

TRIBUNAL ARBITRAL

de

CONSTRUCTORA KOVOK S.A.

contra

PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil diecisiete (2017)

El Tribunal Arbitral conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre **CONSTRUCTORA KOVOK S.A.** (en adelante también "KOVOK", "la Demandante" o "la Convocante") y **PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A.** (en adelante también "PQP", "la Demandada" o "la Convocada"), después de haber surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en la Ley 1563 de 2012, profiere el presente Laudo, con el cual decide de fondo y de manera definitiva, el conflicto planteado en la demanda arbitral y en su contestación, previo el recuento de los siguientes antecedentes.

I.- ANTECEDENTES

1. PARTES Y REPRESENTANTES

La Parte Demandante es **CONSTRUCTORA KOVOK S.A.**, sociedad constituida el 3 de junio de 2005 mediante escritura pública No. 1552, otorgada en la Notaría 63 de Bogotá, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por **Antonio Luis Amado Gómez**, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá¹, quien otorgó poder para actuar en el presente proceso al abogado **Carlos Felipe Pinilla Acevedo**². El doctor Pinilla sustituyó el poder a la abogada **María Alejandra Ramírez Campos**³, quien compareció a la Audiencia de Instalación, oportunidad en la que se le reconoció personería para actuar. Posteriormente reasumió el poder el doctor Carlos Felipe Pinilla, quien presentó de la demanda reformada y más adelante

¹ Folios 21 a 24 del C. Principal No. 1.

² Folios 19 a 20 del C. Principal No. 1.

³ Folio 42 del C. Principal No. 1.

sustituyó el poder que le fuera otorgado al abogado **Oscar Javier Martínez Correa**⁴, a quien se le reconoció personería para actuar.

La Parte Demandada es **PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A.**, sociedad constituida el 3 de septiembre 1974 mediante escritura pública No. 1882 otorgada en la Notaría 11 de Bogotá, con domicilio principal en la ciudad de Medellín, y está representada legalmente por **José David Escobar Paucar**, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá⁵. Para efectos de la Audiencia de Instalación, la sociedad estuvo representada por su apoderado general, doctor **Juan Gonzalo Lopera Uribe**. Posteriormente se le otorgó poder especial para actuar en el presente proceso al abogado **Julio Cesar Silva Hermida**⁶, a quien se le reconoció personería para actuar.

2. EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral que dio lugar al presente trámite se encuentra contenido en la cláusula Décima Tercera del "Contrato de Promesa de Compraventa del Inmueble Las Delicias", suscrito entre las partes el día 19 de febrero de 2015, que a la letra dispone:

"DÉCIMA TERCERA: Cláusula compromisoria. Cualquier diferencia que surja entre las Partes por razón de los derechos y obligaciones que para las mismas emanan del presente acuerdo de voluntades en su etapa precontractual, contractual o postcontractual, que no pudiera dirimirse directamente entre ellas, será solucionada por un tribunal de arbitraje con base en las siguientes reglas:

"13.1. El tribunal de arbitraje estará conformado por un (1) árbitro en caso de que la cuantía de las pretensiones sea inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes colombianos (SMMLV) o tres (3) árbitros en el evento que la cuantía sea superior a dicha suma. El o los árbitros serán abogados designados por acuerdo entre las partes en un plazo máximo de diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que se celebre la audiencia o reunión de nombramiento de árbitros convocada por el Centro De Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Si dentro de dicho plazo no se llegare a tal acuerdo, los árbitros serán designados por el centro de arbitraje, quien los seleccionará con base en una lista de seis (6) nombres, lista que las partes integrarán por mitades (tanto en tratándose de un tribunal colegiado como unipersonal). Si una de las partes no aporta los tres (3) nombres requeridos para la integración de la lista, el centro de arbitraje procederá a hacer la selección de la siguiente manera: i) Cuando se trate de tribunal colegiado, uno (1)

⁴ Folio 292 del C. Principal No. 1.

⁵ Folios 25 a 33 del C. Principal No. 1.

⁶ Folio 157 del C. Principal No. 1.

de los árbitros será escogido de la lista de tres (3) elaborada por la parte que no fue renuente a entregar la terna completa. Los dos (2) árbitros restantes serán seleccionados de las listas oficiales del centro de arbitraje y ii) Si se trata de un tribunal unipersonal, el árbitro será escogido también por el centro de arbitraje, de las listas oficiales. Finalmente, si ninguna de las partes entrega su lista de candidatos, el centro de arbitraje procederá a realizar la selección por ellas, a través de sorteo entre las listas generales. Cuando la selección corresponda al centro de arbitraje, la misma deberá realizarse teniendo en cuenta la especialidad y complejidad del tema a arbitrar.

"13.2. Para la conformación del tribunal de arbitraje, las Partes y/o el Centro, podrán acudir tanto a las listas de árbitros del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, como a la lista de árbitros del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia e, incluso, las partes están facultadas para proponer nombres de árbitros expertos que no estén inscritos en ninguna de estas listas, siempre y cuando estos se ciñan expresamente al reglamento y a las tarifas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

"13.3. La organización interna del tribunal estará sujeta a las normas y tarifas que se disponen para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

"13.4. El tribunal decidirá en Derecho y con base en la legislación colombiana vigente.

"El tribunal sesionará en Bogotá D.C., en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, lo cual no será impedimento para que algunas audiencias se puedan llevar a cabo en otros Centros de Arbitraje y Conciliación de otras Cámaras de Comercio, previo acuerdo del valor de los gastos administrativos entre los dos centros de arbitraje y autorización de los apoderados de las partes." ⁷

3. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO

- 3.1. Con fundamento en la cláusula compromisoria citada, CONSTRUCTORA KOVOK S.A. presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la solicitud de convocatoria de un Tribunal Arbitral⁸.

⁷ Folio 12 a 13 del C. de Pruebas No. 1.

⁸ Folios 1 a 18 del C. Principal No. 1.

- 3.2. De común acuerdo las partes designaron como árbitros a los doctores Arturo Solarte Rodríguez, Carlos Ignacio Jaramillo y Gustavo Cuberos Gómez, quienes aceptaron su nombramiento en la debida oportunidad.
- 3.3. El 2 de mayo de 2016 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal (Acta No. 1)⁹, en la que este se declaró legalmente instalado, nombró como Secretaria a la doctora Gabriela Monroy Torres, fijó el lugar de funcionamiento y Secretaría, y reconoció personería los apoderados de la partes.

Adicionalmente, el Tribunal inadmitió la demanda por no cumplir con el requisito contemplado en el numeral 7 del Artículo 82 del Código General del Proceso (Auto No. 2), decisión que fue recurrida por la convocante. No obstante lo anterior, la providencia fue confirmada mediante Auto No. 3.

- 3.4. El 10 de mayo de 2016, encontrándose dentro de la oportunidad establecida en la ley, la parte demandante subsanó los defectos de la demanda arbitral.
- 3.5. Mediante Auto No. 4 proferido el 20 de mayo de 2016, el Tribunal admitió la demanda y ordenó su notificación al demandado.
- 3.6. El 28 de junio de 2016, encontrándose dentro de la oportunidad prevista en la ley, la parte demandada radicó su escrito de contestación de la demanda, documento en el que propuso excepciones y adicionalmente formuló objeción al juramento estimatorio.
- 3.7. El Tribunal, mediante Auto No. 5 proferido el 5 de julio de 2016, corrió traslado a la parte convocada de la objeción al juramento estimatorio y de las excepciones contenidas en la contestación de la demanda.
- 3.8. El 19 de julio de 2016 la parte demandante radicó los siguientes memoriales:
- Reforma de la demanda
 - Texto integrado de la demanda reformada
 - Solicitud de expedición de una certificación secretarial acerca de la existencia y el estado del proceso
- 3.9. Por auto No. 6 de 9 de agosto de 2016, el Tribunal inadmitió la demanda reformada por no cumplir con los requisitos legales y le otorgó 5 días a la parte demandante para subsanarla.
- 3.10. El 18 de agosto de 2016, encontrándose dentro de la oportunidad establecida en la ley, la parte demandante subsanó la demanda reformada.

⁹ Folios 96 a 101 del C. Principal No. 1.

- 3.11. Por auto No. 7 de fecha 25 de agosto de 2016, el Tribunal admitió la demanda reformada y corrió el traslado correspondiente a la parte convocada.
- 3.12. El 14 de septiembre de 2016, encontrándose dentro de la oportunidad prevista en la ley, la parte demandada radicó su escrito de contestación a la reforma de la demanda, en el cual propuso excepciones de mérito y formuló objeción al juramento estimatorio.
- 3.13. El 16 de septiembre de 2016, encontrándose dentro de la oportunidad prevista en la ley, la parte demandada radicó un memorial con el que aportó pruebas adicionales.
- 3.14. El 26 de septiembre de 2016, mediante fijación en lista se corrió traslado de las excepciones y de la objeción al juramento estimatorio, formuladas en la contestación a la reforma de la demanda.
- 3.15. El 3 de octubre de 2016, la parte demandante radicó los siguientes escritos:
- Pronunciamiento frente a las excepciones de mérito y a la objeción al juramento estimatorio formuladas en la contestación a la reforma de la demanda, con solicitud de pruebas.
 - Memorial en el que manifiesta que desiste del testimonio del señor Oscar Javier Martínez Correa.
- 3.16. El 18 de octubre de 2016¹⁰ se dio inicio a la audiencia de conciliación, oportunidad en la que no se logró acuerdo alguno entre las Partes. Ante el fracaso de la etapa conciliatoria, el Tribunal fijó los montos de honorarios y gastos del proceso, sumas que fueron pagadas en su totalidad por la parte demandante.
- 3.17. Mediante Auto No. 11 del 18 de octubre de 2016, el Tribunal concedió a la parte demandante un plazo de 10 días para allegar el dictamen pericial anunciado en los escritos de traslado de las excepciones y objeción al juramento estimatorio.
- 3.18. El 28 de octubre de 2016 la parte demandante solicitó una prórroga de 30 días para la presentación del dictamen pericial, petición que fue aceptada por el Tribunal mediante Auto No. 12 del 31 de octubre de 2016.
- 3.19. El 16 de diciembre de 2016 la parte demandante allegó el dictamen pericial anunciado, documento que fue elaborado por el ingeniero ANUAR PEREZ ESCAF.

