cosa objeto de compraventa.

La Corte Suprema dijo:

*“(…) las obligaciones dimanadas de la promesa de celebrar un contrato no pueden confundirse con las que provienen del contrato a que la promesa se refiere, ya celebrado, pues que unas y otras son completamente distintas. **La promesa de un contrato genera para los estipulantes de ella, como única obligación propia, el deber de perfeccionar el contrato prometido**, obligación que es entonces de hacer y no de dar. Tratándose pues, como en el presente caso se trata de la promesa de venta de un inmueble, los prometientes solo se obligan, salvo las estipulaciones*

*adicionales, a otorgar la correspondiente escritura de compra dentro del plazo convenido y en los términos y condiciones consignados en el escrito”.*¹⁰ (Resaltados ajenos al original).

Y es que no es para menos, la normativa vigente es clara en que no se pueden alegar derechos que no se han constituido en cabeza del accionante. El contrato de promesa de compraventa, si bien preparatorio, tiene diferencias con el contrato consecuencia y, como es de esperarse, los derechos que se constituyen en cabeza de una y otra parte del negocio jurídico son distintos para cada uno de los casos.

Con todo, sobre esta primera diferencia, hay que hacer una importante salvedad, en el sentido de advertir que la *causa petendi* de uno y otro contrato es sustancialmente distinta, por tratar su contenido de obligaciones concatenadas pero diferentes. Así, si bien el incumplimiento de una parte faculta a la contraparte cumplida, vía artículo 1546 del Código Civil, para incoar la acción de resolución o de cumplimiento, la *causa petendi* en una u otra no puede ser distinta a exigir el cumplimiento de la obligación de hacer el contrato prometido o de resolver el contrato, retrotrayendo sus efectos al *statu quo ante*.

En lo que toca con el contrato prometido, refulge una abismal diferencia en materia de la *causa petendi*, pues, en tratándose de la celebración debida del contrato de compraventa –cuando ya ha sido otorgada la escritura pública, habiendo hecho la tradición del bien inmueble junto con su entrega material y física, y registrándolo en debida forma- la acción de cumplimiento o de resolución del contrato a que tiene derecho la parte cumplida, sí puede estar encaminada a exigir la obligación de dar en los términos convenidos, con las calidades y los requisitos pactados. No podría ser de otro modo, toda vez que bajo esta hipótesis ya se han consolidado verdaderos derechos adquiridos en esa materia para el otrora prometiente comprador.

De otro lado, se encuentra que otra diferencia importante está dictada por las formalidades exigidas para cada contrato. Nuevamente, para el caso particular de la compraventa de bien inmueble, los requisitos y las formalidades que se exigen en tratándose del contrato de promesa, son los que se estudiaron en el acápite anterior de este texto. Por su parte, para la compraventa de bien inmueble, se requiere la tradición y el registro como formalidad para garantizar la eficacia del contrato.

Otra diferencia que reporta la promesa de celebrar un contrato y el contrato prometido es el efecto traslativo. Así las cosas, como ya se advirtió en estas líneas, del contrato de promesa no se predica un efecto traslativo, mientras que en el contrato consecuencia podría existir un efecto traslativo.

Descendiendo al caso de la compraventa de bien inmueble, se puede decir que la promesa de compraventa jamás va a generar un efecto traslativo de dominio, como sí lo va a hacer el contrato compraventa como tal, pues, su espíritu en sí mismo no es otro que transferir el dominio de una esfera jurídica a otra.

Sobre este aspecto, cabe señalar una consecuencia derivada de los efectos traslativos que se producen en el contrato consecuencia y no en el preliminar. La prescripción adquisitiva ordinaria requiere de justo título y buena fe. El justo título debe ser traslativo, como el contrato de compraventa. Si el poseedor no ha celebrado un contrato de compraventa sino uno de promesa, éste no es traslativo y, por lo tanto, el

¹⁰ .Bonivento Fernández, José Alejandro. Los Principales Contratos Civiles y su paralelo con los comerciales. Transcripción de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 17 de abril de 1975.

poseedor no tendrá justo título y no puede adquirir por prescripción adquisitiva ordinaria sino extraordinaria.

Con todo, habiendo hecho una sucinta disertación jurídica sobre la institución del contrato de promesa, sus alcances y manifestaciones al interior del ordenamiento jurídico colombiano, es posible descender al caso *sub judice*, con el propósito de hacer las consideraciones pertinentes sobre el particular.

3.3.2 El incumplimiento de un contrato bilateral.

El incumplimiento del contrato bilateral o su cumplimiento defectuoso, se constituye en nuestro ordenamiento legal en originador de obligaciones y responsabilidades, pues dicho incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales es, en sí mismo, el daño objeto de reproche y primer elemento a analizar en el régimen de responsabilidad contractual o civil extracontractual. En efecto, el daño, la causalidad y el fundamento o deber de reparar son elementos comunes a cualquier forma de responsabilidad, la cual una vez edificada se constituyen en fuente de obligaciones, cuyo contenido necesariamente derivará en una forma de reparación, o indemnización contractual, como principio fundante en nuestro Estado Social de Derecho.

Es dicho principio fundante, cuyo contenido se ha incorporado en nuestra legislación, el que le da vida y origen al eje central de la responsabilidad contractual, el cual se encuentra consagrado en los artículos 1602, 1603 y 1604 del Código Civil y en los artículos 863 y siguientes del Código de Comercio.

Este Tribunal debe analizar la forma defectuosa como, según se alega, el prometiende comprador atendió sus obligaciones, apartándose del tiempo y bajo la forma convenida en la promesa, pues el fallador no podrá ignorar el acuerdo entre las partes y deberá analizar el contenido prestacional y su cumplimiento a la luz del principio de buena fe. Todo esto, además, respetando el marco fijado por las pretensiones de la demanda y los mecanismos exceptivos utilizados por el demandado.

El Código Civil Colombiano estableció en el art. 1603 que “los contratos deben ejecutarse de buena fe” y, además, dispuso que no solamente los contratantes se comprometían a lo que expresamente allí se hubiese estipulado, sino que consagró el deber de obligarse, por el solo hecho de su acuerdo, a los elementos que se desplegaran de la propia naturaleza del negocio o que, por imperio de la ley, le corresponda. Es precisamente el cumplimiento del contenido obligacional el que es objeto de escrutinio, a la hora de valorar la conducta desplegada por las partes en el contrato, pues como corolario y desarrollo de este principio, es que la ley consagra la “excepción *non adimpleti contractus*” o “excepción del contrato no cumplido”, pues iría en contra de la equidad natural el derivar un daño, a partir de la inejecución contractual, cuando dicha conducta ha sido desplegada por alguna o ambas partes en la relación contractual.

En efecto, el artículo 1609 del Código Civil, establece que “*En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos*”.

Del artículo que precede, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha precisado varias interpretaciones a partir de la actitud de los contratantes, actitud que se ve reflejada en el incumplimiento y más aún en la forma de incumplir. En ese sentido, en sentencias de casación como la del 5 de noviembre

de 1979 y una del 6 de Julio de 1985, estima que cuando se perfecciona lo reseñado en el artículo 1609, es importante ver la actitud de las partes tratantes dado que allí podría configurarse una figura denominada “el mutuo disenso” que más allá de ser únicamente expreso, puede presentarse en forma tácita cuando del comportamiento de las partes negociales se observa ello.

“La disolución del contrato por mutuo disenso puede provenir de un consentimiento expreso o también tácito. La primera forma no requiere intervención judicial, como quiera que la disolución se produce por el acuerdo expreso; en cambio la segunda forma si requiere de decisión judicial. Esta última manera de disolver el contrato se da ante la recíproca y simultánea inexecución o incumplimiento de las partes con sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse de cumplimiento oportuno de sus obligaciones, solo puede considerarse y, por ende traducirse, como una manifestación clara de anotar el vínculo contractual”.

(...).

Para que pueda declararse desistido el contrato por mutuo disenso tácito requiérese que el comportamiento de ambos contratantes, frente al cumplimiento de sus obligaciones, pueda naturalmente deducirse que su implícito y reciproco querer es el de no ejecutar el contrato, el de no llevarlo a cabo.

No basta pues el reciproco incumplimiento, sino que es menester que los actos u omisiones en que consiste la inexecución sean expresivo, tacita o expresamente de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato”.

Es claro que la posición de la Corte ha adoptado la tesis del mutuo disenso tácito, cuando en la actitud de los contratantes no se ven reflejadas acciones positivas en aras de mantener la relación contractual y obligacional que son el fundamento para mantenerse compelidos a la entidad negocial. Por otro lado, cabe anotar que la misma Corte Suprema, a propósito del tema del mutuo disenso tácito, ha complementado su tesis estableciendo la posibilidad de que la acción resolutoria del artículo 1546 C.C, coexista aun cuando se esté en presencia del mutuo disenso. Así, en sentencia de la Sala de Casación civil del 29 de noviembre de 1978, se adujo lo siguiente:

“El ejercicio de la acción resolutoria no se limita al caso de que el demandante haya cumplido ya e intente, en virtud de la resolución, repetir lo pagado; se extiende también a la hipótesis en que el actor no haya cumplido ni se allane a cumplir porque a él ya se le incumplió y por este motivo legítimamente no quiere continuar con el contrato”.

La línea jurisprudencial¹¹ que se ha sentado respecto de la figura en comento es suficientemente extensa para comprender la institución y su debida aplicación. Siendo ello así, lo primero que viene del caso resaltar es el efecto jurídico del mutuo incumplimiento.

¹¹ Cfr. Sentencias, Sala de Casación Civil y Agraria, Corte Suprema de Justicia de 19 de noviembre de 1923, 10 de febrero de 1930, 3 de julio de 1933, 23 de septiembre de 1938, 30 de agosto de 1939, 2 de febrero de 1940, 10 de febrero de 1941, 23 de marzo de 1943, 13 de julio de 1943, 27 de febrero de 1946, 13 de junio de 1946, 17 de junio de 1948, 17 de septiembre de 1954, 16 de febrero de 1956, 28 de febrero de 1958, 31 de enero de 1964, 15 de noviembre de 1964, 22 de noviembre de 1965, 15 de noviembre de 1967, 9 de junio de 1971, 3 de noviembre de 1971, 12 de agosto de 1974, 7 de octubre de 1976, 10 de marzo de 1977, 29 de noviembre de 1978, 5 de noviembre de 1979, 7 de diciembre de 1982, 16 de julio de 1985, 23 de junio de 2000, etc.

Sobre los efectos jurídicos que tiene el mutuo disenso, ha dicho la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 16 de julio de 1985, M.P. José Alejandro Bonivento Fernández:

“Si el mutuo disenso quedare excluido de cualquier intervención judicial, haría difícil que las prestaciones se restituyeran recíprocamente con el mantenimiento de un negocio en que las partes han dado muestra de todo lo contrario; de no conservarlo, de deshacerlo. Así pues se ha de encontrar el camino para que el contrato se disuelva por medios judiciales.”

Es claro que la consecuencia que se busca en el caso de la disolución del contrato por mutuo disenso es el de restituir recíprocamente todas las prestaciones que se hayan ejecutado, con el fin de devolver las cosas al *statu quo ante*. Es la posición plausible, para no dejar en la indefinición una situación no querida.

En todo caso, existe una diferencia fundamental con las acciones que se desprenden del artículo 1546 del Código Civil y es, particularmente, la imposibilidad de exigir indemnización de perjuicios, como se verá más adelante. Por supuesto, esta limitante encuentra su espíritu en el hecho de que ambos contratantes han incumplido con las obligaciones que se derivaban del contrato preliminar o de promesa bilateral. En razón de lo anterior, resultaría incomprensible que alguno estuviera facultado para solicitar indemnización de perjuicios por concepto del incumplimiento del otro.

Por otra parte, procede referirse brevemente a la noción de culpa, la cual ha tenido una evolución histórica que ha confluído en una moderna teoría de culpa in abstracto, que exige al operador jurídico y, en general, a cualquier persona que realice un reproche, ya sea por incumplimiento de una obligación o por la comisión de contrario a derecho, de una apreciación basta de varios elementos de origen subjetivo y objetivo relativos a la conducta del sujeto de derecho a quien se le pretende hacer la imputación de tal responsabilidad.

En un contrato bilateral, el reproche de culpa ante el incumplimiento es de gran complejidad debido a que en este tipo de negocios jurídicos, las obligaciones están entrelazadas, por lo cual el incumplimiento de uno puede degenerar en que el otro no pueda cumplir, no obstante, acudiendo al deber de buena fe que los contratantes deben observar en cada una de sus acciones relativas al contrato, se espera que estos realicen acciones positivas tendientes a culminar con el objeto y fin del contrato, por lo cual es posible reprocharse allí el incumplimiento y la culpa de ambos por no esmerarse en la ejecución del contenido obligacional del contrato.

En ese sentido, la responsabilidad en estos contratos supone la observancia de varios elementos tal como se ha explicado, a fin de establecer si la culpa que dio lugar al incumplimiento contractual deviene de uno o de ambos contratantes y determinar la real intención de estos para con el futuro del contrato. Cuestiones que deberá resolver el juzgador para adoptar las determinaciones que correspondan en cada caso.

3.3.2.2 Consecuencias del incumplimiento. Las acciones del acreedor.

En los contratos bilaterales, el titular de una acreencia ante la inejecución de las obligaciones por parte del deudor, puede acudir a dos acciones que se excluyen entre sí por el contenido de sus pretensiones, ambas acompañadas de una correlativa pretensión indemnizatoria de perjuicios por los efectos generados por la mora o por la contravención a lo pactado en el contrato. Estas acciones, por un lado, la acción o pretensión resolutoria y, por otro lado, la acción o pretensión de cumplimiento forzado, mantienen ambas una

variedad de presupuestos que deben darse en cumplimiento por parte de quien busca su amparo, con lo cual analizaremos las características de cada una de estas acciones.

3.3.2.2.1 La acción resolutoria del contrato.

La pretensión resolutoria está prevista en el artículo 1546 del Código Civil, el cual establece que “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 contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con la indemnización de perjuicios”.

A partir del citado artículo, podemos decir que se sientan las bases de la responsabilidad contractual en Colombia, otorgando facultades al acreedor cumplido para que, a partir del incumplimiento de su deudor, decida a su arbitrio pretender resolver el contrato o ejecutarlo.

No obstante, la jurisprudencia y la doctrina han confluído en que esta acción está precedida de unos requisitos que pueden evidenciarse al interior del mismo artículo 1546; en ese sentido una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 3 de noviembre de 1971, expresó que las características de la acción resolutoria son las siguientes:

“La acción resolutoria de contrato bilateral, cuyo principal fundamento legal es el artículo 1546 del Código Civil, es eminentemente constitutiva puesto que tiende a aniquilar un acto jurídico y a dejar las cosas en el estado en que se hallaban antes de la celebración del mismo; es personal porque sólo los contratantes y sus causahabientes puede promoverla y afrontarla, lo cual significa también que se produce en ellos un litisconsorcio necesario que exige la intervención activa o pasiva de todos los que celebraron el contrato en el juicio en que se pretende la resolución del mismo y por consiguiente que es indivisible. Desde luego la viabilidad de la acción de que se trata requiere sine qua non que el contratante contra el cual haya cumplido o allanándose a cumplir las obligaciones a su cargo en forma y tiempo debidos”.

De lo anterior, destacamos que ha sido tema de estudio el que podría ser presupuesto de trascendental relevancia el hecho del cumplimiento o del allanamiento a cumplir del contratante que invoca la acción, este supuesto había sido reiterado por parte de la jurisprudencia que invalidó pretensiones donde quien alegaba la resolución no cumplía con las obligaciones que le correspondía pero si pretendía incoar una responsabilidad contractual por el incumplimiento del otro.

Así, sentencias como la del 16 de junio de 2006 de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, con radicado 7786, establecieron que:

“(…) es claro que la viabilidad de la acción resolutoria de que trata el precepto legal en cuestión depende no sólo de la cabal demostración del incumplimiento del demandado sino de que, de igual modo, logre evidenciarse que el actor efectivamente satisfizo las obligaciones anteriores o simultáneas que tenía a su cargo o que se allanó a cumplirlas, pues, como lo tiene dicho la Corporación, “solamente el contratante cumplidor de las obligaciones a su cargo, nacidas de

un acuerdo de voluntades, o por lo menos que se haya allanado a cumplirlas en la forma o tiempo debidos, puede pedir la resolución del contrato y el retorno de las cosas al estado anterior con indemnización de perjuicios, cuando la otra parte no ha cumplido las suyas”, lo cual traduce “que si el demandante de la resolución de un contrato se halla en mora de cumplir alguno de los compromisos que del pacto surgieron para él, carece de derecho para obtenerla, puesto que precisamente la ley autoriza el ejercicio de esta acción resolutoria a la parte que ha cumplido contra el contratante moroso”.

Con esto se dijo que el contratante moroso no podía pretender acudir a la acción resolutoria, porque esta es propia, exclusiva, del contratante cumplido o que se allanó a cumplir; sin embargo, la misma Corte Suprema, a propósito del hecho de que ambos contratantes incumplan, ha venido teniendo varias posturas donde en algunas sentencias se afirma que ante este mutuo incumplimiento, la acción resolutoria puede prosperar puesto que en sentido estricto ningún contratante está en mora pues no se puede predicar el incumplimiento si ninguno ha cumplido; otra parte de la jurisprudencia ha venido predicando que ante el mutuo incumplimiento la real intención de las partes es de desistir tácitamente de la relación contractual.

Una sentencia del 5 de noviembre de 1979 de la Corte Suprema de Justicia Sala Civil, ilustra el debate anterior:

“(…) acudiendo a los antecedentes doctrinales, la jurisprudencia de la Corte, salvo la sentencia de 29 de noviembre de 1978, al fijar el verdadero sentido y alcance del artículo 1546 del código civil, en más de un centenar de fallos ha sostenido que constituyen presupuestos indispensables, para el buen suceso de la acción resolutoria emanada de la condición resolutoria tacita, los siguientes: a) que el contrato sea bilateral; b) que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o que haya estado dispuesto a cumplirlas, y, c) que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que el corresponde. Según los antedichos requisitos, que aparecen diáfananamente contemplados en el citado artículo por el aspecto activo, el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la referida acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor.”.