¹⁰ Folios 285 a 291 del C. Principal No. 1.

- 3.20. El 18 de enero de 2017 la parte demandada se pronunció sobre el dictamen pericial elaborado por el ingeniero ANUAR PEREZ ESCAF y solicitó que el experto fuera citado para rendir declaración ante el Tribunal.
- 3.21. Mediante Auto No. 14 del 24 de enero de 2017 se fijó el 7 de febrero de 2017 para llevar a cabo la primera audiencia de trámite.

II.- LA CONTROVERSIA

1. LA DEMANDA Y SU REFORMA, LA CONTESTACIÓN Y LAS EXCEPCIONES FORMULADAS

1.1. Pretensiones

Con apoyo en los hechos que más adelante se exponen y en la normatividad invocada en la demanda reformada, CONSTRUCTORA KOVOK S.A. ha solicitado al Tribunal que en el Laudo se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

"PRETENSIÓN PRIMERA (1ª): Se DECLARE que la Sociedad PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. INCUMPLIÓ LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL DE ENTREGA DEL INMUEBLE "LAS DELICIAS" pactada en el contrato de PROMESA DE COMPRAVENTA de fecha 19 de febrero de 2015 y que fue posteriormente ratificada y aceptada en la Escritura Pública de Compraventa No. 1198 de fecha 4 de marzo de 2015 otorgada ante la notaría 13 del Círculo de Bogotá D.C., es decir, que la demandada ha incurrido en Responsabilidad Civil Contractual derivada del cumplimiento tardío e imperfecto de sus obligaciones contractuales principales."

"PRETENSIÓN SEGUNDA (2ª): Se DECLARE que como consecuencia del anterior incumplimiento se ha causado a favor de la Sociedad CONSTRUCTORA KOVOK S.A. y a cargo de la Sociedad PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. la obligación de pagar el valor de la CLÁUSULA PENAL previamente negociada, estimada y aceptada por las partes, equivalente al quince por ciento (15%) del precio total del inmueble, es decir, la suma de MIL DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$1.200'000.000) MONEDA LEGAL COLOMBIANA."

"PRETENSIÓN TERCERA (3ª): En consecuencia se CONDENE a la Sociedad PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. a pagar a la Sociedad CONSTRUCTORA KOVOK S.A., en el plazo máximo de tres (3) días, o el plazo que estime el Tribunal, la suma de MIL DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$1.200'000.000) MONEDA LEGAL COLOMBIANA, por concepto de CLÁUSULA PENAL pactada en la cláusula NOVENA (9ª) del Contrato de

Promesa de Compraventa celebrado entre las partes el día 19 de febrero de 2015."

"PRETENSIÓN CUARTA (4ª): Se DECLARE que la Sociedad PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. también INCUMPLIÓ LA PROMESA DE COMPRAVENTA de fecha 19 de febrero de 2015, al haber permanecido por un tiempo mayor al acordado como plazo máximo para la terminación del título de tenencia gratuita que se había constituido en su favor sobre el PREDIO "LAS DELICIAS"."

"PRETENSIÓN QUINTA (5ª): Se DECLARE que como consecuencia del anterior incumplimiento, a título de multa o sanción contractual, también se ha causado a favor de la Sociedad CONSTRUCTORA KOVOK S.A. y a cargo de la Sociedad PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. la obligación de pagar el valor fijado en el Parágrafo 5º de la Cláusula 6ª del Contrato de Promesa de Compraventa de fecha 19 de febrero de 2015, esto es, una suma de dinero equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada mes de permanencia en el inmueble, o proporcional cuando la permanencia fue inferior a un mes."

"PRETENSIÓN SEXTA (6ª): En consecuencia se CONDENE a la Sociedad PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. a pagar a la Sociedad CONSTRUCTORA KOVOK S.A., en el plazo máximo de tres (3) días, o el plazo que estime el Tribunal, también las siguientes sumas de dinero:

<i>Periodo de Mayor Permanencia en el Predio</i>	<i>Valor total de la Multa</i>	<i>Valor Causado (Total o Proporcional)</i>
<i>19-agosto-2015 a 18-septiembre-2015</i>	<i>50 s.m.l.m.v. (\$644.350 x 50) = \$32'217.500</i>	<i>\$32'217.500</i>
<i>19-septiembre-2015 a 18-octubre-2015</i>	<i>50 s.m.l.m.v. (\$644.350 x 50) = \$32'217.500</i>	<i>\$32'217.500</i>
<i>19-octubre-2015 a 18-noviembre-2015</i>	<i>50 s.m.l.m.v. (\$644.350 x 50) = \$32'217.500</i>	<i>\$32'217.500</i>
<i>19-noviembre-2015 a 11-diciembre-2015</i>	<i>50 s.m.l.m.v. / 31 x 11 (\$32'217.500 / 31 x 11) = \$11'432.016</i>	<i>\$11'432.016</i>
<i>Valor Total</i>		<i>\$108'084.516</i>

"PRETENSIÓN SÉPTIMA (7ª): Se CONDENE a la Sociedad PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. a pagar a la Sociedad CONSTRUCTORA KOVOK S.A., las sumas antes señaladas en las pretensiones TERCERA (3ª) y SEXTA (6ª) de esta Demanda, con los correspondientes intereses moratorios liquidados a la tasa máxima legal permitida y certificada por la Superintendencia Financiera (habida cuenta que nos encontramos en presencia de una relación jurídica sustancial de naturaleza mercantil),

causados desde la fecha de constitución en mora en los términos del inciso 2º del artículo 94 del Código General del Proceso y hasta la fecha en que se verifique el pago efectivo de dichas obligaciones."

"PRETENSIÓN OCTAVA (8ª): Se CONDENE a la Sociedad PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. a pagar el valor total de los gastos y honorarios derivados del presente tribunal arbitral, así como las costas procesales a que haya lugar."

1.2. Resumen general de los hechos

El escrito de demanda, debidamente reformado e integrado, contiene los hechos que se resumen de la siguiente manera:

- i. Entre 2014 y comienzos de 2015, PQP y KOVOK adelantaron negociaciones para la venta del predio denominado LAS DELICIAS ubicado en Tocancipá.
- ii. En estas negociaciones KOVOK comunicó a PQP que su finalidad era desarrollar la construcción y comercialización de un proyecto inmobiliario de vivienda, para lo cual resultaba indispensable que KOVOK recibiera materialmente el inmueble en forma oportuna, totalmente desocupado y debidamente saneado, incluso desde el punto de vista ambiental, teniendo en cuenta su actividad precedente de carácter industrial.
- iii. Las partes celebraron la promesa de compraventa del inmueble el 19 de febrero de 2015. En razón de ella, PQP se obligó a transferir a KOVOK el inmueble libre de gravámenes, limitaciones y contingencias ambientales, lo mismo que a salir al saneamiento de los vicios por evicción y redhibitorios y, también, a entregar el inmueble libre de ocupantes, bienes, maquinaria y enseres, y de contingencias ambientales.
- iv. Se pactó la entrega en dos etapas: una primera, sobre el local que originalmente ocupaba la denominada "Químico tienda", la cual debía realizarse dentro de los 15 días siguientes al pago de la primera cuota del precio; y a más tardar el 18 de agosto de 2015, el resto del inmueble.
- v. El 4 de marzo de 2015 se celebró el Otrosí No. 1 para modificar lo relacionado con el precio y la forma de pago.
- vi. El 4 de marzo de 2015 se otorgó la escritura de compraventa número 1198 de la Notaría 13 de Bogotá, en la cual se pactó que para la entrega operarían los términos pactados en la promesa de compraventa.
- vii. En cuanto a los términos de entrega real y material, se pactó que ésta se realizaría de acuerdo con la promesa de compraventa y que el 6 de marzo de

- 2015 la Vendedora entregaría a la Compradora el local ocupado por la Químico Tienda y que a más tardar el 18 de agosto de 2015 la Vendedora haría entrega a la Compradora del resto del inmueble, pero que a partir del otorgamiento de la escritura y hasta dicha fecha, la Vendedora detentaría el inmueble a título de tenedora gratuita.
- viii. Así, la entrega total del predio quedó fraccionada en dos momentos: Uno primero, respecto a la Químico tienda, con el fin de que KOVOK pudiera adelantar las labores de acondicionamiento de Sala de Ventas del proyecto y la construcción del apartamento modelo, lo cual debía ocurrir el 6 de marzo de 2015; y el segundo, para la entrega material del sector restante del inmueble.
 - ix. A pesar de la fecha pactada para la entrega de la Químico tienda, PQP incumplió la obligación, pues sólo la entregó tres días más tarde, el 9 de marzo de 2015. Adicionalmente, entre el 30 de abril, 1º y 2 de mayo de 2015, varios trabajadores de PQP se tomaron por vías de hecho el predio impidiendo el ingreso de los trabajadores de KOVOK y obligando a la suspensión de los trabajos planeados en el inmueble.
 - x. Posteriormente, el 10 de junio de 2015, nuevamente los trabajadores de PQP se tomaron el predio impidiendo el ingreso de los trabajadores de KOVOK, haciendo nugatoria la entrega del inmueble.
 - xi. KOVOK formuló diversas reclamaciones a PQP, las cuales no fueron atendidas y, en cambio, ésta intentó trasladar de manera injustificada y arbitraria la responsabilidad por las acciones de sus empleados a KOVOK.
 - xii. El 4 de noviembre de 2015 el representante legal de KOVOK asistió con su apoderado a la Químico tienda y encontraron el local vacío y sin vigilancia, por lo que retomaron a partir de esa fecha el control material de esa parte del inmueble.
 - xiii. El incumplimiento de PQP se configuró entre el 30 de abril de 2015 y el 3 de noviembre de 2015, es decir, seis meses y tres días, razón por la cual la entrega se realizó más tarde de lo pactado.
 - xiv. La entrega material del predio solamente se efectuó por PQP hasta el 11 de diciembre de 2015, esto es más de tres meses después de la fecha pactada para la entrega del resto del predio, que representa más del 90% del área total del mismo.
 - xv. Las partes pactaron una cláusula penal, equivalente a un 15% del precio total del inmueble en caso de incumplimiento de las obligaciones principales, equivalente entonces a \$1.200.000.000 y adicionalmente, una sanción de apremio para compensar el mayor tiempo de permanencia de la Vendedora en

el inmueble, estimada por cada mes calendario de retraso en la entrega o de forma proporcional, en 50 SMLMV, lo cual totaliza \$108.084.516.