Otra línea fue la adoptada si el incumplimiento se predica de ambas partes en la relación jurídica, ante lo cual ninguno tiene la acción de resolución o de cumplimiento, como lo ha advertido la Sala de Casación Civil en sentencia del 5 de noviembre de 1979, M.P.: Alberto Ospina Botero, quien apoyado en jurisprudencia proferida por la misma Corporación el 23 de septiembre de 1966, expresó que “*no puede confundirse la disolución del contrato por resolución y la disolución del contrato por mutuo disenso*”. Es claro que la primera forma de extinguir el contrato se predica de quien, habiendo cumplido sus obligaciones, incoa la acción de resolución por virtud del artículo 1546 del Código Civil. Por su parte, la segunda forma de extinguir el contrato proviene de un acuerdo entre las voluntades de los contratantes que se ha entendido como resciliación o mutuo disenso, contenido en el artículo 1602, ibídem.

Posteriormente, con precisión señaló la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, proferida el 16 de julio de 1985, M.P. José Alejandro Bonivento Fernández, en relación con la posibilidad de que el extremo pasivo

de la relación jurídico-procesal en el proceso de disolución del contrato por mutuo disenso tácito o de resciliación, proponga la excepción de contrato no cumplido, con asidero en el artículo 1609 del Estatuto Civil, lo siguiente:

“Sostener que el artículo 1609 hace posible que el artículo 1546 adquiera aplicación para las situaciones de incumplimiento correlativo es cuestión diferente. Una cosa es que ante la no concurrencia de la mora no se puede reclamar más allá de lo que se obtiene de las conductas antijurídicas recíprocas y otra la de afirmar que se puede destruir el vínculo jurídico o exigir el cumplimiento, sin perjuicios, que se excluyen por razones de la misma convergente mora, puesto que el interés de la prestación, propio del acreedor, no encuentra respuesta positiva por las desatenciones mutuas. En otras palabras, no sirve el artículo 1609 de argumento para disciplinar la resolución de un contrato que es incumplido por las partes, puesto que, como ya se dijo y con apoyo del artículo 1546, sólo se confiere al contratante cumpliente frente al incumplidor, salvo en aquellos casos de contratos con obligaciones no simultáneas en los que se establece un orden de ejecución (...).”

“No puede existir duda alguna que a través de una promesa de compraventa surge como obligación propia la de hacer el contrato. De manera inequívoca el artículo 89 de la ley 153 de 1887 así se pronuncia, que se concreta, entrándose de un inmueble el objeto de la prestación prometida, a otorgar la escritura pública correspondiente. Por eso las partes, al moldear el negocio tienen que adoptar las previsiones encaminadas a que se pueda cumplir lo pactado (...).”

“Por eso, las obligaciones convencionales pueden alterar la característica de simultaneidad que se observa en la promesa de compraventa de inmuebles, en cuanto al incorporarse otros factores de atención negocial, determinan la forma de cumplimiento, que para cada caso debe ser apreciado en el orden pactado para precisar el cumplimiento del negocio jurídico, bajo el necesario supuesto de ser compromisos que inciden, a su vez, en la obligación de hacer, propia de las promesas de contrato.”

“Pues bien, la promesa de compraventa de inmuebles supone la obligación propia y simultánea de otorgar la escritura pública respectiva, y de la que no deja duda debe cumplirse, so pena de que su desatención permita al que sí ha estado presto a hacerlo y atendidas todas las obligaciones convencionales, para deprecar la resolución o exigir el cumplimiento, y, como es obvio, si los prometientes se apartan de ese designio contractual no les será permitido acudir al artículo 1546 (...). Pero eso sí, y tal como se ha venido afirmando a lo largo de esta providencia, atendidas las posiciones de las partes, se abre paso a la disolución de incumplimiento recíproco, o sea, la aplicación del mutuo disenso tácito.”

Así entonces, si bien hay coincidencias en el sentido de reconocer la existencia y efectos del mutuo disenso tácito, hay diferencias en cuanto a la solución que debe darse ante el mutuo incumplimiento, pues algunos afirman que no se cumple con los requisitos de la acción resolutoria, sino más bien se considera que la actitud de ambas partes es de desistir tácitamente del acuerdo contractual.

Otro punto sobre el cual podría encontrarse coincidencia es aquel relativo a la posibilidad de reclamar perjuicios ante el mutuo abandono. Varias sentencias como la que citó párrafos atrás y una sentencia del

7 de diciembre de 1982, aducen a que ante el incumplimiento recíproco de los contratantes pueden demandar la resolución del contrato, pero sin indemnización de perjuicios, así como la obligación principal sin indemnización ni cláusula penal.

“(…) si ambos han incumplido ninguno de los dos contratantes está en mora. ¿Qué es la mora? Es un incumplimiento calificado que produce ciertas consecuencias jurídicas. No todo incumplimiento produce mora; pero si toda mora supone un incumplimiento. Los efectos del incumplimiento son unos, los de la mora son otros. En consecuencia, lo que el artículo 1609 dice es que en los contratos bilaterales si ambos han incumplido, de ninguno se podrán predicar los efectos propios del incumplimiento. ¿Cuáles son los efectos de la mora? Tres, a saber: 1) permite cobrar perjuicios 2) hace exigible la cláusula penal y 3) invierte el fenómeno de la carga del riesgo sobreviniente respecto de la cosa debida. Es decir, en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir cláusula penal y de ninguno de los dos se predicen las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente. Eso, y nada más, pero tampoco nada menos, es lo que dice el artículo 1609.

(…)

“Resolución por mutuo disenso tácito o resolución por incumplimiento mutuo de ambos contratantes, es, en la práctica una misma cosa, pues ni en una ni en otra institución hay lugar a condena en perjuicios ni a cláusula penal”.

A nuestro parecer, la sentencia anteriormente citada más que separar las tesis anteriormente expuestas, lo que hace es acabar con el debate, pues equipara los efectos del mutuo disenso tácito con los que se daría de admitirse la acción resolutoria, con lo cual, no hay que casarse con ninguna de las teorías, sino más bien aplicar sus efectos que son la restitución de las cosas al estado original, siempre y cuando probatoriamente se pueda establecer que ambas partes incumplieron, reflejándose de su actitud un deseo por desistir de la continuidad del contrato.

En reciente fallo, la Corte Suprema de Justicia buscó discernir la problemática que impone el mutuo disenso y la acción pertinente para disolver el vínculo existente entre las partes en disputa, sin reconocer perjuicios al demandante que tampoco cumplió. Dijo la Corte en octubre de 2019:

“(…) tanto del reducido marco de aplicación del artículo 1546 del Código Civil, como del régimen disciplinante del incumplimiento recíproco de las obligaciones sinalagmáticas, exige modificar el criterio actual de la Sala, conforme al cual, en la referida hipótesis fáctica, no hay lugar a la acción resolutoria del contrato.

“Tal aserto, no puede mantenerse en pie, en tanto que está soportado, precisamente, en la referida norma y en que ella únicamente otorga el camino de la resolución, al contratante cumplido o que se allanó a atender sus deberes, mandato que al no comprender el supuesto del incumplimiento bilateral, no es utilizable para solucionarlo.

“Dicho planteamiento, como igualmente ya se puntualizó, sólo es predicable en cuanto hace a la acción resolutoria propuesta en virtud del incumplimiento unilateral, caso en el cual la legitimidad del accionante está dada únicamente al contratante diligente que honró sus compromisos negociales o que se allanó a ello, toda vez que ese es el alcance que ostenta el ya tantas veces citado artículo 1546 del Código Civil.

“Empero, si del incumplimiento bilateral se trata, no cabe tal reparo, habida cuenta que la acción resolutoria que en esa situación procede, según viene de averiguarse, no es la prevista en la

anotada norma, sino la que se deriva de un supuesto completamente diferente, como es la desatención de ambos contratantes, hipótesis en la que mal podría exigirse que el actor, que ha de ser, como ya se dijo, uno cualquiera de ellos, es decir, uno de los incumplidores, no se encuentre en estado de inejecución contractual.

“No está demás, pese a la diversa interpretación normativa que allí se hace, recordar las razones que, por mayoría, adujo la Sala en la sentencia del 7 de diciembre de 1982, para reprochar la tesis que entonces, como ahora, venía sosteniendo la corporación, de que tratándose del incumplimiento recíproco de las obligaciones surgidas de un contrato bilateral, no había lugar a la resolución del mismo, ocasión en la que observó:

“a) Si el acreedor que a su turno ha incumplido no tiene derecho a pedir la resolución ni la ejecución, quiere ello decir que su derecho subjetivo carece de acción. Crédito sin acción no es crédito. Es ínsito de la calidad de acreedor poder perseguir al deudor a través de las acciones.

“b) Como se supone, según la interpretación cuestionada que el acreedor que sí ha cumplido tiene todas las acciones a su alcance, en particular las alternativas del artículo 1546 del Código Civil, fuerza es concluir que el incumplimiento fue elevado a la categoría de modo de extinción de las obligaciones, o modo de extinción de las acciones, o causal de conversión de la obligación inicialmente civil en obligación natural, que por definición es aquella que carece de acción. Y es lo cierto que el artículo 1625 no consagra el mutuo incumplimiento como modo de extinción de las obligaciones, ni norma alguna le da a ese fenómeno la calidad de extintor de acciones, ni mucho menos de causa para convertir una obligación civil en natural.

“Tras precisar que el verdadero significado del artículo 1609 del Código Civil es que “en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predicen las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente”, la Corte, adicionalmente, señaló:

“En los contratos bilaterales, cuando ambos han incumplido, ninguno está en mora. Pero ambos pueden, a su arbitrio, demandar la obligación principal, sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y obviamente pueden pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Ese es el verdadero y único sentido del artículo 1609. Se evita, con la interpretación de esa norma, el estancamiento de los contratos que conduce a tremendas injusticias y que, para evitarlas, llevó a la Corte, con ese sano propósito, a crear la figura de la resolución por mutuo disenso tácito, que como quedó anteriormente expuesto, es inaplicable frente a un litigante que se opone abiertamente a la resolución deprecada, como ha ocurrido con el demandado en este proceso.

“Y más adelante, concluyó:

“Corolario de lo anterior es que hay lugar a dos formas de resolución o ejecución de los contratos bilaterales, a saber: a) Cuando uno solo incumple y el otro sí cumple. En tal evento hay lugar a la resolución o ejecución con indemnización de perjuicios, y b) cuando ambos contratantes incumplen, caso en el cual también hay lugar a la resolución o ejecución, pero sin indemnización de perjuicios y sin que haya lugar a condena en perjuicios o cláusula penal”¹².

No adoptar esta decisión conlleva que en el evento en que ambos contratantes incumplan sus compromisos contractuales, se llegue al extremo de que ninguno pueda lograr ni la resolución ni el cumplimiento con la correspondiente indemnización de perjuicios, lo que conduciría a que el contrato quedaría estancado, perdiendo su exigibilidad las recíprocas obligaciones que ha generado.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia STC14554-2019 del 24 de octubre de 2019. Rad.: 11001-02-03-000-2019-03081-00. M. P.: Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Es situación resultaría contraria a derecho pues conduce a una indefinición, solución que luce inaceptable bajo cualquier perspectiva de análisis.

Con lo dicho no se busca excusar o flexibilizar los requisitos impuestos por el artículo 1546 del Código Civil, porque es claro que la búsqueda de la resolución contractual no puede conferírsele a aquel contratante que ha faltado, sin motivo ni explicación jurídicamente admisible, a sus deberes, no hallándose libre de culpa, pues es claro para el juzgador que *“...el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la mencionada acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor...”*¹³. Sin embargo, con la posición planteada y que asume este Tribunal, se da solución a una hipótesis no atendida por el legislador y que, no por ello, puede quedar huérfana, mucho menos para impedir resolver las diferencias que los particulares han procurado dirimir a través del acceso al sistema de justicia.

Con miras a terminar de precisar la procedencia de la acción resolutoria, en 2018 la Corte Suprema de Justicia también expresó que *“[e]n resumen, puede deprecar la resolución de un acuerdo de voluntades el contratante cumplido, entendiéndose por tal aquel que ejecutó las obligaciones que adquirió, así como el que no lo hizo justificado en la omisión previa de su contendor respecto de una prestación que éste debía acatar de manera preliminar; mientras que si de demandar la consumación del pacto se trata, sólo podrá hacerlo el negociante puntual o que desplegó todos los actos para satisfacer sus débitos, con independencia de que el otro extremo del pacto haya atendido o no sus compromisos, aun en el supuesto de que estos fueran anteriores”*.¹⁴ (Resaltado ajenos al original).

De manera pues que, conforme las precisiones hechas recientemente por la Corte Suprema de Justicia, es viable dirimir las diferencias existentes bajo el presupuesto de la acción resolutoria del artículo 1546 del Código Civil, mediante aplicación analógica¹⁵, teniendo en consideración el comportamiento de las partes, para poder entender que quien acude a la acción resolutoria incumplió pero como consecuencia del antecedente violatorio de su contraparte, que previamente omitió sus deberes, desestimando al ahora demandante para cumplir con su compromiso; situación que no lo hace menos incumplido, por lo que sus pretensiones no pueden extenderse a una indemnización de perjuicios, por lo que no podría haber condena en perjuicios ni a cláusula penal, asunto particular del cual pasa a ocuparse este Tribunal.

3.3.3 Indemnización de perjuicios.

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 7 de marzo de 2000. Radicado N° 5319.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Sentencia SC1209-2018. Radicación n° 11001-31-03-025-2004-00602-01. 20 de abril de 2018.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC14554-2019 del 24 de octubre de 2019. Rad.: 11001-02-03-000-2019-03081-00. M. P.: Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. *“(...) son premisas para la aplicación analógica que se busca, en primer lugar, que el artículo 1546 del Código Civil, regulativo del caso más próximo al incumplimiento recíproco de las obligaciones de un contrato bilateral, esto es, la insatisfacción proveniente de una sola de las partes, prevé como solución, al lado del cumplimiento forzado, la resolución del respectivo contrato; y, en segundo lugar, que en el precitado ordenamiento jurídico, subyace la idea de que frente a toda sustracción de atender los deberes que surgen de un acuerdo de voluntades, se impone la extinción del correspondiente vínculo jurídico”*.

La acción resolutoria, como se ha visto, puede venir acompañada, como lo prevé el artículo 1546 del Código Civil, de la pretensión indemnizatoria.

La indemnización de perjuicios es una pretensión que surge del artículo 2341 del Código Civil que da lugar a la responsabilidad civil contractual y extracontractual en los siguientes términos *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido”*.

Así, de la indemnización de perjuicios surge un criterio de justicia, generado por el deber de reparar el daño ocasionado. Este deber lo atiende el artículo 1546 del Código Civil, al estipular que, acompañado de la acción resolutoria o de la acción de cumplimiento forzado de la prestación, se puede pretender la indemnización de perjuicios.

Esta indemnización, en el ordenamiento jurídico colombiano, está revestida de dos elementos como lo dispone el artículo 1613 del Código Civil, según el cual *“la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”*.

Más adelante, el Código Civil, en el artículo 1614, establece que *“entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse o consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplida imperfectamente, o retardado su cumplimiento”*.

Sin embargo, el legislador también previó que, en ocasiones, la indemnización no dependía del éxito probatorio de la acción resolutoria y los perjuicios demostrados en el marco de esta, pues los contratantes, en el proceso de negociación contractual estipularon una cláusula penal, cuyas particularidades y consecuencias pasan a verse.

3.3.3.1 La cláusula penal.

La cláusula penal es entendida como una prestación de contenido patrimonial, fijada por los contratantes con el ánimo de remediar o indemnizar al contratante cumplido, al acreedor, por el incumplimiento de su cocontratante o debido al cumplimiento imperfecto de una o más obligaciones por parte de este último.

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

Para la Corte Suprema de Justicia, la cláusula penal es *“simplemente el avalúo anticipado hecho por las partes contratantes de perjuicios que pueden resultar por la inejecución de una obligación, su ejecución defectuosa o el retardo en el cumplimiento de la misma ...”*.¹⁶

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia del 27 de septiembre de 1974, Magistrado Ponente Luis Sarmiento Buitrago.

Se entiendo así el fundamento de la facultad legal que habilita a las partes para estipular la consecuencia de una reprochable conducta contractual; acuerdo dirigido a garantizar el cumplimiento de la prestación pactada, lo que puede gestarse ante la inejecución, en cuyo caso la pena adquiere un carácter compensatorio o resarcitorio, o ante la ejecución tardía, evento en el cual su condición será moratoria.

La doctrina nacional especializada ha explicado que *“la cláusula penal cumple tres funciones distintas. La primera, llamada función de apremio, se define como la “coacción” económica que se ejerce sobre el deudor para inducirlo a cumplir la prestación. Se trata de una especie de sanción o multa que se pone en evidencia, sobre todo cuando se pacta que debe pagarse sin perjuicio de que el deudor cumpla la obligación principal e indemnice los perjuicios, lo que significa que dicha multa se adiciona o acumula con los otros conceptos, pues no los reemplaza.*

“La segunda función es la denominada de garantía, en cuyo caso la cláusula penal sirve de respaldo para asegurar el cumplimiento de la obligación principal. Esta función opera en verdad cuando un tercero, distinto del deudor principal, se obliga a pagar la pena en caso que éste no cumpla su obligación. En esta hipótesis puede hablarse de garantía por cuanto otro patrimonio –el del tercero–viene a respaldar los compromisos del obligado principal.