- xvi. Se pactó igualmente que la parte incumplida dispondría de un mes contado a partir del momento del incumplimiento para cumplir la obligación a su cargo.

1.3. Contestación de la demanda reformada por parte de Productos Químicos Panamericanos S.A. y formulación de excepciones

A su turno, la parte demandada, PRODUCTOS QUIMICOS PANAMERICANOS S.A., al contestar la demanda reformada, se pronunció sobre los hechos precedentes aceptando algunos, negando otros y complementando o aclarando otros más, de la manera como a continuación se resume:

- i. Las partes en efecto celebraron el contrato de compraventa sobre el inmueble y acordaron una fecha para la entrega anticipada de una sección del mismo y otra para la porción restante.
- ii. Por razones ajenas a la voluntad de ambas partes, la toma del predio por terceras personas mediante vías de hecho, la entrega material del inmueble se dio en una fecha posterior a la pactada.
- iii. No obstante lo anterior, el comprador y convocante se abstuvo de adelantar las acciones para defender sus derechos, conformándose con las gestiones que adelantó la convocada.
- iv. La actividad de la convocada no comprende productos peligrosos; se pactó fue el simple retiro de insumos y residuos y por tanto la sanidad del predio no se encontró nunca comprometida.
- v. Con ocasión de las dificultades financieras de la convocada, del saldo del precio por valor de \$7.000.000.000, se vio forzada a rebajar \$1.000.000.000, esto es, más del 14% del saldo pendiente, pero eso no tuvo nada que ver con el retardo en la entrega, pues éste obedeció a hecho de terceros.
- vi. Respecto a la entrega de la fracción del predio correspondiente a la Químico Tienda, si bien la diligencia se programó para el viernes 5 de febrero de 2015, las partes convinieron hacerla el lunes siguiente, lo cual no implicó ningún desajuste en el cronograma establecido, al punto que en el acta no se incluyó reclamo alguno de inconformidad, sino al contrario.
- vii. El 28 de julio de 2015 el gerente de KOVOK exigió el desalojo de la Químico Tienda, señalando que ésta debía producirse a más tardar el 31 de julio, o "de lo contrario declararemos el incumplimiento del contrato", lo que significa que

para el 28 de julio éste aún no había sido incumplido.

- viii. Desde luego era el comprador, que para entonces ya era legítimo poseedor del predio, quien tenía que adoptar las medidas legales encaminadas a la defensa de su derecho, pues lo que ocurrió fue llanamente una perturbación a la posesión, toda vez que él ya había recibido el bien y por tanto PQP no estaba en condiciones de adoptar medidas contra las vías de hecho que sólo incumbían al poseedor.
- ix. PQP entregó oportuna y adecuadamente la primera porción de terreno convenida, el local de la Químico Tienda, y la posesión se perdió en manos de la compradora, por lo que no puede hacerse referencia a un saneamiento con ocasión de hechos sobrevinientes.
- x. El 4 de noviembre de 2015 la fracción de la Químico Tienda había sido vendida y entregada a la convocante y posiblemente ella procedió a retomar a partir de esa fecha el control material de dicha parte del inmueble.
- xi. La convocante recibió a satisfacción la parte restante del inmueble vendido, como consta en el acta de entrega del 11 de diciembre de 2015, con lo cual se saneó cualquier tipo de retardo que pudiera ser imputable a PQP.
- xii. No es cierto que el retraso en el cronograma de labores se hubiera generado por la demora en la entrega de la segunda parte del bien, pues para la época en que inicialmente debía llevarse a cabo, agosto de 2015, la Constructora no había iniciado siquiera los trabajos preliminares relativos a la sala de ventas.
- xiii. PQP sólo tuvo un breve y excusable retardo para la entrega de la fracción pendiente.
- xiv. La convocante se ha equivocado al elegir la penalidad, pues inexplicablemente escogió la correspondiente a falta de entrega, cuando tan sólo podría estarse frente a la entrega tardía y solamente de una parte.
- xv. No es cierto que las penas descritas sean independientes y acumulativas, pues eso no fue estipulado y es contrario a la aplicación restrictiva de los regímenes sancionatorios.
- xvi. La convocante, al liquidar la penalidad, está pasando por alto el período de gracia contenido en el parágrafo quinto de la cláusula sexta del contrato, que señala que la promitente vendedora tendrá un plazo adicional de 30 días calendario para dar cumplimiento a dicha entrega, en el caso de que existan circunstancias objetivas que impidan hacerlo oportunamente.

Adicionalmente, como planteamiento defensivo formuló las siguientes excepciones de mérito con el propósito de enervar las pretensiones de la demanda:

- 1) Hecho de un tercero, aduciendo que la demora en la entrega obedeció a vías de hecho que imposibilitaron el cumplimiento oportuno del vendedor, quien carecía de antecedente, información o sospecha que pudiera sugerirla como posible.
- 2) Ilegitimidad por pasiva, argumentando que el demandante ha dejado de dirigir su acción contra el agente perturbador, esto es, en contra de las personas que por vías de hecho se tomaron el inmueble, que ya pertenecía a CONSTRUCTORA KOVOK S.A.
- 3) Culpa de la Convocante, señalando que CONSTRUCTORA KOVOK S.A., ya propietaria, se abstuvo negligentemente de encarar la ilegítima agresión, permaneciendo como simple observadora de las gestiones que su vendedora adelantaba.
- 4) Cumplimiento por la Convocada vendedora de las obligaciones a su cargo, en la que sostiene que el actor aceptó a satisfacción la entrega de la segunda y última fracción del terreno vendido, sin que haya noticia sobre eventuales inconformidades.
- 5) Inexistencia de causa, para exigir penalidades durante el período de gracia, en la que invoca que por expresa disposición contractual el período comprendido entre el 19 de agosto y el 18 de septiembre de 2015 fue excluido de penalidad.
- 6) Fuerza mayor o caso fortuito, (como subsidiaria a la primera – hecho de un tercero-), con fundamento en la toma del inmueble por terceras personas, circunstancia inimputable a las partes que, además, se les presentó de manera imprevisible e irresistible.
- 7) Subsidiariamente, improcedencia de cláusula penal (por ser aplicable, a lo sumo, el apremio por retardo de la Cláusula 6ª, Parágrafo 5º, de la Promesa), considerando que las partes establecieron en la promesa un régimen graduado o escalonado para los diferentes niveles de incumplimiento, diferenciando el permanente o absoluto para la totalidad del predio, del temporal o simple retardo que se pactó específicamente para la segunda fase de la entrega reiterando que no puede haber doble penalidad por el mismo hecho.
- 8) La Excepción genérica que se derive de los hechos que resulten probados según la contestación de la demanda.

III.- PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES

1. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE¹¹

El 7 de febrero de 2017 se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite, oportunidad en la que, previo cumplimiento de las etapas establecidas en la Ley, el Tribunal, mediante Auto No. 15, se declaró competente para conocer y resolver, en derecho, el litigio sometido a su conocimiento.

2. ETAPA PROBATORIA

En esa misma fecha, mediante Auto No. 16 del 7 de febrero de 2017, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las Partes, las cuales se practicaron como se indica a continuación.

2.1. Pruebas Documentales

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una correspondiera según la ley, los documentos aportados por las Partes en las oportunidades procesales establecidas en la normatividad.

2.2. Testimonios y declaraciones de Parte

En audiencias celebradas entre el 21 y el 28 de febrero de 2017, se recibieron los testimonios y las declaraciones de parte de las personas que se indican a continuación:

- El 21 de Febrero de 2017¹² se recibieron los testimonios de los señores **Euclides Barrera Sierra, José de Jesús Carvajal Tarazona, Iván Steve Díaz Zamudio.**
- El 28 de febrero de 2017¹³ se recibieron las declaraciones de parte de los señores **Antonio Luis Amado**, en calidad de representante legal de la Convocante, y **Juan Gonzalo Lopera Uribe**, en calidad de representante legal de la Parte Convocada, según consta en el poder general que le fuera otorgado circunstancia que aparece en el certificado de existencia y representación de la sociedad que obra en el expediente.

En cuanto a los testimonios de los señores Oscar Javier Martínez Correa, Manuela García Gil, Oscar Augusto Restrepo Morales, Héctor Augusto Mateus Olarte, Marco Iván Tinjacá

¹¹ Folios 3 a 14 del C. Principal No. 2.

¹² Folios 65 a 67 del C. Principal No. 2.

¹³ Folios 72 a 73 del C. Principal No. 2.

Canasto, Lucio Velandia Tijaro y Pedro Alexander Martínez Machete, la prueba no se practicó por cuanto en memoriales radicados el 3 de octubre de 2016, el 20 de febrero de 2017 y el 21 de marzo de 2017, la parte convocante desistió de la misma.

2.3. Ratificación de testimonios recibidos fuera del proceso

Por reunir los requisitos establecidos en los Art. 188 y 222 del CGP, se decretó la ratificación de los testimonios de los señores Horacio Alexander Palomino y Fernando Arturo García Villegas, cuyas declaraciones fueron rendidas fuera del proceso y allegadas por la parte demandada con el escrito de fecha septiembre 16 de 2016.

Los señores Palomino y García ratificaron sus declaraciones extraproceso en audiencia celebrada el 21 de febrero de 2017, fecha en la cual también rindieron testimonio.

2.4. Inspección judicial con exhibición de documentos en las instalaciones de Productos Químicos Panamericanos S.A.

El Tribunal se abstuvo de decretar la prueba de inspección judicial solicitada por la parte convocante para que fuera realizada en la sede de la convocada, pero en su lugar decretó una exhibición de documentos a cargo de la parte convocada, que se inició en audiencia celebrada el 28 de febrero de 2017¹⁴, oportunidad en la que se exhibieron los siguientes documentos:

- Acta de la Asamblea de Accionistas correspondiente a la reunión celebrada en el año 2015.
- Actas de la Junta Directiva correspondientes a las reuniones celebradas en el año 2015, y en particular extractos de seis de ellas y una copia parcial certificada.
- Un Acuerdo de transacción general entre Productos Químicos Panamericanos S.A. y trabajadores de la planta de Tocancipá.
- Trece contratos de transacción suscritos por la sociedad convocada y algunos de sus trabajadores.
- Veintiséis ofertas de traslado dirigidas a trabajadores de la sociedad convocada.
- Trece notificaciones de cambio de lugar de trabajo dirigidas a trabajadores de la sociedad convocada.
- Diecisiete comunicaciones de trabajadores referidas a que no es posible el traslado de lugar de trabajo.
- Relación de pagos asociados al desmonte de la planta.
- Facturas correspondientes a los servicios de desmantelamiento.
- Tres carpetas con documentación relacionada con los sindicatos de la sociedad convocada.

¹⁴ Folio 72 C. Principal No. 2.

El 7 de marzo de 2017 la parte demandante radicó un memorial en el que solicitó que al expediente se incorporaran determinadas copias de los documentos exhibidos e indicó que echaba de menos los documentos relativos a los antecedentes de conflictos laborales existentes entre la parte demandada y sus trabajadores y extrabajadores¹⁵, al igual que información de los procesos laborales en curso en los que la parte convocada es parte demandada.

Mediante Auto No. 20 de 22 de marzo de 2017, el Tribunal requirió a la parte demandada para que, en los términos del decreto de la prueba de exhibición de documentos, procediera a exhibir todos las comunicaciones relacionadas con los conflictos laborales existentes entre la demandada y sus trabajadores y extrabajadores vinculados directamente a la misma y tercerizados a través de Cooperativas de Trabajo Asociado. Así mismo ordenó la incorporación al expediente de los documentos exhibidos que fueron escogidos por la parte convocante.

Dando cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal, los días 28 y 29 de marzo de 2017 la parte demandada remitió copia de los siguientes documentos, relacionados con los conflictos laborales de la sociedad convocada.

1. Comunicación recibida de SINTRAQUIM del 18 de noviembre de 2014.
2. Demanda de Jorge Arley Medina y Otros ante el Juez Laboral del Circuito de Zipaquirá autenticada en agosto 8 de 2012.
3. Auto de junio 29 de 2012 del Tribunal Superior de Cundinamarca en el proceso con radicación 25899-31-05-001-2011-00499-01.
4. Copias de expedientes remitidos por distintos juzgados laborales tomadas del expediente No. 21107 de la Superintendencia de Sociedades, Grupo de Reorganización, correspondiente al trámite acogido por Productos Químicos Panamericanos S.A.
5. Copia simple del acta correspondiente a la Audiencia de Trámite y Juzgamiento en el proceso 2013-0395 del Juzgado Laboral del circuito de Zipaquirá de fecha marzo 18 de 2014.
6. Copia simple del acta de preacuerdo entre la sociedad convocada y la representante de trabajadores demandantes de fecha agosto 5 de 2015.

Los anteriores documentos fueron incorporados al expediente y puestos en conocimiento de la parte demandante¹⁶.

El día 3 de abril de 2017 la parte demandante se pronunció respecto de los documentos allegados por la demandada, y manifestó que esta no había exhibido los documentos solicitados en el memorial de 7 de marzo de 2017. A partir de lo anterior concluyó que la exhibición de documentos no fue atendida de manera completa, y

¹⁵ Folios 77 a 85 del C. Principal No. 2.

¹⁶ Folios 93 a 94 del C. Principal No. 2.

solicitó al Tribunal que al momento de proferir el Laudo se apliquen las sanciones correspondientes a la renuencia a exhibir los documentos solicitados¹⁷.

La diligencia de exhibición de documentos fue cerrada por el Tribunal mediante Auto No. 2 del 4 de abril de 2017.

Los documentos exhibidos obran en los cuadernos de Pruebas No. 3, 4 y 5.

2.5. Oficios

Se remitió un oficio con destino a la Fiscalía General de la Nación – Fiscalía 3ª Local de Sopó – Cundinamarca, para que, en relación con la denuncia penal No. 2015-00795, noticia criminal suministrada por PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A.:

- Certificara el estado actual del trámite ante la Fiscalía con indicación de las actuaciones, solicitudes o impulsos que la parte denunciante presentó entre la fecha de radicación de la denuncia y el mes de diciembre de 2015.
- Informará si por cuenta del referido trámite, la parte denunciante elevó solicitud formal ante esa Fiscalía, para fines de restablecimiento de los derechos de las víctimas en los términos del artículo 22 de la Ley 906 de 2005.
- Informará si por cuenta del referido trámite, esa Fiscalía fue citada alguna vez ante Juez de Control de Garantías a alguna audiencia con fines de restablecimiento de los derechos de las víctimas en los términos del artículo 22 de la Ley 906 de 2005.

La correspondiente respuesta obra a folio 170 del C. de Pruebas No. 2.

En cuanto al oficio dirigido a la Inspección Segunda (2ª) Municipal de Policía de Tocancipá, en relación con la querrela No. 05-2015 de Productos Químicos Panamericanos S.A. contra Wilson García Tinjacá y otros, solicitado por la parte convocante, la prueba no se decretó por cuanto los documentos objeto de la misma fueron allegados por dicha parte¹⁸ y en tal virtud han sido tenidos como pruebas documentales con el valor que la ley les asigna.

2.6. Dictamen Pericial

Se tuvo como prueba el Dictamen Pericial aportado por la demandante, rendido por el perito Anuar Pérez Escaf¹⁹.

¹⁷ Folios 98 a 99 del C. Principal No. 2.

¹⁸ Folios 465 a 467 del C. de Pruebas No. 1.

¹⁹ Folios 486 a 504 del c. de Pruebas No. 1.

Atendiendo la solicitud de la parte convocada, se citó al señor Pérez Escaf para que declarara sobre su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen pericial elaborado y aportado por la parte demandante. Dicha declaración se surtió el 28 de febrero de 2017.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En audiencia celebrada el 23 de mayo de 2017, las partes presentaron sus alegatos de conclusión de manera oral, así como los correspondientes escritos en los que sus argumentos se desarrollan con mayor profundidad. Tales escritos fueron incorporados al expediente.

IV.- TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

El término de duración del proceso es de seis (6) meses, como quiera que las Partes no pactaron nada distinto al respecto. Su cómputo se inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, es decir el 7 de febrero de 2017, por lo cual dicho término vencería el 7 de agosto de 2017. Sin embargo, atendiendo la solicitud de las partes se decretaron las siguientes suspensiones:

Acta	Fecha de suspensión	Días Hábles
Acta No. 13 – Auto No. 19	1 y 21 de marzo /17 (ambas fechas inclusive)	14
Acta No. 14 – Auto No. 20	05 de abril y 22 de mayo /17 (ambas fechas inclusive)	31
Acta No. 15 – Auto No. 22	24 de mayo y 16 de julio /17 (ambas fechas inclusive)	34
Total días de suspensión		79

El proceso estuvo suspendido durante setenta y nueve (79) días, que sumados a los del término, llevan a concluir que este vence el treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Por lo anterior, la expedición del presente Laudo en la fecha es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

V.- PRESUPUESTOS PROCESALES

Para resolver de fondo la controversia deben darse, sin reparo alguno, los presupuestos procesales de demanda en forma, competencia, capacidad procesal y capacidad para ser parte.

Al respecto el Tribunal encuentra que en el presente caso tales presupuestos están cumplidos. En efecto, la existencia y representación de las partes está plenamente

acreditada dentro del proceso; a más de que son plenamente capaces. De conformidad con los certificados de existencia y representación legal que obran en el expediente, CONSTRUCTORA KOVOK S.A. y PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A., son personas jurídicas que tienen su domicilio, la primera en Bogotá y la segunda en Medellín, y sus representantes legales son mayores de edad.

Mediante Auto No. 15 proferido en la Primera Audiencia de Trámite, el Tribunal advirtió que había sido debidamente integrado y que se encontraba instalado; que la cláusula compromisoria que da lugar a este proceso está ajustada a derecho y se encuentra dentro del contrato del que surgieron las obligaciones de entrega objeto de la *litis*; señaló que se trata de una controversia sobre asuntos claramente disponibles y que, en consecuencia, sin perjuicio de lo que se decida en el Laudo, el Tribunal tenía, y aún conserva, competencia para tramitar y decidir el litigio.