“La última función, que es la más importante y usual, es la de servir de evaluación anticipada de perjuicios, en el evento en que el deudor no cumpla o cumpla defectuosa, parcial o extemporáneamente sus obligaciones. Esta función ofrece ventajas probatorias innegables para el acreedor, pues éste, ante el incumplimiento del deudor, no tiene que probar que sufrió perjuicios, ni la naturaleza de éstos, ni su cuantía.

“Puede decirse que esta estipulación sobre el monto de los daños constituye una presunción de derecho para el deudor y una legal para el acreedor. En efecto, es presunción de derecho para el deudor, ya que éste no puede intentar probar que el acreedor no sufrió perjuicios por el incumplimiento o que los experimentados fueron menores que los pactados. Al respecto, el artículo 1599 del Código Civil establece que “habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio”.

“Para el acreedor, en cambio, la situación es distinta, pues si bien en principio se presume que la pena le resarce todos los perjuicios (por ello el artículo 1594 del Código Civil impide que se acumule la cláusula penal con la obligación principal y el artículo 1600 del mismo estatuto, prohíbe también en principio, acumular aquella con la indemnización de perjuicios), la ley lo faculta para desvirtuar tal presunción demostrando el daño realmente recibido, en cuyo caso tendrá derecho a que se le repare éste integralmente, a menos que lo que las partes hayan querido pactar al incluir la cláusula penal sea un verdadero límite de responsabilidad.

*“La posibilidad de desvirtuar la presunción está contenida en el artículo 1600 del Código Civil, según el cual “no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, **a menos de haberse estipulado así***

expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”.¹⁷ (Resaltado ajeno al original).

La Corte Suprema de Justicia ha tenido oportunidad de referirse a la figura en innumerables ocasiones, recientemente explicó que:

“(…) a los contratantes les está permitido acordar, de manera previa, la forma como deberán ser reparados los perjuicios en el caso de incumplirse o cumplirse defectuosamente, las obligaciones contractuales, mediante la fijación de una cláusula penal que, de conformidad con lo indicado en el artículo 1592 del C.C. “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”; estipulación que permite eximir al reclamante de la carga de demostrar los perjuicios que se le causaron con ocasión de la infracción de la obligación principal y cuál la naturaleza de estos, pues mediando la cláusula penal, dichos perjuicios se presumen juris et de jure, en forma tal que el deudor no es admitido a probar en contrario, extendiéndose este beneficio probatorio a la acreditación de la cuantía de los perjuicios, porque en virtud de ella este monto queda fijado de antemano.

“No obstante, como dichos conceptos constituyen en últimas modalidades para procurar dejar indemne el patrimonio del afectado, la reclamación de perjuicios y la cláusula penal no podrán acumularse, salvo estipulación expresa en contrario (C.C., art. 1600); así lo ha indicado la Corte al decir, lo siguiente:

““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 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. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato” (Sent. cas. civil de 23 de mayo de 1996, Exp. 4607).

“(…)”

¹⁷ Suescún Melo, Jorge. Derecho Privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Tomo I. Pág. 43 y ss. Ed. Universidad de los Andes y Cámara de Comercio de Bogotá.

“8.1. Empero, no puede soslayar la Sala que, de manera impropia, el demandante en las pretensiones undécima y décima tercera acumula, para efecto de su reparación, el cobro de los perjuicios a título de daño emergente y lucro cesante y la cláusula penal indicada en el contrato, lo que no es de recibo y obliqa a que se deba desestimar esta última pretensión.”¹⁸
(Resaltados ajenos al original).

Así las cosas, cuando se estipula una cláusula penal, por lo general, se plantea la compensación que el contratante cumplido habrá de recibir por los daños generados ante el cumplimiento defectuoso o el incumplimiento total de la otra parte, liberándose de la carga de probar en juicio los perjuicios padecidos, su monto, pues esa cláusula configura una apreciación económica anticipada de tales perjuicios.

De esa forma, a menos que las partes hayan tomado la precaución para reservarse, expresamente, el derecho de cobrar la sanción dineraria convencional y también perjuicios que excedan el monto de aquella mediante su demostración en juicio, la ley excluyó la posibilidad de acumular indemnización y pena. Solo habrá lugar a atender jurisdiccionalmente tal acopio de pretensiones, cuando las partes hayan mutado la pena de “liquidación anticipada de perjuicios” a una simple sanción convencional de naturaleza compulsiva.

Por otra parte, el pacto de una cláusula penal, cualquier sea su naturaleza, no conlleva la renuncia a la acción resolutoria del contrato. Queda al arbitrio del contratista cumplido buscar, además de la indemnización (en ocasiones, a través de la pena convencional) la resolución o la ejecución forzada de las prestaciones del contrato. Como se ha explicado, en los contratos bilaterales, de conformidad con el artículo 1546 del C.C., se le reconoce la facultad al contratante cumplido para pedir la resolución o el cumplimiento del pacto, en uno y otro caso con indemnización de perjuicios, bien los que pueda probar en juicio o, si acordó una simple cláusula penal, los anticipados en esta. También se explicó que, conforme posición reiterada de nuestra jurisprudencia, en caso de mutuo disenso, procederá la resolución del vínculo contractual mas no la declaratoria de indemnización de perjuicios o reconocimiento de los efectos de la cláusula penal.

Con base en todas las anteriores consideraciones, es tarea de este Tribunal analizar el material probatorio aportado al expediente, para establecer qué tipo de incumplimiento existió entre las partes. Así, se podrá establecer el real querer de las partes y, a partir de ello, tomar la decisión que en derecho corresponda.

3.4 EL CONTRATO BAJO ESTUDIO

Se trata de un contrato de promesa de venta sobre el apartamento 101 y un garaje, con área total construida de 23.63 m², del primero, y 6.25 m² del garaje, en el Edificio Pérez Ochoa Propiedad Horizontal, ubicado en la Calle 64 I # 76 A - 23 de Bogotá, celebrado el 21 de febrero de 2017 por Pedro Antonio Ochoa Gómez, en su calidad de Prometiente Vendedor, y Germán Alarcón Rodríguez, en su calidad de Prometiente Comprador.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC170-2018/2007-00299 de febrero 15 de 2018. Radicación 11001 31 03 039 2007 00299 01 MP: Dra. Margarita Cabello Blanco.

Así las cosas, del contrato válidamente celebrado entre las partes se desprenden las siguientes obligaciones y el Tribunal describirá la manera como se probó fueron ejecutadas:

3.4.1 Por parte del prometiende vendedor, Pedro Antonio Ochoa Gómez.

3.4.1.1 Como se dijo en el acápite anterior, la obligación principal de un contrato de promesa de contrato de venta de bien inmueble, es de hacer, consistente en el otorgamiento de la respectiva escritura pública que perfeccione el negocio prometido.

El contrato de promesa dispuso que *“EL(LA,LOS) PROMETIENTE(S) VENDEDOR (A)(ES), por medio del presente documento, le promete vender a EL (LA,LOS) PROMETIENTE(S) COMPRADOR(A)(ES), y ésta a su vez se obliga a comprar a aquel el pleno derecho de dominio, propiedad y posesión que EL(LA,LOS) PROMETIENES(S) VENDEDOR(A)(ES) tiene(n) y ejerce(n) sobre el (los) siguientes inmueble(s):”*

También se estableció allí: *“OCTAVA:- CUMPLIMIENTO: Que la escritura de compraventa destinada a perfeccionar el presente contrato de promesa de compraventa será otorgada el día.8. mes .AGOSTO año ... 2017.. a las hora.11 AM En la **Notaria** (sic) **once (11)** de Bogotá únicamente, acordando así que no se podrá cambiar de notaria (sic) al momento de llegar la fecha de dicha escrituración”.* (Subrayas ajenas al original)

De allí se concluye que la obligación principal, fundamental, del prometiende vendedor, correlativa a la del prometiende comprador, era otorgar la respectiva escritura pública, acudiendo a la notaría acorada en la fecha y horas preestablecidas (el 8 de agosto de 2017 en la Notaría Once (11) del Círculo de Bogotá, a las 11:00 A.M.), por medio de la cual se perfeccionaría el contrato de promesa de compraventa, para efectuar la transferencia, en favor de su cocontratante, del pleno derecho de dominio, propiedad y posesión sobre el apartamento 101 y el garaje ubicados en el Edificio Perez Ochoa Propiedad Horizontal, ubicado en la Calle 64 I # 76 A - 23 de Bogotá.

La obligación no se cumplió o, por lo menos, no hay pruebas que demuestren que lo hizo ni que se allanó a hacerlo.

3.4.1.2. De la cláusula QUINTA del contrato también se establece otra obligación: *“LA ENTREGA REAL Y MATERIAL. – EL (LA, LOS) PROMETIENTE(S) VENDEDOR(A)(ES), se obliga(n) a hacer la entrega real y material de (los) inmueble(s) objeto de este contrato a EL (LA, LOS) PROMETIENTE(S) COMPRADOR(A)(ES), el día 23 DE FEBRERO De 2017. en el estado actual en que se encuentra(n), junto con todas sus dependencias, anexidades, usos, costumbres, servidumbres activas legalmente constituidas o que consten en títulos anteriores y con servicios de agua, luz, gas, ya que han sido pagos al día (sic) por el vendedor.”;* en efecto, se desprende, a pesar de la imprecisión que puede tener la expresión, una segunda obligación de parte del prometiende vendedor consistente en entregar los inmuebles a los pocos días de haberse celebrado la promesa de compraventa, con anticipación de casi seis meses a aquel día en que se perfeccionaría el contrato prometido a través de la suscripción de la correspondiente escritura pública.

Se encuentran en el expediente pruebas que demuestran que el Convocante cumplió esta obligación en forma oportuna y permitió, desde el principio, el disfrute de los bienes inmuebles por parte del prometiende comprador desde la fecha acordada.

Esta obligación, en todo caso, responde más a esas estipulaciones adicionales, como las denomina la jurisprudencia, que a la obligación principal y propia del contrato de promesa, la cual, como se dijo, se circunscribe a una obligación de hacer consistente, en este caso en particular, en suscribir la respectiva escritura pública.

3.4.1.3. También se obligó al saneamiento de los bienes prometidos en venta, respecto de los cuales declaró estar libres de gravámenes o limitaciones, como en efecto lo estaban.

3.4.2 Por parte del prometiende comprador, Germán Alarcón Rodríguez.

3.4.2.1 Correlativa obligación principal tenía el prometiende comprador de otorgar la escritura pública el 8 de agosto de 2017.

Dicha obligación debía cumplirse el 8 de agosto de 2017 en la Notaría Once (11) del Círculo de Bogotá, a las 11:00 A.M.

La obligación no se cumplió o, por lo menos, no hay pruebas que demuestren que lo hizo ni que se allanó a hacerlo.

3.4.2.2 Otra de las obligaciones de parte del prometiende comprador era el pago del precio del inmueble, el cual se pactó en valor de CIENTO SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$175'000.000). Dicho precio, tal y como se acordó, se pagaría con la entrega de cheques que, sumados, completaban el precio y cuyos montos se desembolsarían en las fechas acordadas, así:

- a) El 21 de febrero de 2017, \$44.000.000, mediante dos cheques: uno del Banco Caja Social, No. 1000158, por \$5.000.000; otro del Banco de Occidente, No. 000619, por \$39.000.000.
- b) El 2 de abril de 2017, \$31.000.000 mediante el cheque No. 580250 del Banco de Occidente.
- c) El 5 de mayo de 2017, \$25.000.000 mediante el cheque No. 580251 del Banco de Occidente.
- d) El 5 de junio de 2017, \$25.000.000 mediante el cheque No. 580252 del Banco de Occidente.
- e) El 5 de julio de 2017, \$25.000.000 mediante el cheque No. 580253 del Banco de Occidente.
- f) El 5 de agosto de 2017, \$25.000.000 mediante el cheque No. 580254 del Banco de Occidente.

Todo esto conforme consta en la Cláusula Sexta del contrato, aportada como prueba documental.¹⁹

Hay pruebas que demuestran que la obligación de pago mediante títulos valores, cheques, se cumplió.

3.4.2.3 Otra obligación correlativa de parte del prometiende comprador era la de recibir los dos inmuebles objeto de promesa en el momento en que, de acuerdo con la Cláusula Quinta del contrato, el prometiende vendedor entregaría los bienes inmuebles, los cuales recibió a satisfacción desde el 23 de febrero de 2017.

Hasta aquí, la exposición de las obligaciones asumidas por las partes, conforme el contrato y documentos incorporados.

3.4.3 El cumplimiento de las prestaciones

¹⁹ Folios 003 y 004 del Cuaderno de Pruebas No. 1, contrato de promesa suscrito por las partes en litigio.

Expuestas como quedaron las obligaciones que debían cumplir y/o allanarse a cumplir quienes suscribieron el contrato de promesa objeto de este debate, el Tribunal pasa a analizar el comportamiento de cada parte respecto de la forma de ejecutar dichas obligaciones, según lo que a cada una de ellas correspondía.

3.4.3.1 Obligaciones de entrega de los inmuebles y el saneamiento de los bienes.

Como se explicó, el Sr. Pedro Antonio Ochoa cumplió con su obligación de entregar los inmuebles y el Sr. Germán Alarcón los recibió el 23 de febrero de 2017. Así mismo, no se alegó queja alguna en relación con el estado jurídico de los inmuebles, los mismos estuvieron libres de gravámenes y limitaciones desde la fecha de su entrega material.

3.4.3.2 Obligaciones de dar y de hacer.

Germán Alarcón Rodríguez pagó el precio acordado, pero no se allanó a cumplir con su obligación de suscribir la escritura pública de compraventa por medio de la cual se perfeccionaba el contrato prometido.

En efecto, del material probatorio que hace parte del expediente, este Tribunal concluye que si bien el Sr. Alarcón Rodríguez pagó el precio acordado, no se allanó a cumplir ni cumplió con su obligación de suscribir la escritura pública que perfeccionaba el contrato prometido.

Para la fecha en que debía perfeccionarse el contrato prometido mediante la firma de la escritura pública, el Sr. Alarcón no se allanó a cumplir con la suscripción del contrato de compraventa prometido por cuanto el 8 de agosto de 2017 no asistió a la Notaría 11 de Bogotá para la firma de la escritura, o por lo menos no hay prueba obrante en el expediente que permita inferir lo contrario a este Tribunal.

En tanto que respecto de la otra obligación inmersa en el contrato, la de pago del precio, previa a la suscripción de aquella escritura que perfeccionaría el contrato de promesa, el prometiende comprador sí la cumplió y lo hizo a través de la entrega de cada uno de los cheques referenciados en la Cláusula Sexta del contrato de promesa, que representaban el valor completo de la suma acordada como precio.

En efecto, en la fecha de celebración de la promesa, el Sr. Alarcón entregó los cheques contentivos de las sumas indicadas en la mencionada cláusula, todo lo cual se deduce del material probatorio y de las afirmaciones contenidas en la demanda y su contestación.

Este comportamiento colocó a las partes de la promesa que se estudia en la posición indicada en el artículo 882 del Código de Comercio, disposición que no fue tenida en consideración por ninguna de ellas en el presente debate pero que es perfectamente aplicable al mismo por cuanto el Código Civil -en el capítulo de pago- no dispone nada sobre pago con títulos valores, en tanto que el artículo 20, ordinal 6° del Código de Comercio expresa que el otorgamiento de títulos valores es un acto mercantil y estaría regido por el Código de Comercio (Artículo 1) y, según lo prevé el Artículo 11 del mismo código, estas disposiciones le serán aplicables también a los no comerciantes en cuanto a dichas operaciones. Así las cosas, el artículo en comento dispone:

“Artículo 882. La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos-valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera.

“Cumplida la condición resolutoria, el acreedor podrá hacer efectivo el pago de la obligación originaria o fundamental, devolviendo el instrumento o dando caución, a satisfacción del juez, de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo.

“Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo, no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año.” (Resaltados ajenos al original).

Lo realizado por las partes, a iniciativa del Sr. Alarcón, como en efecto fue descrito en el proceso en cuanto a que fue él quien propuso el contrato de promesa²⁰ y la manera de realizar el pago es, sin duda, una situación común; es decir, emitir títulos valores para cumplir su obligación primigenia, no es novedad y tiene la consecuencia, también natural, de servir de medio destinado a permitir la obtención de la suma de dinero materia de la orden o promesa de pago incondicional allí instrumentada, haciéndose “acreedor cambiario” con todas las prerrogativas inherentes, a quien recibe el título. Pero no puede afirmarse que la relación original queda extinguida del todo, pues, si bien se presume surtida la obligación de pago por quien emite los títulos valores, queda sometida la pretendida extinción obligacional al pago real y efectivo de las sumas de dinero que los títulos valores, en nuestro caso, los cheques.

El acreedor que recibe los títulos valores, a su vez, acepta que la prestación inicial que tiene derecho a exigir, el pago directo del dinero, se sustituya por el abono indirecto a través del cobro de los títulos o la posterior negociación de los mismos, abriéndose pago una “*cesio pro solvendo*” que deja en pie la relación subyacente para operar en el futuro, como lo ha reconocido la jurisprudencia que añade: ***“Pero aún en este evento de transferencia de los títulos valores por la negociación de los mismos, la consolidación de la operación primigenia queda en espera de que los títulos sí se descarguen efectivamente, o que el tenedor de tales títulos no ejerza en tiempo la acción cambiaria de regreso, que ponga en operación la condición resolutoria a que se refiere el artículo 882 del Código de Comercio, para lo cual es indispensable la entrega de los títulos originales o la garantía de que no serán cobrados, porque de serlo, el deudor original debe estar protegido para no pagar el importe de los títulos y, además, las consecuencias de la resolución del negocio en el marco de los incisos 2° y 3° del artículo en mención”***²¹ (Negrillas ajenas al original).