De otro lado, la Demanda reformada reúne las exigencias necesarias para que se pueda definir de fondo y de manera definitiva el conflicto planteado, pues satisface plenamente los requisitos formales previstos en los artículos 82 y siguientes del C.G.P., cumpliéndose con ello el requisito de Demanda en forma.

Por otra parte, el proceso se adelantó en cumplimiento de las normas procesales pertinentes, sin que se observe causal de nulidad que lo afecte.

Del anterior recuento se infiere que la relación procesal se constituyó regularmente y que en el desenvolvimiento del trámite no se configura defecto alguno que pueda invalidar, en todo o en parte, la actuación surtida, o que no se hubiere saneado, o que imponga al Tribunal la necesidad de dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 137 del C.G.P.,²⁰ por lo cual resulta procedente decidir el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las Partes.

VI.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. LA CUESTIÓN DEBATIDA

Según lo antes expuesto, particularmente en las pretensiones y en las excepciones, el asunto sometido a la consideración y decisión del Tribunal Arbitral es principalmente determinar si la demora en la entrega del predio objeto de negociación -que se encuentra reconocida por la convocada- es o no constitutiva de incumplimiento imputable a la parte vendedora, que de lugar, por tanto, a la

²⁰ El Art. 137 del Código General del Proceso establece:

"En cualquier estado del proceso el juez ordenará poner en conocimiento de la parte afectada las nulidades que no hayan sido saneadas. Cuando se originen en las causales 4 y 8 del artículo 133 el auto se le notificará al afectado de conformidad con las reglas generales previstas en los artículos 291 y 292. Si dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación dicha parte no alega la nulidad, esta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario el juez la declarará."

exigibilidad de la cláusula penal y de la sanción contractual exigidas por la convocante; si la situación presentada en virtud de la actuación de algunos trabajadores y extrabajadores de la convocada, que impidieron durante varios meses el ingreso al inmueble vendido, corresponde a un hecho atribuible a la demandada, cuyas consecuencias ella deba soportar, o se trata, por el contrario, de un hecho ajeno a su círculo de control, de carácter imprevisible e irresistible, que le permita exonerarse de responsabilidad y, por tanto, de pagar las penas y sanciones exigidas por la convocante; y, finalmente, si el incumplimiento es imputable a la convocada y se dan los restantes elementos establecidos en la ley, se determinará si proceden y en qué cuantía las indemnizaciones reclamadas por la convocante a título de cláusula penal y de penalidad de apremio.

Para efectos de abordar el estudio de los temas anteriormente reseñados, el Tribunal procederá a analizar, en primer término, la excepción de mérito denominada "hecho de un tercero", junto con la sexta excepción rotulada "caso fortuito o fuerza mayor", en cuanto que la determinación de si en el presente asunto se presentó o no una *causa extraña*, conducirá al Tribunal a concluir si la tardanza en la entrega del inmueble que se imputa a la convocada debe ser realmente atribuida a ella, de lo que se desprenderá, igualmente, si corresponde analizar la procedencia de la cláusula penal y de la sanción contractual reclamadas por la parte convocante.

2. LA EXCEPCIÓN DE "HECHO DE UN TERCERO" FORMULADA POR LA PARTE CONVOCADA

Frente a las pretensiones planteadas por la Convocante, PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. formuló diversos medios defensivos, dentro de los que se destaca la primera excepción, rotulada "hecho de un tercero", y la sexta, presentada de manera subsidiaria respecto de la primera excepción, denominada "fuerza mayor o caso fortuito", con las que, en síntesis, se solicita al Tribunal que declare que fueron las vías de hecho de terceras personas, ajenas a la Convocada, de carácter imprevisible e irresistible, las que impidieron que la entrega del inmueble se efectuara en las oportunidades convenidas por las partes en los contratos de promesa y de compraventa entre ellas celebrados.

Abordará a continuación el Tribunal el estudio de la temática propuesta por la parte convocada, iniciando con los aspectos teóricos de la materia, para concluir con su aplicación a las circunstancias fácticas del asunto sometido a su conocimiento.

(i) Criterios generales.

Es sabido que para que surja la obligación indemnizatoria a cargo de un sujeto de derecho, es indispensable, además de la verificación de los otros presupuestos de la responsabilidad civil, que se establezca que entre la conducta del demandado -

presunto responsable - y los daños que alega haber sufrido el demandante ha existido una relación de causalidad directa y adecuada. De conformidad con los artículos 1616 y 2341 del Código Civil colombiano, los perjuicios indemnizables son sólo aquellos que sean consecuencia *inmediata o directa* del hecho ilícito, por una parte, y, por otra, la obligación resarcitoria solamente surge para aquel que *"ha cometido delito o culpa que ha inferido daño a otro"* (se destaca).

Siguiendo esos derroteros normativos, el nexo de causalidad, como elemento de la responsabilidad civil contractual, ha sido explicado en sede arbitral en los siguientes términos:

*"Respecto de este otro elemento estructural de la responsabilidad civil, debe señalarse que dicho vínculo consiste en la relación de causa a efecto que debe existir entre el incumplimiento de la obligación pactada y el daño experimentado por el acreedor. Este elemento no se presume y corresponde probarlo al demandante, esto es, al acreedor. Esta tarea probatoria la realiza al demostrar la naturaleza del daño sufrido, toda vez que el actor ha de acreditar que ese daño es directo, lo que significa que es la consecuencia inmediata del incumplimiento, o, en otras palabras, que la inejecución de la obligación explica íntegramente la generación del perjuicio. En síntesis, el demandante debe demostrar que existe un vínculo directo entre el no cumplimiento de lo estipulado y el demérito sufrido."*²¹

Así las cosas, para que haya lugar a la indemnización de un perjuicio con ocasión de la inejecución de una obligación de naturaleza contractual, no basta acreditar la simple infracción al deber de comportamiento convenido – derivado o simplemente exigible- y la existencia del factor de atribución – subjetivo u objetivo-; además, resulta necesario demostrar la existencia de un nexo de causalidad, que *"se reduce, en materia contractual, a que el perjuicio tenga la condición de ser directo, es decir, haber sido 'consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento' (C.C., art. 1616, inc. 1º)"*²² y que, como se expresó, se torne adecuado o idóneo para generar el resultado dañoso (causalidad adecuada).

Ahora bien, existen diferentes eventos que generan la ruptura o interrupción de la cadena causal que ata la actuación del deudor que no ejecuta la obligación a su cargo (deber de prestación) con el daño sufrido por el acreedor y que, por ende, dan lugar a que dicho perjuicio carezca de la condición de ser directo, por lo que no puede ser imputado al demandado. La doctrina trata estos eventos bajo los rótulos de causa

²¹ Tribunal de Arbitramento de Leasing Mundial S.A. contra Fiduciaria FES S.A. Laudo de 26 de agosto de 1997. Árbitros: Jorge Suescún Melo, presidente, Jorge Cubides Camacho y Antonio Aljure Salame.

²² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 3 de noviembre de 1977. M.P. Ricardo Uribe Holguín.

extraña²³, factores exonerativos de responsabilidad²⁴, o interferencias en la relación causal²⁵, entre otras denominaciones, que engloban los diferentes acontecimientos en que se produce un hecho ajeno al demandado - presunto responsable – determinante en la materialización del perjuicio, que sustituye a la actuación de este último como evento generador del daño.

A ese respecto son esclarecedoras las palabras del tratadista italiano ADRIANO DE CUPIS, quien al hacer referencia a la inexistencia de una norma en el Código Civil italiano que consagre la causa extraña como eximente de responsabilidad, explica:

"Más, no se necesita: Admitiendo que subsiste un nexo de causalidad cuando el daño realmente deriva de un hecho del hombre, es obvio que tal nexo no existe cuando el hecho del hombre, aun siendo eficaz para producir el daño, no desenvuelve su propia eficacia causal por habersele añadido otro hecho, que, sin haberlo originado él, impide que desarrolle su eficacia causal, sustituyéndola por la suya propia; por lo que, se pone de relieve entonces, que el hecho preexistente no es idóneo para originar el daño, que se ha obtenido a causa del hecho sobrevenido.

"Precisamente, el supuesto consiste en que la eficacia causal del hecho preexistente, cuando tiene lugar el nuevo hecho, no se ha desplegado, por lo que, puede ser tomada en consideración mientras se desenvuelve, debiendo ser considerada, por tanto, como meramente virtual. Y es sobre este concepto en el que se funda la interrupción de la relación causal, que reconoce la doctrina.

"En otros términos: Si al iniciarse el proceso causal es sustituido por otro, totalmente distinto, he aquí que el efecto se enlaza causalmente a una nueva causa, que es la que realmente lo ha producido, y no a la preexistente que hubiera podido producirlo. La relación causal ahora, se ha interrumpido, o sea, su desenvolvimiento, se ha detenido, se ha impedido su actuación."²⁶

Así las cosas, es claro que la intervención de una causa ajena a la actividad del demandado, que resulte determinante en la producción del daño, impide que se le imponga a dicho sujeto la obligación de reparar las consecuencias desfavorables que se derivan de ese evento, de tal forma que lo exoneran de la responsabilidad civil y, en el campo particular de la responsabilidad contractual, de encontrarse obligado a reparar las consecuencias adversas derivadas de la inejecución de la prestación.²⁷

²³ Cárdenas Mejía, Juan Pablo. *Causa extraña como eximente de responsabilidad*, en obra colectiva: *Derecho de las Obligaciones*, Tomo II. Vol. 1. Ed. Temis. p. 349. (2010)

²⁴ Santos Ballesteros, Jorge. *Responsabilidad Civil*, Tomo I – Parte General. Ed. Temis. p. 423 (2012).