Esto, precisamente esto fue lo que sucedió -parcialmente- en el caso bajo estudio, pues el Sr. Ochoa, en

²⁰ Interrogatorio de parte del señor Pedro Antonio Ochoa. Audiencia del 14.02.2020. “Le dije pues, sinceramente doctor, el negocio con don Germán lo hicimos de la siguiente manera. Fuimos, él me propuso la forma de pago, yo le dije no le veo problema; recibí los pagos, así como yo recibí los pagos, los abonos los recibí en la Notaría 11 que queda aquí en la 85 con 11 porque ahí están las escrituras de ese apartamento.

“Entonces me dijo, nos vemos allá en la Notaría me dijo Germán, yo ya llevo el documento redactado, simplemente lleve los certificados de libertad para llenar lo que es los linderos y los números de registros. Le dije listo, yo llevo eso. (...)”

²¹ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia 2528 de 30 de julio de 1992. M. P. Jaramillo Schloss, Carlos Esteban. Revista Jurisprudencia y Doctrina N°:249 de septiembre de 1992.

su condición de prometiende vendedor, recibió los cheques; pero a su vez, con la finalidad de honrar otro compromiso patrimonial con su hermana²², le endosó a esta algunos de los cheques que para la época -7 de junio de 2017, fecha de celebración de un contrato entre los hermanos Ochoa Gómez- quedaban por cobrar al Sr. Alarcón -prometiende comprador-.

En tal sentido, por ahora baste decir que el prometiende comprador cumplió su obligación de pago.

Se discute -y en ello se concentran varios hechos de la demanda-, en que hay prueba del incumplimiento de la obligación de pago del Sr. Alarcón, conforme consta en el expediente al cual se allegaron dos de los cheques originales, impagados²³.

Incumplimientos que, probablemente llevaron a la hermana del Sr. Pedro A. Ochoa a devolverle tales cheques al prometiende vendedor y este, a su turno, a presentarlos como prueba fehaciente del incumplimiento en la obligación de pago, así como para pretender la imposición de la sanción del 20% a que se refiere el artículo 731 del Código de Comercio, en contra del "demandado".

Sin embargo, como se dijo, el Sr. Ochoa Gómez nunca buscó reclamar en el presente proceso la condición resolutoria vinculada con los cheques, conforme lo prevé el artículo 882 del Código de Comercio, para hacer efectivo el reconocimiento o declaración de falta de pago de la obligación originaria o fundamental, es decir, la de pago vinculada a la promesa de compraventa y reconocer la operancia de la condición resolutoria legalmente prevista en la norma bajo estudio.

Sobre la situación que surge en relación con los cheques que el Sr. Ochoa le recibió al Sr. Alarcón en febrero de 2017, hay que tener muy presente lo siguiente:

1. La promesa se suscribió el 21 de febrero de 2017.
2. Los cheques por el valor total de la promesa de compraventa fueron entregados por el Sr. Alarcón al Sr. Ochoa en la misma oportunidad de la firma de la promesa, para ser cobrados en cada una de las fechas indicadas en la Cláusula Sexta de la promesa.
3. La entrega de los inmuebles se llevó a cabo el 23 de febrero de 2017.
4. Sobre los cheques girados para ser pagados en febrero, abril y mayo de 2017, que sumaban \$100 millones, no hay debate alguno en el proceso.
5. El 7 de junio de 2017, el Sr. Ochoa y su hermana celebraron un otrosí a un contrato de promesa de compraventa de derechos herenciales²⁴, conforme el cual el Sr. Pedro Antonio Ochoa Gómez

²² Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 175 a 178. Contrato de Promesa de Compraventa de Derechos Herenciales del 15 de noviembre de 2016 y Otrosí a dicho contrato, del 7 de junio de 2017.

Interrogatorio de parte del Sr. Pedro Antonio Ochoa del 14 de febrero de 2020. "SR. OCHOA: Sí, yo le di el número de la cuenta de mi hermana por qué, la autoricé a ella por qué, porque yo no quería que esos abonos entraran a mi cuenta, porque yo dije de todas maneras, como vuelvo y le reitero, yo tenía el negocio con mi hermana de la compra de los bienes herenciales entonces yo por eso le endosé a ella los cheques y le dije mire, evitémonos el paso del 4 por mil, si esa plata va a entrar a mi cuenta yo tengo que retirarla para pagarle a ella, le dije, en cambio de una vez entra directamente a su cuenta y nos vamos a ahorrar esa transacción bancaria, por eso fue que le dije a ella recíbalo que no hay problema también".

²³ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 008, donde se encuentran los dos cheques originales (Nos. 580253 y 580254 del Banco de Occidente), con sendos sellos de presentación ante el banco y la correspondiente constancia de devolución y no pago por la "Causal 12".

²⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 178.

acordó con su hermana que, para pagar el saldo de dicho negocio sobre derechos herenciales, aquel le entregó los cheques que el señor Germán Alarcón le había girado; así, el sr. Ochoa endosó a su hermana los tres (3) cheques restantes, correspondientes al 5 de junio, al 5 de julio y al 5 de agosto de 2017. Lo anterior supuso el desplazamiento de la relación cambiaria derivada de tales títulos valores, haciendo que la señora Luz Marina Ochoa Gómez -hermana del Sr. Pedro Antonio- asumiera la tenencia y titularidad de los cheques, exigiera el pago de los mismos, recibiera el producto, o parte de él, en su cuenta personal.

6. La firma de la escritura pública que perfeccionaría el contrato prometido, se acordó para el 8 de agosto de 2017.
7. El pago de esos tres cheques endosados a una persona ajena a la relación primitiva de la promesa de compraventa del apartamento del Sr. Ochoa, conforme las pruebas y afirmaciones contenidas en el expediente, fueron los que supusieron dificultades. El #580252 que se debía haber pagado en junio de 2017, implicó acuerdos adicionales, pagos de intereses de mora y, finalmente, fue pagado hasta septiembre de 2017.
8. Los otros dos cheques, los que se pagarían el 5 de julio y el 5 de agosto, también sufrieron demoras y dificultades para ser pagados. De hecho, solo hay prueba de pago de unos intereses y de la totalidad del capital adeudado del cheque de julio de 2017²⁵, todo esto frente a una tercera persona que no es parte en el proceso.
9. Para la época en que se presentó esta demanda, quedaba un solo cheque insoluto, el #580254 girado por \$25.000.000, del 5 de agosto de 2017. O, por lo menos, no hay prueba de que se haya pagado²⁶.
10. Al expediente se allegaron los cheques originales correspondientes a los pagos de julio y agosto de 2017, aunque ya se advirtió que los hechos y las pruebas conducen a que el cheque #580253 de julio de 2017, fue pagado íntegramente el 13 de marzo de 2019²⁷.
11. En el anverso de ambos cheques (#580253 y #580254) que reposan en el expediente y que giró la esposa del demandado conforme las precisiones develadas en el interrogatorio de parte del Sr. Alarcón²⁸, hay constancia de que solo fueron presentados al banco hasta el 6 de septiembre de

²⁵ En el testimonio de la Sra. Luz Marina Ochoa Gómez, rendido el 31 de enero de 2020, esta afirmó: “SRA. OCHOA: Pues la fecha exacta no la recuerdo, pero sí el momento doctor fue después de recibir el pago del cheque correspondiente al mes de julio del año 2017 y que realizaron en marzo de 2019, después de que recibieron la notificación de que se les iba a devolver esos dineros entonces ellos mandaron una carta a mi WhatsApp en el que decían que me iban a demandar que por usura, que me iban a meter a la cárcel amedrentándome con un poco de cosas cuando yo en realidad no tenía nada que ver con el asunto.”

²⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 157, anotación al margen del comprobante de transferencia. Última prueba de la cadena de pruebas relacionada con los pagos realizados.

²⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 149, 150, 151, 156, 157, 168 a 170.

²⁸ Interrogatorio de parte del señor Germán Alarcón Rodríguez. Audiencia del 14.02.2020.

DR. GÓMEZ: Pregunta No.1. A fin de que nos manifieste si efectivamente esos dos cheques corresponden a los que fueron por él entregados a mi cliente, en el momento en que se firmó el contrato de promesa de venta del apartamento que es objeto de debate.

SR. ALARCÓN: Sí señor.

DR. GÓMEZ: Pregunta No.2. Teniendo en cuenta su respuesta, díganos quién es la persona que giró esos cheques, toda vez que aparece un nombre de girador de Fabiola.

DR. PÁEZ: Su señoría, la pregunta es inconducente e impertinente, o sea,

DR. VELÁSQUEZ: no, acaba de responder que son cheques relacionados con el negocio de la promesa de compraventa en el momento de la suscripción, veo que están relacionados con el contrato, por favor...

SR. ALARCÓN: **Mi esposa.**

DR. GÓMEZ: Pregunta No.3. Por favor infórmele al despacho por qué razón su esposa, la señora Fabiola es quien emitió esos cheques y no usted que es quien está firmando el contrato de venta con mi cliente.

2017, casi un mes después de la fecha prevista para suscribir la escritura pública.

En consecuencia, el prometiente comprador, el Sr. Alarcón, para la fecha en que se debía suscribir la escritura pública, no había incumplido su obligación de pago -en los términos del artículo 882 del Código de Comercio- dado que, frente al promitente vendedor, no había operado la condición resolutoria del pago a través de los cheques entregados, y ello habría bastado para proceder con el otorgamiento del documento público que perfeccionaría el contrato prometido, satisfaciendo el pendiente de lo prometido.

Si bien hay hechos probados, confesados por el demandado²⁹, en cuanto a que varios de los cheques no se desembolsaron en tiempo, también lo es que para la época en que se discutía sobre esos pagos, la tenedora y titular de los cheques era la hermana del Sr. Ochoa Gómez, no el señor Pedro Antonio Ochoa Gómez; la titular de la acción cambiaria, si la hubiera querido ejercer, era la hermana del Sr. Ochoa Gómez, no el convocante en este proceso. Esto, como se ha explicado, está ampliamente refrendado en el hecho relacionado con al acto jurídico celebrado entre los hermanos Ochoa Gómez de noviembre de 2016, pero especialmente su otrosí de junio de 2017; así como en la orden de giro a la cuenta de la Sra. Luz Marina Ochoa, los comprobantes de pago en la cuenta de esta, la incansable gestión de la Sra. Ochoa para el cobro de tales títulos, la disposición que hacía sobre tales derechos, al conceder plazos y determinar las condiciones de cobro como intereses, entre otras. Esto demuestra que no fue una simple diputación para el pago ni labor de intermediación para conservar la paz entre el Sr. Alarcón y el Sr. Ochoa, como se quiso hacer ver en un momento dentro de las declaraciones, en particular de la Sra. Ochoa, pues es un hecho innegable que existió un endoso de los cheques por parte del Sr. Ochoa y también se halla la firma de la Sra. Luz Marina en ellos. Así mismo, está el contrato de promesa sobre los derechos herenciales -sobre lo cual se refirió el Sr. Ochoa- y los pagos y cobros.

Las demoras en el pago de cada cheque, representó réditos para la tenedora de los mismos, reflejados en intereses que eran pagados ocasionalmente por el deudor, según se infiere de las pruebas allegadas al proceso; pero esos pagos, fueron buscados y consentidos por la acreedora a lo largo del segundo semestre de 2017 y el 2018; sobre el de 2019, si bien hay pruebas de su cobro semanas antes de que ocurriera, se afirmó que fue sorpresivo y no consentido. El punto es que todo eso corresponde a una relación ajena a la de la promesa de compraventa de los inmuebles que acá se debate.

Se infiere de las pruebas y hechos, que el Sr. Ochoa ocasionalmente intervino para gestionar el pago de algunos de esos tres cheques, que lo hizo porque le interesaba lograr el pago de los mismos con miras a cumplir los compromisos asumidos con su hermana.

En tales circunstancias, el prometiente vendedor no se hallaba en posición de alegar incumplimiento de su cocontratante, por ello para cuando llegó el 8 de agosto de 2017, debió concurrir a firmar la escritura.

De hecho, como se explicó, el 8 de agosto de 2017 el acá convocante no había recibido los cheques que, supuestamente nunca le fueron pagados a su endosataria y tenedora legítima de los cheques (la hermana

SR. ALARCÓN: *Porque la cuenta es de los dos.*

DR. GÓMEZ: *Solicito al despacho que, de igual forma, por favor, el expediente,*

SR. ALARCÓN: *la cuenta es del negocio.*

²⁹ Hechos confesados por el convocado en la contestación de la demanda, ya que varios de los hechos de la demanda son aceptados en el sentido de reconocer que "No se hizo el pago en la fecha estipulada en el contrato de promesa de compraventa de bien inmueble de la referencia".

del Sr. Ochoa), pues esa realidad vino a confirmarse solo con posterioridad al cobro hecho ante el banco el 6 de septiembre de 2017. La tenencia de los cheques de julio y agosto de 2017 pareciera haber retornado al Sr. Ochoa solo en el 2019, cuando se hizo el último pago por parte del Sr. Alarcón, en marzo de 2019, pues la Sra. Luz Marina Ochoa, a pesar de saber que el banco los había devuelto más de un año atrás (septiembre de 2017), gestionó insistentemente su cobro en forma personal y consecuencia de ello es que recibió en ese período de 2019, \$38.500.000. De manera que el Sr. Ochoa Gómez posiblemente recibió los cheques de manos de su hermana, con posterioridad, los cuales, como se dijo, incorporó al expediente, aunque de uno se aceptó haber recibido el pago³⁰.

Las particularidades de la operación que en este laudo se estudian tiene similitudes importantes con un asunto decidido por la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. Carlos Esteban Jaramillo S. en 1992³¹. Dadas esas semejanzas, acá se transcribe en extenso un importante apartado que ilustra con claridad el sentido del artículo 882 del Código de Comercio y las consecuencias del impago de los títulos valores entregados como medio de pago. Dijo la Corte:

“(...) el acreedor asume la obligación de hacer lo conducente para obtener la realización corriente del título por él recibido, de procurar de buena fe su “buen fin”, de suerte que si esto tiene lugar y el desplazamiento patrimonial previsto en un comienzo se consuma, el pago adquiere plena firmeza y se extingue la acreencia original por virtud de haberse hecho efectiva la incorporada en el instrumento, mientras que si las cosas no suceden así y este es rechazado por los suscriptores responsables de honrarlo o no es descargado de cualquiera otra manera susceptible de desinteresar definitivamente al acreedor, la eficacia predicable de aquello que por mandato de la ley se tuvo por “pago bajo condición resolutoria” desaparece, cesa por añadidura la situación de suspensión existente respecto de las acciones emergentes de la relación primitiva y, con todas las consecuencias que eso supone, el deudor queda colocado en posición de incumplimiento; en este punto específico, bajo la perspectiva señalada y haciendo de lado algunas incorrecciones técnicas de menor importancia que el precepto refleja, el sistema consagrado en el artículo 882 del Código de Comercio no presenta entonces dificultad en su entendimiento: cuando se desea pagar con un instrumento negociable una deuda que en términos de derecho lo antecede y justifica su emisión o transferencia, hipótesis que excluye de suyo la entrega de efectos de comercio con fines de simple garantía, esa deuda preexistente queda en principio saldada, liquidada si así prefiere decirse pues “...la entrega (...) valdrá como pago si no se estipula otra cosa...”, pero todo ello sin que pueda perderse de vista que esos títulos son, en sí mismos y sin embargo de la “cosificación”” normativa de la

³⁰ En el Interrogatorio al Sr. Pedro Antonio Ochoa Gómez, el 31 de enero de 2020, el Sr. Ochoa reconoció que a la Sra. Luz Marina Ochoa se le había hecho un pago por \$36.000.000 (en estricto sentido fue por \$34 millones), y el concepto preciso es equivocado, pues no fue solo por intereses. En esa ocasión se dijo: “DR. PÁEZ: entonces la pregunta es, el 5 de junio del 2017 al 13 de marzo del 2019, ¿usted tiene conocimiento, le consta, que mi cliente le haya cancelado a la señora Luz Marina Ochoa la suma de 36 millones de pesos por concepto de intereses?”

“DR. VELÁSQUEZ: ... señor Ochoa, sí o no, la pregunta es puntual, asertiva en el sentido de, al señor Ochoa le consta que el señor Alarcón entregó entre las referidas fechas 36 millones de pesos a título de intereses a la señora Luz Marina. Sí o no.

“SR. OCHOA: Sí, me consta que recibió los intereses”.

Por su parte, en el testimonio de la Sra. Luz Marina Ochoa Gómez, rendido el 31 de enero de 2020, esta afirmó: “SRA. OCHOA: Pues la fecha exacta no la recuerdo, pero sí el momento doctor fue después de recibir el pago del cheque correspondiente al mes de julio del año 2017 y que realizaron en marzo de 2019.

³¹ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia 2528 de 30 de julio de 1992. M. P. Jaramillo Schloss, Carlos Esteban. Revista Jurisprudencia y Doctrina N°:249 de septiembre de 1992, PÁG.781

que se les hace objeto, nuevas obligaciones pecuniarias instrumentadas a través de órdenes o promesas incondicionales de pago que absorben a la deuda primitiva, promesas u órdenes que de no llegar a buen fin por motivos ajenos al acreedor, llevan a que aquel pago no pueda consolidarse, o sea que si no se puede efectuar la cobranza normal del título sin que medie culpa del interesado y no se logra el pago voluntario por parte de cualquiera de los firmantes obligados a hacerlo, la posición contractual de aquel recobra su configuración liminar y así, con un claro sentido de equidad que es el mismo en que se funda el artículo 1544 del Código Civil, tiende la solución legislativa a cancelar con alcances retroactivos los efectos que del frustrado “pago” en un primer momento se desprendieron. En otras palabras, como la condición resolutoria al cumplirse extingue retroactivamente los efectos del pago, mientras ella pende forzoso es entender que hay “pago” con todas las consecuencias que los puros y simples producen, lo que entre otras cosas significa que, **entre tanto o sea mientras dicha situación de pendencia subsista, la obligación que se reputa saldada no tiene la calidad de exigible** y por ende contra el acreedor ninguna prescripción corre respecto de acciones en su favor derivadas de la relación causal (art. 2535 del Código Civil).

“c) Finalmente, todo cuanto va dicho hasta el momento conduce a concluir que tratándose de la entrega con fines solutorios de títulos valores de contenido crediticio y una vez cumplida la condición resolutoria, condición ésta que se considera configurada cuando a pesar de la conducta diligente observada por el acreedor-tenedor y sin necesidad de acudir a procedimiento judicial esos títulos son rechazados o de cualquier manera no se les descarga, vuelve a situarse en primer plano, a reactivarse en toda su extensión el negocio jurídico de base que vinculó a las partes, pero no es ciertamente un resurgir omnímodo que faculte a ignorar de plano el ensayo de pago ocurrido, sino que lo restringen precisos límites previstos por el legislador para evitar abusos originados en la pluralidad de acciones disponibles e incompatibles en cuanto a sus posibles objetivos, ya que de no existir tales restricciones el deudor podría acabar pagando varias veces una misma obligación o lo que también reviste singular gravedad, verse forzado a cubrir indebidamente prestaciones materia de deudas desaparecidas. Por eso, de conformidad con el artículo 882 del Código de Comercio y ante la evidente necesidad de eliminar estos riesgos, preciso es entender que la vigencia jurídica de cualquier acción derivada de la causa exige varias condiciones, a saber:

“i. La primera que no por ser elemental suponerla puede dejar de mencionarse, es que la eficacia apenas “pro solvendo” de la entrega de los títulos, presumida por el sistema legal según se explicó a espacio líneas atrás, no haya sido descartada por las partes. Si lo hicieron y de ello hay prueba irrefragable, es imposible entonces pretender que por la vía indicada en aquel precepto, pueda restaurarse la eficacia integral del vínculo obligatorio original.

“ii. Otra condición, la segunda, que aparece consagrada expresamente en el inciso final del artículo 882 tantas veces citado, es que ante el evento del rechazo del título, la fuerza jurídica que éste pueda conservar en beneficio de quien lo entregó, no se vea menoscabada por la desidia del acreedor, de manera que si éste “... deja caducar o prescribir el instrumento...”, la obligación originaria se tendrá así mismo por extinguida, lo que en síntesis quiere significar que proceder “ex causa” contra el deudor tampoco le está permitido al acreedor en cuestión cuando ha sido responsabilidad suya el deterioro del documento por efecto de la caducidad o

de la prescripción de los recursos cambiarios que al primero pudieran corresponderle frente a signatarios anteriores.

“iii. La tercera y última condición, prevista igualmente por el legislador en el segundo inciso del artículo 882 del Código de Comercio y que requiere, ante el contenido concreto de los cargos en estudio, mayor detenimiento en punto de establecer con exactitud los elementos de los que depende su correcta configuración, es la restitución del instrumento o, en su defecto, el otorgamiento de garantía suficiente para indemnizarle al deudor los perjuicios que pueda ocasionarle esa falta de devolución.

“En este orden de ideas y principiando por el fundamento mismo de la referida restricción, preciso es no perder de vista que **siendo los títulos valores documentos destinados de ordinario a circular, los de contenido crediticio que se entregan en función solutoria pueden por ello ser objeto de sucesivos endosos en propiedad, endosos que como se sabe no son portadores del negocio primitivo por cuya virtud el título fue emitido o negociado sino que simple y llanamente son vehículos de transferencia autónoma de los créditos literales en ellos incorporados y separados por lo tanto de dicho negocio, consideración ésta de la que se sigue que a pretensiones de cobranza deducidas por terceros tenedores de buena fe exenta de culpa, según lo pregona en su numeral 12 el artículo 784 del Código de Comercio, no se les pueden oponer con éxito defensas o excepciones derivadas de la causa, luego es evidente la necesidad de evitar que por fuerza de este sistema lleguen a consolidarse situaciones a todas luces injustas que resultarían de tratar al deudor como obligado en los términos propios de la relación subyacente y al mismo tiempo, independientemente de las secuelas que postura de semejante linaje traiga de cara al ejercicio de sus derechos por parte del acreedor inicial, reputarlo también como obligado cambiario frente a un eventual tenedor del instrumento a quien no le sea oponible nada de cuanto haya acontecido en el desenvolvimiento de la ameritada relación.** Pues bien, es precisamente esta que acaba de señalarse la razón por la que la ley mande que en tanto exista de verdad el riesgo advertido y con el excluido fin de evitarlo o de remediar las consecuencias patrimoniales que para el deudor se sigan de su realización, el acreedor que pretenda utilizar cualquier acción extraída de la causa antecedente que determinó la creación o la transferencia de un título de crédito que permanezca vivo y por ende aún en estado de ser aprovechado como base de recaudo por persona distinta, **tiene el mencionado acreedor que devolverlo o prestar caución sustitutiva, a satisfacción del juez, de reparar los eventuales daños que para el deudor pueda representar el no hacerlo en oportunidad.** Les imprime sentido a estos requisitos, entonces, la misma idea cardinal sobre la cual descansa toda la concepción normativa en examen; en efecto, al aceptar el acreedor causal que le sean entregados “pro solvendo” instrumentos negociables, no es que al crédito primitivo venga a sumársele por arte de antojadiza ficción otro distinto de naturaleza cambiaria, sino que el primero adquiere provisionalmente este último carácter, obligándose por lo tanto aquel acreedor a agotar de preferencia esta vía en busca de la normal satisfacción de su derecho, de suerte que cualquier proceso fundado en la relación originaria, contractual por ejemplo, no podrá iniciarse sino en tanto el instrumento haya sido rechazado sin que medie culpa del acreedor y ese revestimiento cambiario que envuelve la deuda, con las consecuencias que le son inherentes, aparezca neutralizado mediante la devolución del título o el otorgamiento de caución, naturalmente y no está por demás insistir de nuevo en el punto, si ello es necesario para suprimir riesgos en realidad existentes de posible ejercicio por

diferentes personas de acciones cambiarias y causales con objetivos contradictorios en detrimento del deudor.

“2. Entendidas así las cosas y pasando ahora al tema concreto que ocupa la atención de la Corte, si en un contrato de compraventa son utilizados títulos valores de contenido crediticio para documentar cambiariamente en todo o en parte la obligación contraída por el comprador de pagar el precio acordado, cosa que por cierto en nada modifica la configuración típica del negocio como hoy lo dice de manera expresa el artículo 905 del Código de Comercio, forzoso es presumir, en defecto de voluntad puesta de manifiesto por los interesados que permita descartar la aplicación del sistema explicado a espacio en el aparte anterior, que la aceptación de tales instrumentos por el vendedor lleva la condición resolutoria de “buen fin” o sea que la extinción definitiva de la obligación originaria emergente del contrato, queda sujeta a que los títulos no resulten deshonrados, habida cuenta que si esto ocurre se reputa cumplida la condición que determina la resolución de los efectos del pago y con ella, desde luego, la restauración retroactiva de la deuda por concepto del precio a su estado primitivo, configurándose por lo general una situación de incumplimiento que como se sabe y al tenor de preceptos de la índole de los contenidos en los artículos 1546 y 1930 del Código Civil junto con el artículo 870 del Código de Comercio, autoriza al acreedor-vendedor a solicitar, ubicándose en el primero de los dos extremos posibles de la opción en su favor instituida por dichas normas, la ejecución forzada de la prestación que le es debida con indemnización de perjuicios por el retardo si a ello hubiere lugar, siéndole también permitido impugnar, a través de la demanda judicial de resolución, la eficacia integral del negocio para producir su extinción retroactiva por haber desaparecido su bilateralidad funcional, o para mejor decirlo, por haberse frustrado su finalidad ante el incumplimiento imputable al comprador, extinción que en últimas, al tenor de cuanto se dejó explicado líneas atrás, representa un medio que el ordenamiento contempla para exonerar ciertamente al contratante cumplidor y que tiende a restituirlo a la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato, pero que también despliega similar eficacia liberatoria respecto del infractor, salvedad hecha obviamente del deber de resarcimiento de los daños causados, pues bien sabido es que en el ámbito del que se viene haciendo mérito, la consecuencia esencial de la resolución es la de disolver desde un principio el vínculo, aniquilando su contenido de forma tal que en consonancia con ese sentido de retroactividad propio del mecanismo, desaparezca todo vestigio de las obligaciones correspectivas que integraron dicho contenido, lo que quiere significar en síntesis que “... la resolución es opuesta o contraria al cumplimiento, por lo que mediante su ejercicio la parte que la plantee no habrá de ver realizado el objeto de la prestación, ni directa ni indirectamente. Decretada la resolución del contrato, dicha parte podrá considerarse liberada de la obligación que le incumbe y también podrá recuperar lo que hubiere dado con fundamento en el contrato resuelto, mas nada de esto conduce a darle conformidad a su interés, el cual, en consecuencia, quedará frustrado...” (Casación Civil de 10 de diciembre de 1990, aún no publicada).”

De lo leído se rescata y pasa el Tribunal a reflejar lo probado en el proceso actual de la siguiente manera:

- Tal como sucedió en nuestro caso de estudio, el Sr. Alarcón, como prometiente comprador quiso pagar con instrumentos negociables -cheques- una obligación -la de pagar el precio acordado por el apartamento- que en términos de derecho le antecedió y justificó la emisión

o transferencia; no se trató de la entrega de cheques con fines de garantía. Como se dijo, entonces, la obligación preexistente del Sr. Alarcón, como comprador/deudor, quedaba -en principio- saldada, porque, en los términos del artículo 882 C. Co., "...la entrega (...) valdrá como pago si no se estipula otra cosa...". Las partes no estipularon nada diferente, los títulos buscaron solventar la referida obligación de pago.

- Con los títulos en su poder, el Sr. Ochoa avanzó en el cobro directo de algunos de ellos, así como también aprovechó la naturaleza de los demás que quedaban en su poder y los transfirió a terceros para dar por pagadas obligaciones suyas. Sucedió que, una vez fue imposible el pago voluntario de los cheques en manos de esos nuevos tenedores, estos los devolvieron al Sr. Ochoa y la posición contractual original -la de la promesa- resurgió como consecuencia de la condición resolutoria. Sin embargo, este incumplimiento sucedió después de la fecha establecida por las partes como fecha de perfeccionamiento del contrato prometido, el cual para ese momento -8 de agosto de 2017- tenía, desde el punto de vista jurídico, todas las demás obligaciones cumplidas a satisfacción de las partes.

En los términos de la jurisprudencia, esas promesas u órdenes (cheques) no llegaron a buen fin por motivos ajenos al acreedor, lo que implicó que aquel pago validado con los cheques no se consolidó; pero esto solo sucedió con posterioridad a agosto de 2017 (de hecho parece que solo se concretó el impago en el 2019), por lo que la posición contractual del Sr. Alarcón recobró su configuración liminar luego del 6 de septiembre de 2017, después de la obligación última que requería el mutuo cumplimiento: el otorgamiento de la escritura pública el 8 de agosto de 2017.

- La condición resolutoria a que se refiere el artículo 882 del C. Co., solo se vino a configurar cuando el tenedor de los cheques (la hermana del Sr. Ochoa) no pudo descargarlos para el pago (el 6 de septiembre de 2017). En ese momento, presumiblemente, el Sr. Ochoa debió atender sus compromisos con los terceros a través de otros medios y recibir, a cambio, los cheques del Sr. Alarcón que acababan de ser rechazados, lo que le permitió al Sr. Ochoa allegarlos al presente proceso.
- Si bien los interesados presentaron en tiempo (antes de caducar) los cheques para su pago, el banco los rechazó, por lo que no sirvieron como instrumento efectivo de pago³². El banco

³² Valga la pena mencionar que en el presente proceso no se discutió, excepcionó ni alegó por parte de demandada la prescripción a que se refiere el artículo 882 del Código de Comercio, la de la acción *in rem verso*, del término de un año que prevé la referida norma. En tal sentido, no está el Tribunal facultado para reconocerla y declararla, aunque pueda haber constatado que la misma operó. La razón de ser de que en los asuntos regidos por el derecho privado y, en este caso, por el Código General del Proceso, la prescripción deba ser alegada como una carga procesal, radica en que con el transcurso del tiempo necesario para la prescripción del derecho o de la obligación, surge para el deudor la posibilidad, mas no la obligación, de oponerse al cobro, como una medida pensada en su interés particular, razón por la cual, una vez cumplido el tiempo, quien puede beneficiarse de ella pueda renunciar de manera expresa o tácita a la misma, sin comprometer el interés general (artículo 2514 del Código Civil) y aceptar voluntariamente, por esta vía, la ejecución de la obligación. En otras palabras, la no oposición de la excepción de prescripción en el proceso, constituye un acto dispositivo de renuncia o abandono de la misma, frente a la cual, es necesario concluir que el legislador, al prohibir el reconocimiento oficioso de la prescripción, en las normas demandadas, buscó justamente amparar la autonomía de la voluntad privada, limitada por la posibilidad de que la misma pueda ser alegada por terceros con interés en subrogación del deudor⁶⁴¹. La prescripción extintiva ante la Jurisdicción Ordinaria requiere, para su configuración, la participación de tres sujetos: el acreedor o titular del derecho que no exigió su cumplimiento o

impuso los sellos respectivos destacando la causal “12” como razón de devolución, sobre lo que volveremos más adelante.

- Con todo, la situación de incumplimiento imputable al Sr. Alarcón solo se vino a configurar con posterioridad al 8 de agosto de 2017, lo que le dio pie al prometiente vendedor para adelantar, en el marco de este proceso arbitral, la acción correspondiente al artículo 1546 del Código Civil.
- Todo esto nos pone en antecedente de determinar si operó un mutuo disenso tácito entre los prometientes celebrantes de la compraventa o si el Sr. Ochoa se allanó a cumplir, precisamente, como se explicó acápite atrás con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que dijo que *“en el evento de que las obligaciones asumidas por ambos extremos no sean de ejecución simultánea, sino sucesiva, se ha precisado que, al tenor del artículo 1609 del Código Civil, quien primero incumple automáticamente exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación, porque ésta última carece de exigibilidad en tanto la anterior no fue honrada.”*
- A lo largo de todos esos eventos, no se vislumbró un solo acto positivo de parte del Sr. Ochoa Gómez que condujera a evidenciar su deseo por perfeccionar el contrato de promesa de compraventa, como tampoco se ocupó -ni lo hizo su contraparte- de plantear una eventual nueva fecha para suscribir la escritura, nunca discutieron la celebración de un otrosí en tal sentido.

3.4.3.3 Comportamiento del prometiente vendedor.

Pedro Antonio Ochoa Gómez, el prometiente vendedor, no se allanó a cumplir con su obligación de otorgar la respectiva escritura pública de compraventa por medio de la cual se perfeccionaba el contrato prometido. ¿Es excusable tal incumplimiento como consecuencia del incumplimiento de su contraparte?

Del material probatorio que hace parte del expediente, este Tribunal concluye que el señor Pedro Antonio Ochoa G. no se allanó a cumplir ni cumplió con su obligación de suscribir la escritura pública que perfeccionaba el contrato prometido³³. El día en que debía perfeccionarse el contrato prometido mediante la firma de la escritura pública, el Sr. Ochoa no se acercó a la notaría para cumplir con la suscripción del

ejecución a tiempo, el deudor o sujeto pasivo de la relación jurídica que alegó la ocurrencia de la prescripción como excepción y así se opuso a su realización y el juez que la declaró en la sentencia. La falta de la participación de cualquiera de los tres sujetos, impide la configuración de la prescripción.

Para la Corte Suprema de Justicia: *“(…) la razón de ser para que el juez no le sea permisible declarar de oficio la prescripción, sin embargo de que llegue a encontrarla probada, estriba en que el beneficiado con ella puede renunciarla, incluso tácitamente. Que a esto equivale el abstenerse de alegarla dentro del proceso respectivo”,* sentencia del 13 de octubre de 1993, id. 16069, número del proceso 3617, providencia: S-151, CCXXV, pp. 204.

Artículo 2513 Código Civil: *El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio. La prescripción tanto la adquisitiva como la extintiva, podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción, por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquel renunciado a ella.”*

³³ Así se afirmó en el Hecho 16 de la demanda, y se corroboró en la contestación a ese hecho por parte del apoderado del demandado.

contrato de compraventa prometido por cuanto el 8 de agosto de 2017 no asistió a la Notaría 11 de Bogotá, o por lo menos no hay prueba obrante en el expediente que permita, a este Tribunal, inferir lo contrario.

Cumplir “[s]e trata de una conducta humana que consiste en la ejecución exacta de la prestación debida, cualquiera que sea su naturaleza, esto es, dar, hacer o no hacer e incluso soportar una actividad ajena”⁽⁶⁾

³⁴.

“Se entiende que una obligación está cumplida o agotada cuando el deudor ejecuta exactamente la prestación debida en virtud de una relación obligatoria. Su conducta constituye un acto jurídico convencional autónomo en el que se realiza el deber jurídico —deuda— que pesa sobre él. “Es, así mismo, la manera normal que el deudor tiene de liberarse de la obligación —solución—; y es, finalmente, la manera de satisfacer el derecho y el interés del acreedor”⁽⁷⁾ 35” 36

En el presente asunto, el Tribunal tiene la posición formada de que no se puede excusar el incumplimiento del prometiente vendedor en los pagos tardíos de los cheques del prometiente comprador cuando aquel, a través del recibo consentido de los montos de cada cheque con sus correspondientes intereses de mora, purgó la mora del Sr. Alarcón, dejándolo en condición de cumplimiento pues, por una parte, sobre aquellos cheques cuyos pagos recibió extemporáneamente pero a satisfacción junto con sus intereses de mora, supusieron la referida purga; por la otra, los demás cheques le sirvieron para pagar sus propias obligaciones con terceros y la confirmación del impago solo vino a concretarse un mes después de la fecha acordada para firmar la escritura, es decir, hasta el 6 de septiembre de 2017, cuando los cheques se presentaron ante el banco que los rechazó por cuanto la firma del librador no coincidía con la registrada (Causal “12” de devolución).