²⁵ Baraona González, Jorge. *La causa del daño en la reciente jurisprudencia chilena*, en obra colectiva *Responsabilidad Civil Derecho de Daños – Teoría General de la Responsabilidad*, Vol. 4. Editora Jurídica Grijley. p. 396 (2006).

²⁶ De Cupis, Adriano. *El daño – Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Ed. Bosch. p. 270. (1996).

²⁷ Al referirse a los efectos del caso fortuito como circunstancia que exime de responsabilidad al deudor, aplicable en nuestro criterio a la causa extraña en general, el profesor chileno Jorge Baraona González, señala que "el caso

Ahora bien, es menester señalar que en el ordenamiento colombiano no existe una norma que contemple la noción de causa extraña y sus efectos; sin embargo, la figura en comentario *"ha sido recogida por nuestra doctrina en la medida en que agrupa aquellos elementos que exoneran de responsabilidad y que son ajenos al deudor o a la persona a la que se pretende imputar la responsabilidad."*²⁸

Tradicionalmente se han considerado por la jurisprudencia y la doctrina como acontecimientos con eficacia causal propia, capaces de interrumpir el nexo de causalidad, y que, por ende, se agrupan bajo el género de *causa extraña*, el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero y el hecho exclusivo de la víctima, este último, correspondiente en la órbita contractual al hecho exclusivo del acreedor de la obligación.

(ii) Elementos o requisitos.

No obstante las particularidades que ofrece cada uno de los eximentes de responsabilidad, antes mencionados, la doctrina y la jurisprudencia, en general, han considerado que los requisitos de imprevisibilidad, irresistibilidad –o inevitabilidad– y exterioridad, desarrollados para el caso fortuito o fuerza mayor, son aplicables *"a todos los eventos que constituyen una causa extraña"*²⁹.

En cuanto a la imprevisibilidad del suceso o evento que constituye la causa extraña, la Corte Suprema de Justicia ha definido los criterios que se deben valorar para efectos de calificar un hecho como imprevisible de la siguiente forma:

"la determinación sobre si un hecho es imprevisible exige, de una parte, 'que no exista manera de contemplar su ocurrencia en condiciones de normalidad, justamente porque se presenta de súbito o en forma intempestiva' (sentencia de 26 de julio de 2005) y, de la otra, examinar 'en cada situación de manera específica los siguientes criterios: 1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) el concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo' (...)" (se subraya) (sentencias del 23 de junio de 2000 y de 29 de abril de 2005).

fortuito en sede de indemnización de daños y perjuicios actúa como circunstancia que exonera al deudor de responder, no en cuanto elimina la 'culpa' del deudor (falta de diligencia debida), sino porque, en principio, destruye la relación de causalidad que debe existir entre el hecho (infracción del contrato) y la persona del deudor. Es decir, si se prueba caso fortuito quiere decir que el acreedor no podrá, como regla, pretender la aestimatio rei o ser indemnizado, pues la falta de cumplimiento se ha producido por una causa no atribuible al obligado. Por ello, el caso fortuito parece ser siempre una circunstancia que excluye la imputación al deudor, en razón que lo básico para estar frente a él es la ruptura causal; el evento de serle extraño." Baraona González, Jorge. Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva. Revista Chilena de Derecho, No. 24. Ed. Pontificia Universidad Católica de Chile. p. 175 (1997).

²⁸ Cárdenas Mejía, Juan Pablo. Causa extraña como eximente de responsabilidad, en obra colectiva: Derecho de las Obligaciones, Tomo II. Vol. 1. Ed. Temis. p. 349. (2010)

²⁹ Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II. Ed. Legis. p. 17 (2007)

Advirtió la Corte, además, en el último fallo citado, que el tercero de los criterios que allí se mencionan, 'es insuficiente, per se, para tildar un hecho como constitutivo de fuerza mayor' y que 'son varios los presupuestos que, en forma conjunta y articulada, deben observarse para que el evento se torne en imprevisible' (se subraya)."³⁰

En relación con el requisito de la irresistibilidad, la jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

*"un hecho sólo puede ser calificado como irresistible, si es absolutamente imposible evitar sus consecuencias, es decir, que situada cualquier persona en las circunstancias que enfrenta el deudor, invariablemente se vería sometido a esos efectos perturbadores, pues la incidencia de estos no está determinada, propiamente, por las condiciones especiales –o personales– del individuo llamado a afrontarlos, más concretamente por la actitud que éste pueda asumir respecto de ellos, **sino por la naturaleza misma del hecho**, al que le son consustanciales o inherentes unas específicas secuelas. Ello sirve de fundamento para pregonar que la imposibilidad requerida para la liberación del deudor, en casos como el que ocupa la atención de la Corte, **es únicamente la absoluta**, cerrándose entonces el camino a cualquier otra.*

*"La imposibilidad relativa, entonces, no permite calificar un hecho de irresistible, pues las dificultades de índole personal que se ciernan sobre el deudor para atender sus compromisos contractuales, o aquellas situaciones que, pese a ser generalizadas y gravosas, no frustran –in radice– la posibilidad de cumplimiento, y que, ad cautelam, correlativamente reclaman la asunción de ciertas cargas o medidas racionales por parte del deudor, **constituyen hechos por definición superables**, sin que la mayor onerosidad que ellas representen, de por sí, inequívocamente tenga la entidad suficiente de tornar insuperable lo que por esencia es resistible, rectamente entendida la irresistibilidad. **Por eso, entonces, aquellos eventos cuyos resultados, por cualificados que sean, pueden ser superados con un mayor o menor esfuerzo por parte del deudor y, en general, del sujeto que los soporta, no pueden ser considerados, en forma invariable, como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, en sentido estricto.***

"Sobre este particular, ha precisado diáfananamente la Sala que la fuerza mayor 'Implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos' (Sentencia del 31 de mayo de 1965, G.J. CXI y CXII pág. 126), lo que será suficiente para excusar al deudor, sobre la base de que nadie es

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de febrero de 2009. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

obligado a lo imposible (ad impossibilia nemo tenetur). Por tanto, si irresistible es algo 'inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias' (Se subraya; sent. del 26 de enero de 1982, G.J. CLXV, pág. 21), debe aceptarse que el hecho superable mediante la adopción de medidas que permitan contener, conjurar o eludir sus consecuencias, no puede ser invocado como constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, frente al cual, se insiste, el ser humano debe quedar o permanecer impotente."³¹ (Se destaca).

En lo que respecta al último de los requisitos de la causa extraña, que es el que, de ordinario, mayor complejidad ofrece en su estudio, la doctrina nacional ha explicado lo siguiente:

"Para precisar realmente a qué se refiere la exterioridad, debe acentuarse que mediante tal requisito se trata de precisar los eventos que a pesar de ser irresistibles e imprevisibles no exoneran al deudor o a la persona cuya responsabilidad se invoca por no ser externos. Con esta perspectiva, la exterioridad hace referencia de manera general a aquellos hechos por los cuales el deudor o la persona cuya responsabilidad se invoca no está llamada a responder. Lo cual implica entonces determinar los riesgos que el ordenamiento considera deben ser asumidos por determinada persona.

(...)

"No basta entonces simplemente afirmar que un hecho es externo o no para determinar si puede dar lugar a exonerar o no, sino que es necesario precisar si un riesgo que por sus características y el régimen de responsabilidad aplicable, el deudor o la persona cuya responsabilidad se reclama debe asumir."³²

En relación con los riesgos que deben ser asumidos por los sujetos en el tráfico jurídico, la jurisprudencia ha considerado que la causa extraña requiere, para cumplir con el requisito de exterioridad, que la situación que se alega como tal "no esté ligad[a] al agente, a su persona, o a su industria"³³. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que un evento solo puede calificarse de causa extraña "si tiene su origen en una actividad exógena a la que despliega el agente a quien se imputa un daño, por lo que no puede considerarse como tal, en forma apodíctica, el acontecimiento que tiene su manantial en la conducta que aquel ejecuta o de la que es responsable."³⁴

³¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 26 de julio de 2005. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

³² Cárdenas Mejía, Juan Pablo. *Causa extraña como eximente de responsabilidad*, en obra colectiva: *Derecho de las Obligaciones*, Tomo II. Vol. 1. Ed. Temis, pp. 360 y 364. (2010).

³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 26 de noviembre de 1999. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

³⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 29 de abril de 2005. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

En consecuencia, en los eventos en que la Corte ha encontrado que *"no pueden considerarse como algo ajeno o extraño al círculo de actividad y de control de la demandada"* o *"no se trata de una circunstancia ajena a la actividad desarrollada por la propia accionada"*³⁵, no ha accedido a reconocer los efectos del referido eximente de responsabilidad, por la falta del requisito de exterioridad. Al fin y al cabo, exterioridad, de acuerdo con la definición del Diccionario de Lengua Española, es *"[c]osa exterior o externa"*; y externa, del latín *externus*, a su turno es un adjetivo que indica que se *"...obra o se manifiesta al exterior, en contraposición con lo interno"*; es decir con aquello que le competiría o podría competir a un sujeto (círculo interno y propio de actuación).

Al precisar el concepto de exterioridad en el ámbito contractual, la doctrina extranjera ha reconocido que, de acuerdo con las nuevas tendencias del pensamiento jurídico, este requisito es tomado en el sentido *"de excluir la relevancia liberatoria de los eventos surgidos en la esfera de organización y control del deudor con arreglo a la teoría del riesgo"*, y que, en ese contexto, *"[l]a 'extraneidad' se mide por la naturaleza de la prestación y el objetivo del contrato..."*³⁶.