Dilucidado el comportamiento de las partes en lo que hace referencia a las principales prestaciones derivadas del contrato de promesa de compraventa y la forma como tal comportamiento se desacompaña del régimen jurídico aplicable, procede este Tribunal a analizar lo pertinente a cada una de las pretensiones y las excepciones invocadas.

3.5 ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

En forma resumida, la parte convocante pretende, en el orden que se presenta a continuación, que este Tribunal declare y condene a la parte convocada, de la siguiente manera:

3.5.1 Que declare este Tribunal que el 21 de febrero de 2017, se suscribió entre las partes de este proceso el contrato de promesa de compraventa respecto de los inmuebles apartamento 101 y garaje 1 que se forman parte del EDIFICIO PÉREZ OCHOA PROPIEDAD HORIZONTAL, ubicado en la Calle 64 I No. 76 A-23 de Bogotá.

³⁴ Rogel Vide, C. Derecho de obligaciones y contratos. Bosch, Barcelona: 1997, p. 41.

³⁵ Díez-Picazo, L. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias. Civitas, t. II, 5.ª ed., Madrid: 1996, p. 472.

³⁶ León Robayo, Édgar Iván. “La configuración del incumplimiento contractual”. Revista Foro Derecho Mercantil N°:10, ene.-mar./2006, págs. 87-125.

En la medida que ello ha sido confirmado, aceptado, reconocido por ambas partes en los hechos de la demanda y en la contestación, así como en los interrogatorios y demás elementos probatorios obrantes en el expediente, el Tribunal habrá de despachar favorablemente la pretensión.

3.5.2 Que el señor German Alarcón Rodríguez incumplió el señalado contrato al no pagar la totalidad del precio de venta, en las fechas y forma convenidas en la Cláusula Sexta del documento suscrito.

El Tribunal analizó profusamente los hechos y pruebas allegadas al proceso y puede concluir que, para la llegada del plazo de cumplimiento de la última y principal obligación, común obligación, el 8 de agosto de 2017, el Sr. Alarcón estaba al día en sus obligaciones de pago de precio de venta, en el marco de lo dispuesto por el artículo 882 del Código de Comercio.

Con posterioridad a esa fecha, cuando ya se concretó el mutuo disenso tácito, se puso en evidencia que el importe del cheque No. 580254 del 5 de agosto de 2017 no fue pagado por la entidad financiera en la oportunidad en que se presentó para su cobro. En efecto, el cheque no se pagó, pero esta realidad solo se vino a concretar con posterioridad al inicio de septiembre de 2017, cuando la tenedora del cheque se lo devolvió al Sr. Ochoa ante la imposibilidad de cobro por parte del banco librado. En ese momento ya había pasado la fecha de perfeccionamiento del contrato prometido por los señores Ochoa y Alarcón.

Por ello, el Tribunal habrá de rechazar la SEGUNDA PRETENSIÓN.

3.5.3 Que en virtud de tal incumplimiento, el demandado, señor German Alarcón Rodríguez, deberá restituir los inmuebles objeto de la promesa de compraventa al demandante, señor Pedro Antonio Ochoa Gómez, en el término de tres (3) días siguientes a la firmeza del laudo arbitral.

Para resolver sobre esta pretensión, el Tribunal vuelve a apoyarse en la jurisprudencia nacional en el sentido de que *“[e]n la hipótesis del incumplimiento recíproco de dichas convenciones, por ser esa una situación no regulada expresamente por la ley, se impone hacer aplicación analógica del referido precepto y de los demás que se ocupan de los casos de incumplimiento contractual, para, con tal base, deducir, que está al alcance de cualquiera de los contratantes, solicitar la resolución o el cumplimiento forzado del respectivo acuerdo de voluntades, pero sin que haya lugar a reclamar y, mucho menos, a reconocer, indemnización de perjuicios, quedando comprendida dentro de esta limitación el cobro de la cláusula penal, puesto que en tal supuesto, de conformidad con el mandato del artículo 1609 del Código Civil, ninguna de las partes del negocio jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, según las voces del artículo 1615 ibidem”*³⁷.

Lo que ha concluido el Tribunal es que existió una evidente falta de voluntad común para buscar perfeccionar el contrato de promesa en las condiciones en que convino, ni antes de la llegada de la fecha prevista para la suscripción de la escritura, ni tiempo después, se pusieron en evidencia pruebas fehacientes de voluntad inequívoca por conservar vigente el contrato de promesa; ni siquiera se avinieron las partes a celebrar otro sí alguno -como si lo hicieron el prometiende vendedor y su hermana en otro negocio del que se aportaron pruebas al presente proceso; y también se evidenció, por ejemplo, en los planteamientos realizados durante las varias audiencias de conciliación en las que sólo se buscó el

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia STC14554-2019 del 24 de octubre de 2019. Rad.: 11001-02-03-000-2019-03081-00. M. P.: Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

reconocimiento de indemnizaciones pero no el cumplimiento de la obligación propia y natural del contrato de promesa de compraventa como era el de perfeccionarlo a través de la firma de la correspondiente escritura pública, a pesar de haberse vencido el plazo acordado desde el 8 de agosto de 2017.

Así las cosas, reitera el Tribunal que, revisado todo el material probatorio, es imperioso llegar a la conclusión de que en el presente caso ocurrió un mutuo disenso tácito. Decisión para la cual toma como propias las palabras de la jurisprudencia -ya citada en este texto- que señala:

“El mutuo disenso tácito no tiene una regulación orgánica en el Código Civil, que permita determinar sus efectos o la forma de llegar al aniquilamiento del negocio jurídico. Tan solo queda abierta la regla general de la disolución del nexo jurídico creado. Empero, ante ese vacío normativo, no se pueden dejar sin solución aquellas situaciones que dan a comprender un abandono recíproco de las prestaciones. El esfuerzo que se haga por darle una aplicación tiene que consultar la realidad jurídica del país y, en particular, la conveniencia del tráfico, porque si se celebra un contrato es para cumplirlo; pero si, en el evento del comportamiento posterior de los contratantes se da a entender lo contrario, no puede quedar estancado sino que requiere la intervención del Juez, a falta de una fórmula especial.”³⁸

Ante la situación de hecho comprendida por el Tribunal y en la medida que “no se pueden dejar sin solución aquellas situaciones que dan a comprender un abandono recíproco de las prestaciones”, acude el Tribunal a la facultad oficiosa reconocida expresamente por la ley para declarar, producto, se repite, del ejercicio analítico de todas y cada una de las pruebas, la presencia del mutuo disenso tácito que lleva a la resolución del vínculo contractual entre las partes del presente litigio.

El Tribunal manifiesta que la declaratoria de dicha situación no atenta contra el principio de congruencia exigido en las providencias judiciales³⁹, establecido legalmente en los artículos 281 y 282 del Código General del Proceso⁴⁰; adicionalmente a las consagraciones jurisprudenciales ya relacionadas que imponen al juez la obligación de declarar lo que encuentre debidamente probado en el proceso.

Esto no es más que el desarrollo práctico y tangible del principio constitucional contenido en el artículo 228 de la Carta Magna, que de la mano del precepto del artículo 29 del mismo ordenamiento consagra

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de julio de 1985. M.P.: José Alejandro Bonivento Fernández:

³⁹ Consejo de Estado. Sentencia 12 de agosto de 2004. Expediente 21177. Rad.: 200123310001999072701. Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra

⁴⁰ Artículo 281. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual versee el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio. (...).

Artículo 282. Resolución sobre excepciones. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda. (...). (Negrillas fuera de texto)

cómo, frente a la presencia de situaciones que consoliden situaciones propias del derecho sustancial, ellas deben prevalecer sobre las formas, respetando, de todas maneras, los principios orientadores del concepto del 'Debido Proceso'.⁴¹

El Maestro Hernando Morales Molina advirtió que puede suceder que en el curso del proceso se acredite un hecho constitutivo de una excepción de fondo, o que el hecho aparezca demostrado en cualquier forma, sin que se haya propuesto como excepción en la contestación de la demanda, casos en los que el juez deberá declararlo probado en la sentencia, exclusión expresa hecha de lo que concierne con la prescripción, la compensación y la nulidad relativa en las que la ocurrencia de sus hechos y la solicitud de su declaratoria, deben ser alegadas expresamente,⁴² resaltándose entonces cómo el concepto de 'excepción' va dirigido a la existencia de hechos y/o circunstancias que permitan desvirtuar los fundamentos y soportes de una pretensión judicial, independientemente del origen y autoría de su aparición en el expediente en estudio.

Sobre este punto de acuerdo con la jurisprudencia, "[l]a lectura de las normas citadas [arts. 305-306 C.de.P.C.] permite (...) concluir que el principio general de congruencia faculta al juez para declarar excepciones en los siguientes eventos:

“• Cuando el demandado las alega, en aquellos eventos en que así lo exige la ley.

“• Y de oficio, cuando encuentre que los hechos, en que se fundan las mismas, están probados.

“Se observa que el enunciado es expreso respecto del poder oficioso del juez para la declaratoria oficiosa de excepciones, enunciación que también es expresa respecto de los casos en que la ley exija que las excepciones tengan que ser alegadas, para ser declaradas. (...)

“• El poder oficioso del juez para el reconocimiento y declaratoria de excepciones, es la regla general para todo tipo de proceso, ya que es un enunciado expreso de los artículos 305, 306 del Código de Procedimiento Civil y 164 Código Contencioso Administrativo.

“• La excepción a este poder oficioso es prevista por la propia norma general, sometiendo su ocurrencia a reserva legal.

“Los razonamientos expuestos permiten concluir que la excepción al poder oficioso para el reconocimiento de hechos exceptivos, debe ser establecida y limitada expresamente por el legislador, pues la excepción a dicha regla quedó sometida a reserva legal. Por lo anterior, la

⁴¹ Artículo 29. C.N.- El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (...)

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Artículo 228 C.N.-. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo. (subrayas fuera)

“Por consiguiente, aun cuando los jueces gozan de libertad para valorar el material probatorio con sujeción a la sana crítica, no pueden llegar al extremo de desconocer la justicia material, bajo la suposición de un exceso ritual probatorio contrario a la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P). Por ello, es su deber dar por probado un hecho o circunstancia cuando de dicho material emerge clara y objetivamente su existencia. Sentencia T-974 de 2003

⁴² Hernando Morales Molina, Curso de Derecho Procesal, 8ª Edición, Ed. ABC, Bogotá.

*excepción a la regla general no puede provenir de una interpretación restrictiva y equivocada, sobre el alcance de los poderes oficiosos del juez”.*⁴³

De esta forma pues, fundamentados en las normas sustanciales, procesales y la jurisprudencia, el Tribunal habrá de pronunciarse en el acápite resolutivo, declarando que en el presente asunto ha operado el mutuo disenso tácito para dar por resuelto el vínculo contractual que surgió el 21 de febrero de 2017 entre Pedro Antonio Ochoa Gómez y Germán Alarcón Rodríguez bajo la denominación de contrato de promesa de compraventa, cuyo objeto recayó sobre el apartamento 101 y su garaje, que hacen parte del Edificio Perez Ochoa - Propiedad Horizontal, ubicados en la Calle 64 I # 76 A 23 de Bogotá.

Consecuencia de esta declaración será la de ordenar entonces la restitución recíproca de todas las prestaciones que se hayan ejecutado en el marco del contrato de promesa de compraventa que se celebró el 21 de febrero de 2017, con el fin de devolver las cosas al *statu quo ante*, de forma que se dispondrá la devolución por parte del prometiende vendedor al prometiende comprador, debidamente actualizados a sus valores presentes conforme su real valor adquisitivo, esto es indexados, así:

- (i) los dineros recibidos como pago del precio del contrato que se resuelve, es decir los CIENTO SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$175.000.000) menos el valor correspondiente al último cheque entregado pero no pagado (#580254 del Banco de Occidente, original que reposa en el expediente) que asciende a VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$25.000.000);
- (ii) además, los dos pagos probados que recibió el Sr. Pedro Antonio Ochoa Gómez de parte del Sr. Germán Alarcón Rodríguez por concepto de intereses de mora expresamente relacionados y reconocidos por el Sr. Ochoa que tuvieron relación con la venta de los inmuebles, que ascendieron a CUATRO MILLONES DE PESOS (\$4.000.000), recibido el 29 de septiembre de 2017⁴⁴; y CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$4.500.000), recibido el 22 de enero de 2018⁴⁵.

es decir, se le restituirá al Sr. GERMÁN ALARCÓN RODRÍGUEZ la suma CIENTO CINCUENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$158.500.000), indexada, calculando tales montos desde la fecha de su efectivo recibo, esto es, el 21 de febrero de 2017 para los que correspondieron a pago del precio; 29 de septiembre de 2017, para los \$4.000.000 y, para los \$4.500.000, desde el 22 de enero de 2018, todos hasta la fecha de la presente providencia, pues, conforme se estableció en las pruebas y las consideraciones legales, dichos cheques y demás pagos supusieron pago efectivo en favor del vendedor desde su entrega⁴⁶. La restitución de estos dineros deberá suceder en el mismo momento es que se realice la efectiva restitución de los bienes inmuebles que habían sido prometidos en venta y que le fueron entregados, por el Sr. Pedro Antonio Ochoa Gómez al Sr. Germán Alarcón Rodríguez, conforme se ordena en la parte

⁴³ Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, 6 de julio de 2010. M. P.: Nahún Mirawal Muñoz Muñoz. Expediente 2009 00167 01

⁴⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 152, reverso. Firma manuscrita del Sr. Ochoa Gómez.

⁴⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 154, reverso. Firma manuscrita del Sr. Ochoa Gómez.

⁴⁶ De conformidad con lo establecido en los artículos 717 y 882 del Código de Comercio, se tenderá como fecha para la indexación, la fecha de entrega de los cheques, en consideración a su condición de ser pagaderos a la vista y al servir de instrumento de pago conforme se expresa en este Laudo. Quedó probado que el prometiende vendedor recibió los cheques con la firma de la promesa y dispuso de ellos para atender compromisos frente a terceros conforme se observa en el otrosí del contrato de promesa de compraventa de derechos herenciales obrante a folio 178 del Cuaderno de Pruebas No. 1

resolutiva, que dispondrá que las restituciones mutuas se hagan a más tardar dentro de los treinta (30) días calendario de que quede en firme este laudo.

Los inmuebles que están en poder del Sr. Alarcón Rodríguez, deberán entregarse en buenas condiciones de habitabilidad, con las mejoras necesarias y locativas realizadas hasta el momento, sin daños o destrozos; así como las mejoras útiles que no fueron autorizadas por el propietario. Cualquier retiro de materiales que pretenda hacer el Sr. Alarcón Rodríguez no podrá causar ningún tipo de daño al inmueble. El inmueble se debe entregar a paz y salvo por todo concepto, al día en sus cuentas de gastos ordinarios como servicios públicos causados hasta la restitución, libre de ocupantes y bienes muebles.

En relación con la indexación, se atenderá el concepto adoptado por la Corte Constitucional como el *“sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre sí, suelen ser: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc.”*,⁴⁷ concordado con lo igualmente dicho por la misma institución judicial respecto de las facultades del Banco de la República en Sentencia publicada en la Gaceta Constitucional N° 73, mayo 14 de 1991, cuando estableció que la inflación controlada será el sistema que adopte el citado Emisor para velar por mantener el valor adquisitivo de la moneda colombiana⁴⁸, de forma que éste –el índice de la inflación- será el parámetro aplicable para la finalidad del pronunciamiento a realizarse por el Tribunal en este aspecto.

Así las cosas, para calcular la corrección monetaria anunciada, se tendrán en cuenta los índices oficiales de inflación (IPC) aplicados sobre las sumas entregadas por Germán Alarcón Rodríguez al señor Pedro Antonio Ochoa Gómez como parte del precio, pues serán estas sumas, debidamente indexadas, las que el Sr. Ochoa Gómez deberá devolver al Sr. Alarcón Rodríguez y, por tanto, así se hará constar en la parte resolutiva de este laudo.

- Corrección Monetaria

A efectos de realizar la liquidación en concreto de la cantidad a restituir en virtud de este Laudo, se hará el ajuste de las sumas pagadas por la convocada teniendo en cuenta cada uno de los pagos realizados actualizándolos a la fecha del presente laudo, aplicándole el Índice de Precios al Consumidor (IPC) serie de empalme, de acuerdo con la siguiente fórmula:

Valor Actual es = Valor histórico (inicial) x IPC final (fecha del laudo)

⁴⁷ Referencia: expedientes T- 3.496.735 y T-3.578.059 | M.P. Jorge Pretel Chalhub

⁴⁸ "por voluntad del constituyente corresponde al Banco de la República el mantenimiento de la capacidad adquisitiva del peso colombiano, para lo cual se le dota a la Junta Directiva, como autoridad monetaria, crediticia y cambiaria, de autonomía funcional y técnica, para que, sin sujeción a la intervención del Presidente de la República, pero de acuerdo con la ley y en coordinación con los demás organismos del Estado, adopte las decisiones necesarias para controlar la inflación, es decir, para que tome las medidas que 'influyan sobre la cantidad, costo y disponibilidad del dinero y del crédito para todas las unidades económicas, públicas o privadas, con el propósito de mantener la cantidad de dinero en circulación de manera estable', sin que ello signifique que: 'las decisiones del banco central' tengan que obedecer a 'las autoridades gubernamentales, aunque deberán coordinarse con ellas' (negrillas fuera de texto)

IPC inicial (fecha de cada abono)

EL IPC utilizado en este cálculo fue tomado de las tablas del IPC reportadas por el DANE, como información estadística para Colombia, índice de precios al consumidor (IPC), variaciones porcentuales, 1998-2020, publicadas en su página web: <http://www.dane.gov.co>, y se enmarcan dentro del medio de prueba conocido como “hecho notorio”, el cual no requiere de prueba.

De acuerdo con las breves consideraciones expuestas, se ha procedido a indexar las sumas correspondientes como se muestra en la siguiente tabla:

FECHA DE PAGO	VALOR	PERIODO DE AJUSTE		IPC INICIAL	IPC FINAL	VALOR AJUSTADO
21 de febrero de 2017	\$ 44.000.000	21 de febrero de 2017	3 de julio de 2020	95,01	105,36	\$ 48.793.180
21 de febrero de 2017	\$ 31.000.000	21 de febrero de 2017	3 de julio de 2020	95,01	105,36	\$ 34.377.013
21 de febrero de 2017	\$ 25.000.000	21 de febrero de 2017	3 de julio de 2020	95,01	105,36	\$ 27.723.398
21 de febrero de 2017	\$ 25.000.000	21 de febrero de 2017	3 de julio de 2020	95,01	105,36	\$ 27.723.398
21 de febrero de 2017	\$ 25.000.000	21 de febrero de 2017	3 de julio de 2020	95,01	105,36	\$ 27.723.398
29 de septiembre de 2017	\$ 4.000.000	29 de septiembre de 2017	3 de julio de 2020	96,26	105,36	\$ 4.378.143
22 de enero de 2018	\$ 4.500.000	22 de enero de 2018	3 de julio de 2020	97,53	105,36	\$ 4.861.273
TOTALES	\$ 158.500.000					\$ 175.579.801

De esta manera, la PRETENSIÓN TERCERA, habrá de rechazarse en la forma en que fue solicitada, y se deberá proceder a las restituciones mutuas en los términos y con base en las consideraciones aquí establecidas.

3.5.4 Que el señor Germán Alarcón Rodríguez debería pagar, en favor del demandante, DIECISIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$17.500.000) M/CTE, como cláusula penal -tal como fue convenido en la Cláusula Novena del contrato suscrito.

Al respecto, vuelve este Tribunal sobre los fallos de la Corte Suprema de Justicia que han expresado que en eventos de mutuo disenso tácito no hay lugar a indemnización de perjuicios ni reconocimientos de cláusula penal alguna a través de la cual las partes tasaron en forma anticipada los perjuicios que podrían presentarse.

De esta manera, la PRETENSIÓN CUARTA habrá de rechazarse.

3.5.5 Que el demandado habría de pagar en favor del demandante, DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000) m/cte., por concepto de sanción del VEINTE POR CIENTO (20%) sobre el valor del importe, de conformidad con el artículo 731 del Código de Comercio, al haberse girado los cheques No. 580253 y No. 580254 ambos del Banco de Occidente, “sin fondos y haber sido devueltos por esa causal”.

La Corte Constitucional dijo que *“El artículo 731 del Código establece que la sanción del 20% del importe del cheque procede cuando éste ha sido presentado en tiempo y no pagado por culpa del librador. La norma exige, pues, la concurrencia de dos requisitos (i) el cumplimiento del deber del beneficiario de presentar el cheque oportunamente, y, (ii) el incumplimiento del deber de cuidado del librador, es decir, que el cheque no se haya podido pagar por su culpa, como ocurre, por ejemplo, cuando en la cuenta corriente no existe una provisión de fondos suficiente para que el banco librado cubra el valor del cheque girado”*⁴⁹.

Así, cuando se presentan estos dos requisitos, la norma prevé una consecuencia que opera por ministerio de la ley, no por la sola decisión unilateral del beneficiario. Dicha consecuencia es la sanción consistente en abonarle al tenedor el 20% del importe del cheque.

La Superintendencia Financia añadió que *“Corre por cuenta del tenedor demostrar la culpa del girador porque ella no se presume. Algunas causas serán objetivas, como el rechazo por falta de fondos o contraorden del girador o algunas de las hipótesis de devolución, puesto que el banco al rechazar debe indicar la causal y la fecha, bajo su firma. Pero le queda al girador demostrar que esa culpa no le es imputable: huelga bancaria, intervención del banco por el gobierno, pacto de non petendo, etc.”*.

En el presente asunto, la causal de devolución anotada por el banco fue la No. 12, que no corresponde a la de ausencia o insuficiencia de fondo, que es la 2, sino a la de “Firma no registrada”, la cual, evidentemente, corresponde a una hipótesis de responsabilidad exclusiva del librador o girador, en este caso de la esposa del Sr. Alarcón Rodríguez, como lo expresó en el interrogatorio rendido en este proceso y que fue referido en este mismo texto.

No obstante, de una lectura atenta del artículo 731 del Código de Comercio⁵⁰, encuentra el Tribunal que la sanción ahí instituida opera respecto al librador (girador) del cheque, que en este caso conforme el dicho de las partes, no fue el convocado sino una tercera persona, de quien se dijo ser su esposa. En consecuencia, la sanción pretendida no resulta aplicable al convocado al no haber sido este el girador o librador del cheque y al no haberse vinculado al proceso a la libradora.

De esta manera, la PRETENSIÓN QUINTA habrá de rechazarse.

3.5.6 Que, conforme subsanación de la demanda, se condene al demandado a pagar, en favor del actor, tanto los frutos civiles como naturales por un valor superior a los \$32 millones de pesos.

Al efecto, el Tribunal vuelve sobre las sentencias que impiden considerar la indemnización de perjuicios en favor de alguna de las partes cuando ha operado un mutuo disenso tácito.

Por esa razón la PRETENSIÓN SEXTA habrá de rechazarse.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-451/02 del 12 de junio de 2002. Referencia: expediente D-3797. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁰ Artículo 731. Sanción al librador de un cheque no pagado por su culpa. El librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado por su culpa abonará al tenedor, como sanción, el 20% del importe del cheque, sin perjuicio de que dicho tenedor persiga por las vías comunes la indemnización de los daños que le ocasione.

3.5.7 Que se condene al demandado a pagar, en favor del actor, los daños materiales, en modalidad de daño emergente, en virtud de los gastos en que ha tenido que incurrir, con ocasión del incumplimiento del contrato.

Respecto de esta pretensión, la misma habrá de rechazarse en la forma en que fue solicitada, por las mismas razones que acaban de expresarse respecto de la pretensión sexta.

3.5.8 Que las sumas de dinero solicitadas en los numerales cuarto, quinto y sexto de este acápite, sean debidamente indexadas y/o actualizadas, hasta cuando se cancele la totalidad de la condena.

Respecto de esta pretensión, la misma habrá de rechazarse en la forma en que fue solicitada, dado que no han prosperado las pretensiones cuarta, quinta ni sexta.

3.5.9 Que se condene a la accionada a pagar intereses corrientes, de mora y/o legales, aplicable sobre las sumas dinerarias reclamadas y a la tasa que fije la Superfinanciera o entidad facultada para ese efecto.

Como se acaba de expresar en el pronunciamiento a la pretensión octava, el Tribunal encuentra improcedente la condena como fue pedida.

Por lo demás, la aplicación conjunta de la indexación y los intereses moratorios, tal como se ha establecido pacíficamente en la jurisprudencia, el reconocimiento simultáneo de intereses moratorios e indexación es incompatible, principalmente, por que el concepto de interés moratorio incluye la indexación. Al respecto, el Consejo de Estado ha establecido:

“f) En lo relativo a los factores de cálculo de la tasa del interés comercial, sea remuneratorio (“bancario corriente”), sea moratorio (“una y media veces del bancario corriente”), en el estado actual, las fórmulas metodológicas contienen el costo puro del dinero, el riesgo de la operación y la depreciación monetaria o inflación, por lo cual, el interés remuneratorio comercial sirve al designio simultáneo de retribuir el capital debido a título de préstamo o precio de un bien o servicio, el riesgo de la operación y la desvalorización de la moneda y, el interés moratorio comercial, al propósito convergente de sancionar la mora del deudor, reparar los perjuicios derivados de ésta y mantener el poder adquisitivo del dinero, esto es, “incluye por principio el resarcimiento inherente a la pérdida del poder adquisitivo del dinero” (cas. civ. 30 de mayo de 1996, CCXL, n. 2479, primer semestre 1996, 707; 19 de noviembre de 2001), por lo cual, no obstante la absoluta y elemental distinción entre los intereses y la corrección monetaria –que tampoco es del caso examinar en el sub lite y que de ninguna manera constituye daño, perjuicio resarcible, daño emergente, lucro cesante, ni se asimila siquiera por aproximación a estos conceptos, a la mora o a los intereses remuneratorios o moratorios y en rigor se sustenta en la simetría, equilibrio, paridad y plenitud prestacional - “(...) cuando el pago, a manera de segmento cuantitativo, involucra el reconocimiento de intereses legales comerciales, no pueden los jueces, con prescindencia de toda consideración especial, ordenar igualmente el ajuste monetario de la suma adeudada, específicamente cuando los réditos que el deudor debe reconocer son de naturaleza comercial, puesto que, sean ellos remuneratorios o moratorios, el interés bancario corriente que sirve de base para su cuantificación (...), ya comprende, per se, la aludida corrección” (cas. civ. 19 noviembre 2001, Exp. 6094), o sea, la tasa de interés nominal comprende el costo del dinero, el riesgo de la operación y el índice de depreciación monetaria o inflación, esto es, no pueden acumularse en cuanto el cálculo de la tasa la contiene y no porque de suyo sean incompatibles, a

diferencia de la tasa de interés real o interés puro, técnico o compensatorio del costo, precio o uso del dinero como el interés legal civil (C.C., art. 1617, num. 1º, inc. 2º, art. 2232, inc. 2º), que al no contener en su fórmula de cálculo la depreciación monetaria es acumulable con ésta, o sea, “nada obsta para que se disponga que el pago se realice incluyendo, además de dichos réditos, la corrección monetaria, pues en este evento la tasa en cuestión únicamente refleja el precio adeudado por el uso del dinero, sin miramiento a su poder adquisitivo”⁵¹.

Se debe tener en cuenta igualmente, que al no haber prosperado pretensiones relativas al reconocimiento y pago de sumas de dinero a favor de la parte convocante, no hay lugar a la prosperidad de esta pretensión.

De esta manera, la PRETENSIÓN NOVENA habrá de rechazarse.

3.5.10 Que se condene al demandado a pagar los gastos y costas causados con ocasión del plenario, incluidas las agencias en derecho.

En razón de todas las consideraciones contenidas en este documento que expresan la posición de este Tribunal de Arbitramento, procede el análisis en relación con la condena en costas, para lo cual se tienen en cuenta las siguientes apreciaciones:

La voluntariedad con la cual las partes, de mutuo acuerdo, celebraron el pacto arbitral con el objeto de extraer sus diferencias del conocimiento de la justicia ordinaria, a sabiendas de sus costos y conscientes de sus beneficios.

La regla general, prevista en el artículo 365, 1 del C.G.P., (art. 19 de la Ley 1395 de 2012), dispone que se condenará en costas a la parte vencida, así:

“condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”.

Las costas que se decreten estarán constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como *“los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso”*.⁵²

Para la determinación de las costas, el Tribunal tendrá en cuenta que los gastos y honorarios de este Tribunal de Arbitramento fueron pagados en su totalidad por la parte convocante. En efecto, se tendrá en consideración la decisión de las Convocadas de no pagar la proporción que les correspondía, lo que, además, da lugar a aplicar lo dispuesto por los incisos 2º y 3º del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012 y su párrafo, que dispone:

“Si una de las partes consigna lo que le corresponde y la otra no, aquella podrá hacerlo por esta dentro de los cinco (5) días siguientes. Si no se produjere el reembolso, la acreedora podrá

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, Sentencia del 14 de abril de 2010, Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214)

⁵² Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

demandar su pago por la vía ejecutiva ante la justicia ordinaria. Para tal efecto le bastará presentar la correspondiente certificación expedida por el presidente del tribunal con la firma del secretario. En la ejecución no se podrá alegar excepción diferente a la de pago. La certificación solamente podrá ser expedida cuando haya cobrado firmeza la providencia mediante la cual el tribunal se declare competente.

“De no mediar ejecución, las expensas pendientes de reembolso se tendrán en cuenta en el laudo para lo que hubiere lugar. A cargo de la parte incumplida, se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada, desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que cancele la totalidad de las sumas debidas.

“(…)

“PARÁGRAFO. Cuando una parte se encuentre integrada por varios sujetos, no se podrá fraccionar el pago de los honorarios y gastos del tribunal y habrá solidaridad entre sus integrantes respecto de la totalidad del pago que a dicha parte corresponda.”

Por eso, en aplicación del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, se establecen los intereses de mora a la máxima tasa, de la siguiente manera:

Por eso, en aplicación del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, se establecen los intereses de mora a la máxima tasa, de la siguiente manera:

FECHA DE VENCIMIENTO	CAPITAL PESOS	NÚMERO DÍAS	MORA FLUCTUANTE SUPERFINANCIERA	VALOR INTERESES
17-dic-19	\$ 8.058.273,00		28,37%	\$ 0,00
17-ene-20		31	28,16%	\$ 171.608,06
17-feb-20		31	28,59%	\$ 173.949,65
17-mar-20		29	28,43%	\$ 161.801,46
17-abr-20		31	28,04%	\$ 170.953,30
17-may-20		30	27,29%	\$ 161.412,58
17-jun-20		31	27,18%	\$ 166.244,41
3-jul-20		16	27,18%	\$ 85.379,62
	\$ 8.058.273,00			\$ 1.091.350

Para efectos de la liquidación de las costas y agencias, el artículo 366 del C.G.P. indica en lo pertinente:

“Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

“(…)

“3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

“Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

“4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas (...).”

La Parte Convocante allegó al expediente, folio 091, con la demanda, constancia del valor de los honorarios reconocidos y pagados al perito “La Experticia Profesional” por un valor total de OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL PESOS (\$828.000) M/CTE. Por ello, con base en las reglas legales que acaban de citarse, no se incluirá dentro de las costas del presente proceso a cargo de la parte convocada, toda vez que si bien fue conveniente para la preparación de la demanda, lo cierto es que el trabajo del perito resultó inane.

La Corte Constitucional, frente al tema de la imposición de costas, ha manifestado lo siguiente:

“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra”⁵³.

En adición, en el presente caso encuentra el Tribunal que casi la totalidad de las pretensiones de la demanda no prosperaron, por lo cual no estima procedente condenar a la parte convocada al pago en favor de la parte convocada, por tal concepto. Pero sí es procedente la condena en favor de la convocada a título de agencias en derecho, a cargo de la parte convocante, a la mitad de la suma de los honorarios de un árbitro, es decir, a TRES MILLONES CUATROCIENTOS DIECISIETE MIL CIENTO OCHENTA Y SIETE PESOS (\$3.417.187).

⁵³ Corte Constitucional Sentencia C-157/13, marzo 21 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

Todo lo expresado anteriormente no es más que el desarrollo práctico y tangible del principio constitucional contenido en el artículo 228 de la Constitución Política, que de la mano del precepto del artículo 29 del mismo ordenamiento consagra cómo, frente a la presencia de situaciones que consoliden situaciones propias del derecho sustancial, ellas deben prevalecer sobre las formas, respetando, de todas maneras, los principios orientadores del concepto del ‘Debido Proceso’.

En este orden de ideas se impondrán las siguientes condenas por costas y agencias en derecho:

- a. A favor de la parte convocante, al pago de costas causados hasta la fecha de emisión del presente laudo, de conformidad con la siguiente liquidación:

CONCEPTO	VALOR
50% de los honorarios del árbitro, secretario, gastos de funcionamiento de la Cámara de Comercio y gastos del proceso no pagados por la Parte Convocada.	\$8.058.273
Intereses de mora a la tasa más alta autorizada, desde el 17 de diciembre de 2019, fecha del vencimiento del plazo para consignar los honorarios asignados a cada parte y hasta el 3 de julio de 2020, sobre la suma de \$ 8.058.273, correspondiente al valor pagado por la Parte Convocante al asumir el pago de los honorarios asignados a la Parte Convocada.	\$ 1.091.350
TOTAL DE COSTAS Y AGENCIAS A CARGO DE LAS CONVOCADAS:	\$9.149.623

El valor de la condena en costas a cargo de la Parte Convocada asciende a la suma de **NUEVE MILLONES CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS VEINTITRÉS PESOS M/CTE. (\$9.149.623)**, y así habrá de ser resuelto por este Tribunal.

- b. A favor de la parte convocada, al pago de agencias en derecho, de conformidad con la siguiente liquidación:

CONCEPTO	VALOR
Agencias en derecho: 50% del monto reconocido al árbitro.	\$3.417.187

El valor de la condena en agencias en derecho a cargo de la Parte Convocante asciende a la suma de **TRES MILLONES CUATROCIENTOS DIECISIETE MIL CIENTO OCHENTA Y SIETE PESOS M/CTE. (\$3.417.187)**, y así habrá de ser resuelto por este Tribunal.

CAPÍTULO CUARTO: CONCLUSIONES SOBRE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

El Tribunal analiza y decide las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada, siguiendo el orden de su planteamiento, así:

4.1. Falta de legitimad en la causa por activa

La acción impetrada por el señor Pedro Antonio Ochoa Gómez no es la acción cambiaria, propia de los títulos valores, es la resolutoria incorporada a la legislación civil en el artículo 1546, con fines de disolución definitiva del vínculo contractual existente como consecuencia de la promesa de compraventa celebrada el 21 de febrero de 2017 con el señor Germán Alarcón Rodríguez. En ese sentido, como interpretó haberse

allanado a cumplir o, aún en el caso estudiado del mutuo disenso tácito, la jurisprudencia ha reconocido la legitimidad para adelantar la referida acción en contra del cocontratante incumplido.