Precisado lo anterior, debe señalarse que un hecho que cumple con los requisitos de la causa extraña (ser imprevisible, irresistible y externo) exonera al deudor de la indemnización de perjuicios por la inejecución de la prestación, pero no lo exime necesariamente del deber de satisfacer el interés del acreedor, en la medida en que la prestación aún sea posible. En ese sentido, la doctrina explica que el *"caso fortuito y [la] pérdida de la cosa debida (imposibilidad sobrevenida de la prestación) no son nociones que se reclamen necesariamente, pues es viable que el caso fortuito sólo cumpla una función exoneradora de daños y perjuicios, sin que a su vez se esté frente a la extinción de la obligación, en el evento que no concurren los supuestos propios de la pérdida de la cosa debida, que suponen la imposibilidad objetiva y absoluta de cumplimiento. En otros términos, puede ser que el deudor se exonere de los daños causados por el retraso en cumplir, por beneficiarle un caso fortuito y, no obstante, aún se mantenga en vigor el vínculo obligatorio, quedando expuesto a ser demandado de cumplimiento."*³⁷

Como corolario de lo anterior, es claro que la causa extraña no opera *per se* como mecanismo liberatorio respecto de las obligaciones a cargo del deudor, pues únicamente *"el advenimiento de una causa extraña que obstaculiza absolutamente el cumplimiento de la obligación produce efecto extintivo que libera al deudor de la*

³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de febrero de 2009. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

³⁶ Jordano Fraga, Francisco. *La responsabilidad contractual*. Ed. Civitas. pp. 207 y 210 (1987)

³⁷ Baraona González, Jorge. *Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva*. Revista Chilena de Derecho, No. 24. Ed. Pontificia Universidad Católica de Chile. p. 176 (1997)

*prestación y, asimismo, determina la insatisfacción definitiva del interés del acreedor.*³⁸

Por consiguiente, en los eventos en que el acaecimiento de una causa extraña no da lugar a una imposibilidad de cumplimiento de la prestación de carácter definitivo, sino que genere apenas un impedimento transitorio o temporal para la ejecución de la obligación, la consecuencia que de allí surge es que el deudor no se verá liberado del vínculo jurídico, sin perjuicio de los efectos que se produzcan en cuanto a la eximente de responsabilidad, que evitan el surgimiento del débito indemnizatorio, en particular, de la reparación de los perjuicios derivados de la tardanza.

Siguiendo ese derrotero, se ha señalado que cuando la imposibilidad no es definitiva, sino apenas transitoria, *"ella no extingue la obligación del deudor ni las obligaciones correlativas del acreedor insatisfecho, sino que las suspende hasta que cese el motivo causante de la imposibilidad"*³⁹. Es por ello que se afirma que, frente al deudor, la imposibilidad meramente transitoria *"podrá, a lo sumo, eximirlo de responsabilidad por el daño moratorio que pueda experimentar el acreedor"*⁴⁰, aun cuando se mantenga su deber de satisfacer el interés del acreedor.

En conclusión, el acaecimiento de una causa extraña, como evento que interrumpe o fractura el nexo de causalidad, da lugar a que el deudor no se encuentre en el deber de soportar el débito indemnizatorio por los perjuicios que ha sufrido el acreedor debido a la inejecución de la obligación; sin embargo, para que el evento que constituye la causa extraña opere, además, como mecanismo de extinción de las obligaciones a cargo del deudor, aquel debe cumplir todos los requisitos que exige la imposibilidad sobreviniente de la prestación.

Sentados en términos generales el concepto, las características y los requisitos de la causa extraña como género, se pasará a continuación a profundizar sobre una de sus especies en cuanto ella resulta relevante en relación con el asunto objeto de estudio por el Tribunal, esto es, el hecho exclusivo de un tercero.

(iii) El hecho exclusivo de un tercero

Como se anticipó, el hecho de un tercero es un factor de exoneración de la responsabilidad civil que se enmarca dentro de las denominadas "causas extrañas", y, en materia de responsabilidad civil contractual, consiste en la intervención efectiva y determinante de una persona distinta al deudor de la obligación en la cadena causal que conduce a la producción del daño, cuya consecuencia es eximir totalmente de

³⁸ Gómez Vásquez, Carlos & Aguilar Aguirre, Andrés Felipe. *Riesgo Contractual – La teoría de los riesgos en el derecho privado colombiano*. Sello Editorial – Universidad de Medellín. p. 9 (2009)

³⁹ Ospina Fernández, Guillermo & Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Ed. Temis p. 580 (2009).

⁴⁰ Picasso, Sebastián. *La singularidad de la responsabilidad contractual*. Ed. Abeledo Perrot. p. 179 (2011).

responsabilidad al demandado cuando tal comportamiento aparece como causa exclusiva de la consecuencia dañosa cuya indemnización se pretende.

Frente a este particular evento eximente de responsabilidad, la doctrina especializada señala que *"tradicionalmente se ha considerado que cuando el hecho por el cual se demanda es exclusivamente imputable a un tercero, el demandado debe ser absuelto porque, desde el punto de vista jurídico, no es él quien ha causado el daño"*.⁴¹ Se trata, entonces, de una situación en la que el nexo causal entre la actuación del demandado y el daño irrogado al demandante se rompe o se elimina, por cuanto se concluye, en su lugar, que quien generó el daño es un tercero jurídicamente ajeno a las partes del proceso.

Para que haya lugar a la configuración del hecho de un tercero como eximente de responsabilidad y a la correspondiente desestimación de la pretensión indemnizatoria, además de los requisitos previamente estudiados para la causa extraña (irresistibilidad, imprevisibilidad y exterioridad), la doctrina y la jurisprudencia, unívocamente, exigen que la actuación del tercero se presente como causa exclusiva del daño, punto en el que se profundizará más adelante.

En lo que respecta a los requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad, su análisis en relación con el hecho del tercero no ofrece particularidades especiales, y su examen se realiza en términos similares a los que se utilizan para el caso fortuito o fuerza mayor. En relación con este tema, la jurisprudencia ha sostenido lo siguiente:

*"... cuando un contratante pretende alegar el hecho de un tercero como factor exonerante de responsabilidad deberá probar que tal hecho fue imprevisible e irresistible, pues '...en tanto sea posible prever la realización de un hecho susceptible de oponerse a la ejecución de un contrato, y que este evento pueda evitarse con diligencia y cuidado, no hay caso fortuito ni fuerza mayor. Sin duda el deudor puede verse en la imposibilidad de ejecutar la prestación que le corresponde, pero su deber de previsión le permitirá evitar encontrarse en semejante situación (...) La presunción de culpa que acompaña a quien no ha ejecutado el contrato, no se destruye por la simple demostración de la causa del incumplimiento cuando el hecho así señalado es de los que el deudor está obligado a prever o impedir. Por ejemplo, el robo y el hurto son hechos que se pueden prever y evitar con sólo tomar las precauciones que indique la naturaleza de las cosas...' (G.J.LXIX, pag. 555)' (Sent. Cas. Civ. de 19 de julio de 1996, Exp. No. 4469)."*⁴²

Como se observa, la interrupción del nexo causal por la intromisión, o materialización de la conducta –o sucesión de conductas– de un tercero, requiere que esta última,

⁴¹ Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II. Ed. Legis. p. 130 (2007).

⁴² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de noviembre 2005. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

desde una perspectiva estrictamente jurídica -o con connotación jurídica- no se pueda considerar como algo probable dentro de una sucesión normal, racional u ordinaria de acontecimientos, de tal manera que el agente a quien pretende imputársele la consecuencia nociva del daño hubiese podido adoptar las medidas necesarias y conducentes para evitar sus efectos.

De igual manera, se hace necesario comprobar una imposibilidad objetiva para el agente de impedir las consecuencias de la materialización de hechos que le son ajenos, es decir, que dadas las condiciones particulares en las que se encontraba el sujeto, no podía evitar los efectos producidos por la conducta que otro ejecutó, aspecto que luce de la mayor valía, por cuanto en esta y en otras materias alusivas a la responsabilidad civil, o al Derecho de daños, según se prefiera, el caso concreto, por excelencia, será el que permita arribar a una u otra conclusión, habida cuenta que la constatación de las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar, resultan medulares, como quiera que respuestas categóricas, teóricas y abstractas, desconectadas del *casus* propiamente dicho, pueden tornarse extremas, y, por contera, lesivas de la realidad jurídica, y de la equidad, rectamente entendida.

Por su parte, el requisito de exterioridad plantea la necesidad de analizar, además del punto atinente a los riesgos inherentes a la actividad del empresario, en lo pertinente, la cuestión relativa a las personas por las que pueda estar llamado a responder el demandado – presunto responsable -. Es por esta razón que la Corte ha señalado que *"[d]ebe tratarse antes que nada del hecho de una persona por cuyo obrar no sea responsable reflejo el agente presunto, vale decir, que dicho obrar sea completamente externo a la esfera jurídica de este último."*⁴³ En términos similares, la doctrina internacional contempla como requisitos del hecho de un tercero que el acontecimiento *"[d]ebe ser, antes que nada, el hecho de una persona por la cual no se responde ni directa ni indirectamente (...)"*.⁴⁴

Concretamente, en el ámbito contractual, se ha señalado por la doctrina foránea que *"el deudor responde frente al acreedor no solamente como consecuencia de su propia actividad, sino también como consecuencia de la actividad de las personas que como auxiliares o dependientes suyos hayan intervenido en la preparación o en la ejecución del contrato."*⁴⁵

Así las cosas, es claro que el deudor no podrá alegar como hecho de un tercero, menos con carácter exclusivo, la actuación proveniente de los sujetos que él haya introducido, dispuesto o determinado para la ejecución de la prestación, se encuentren dentro de su círculo efectivo de control, o corresponda al hecho de personas por las que legalmente esté llamado a responder.