En adición, como se señaló antes en este Laudo, “preciso es no perder de vista que siendo los títulos valores documentos destinados de ordinario a circular, los de contenido crediticio que se entregan en función solutoria pueden por ello ser objeto de sucesivos endosos en propiedad, endosos que como se sabe no son portadores del negocio primitivo por cuya virtud el título fue emitido o negociado sino que simple y llanamente son vehículos de transferencia autónoma de los créditos literales en ellos incorporados y separados por lo tanto de dicho negocio”⁵⁴, es en este sentido, que el acreedor inicial, conserva su derecho a perseguir el cumplimiento de las prestaciones del negocio causal, cuando por cualquier causa el título no sea pagado o descargado, debiendo en este caso devolver el instrumento o prestar caución sustitutiva, a satisfacción del juez, de reparar los eventuales daños que para el deudor pueda representar el no hacerlo en oportunidad.

La condición antes señalada se encuentra acreditada en el presente caso, como quiera que la parte convocante junto con la demanda, aportó y puso a disposición del Tribunal los títulos valores originales.

Considera igualmente relevante el Tribunal, recordar las consecuencias del no pago de los títulos para frente a la extinción de la obligación inicial o primitiva:

“(…) el acreedor asume la obligación de hacer lo conducente para obtener la realización corriente del título por él recibido, de procurar de buena fe su “buen fin”, de suerte que si esto tiene lugar y el desplazamiento patrimonial previsto en un comienzo se consuma, el pago adquiere plena firmeza y se extingue la acreencia original por virtud de haberse hecho efectiva la incorporada en el instrumento, mientras que si las cosas no suceden así y este es rechazado por los suscriptores responsables de honrarlo o no es descargado de cualquiera otra manera susceptible de desinteresar definitivamente al acreedor, la eficacia predicable de aquello que por mandato de la ley se tuvo por “pago bajo condición resolutoria” desaparece, cesa por añadidura la situación de suspensión existente respecto de las acciones emergentes de la relación primitiva y, con todas las consecuencias que eso supone, el deudor queda colocado en posición de incumplimiento”⁵⁵

Acreditado como quedó, que algunos de los cheques no fueron descargados, se configuró una situación de incumplimiento imputable al convocado, prometiente comprador, lo que abre paso a las actuaciones de este Tribunal, con la salvedad de que esa situación de incumplimiento o resolutoria del pago, operó luego de configurado el mutuo disenso tácito como ya se expresó.

Finalmente, siendo las partes convocante y convocada, los directos intervinientes en el contrato que contiene el pacto arbitral con base en el cual se convocó e integró el presente Tribunal, no se encuentran razones para considerar ausencia de legitimación en la causa por activa.

Por las razones expuestas, el Tribunal declarará como no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia 2528 de 30 de julio de 1992. M. P. Jaramillo Schloss, Carlos Esteban. Revista Jurisprudencia y Doctrina N°:249 de septiembre de 1992, PÁG.781

⁵⁵ *Ibidem*.

4.2. Novación

Las consideraciones jurídicas precedentes en este Laudo sirven para declarar no probada la excepción de novación. Como se ha precisado, el fallido endoso posterior de los títulos valores, no solo no resta legitimación en la causa por activa al demandante, sino que retrotrae los efectos del pretendido pago al operar la condición resolutoria establecida en el artículo 882 del Código de Comercio y, como efecto de esta resolución del pago, las cosas vuelven a su estado anterior pudiendo el acreedor perseguir el pago de la obligación originaria o fundamental, o su resolución, sin perjuicio del desistimiento tácito que operó en este caso.

A gracia de discusión, aceptar, como lo pretende la parte convocada, que el negocio primigenio (contrato de promesa de compraventa) fue reemplazado por un contrato de mutuo frente a un tercero, conllevaría también necesariamente a considerar las consecuencias de esta alegada novación frente al inmueble que fue entregado en virtud del contrato novado, y si el mismo debería continuar o no bajo la tenencia del convocado; sin embargo, no encuentra probado el Tribunal intención alguna de las partes en este sentido y, en consecuencia, no encuentra configurada la excepción de novación.

Para ahondar en razones, los presupuestos fácticos bajo los cuales la parte convocada indica se configuró la novación, no se enmarcan en las previsiones del artículo 1690 del Código Civil, conforme se explica a continuación:

Señala el artículo 1690 del Código Civil, que la novación puede efectuarse de tres modos:

“1o.) Sustituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor”.

En presente caso no opera esta causal, como quiera que la alegada novación se predica frente a una obligación que el convocado alega haber adquirido frente a una tercera persona, por lo que se incumpliría con el requisito de no intervención de un nuevo acreedor.

“2o.) Contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor”.

En igual sentido, no encuentra el Tribunal acreditada la ocurrencia de esta causal, dado que no se probó por parte del convocado que, con ocasión del alegado contrato de mutuo, el acreedor le haya declarado libre de la obligación primitiva.

“3o.) Sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre”.

Tampoco ha ocurrido en el presente caso esta figura, como quiera que la parte deudora en el presenta caso no ha sido sustituida.

Por las razones expuestas, el Tribunal declarará como no probada la excepción de novación.

CAPÍTULO QUINTO: RAZONAMIENTOS FINALES.

La actuación judicial es garantista. El juez en su labor tiene un papel protagónico derivado de los principios y valores constitucionales que implican que la actuación procesal que dirige se enmarque dentro de los más estrictos postulados, orientados a conducir a la verdad real, al convencimiento sobre los hechos, a asegurar la prevalencia de los derechos fundamentales y a la pronta y cumplida administración de justicia.

Por ello, para este Tribunal, todo Juzgador debe analizar sus decisiones a la luz de aquellos postulados y de las premisas axiológicas del Estado Social de Derecho que son el marco obligatorio de su actuación.

El trasegar jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional sobre la materia puede resumirse en la siguiente cita:

“7. La evolución de la jurisprudencia condujo a que, desde la sentencia T-231 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) se determinara cuáles defectos podían conducir a que una sentencia fuera calificada como una vía de hecho. En la providencia se indicaron los casos excepcionales en que procede la acción de tutela, indicando que se configura una vía de hecho cuando se presenta, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos protuberantes: (1) defecto sustantivo, que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable; (2) defecto fáctico, que ocurre cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (3) defecto orgánico, se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; y, (4) defecto procedimental que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

Esta doctrina constitucional ha sido precisada y reiterada en varias sentencias de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las sentencias SU-1184 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) y SU-159 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Ahora bien, en los últimos años se ha venido presentando una evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de las situaciones que hacen viable la acción de tutela contra providencias judiciales. Este desarrollo ha conducido a la conclusión de que las sentencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela por causa de otros defectos adicionales, y de que, dado que esos nuevos defectos no implican que la sentencia sea necesariamente una “violación flagrante y grosera de la Constitución”, es más adecuado utilizar el concepto de “causales genéricas de procedibilidad de la acción” que el de “vía de hecho.” En la sentencia T-774 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) se describe la evolución presentada de la siguiente manera:

“(…) la Sala considera pertinente señalar que el concepto de vía de hecho, en el cual se funda la presente acción de tutela, ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional. La Corte ha decantado los conceptos de capricho y arbitrariedad judicial, en los que originalmente se fundaba la noción de vía de hecho. Actualmente no ‘(…) sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho)

y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad). Debe advertirse que esta corporación ha señalado que toda actuación estatal, máxime cuando existen amplias facultades discrecionales (a lo que de alguna manera se puede asimilar la libertad hermenéutica del juez), ha de ceñirse a lo razonable. Lo razonable está condicionado, en primera medida, por el respeto a la Constitución.^{56[4]} En este caso (T-1031 de 2001) la Corte decidió que la acción de tutela procede contra una providencia judicial que omite, sin razón alguna, los precedentes aplicables al caso o cuando ‘su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados.’

“Este avance jurisprudencial ha llevado a la Corte a reemplazar ‘(...) el uso conceptual de la expresión vía de hecho por la de causales genéricas de procedibilidad.’ Así, la regla jurisprudencial se redefine en los siguientes términos,

‘Por lo anterior, todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución.^{57[5]}

“Esta posición fue reiterada recientemente en la sentencia T-200 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas), caso en el que se confirmó la decisión de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de conceder una tutela por haberse incurrido en una ‘vía de hecho’.^{58[6]}”

^{56[4]} Corte Constitucional, sentencia T-1031 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) En este caso se decidió que “(...) el pretermittir la utilización de los medios ordinarios de defensa, torna en improcedente la acción de tutela. Empero, la adopción rigurosa de éste postura llevaría, en el caso concreto, a una desproporcionada afectación de un derecho fundamental. En efecto, habiéndose establecido de manera fehaciente que la interpretación de una norma se ha hecho con violación de la Constitución, lo que llevó a la condena del procesado y a una reducción punitiva, no puede la forma imperar sobre lo sustancial (C.P. art. 228). De ahí que, en este caso, ante la evidente violación de los derechos constitucionales fundamentales del demandado, la Corte entiende que ha de primar la obligación estatal de garantizar la efectividad de los derechos, por encima de la exigencia de agotar los medios judiciales de defensa.”

^{57[5]} Corte Constitucional, sentencia T-949 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett). En este caso la Corte decidió que “(...) la infracción del deber de identificar correctamente la persona sometida al proceso penal, sumada a la desafortunada suplantación, constituye un claro defecto fáctico, lo que implica que está satisfecho el requisito de procedibilidad exigido por la Jurisprudencia para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.”

^{58[6]} Dijo la Corte Suprema de Justicia: “resulta evidente que la Superintendencia accionada incurrió en un defecto procedimental constitutivo de vía de hecho, porque dejando de lado el procedimiento que debe agotar cuando realiza actos de carácter jurisdiccional, no sólo no resolvió sobre el recurso de apelación que se interpuso contra la Resolución No. 04729, sino que ante el requerimiento de la interesada para que realizara el respectivo pronunciamiento, decide hacerlo por medio de “oficio”, situación que posteriormente utilizó para denegar el recurso de reposición y las copias que de manera subsidiaria se habían solicitado para recurrir en queja, argumentado, contrario a la realidad que muestra el proceso, que mediante el mencionado oficio se había resuelto un derecho de petición, arbitrariedades que remata con la decisión adoptada mediante la Resolución 30359 de 20 de septiembre del año anterior, en cuanto se abstuvo de dar trámite al recurso de queja propuesto en legal forma y

Con base en estas consideraciones, procede el Tribunal a evaluar la presente decisión arbitral a la luz de los postulados de nuestra Carta Magna, de manera que la ponderación de los hechos, el análisis de la prueba, los argumentos de las partes y la actuación arbitral se encuentren dentro de las garantías constitucionales y que la decisión, además de no incurrir en vías de hecho, asegure el cumplimiento de las partes de conjuntos normativos.

Como se ha anotado en el acápite respectivo, el Tribunal ha constatado el cumplimiento estricto de los presupuestos procesales y de los presupuestos materiales.

De la misma manera, los derechos fundamentales de postulación, de defensa, del debido proceso, de legalidad de la prueba, de oportunidad, de prevalencia del derecho sustancial, de oponibilidad y publicidad, de igualdad y de personalidad jurídica, se han mantenido incólumes durante toda la actuación.

Por lo anterior no encuentra el tribunal a lo largo del presente proceso, la existencia de alguno de los defectos reconocidos por la jurisprudencia constitucional; es decir, *(i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución.*

Así las cosas, puede el Tribunal abordar el acápite correspondiente a la decisión respectiva.

CAPÍTULO SEXTO: PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje convocado por Pedro Antonio Ochoa Gómez contra Germán Alarcón Rodríguez, administrando justicia, por habilitación de las partes, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, en derecho

RESUELVE:

Primero. Declarar que el 21 de febrero de 2017 se suscribió el contrato de promesa de compraventa respecto de los inmuebles apartamento 101 y su garaje que forman parte del EDIFICIO PÉREZ OCHOA PROPIEDAD HORIZONTAL (o como se identificó en la promesa: EDIFICIO PERES OCHOA – PROPIEDAD HORIZONTAL), ubicado en la Calle 64 I No. 76 A-23 de Bogotá, entre el Señor Pedro Antonio Ochoa Gómez, como prometiente vendedor, y el Señor Germán Alarcón Rodríguez, como prometiente comprador.

Segundo. Denegar todas las demás pretensiones de la demanda arbitral instaurada por el señor Pedro Antonio Ochoa Gómez en contra del Señor Germán Alarcón Rodríguez, con fundamento en las consideraciones contenidas en presente Laudo, en especial, las contenidas en el Capítulo Tercero, de ‘Consideraciones’ en él incorporado.

Tercero. Declarar la no prosperidad de las excepciones de mérito propuestas por el señor Germán Alarcón Rodríguez frente a la demanda presentada por el señor Pedro Antonio Ochoa Gómez, por los

ordenó la expedición de copias no con base en lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 378 del Código de Procedimiento Civil, conforme se le había solicitado, sino con estribo en lo dispuesto en el C.C.A. relativo al derecho de petición”.

motivos expresados en la parte motiva de este laudo.

Cuarto. Declarar resuelto por mutuo disenso tácito el Contrato de Promesa de Compraventa celebrado el Señor Pedro Antonio Ochoa Gómez, como prometiente vendedor, y el Señor Germán Alarcón Rodríguez, como prometiente comprador, el 21 de febrero de 2017, cuyo objeto fue la transferencia del dominio del de los inmuebles apartamento 101 y su garaje que forman parte del EDIFICIO PÉREZ OCHOA PROPIEDAD HORIZONTAL, ubicado en la Calle 64 I No. 76 A-23 de Bogotá.

Quinto. En consecuencia, **disponer**, que dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la ejecutoria de este laudo, el señor Germán Alarcón Rodríguez, entregue a título de restitución, al señor Pedro Antonio Ochoa Gómez, el apartamento 101 y su garaje que forman parte del Edificio Pérez Ochoa - Propiedad Horizontal (llamado en el contrato de promesa EDIFICIO PERES OCHOA – PROPIEDAD HORIZONTAL), ubicado en la Calle 64 I No. 76 A-23 de Bogotá, vinculado al contrato de promesa de compraventa celebrado el 21 de febrero de 2017, entre las partes nombradas. La entrega del inmueble se hará en buenas condiciones de habitabilidad, con las mejoras necesarias y locativas realizadas hasta el momento, sin daños o destrozos; así como con las mejoras útiles que no fueron autorizadas por el propietario. Cualquier retiro de materiales que pretenda hacer el Sr. Alarcón Rodríguez no podrá causar ningún tipo de daño al inmueble. El inmueble se debe entregar a paz y salvo por todo concepto, al día en sus cuentas de gastos ordinarios como servicios públicos causados hasta la restitución, libre de ocupantes y bienes muebles.

En el mismo momento en que se lleve a cabo la restitución de los inmuebles, el Señor Pedro Antonio Ochoa Gómez, entregará al señor Germán Alarcón Rodríguez, a título de restitución, la suma de **CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS UN PESOS (\$175.579.801)**, que corresponde a las sumas a que se hizo referencia en la parte motiva, indexada hasta la fecha de emisión de este laudo. Vencido el plazo sin que se haya realizado el pago a que se refiere este numeral, dicha suma devengará intereses moratorios a la tasa más alta legalmente procedente hasta su pago total.

Sexto. En relación con los pagos correspondientes a Costas, por concepto de reembolso de gastos y costos del Tribunal Arbitral no pagados en la oportunidad ordenada por el Tribunal, condenar al señor Germán Alarcón Rodríguez a pagar al señor Pedro Antonio Ochoa Gómez, la suma de **NUEVE MILLONES CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS VEINTITRÉS PESOS M/CTE. (\$9.149.623)**, pago que se hará al día siguiente en que quede ejecutoriado este laudo. Vencido este plazo sin que se haya realizado el pago a que se refiere este numeral, dicha suma devengará intereses moratorios a la tasa más alta legalmente procedente hasta su pago total.

Séptimo. A su vez, en relación con los pagos por concepto de agencias en derecho, condenar al señor Pedro Antonio Ochoa Gómez a pagar al señor Germán Alarcón Rodríguez, la suma de **TRES MILLONES CUATROCIENTOS DIECISIETE MIL CIENTO OCHENTA Y SIETE PESOS M/CTE. (\$3.417.187)**, pago que se hará al día siguiente en que quede ejecutoriado este laudo. Vencido este plazo sin que se haya realizado el pago a que se refiere este numeral, dicha suma devengará intereses moratorios a la tasa más alta legalmente procedente hasta su pago total.

Octavo. En relación con los pagos para la partida denominada “Gastos” o “Gastos del Proceso Arbitral”, una vez se liquiden los gastos efectivamente incurridos, los saldos se reembolsarán o se requerirán en las mismas proporciones en que procede la condena en costas.

Noveno. Disponer que, por Secretaría del Tribunal Arbitral, se expidan copias auténticas de la presente providencia con destino a cada una de las partes y copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Décimo. En firme esta providencia, remítase el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para su archivo.

Décimo Primero. Declarar causado el saldo final de los honorarios de árbitros y del secretario del Tribunal Arbitral y ordenar su pago una vez adquiera firmeza el laudo arbitral o, llegado el caso, la providencia que decida sobre eventuales solicitudes de aclaración, corrección o complementación.

Décimo Segundo. Ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo de árbitros y el secretario, para lo cual, el Presidente del Tribunal hará las deducciones y libraré las comunicaciones respectivas.

Esta providencia queda notificada en audiencia.

Cúmplase.



JAIME ANDRÉS VELÁSQUEZ CAMBAS
Presidente



CHRISTIAM UBEYMAR INFANTE ANGARITA
Secretario

El presente laudo se expide con firmas digitalizadas conforme lo autoriza el Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, artículo 11, según el cual:

Artículo 11. De las firmas de los actos, providencias y decisiones. Durante el período de aislamiento preventivo obligatorio las autoridades a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto, cuando no cuenten con firma digital, podrán válidamente suscribir los actos, providencias y decisiones que adopten mediante firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas, según la disponibilidad de dichos medios. Cada autoridad será responsable de adoptar las medidas internas necesarias para garantizar la seguridad de los documentos que se firmen por este medio.