⁴³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de octubre de 1992. M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Gaceta Judicial, t. CCXIX número 2458.

⁴⁴ Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños*, Tomo IV - Las Eximentes. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. p. 61. (1999).

⁴⁵ Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II -- Las relaciones obligatorias. Ed. Thomson Civitas. p. 729 (2008).

Es importante destacar que, si bien se exige que la conducta del tercero sea ajena a la esfera del demandado, no es necesario que la misma sea culposa para que produzca sus efectos como eximente de responsabilidad por la interrupción del nexo causal.

Adicionalmente, la posición mayoritaria de la doctrina sostiene que para su operatividad no resulta necesaria la identificación del tercero. Así, por ejemplo, el Profesor JORGE SANTOS BALLESTEROS señala que "(...) *dados los caracteres de imprevisible e irresistible que debe ostentar el hecho del tercero, no se requiere para su configuración en principio que dicho tercero esté individualizado o determinado, o que se tenga su conocimiento o desconocimiento, pues a este respecto basta que exista la certeza razonable de haber de haber sido el daño producido por el obrar de otra persona o grupo de personas, por su actividad en el hecho concreto (...)*"⁴⁶, es decir que se confirme el anunciado carácter externo del hecho (exterioridad), con todo lo que ello supone en el plano causal, como ya se anotó.

Finalmente, para que la conducta del tercero actúe como causa extraña, y exima de responsabilidad al presunto causante del daño esta debe aparecer como causa directa y adecuada del perjuicio sufrido por el demandante, en función de un proceso de validación jurídica, comúnmente conocido como *prognosis póstuma*. Es decir, solo puede señalarse que se ha presentado una efectiva interrupción de la relación causal, cuando la acción u omisión de un agente distinto al demandado aparece como totalmente ajena a la conducta de aquel contra el que se dirigen las pretensiones y, a su vez, como causa exclusiva y adecuada de las consecuencias que el demandante ha padecido.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente:

*"...el hecho del tercero tiene que ser causa exclusiva del daño, aspecto obvio acerca del cual no es necesario recabar de nuevo sino para indicar, tan solo, que es únicamente cuando media este supuesto que corresponde poner por entero el resarcimiento a la cuenta del tercero y no del ofensor presunto, habida consideración que si por fuerza de los hechos la culpa de los dos ha de catalogarse como concurrente y por lo tanto, frente a la víctima, lo que en verdad hay son varios coautores que a ella le son extraños, esos coautores, por lo común, están obligados a cubrir la indemnización en concepto de deudores solidarios (...)"*⁴⁷

Puede ocurrir, entonces, que el hecho del tercero concorra en la cadena causal junto con el hecho del demandado, caso en el cual, de conformidad con la prescripción normativa contenida en el artículo 2344 del Código Civil, operará la solidaridad pasiva

⁴⁶ Santos Ballesteros, Jorge. *Responsabilidad Civil*, Tomo I -- Parte General. Ed. Temis. p. 444 (2012).

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de octubre de 1992. M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Gaceta Judicial, t. CCXIX número 2458.

y el demandante podrá reclamar la reparación de la totalidad del perjuicio a cualquiera o a todos los partícipes de la conducta dañosa.

(iv) El hecho de los empleados, trabajadores, auxiliares o dependientes del deudor frente a los requisitos de la causa extraña

Ahora bien, para analizar bajo qué circunstancias el hecho de un empleado, trabajador, auxiliar o dependiente del deudor se puede erigir como una causa extraña, en la modalidad de hecho exclusivo de un tercero con vocación exonerativa, resulta imperativo estudiar en qué eventos se ve comprometida la responsabilidad contractual del deudor por el hecho de sus auxiliares o, en otras palabras, cuáles son los eventos en los que el deudor se encuentra llamado a responder por el hecho de uno de sus empleados o dependientes cuando éste haya dado lugar a un incumplimiento contractual.

Este evento ha sido estudiado por la doctrina, entre otros, bajo los rótulos de responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones⁴⁸, responsabilidad del deudor por el hecho de sus auxiliares⁴⁹, responsabilidad indirecta por el incumplimiento de las obligaciones⁵⁰, responsabilidad obligacional indirecta⁵¹, o simplemente daños causados por los dependientes⁵². Se trata de un supuesto de responsabilidad que "*compendia las implicancias jurídicas y patrimoniales que recaen sobre un deudor cuando la prestación que ha comprometido frente al acreedor no se cumple, o se verifica de manera inexacta (parcial, tardía o defectuosa), como consecuencia de la actuación de los terceros empleados por el primero para la ejecución de lo debido.*"⁵³, supuesto por lo demás de creciente frecuencia, sobre todo en la esfera empresarial o societaria contemporánea, en la que cada vez más, en natural, se acude a la ejecución prestacional por parte de dependientes o auxiliares del empresario.

En efecto, como lo corrobora la profesora AÍDA KEMELMAJER, al señalar que "*...el hecho de que una persona preste servicios para otra o que trabaje por su cuenta es, en la sociedad contemporánea, de una amplitud extraordinaria. Por eso, negar la responsabilidad del empresario por los daños producidos por estos sujetos,*

⁴⁸ Torralba Soriano, Orencio. *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*. Anuario de Derecho Civil. Ed. BOE, Vol. 24, No. 4, pp. 1143-1166 (1971). La misma denominación es utilizada en la doctrina alemana, Cfr. Medicus, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*, Vol. I. Ed. Bosch, p. 158. (1995)

⁴⁹ Cfr. Visintini, Giovanna. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Tomo 2. Ed. Astrea, pp. 350 – 360. (1999)

⁵⁰ León Hilario, Leysser. *Responsabilidad indirecta por el incumplimiento de las obligaciones. Régimen actual en el Código Civil Peruano y pautas para su modificación*. Revista Thémis, No. 38. Ed. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 89 – 100. (1998)

⁵¹ Banchio, Enrique Carlos. *Responsabilidad obligacional indirecta – Hechos de los representantes y auxiliares del deudor en el cumplimiento de las obligaciones*. Ed. Astrea. (1973)

⁵² Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Daños causados por los dependientes. Modernas tendencias jurisprudenciales*, Ed. Hammurabi (s/f).

⁵³ León Hilario, Leysser. *Responsabilidad indirecta por el incumplimiento de las obligaciones. Régimen actual en el Código Civil Peruano y pautas para su modificación*. Revista Thémis, No. 38. Ed. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 90. (1998)

contractual o extracontractualmente, sería tanto como negar la existencia misma de la empresa, lo que resulta inconcebible. Tradicionalmente esta cuestión se ha visto desde la perspectiva de los hechos ilícitos; hoy, en cambio, se advierte su gran incidencia en la órbita contractual....”⁵⁴

En relación con el soporte normativo de la responsabilidad del deudor por el hecho de sus auxiliares en el Código de Bello, la doctrina chilena ha expuesto lo siguiente:

“Fundamento de esta responsabilidad estricta son dos normas que se refieren a la obligación de dar un cuerpo cierto, cuya doctrina puede ser generalizada a todo tipo de obligaciones contractuales (artículo 1590 I y 1679). Ocurre que al acreedor resulta usualmente indiferente cómo cumple el deudor la obligación que emana del contrato, pero una vez producido el incumplimiento, el deudor responde aunque éste se deba a la negligencia de un dependiente o un contratista. En otras palabras, la responsabilidad del deudor se extiende indistintamente a los hechos del propio deudor y de sus subcontratistas.”⁵⁵

Las normas referidas en el aparte doctrinal citado, encuentran sus disposiciones correspondientes en los artículos 1648 y 1738 del Código Civil colombiano, respectivamente. La primera de estas normas preceptúa:

“ARTICULO 1648. Si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle; a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan del hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable; o a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor.

En cualquiera de estas dos suposiciones se puede pedir por el acreedor la rescisión del contrato y la indemnización de perjuicios; pero si el acreedor prefiere llevarse la especie o si el deterioro no pareciere de importancia, se concederá solamente la indemnización de perjuicios.

Si el deterioro ha sobrevenido antes de constituirse el deudor en mora, pero no por hecho o culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable, es válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre; pero el acreedor podrá exigir que se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercero, autor del daño.” (Se subraya).

⁵⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Daños causados por los dependientes. Modernas tendencias jurisprudenciales*, Ed. Hammurabi, p. 21, (sff).

⁵⁵ Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. p. 168. (2009)

La segunda de las normas antes citadas, que es a la que mayor trascendencia se le ha reconocido en esta materia, establece lo siguiente: "ARTICULO 1738. En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable."

En relación con esta norma, el profesor ARTURO VALENCIA ZEA señala lo siguiente:

*"En derecho moderno, la culpa de los representantes o del personal auxiliar del que se sirve el deudor para cumplir su obligación, se mira como culpa propia del deudor...El art. 1738 del Código Civil, sienta esta importante regla (...). Si hemos de dar un sentido práctico a esta regla debemos referir a los casos en que el deudor se vale de otras personas para ejecutar su obligación, o sea, el denominado personal auxiliar y los representantes tanto legales como convencionales."*⁵⁶

En el derecho comparado, se encuentra que esta regla goza de consagración expresa, entre otras legislaciones, en el Código de las Obligaciones suizo (Art. 101)⁵⁷, el Código Civil alemán (§ 278)⁵⁸, el Código Civil italiano (art. 1228)⁵⁹, y en el ámbito latinoamericano, inspirado en el precepto del derecho italiano, el Código Civil peruano (art. 1325)⁶⁰, y más recientemente, de modo más general, el Código Civil y Comercial argentino (art. 1753)⁶¹.

Ahora bien, el primer concepto que se estudia a la hora de analizar la responsabilidad obligacional indirecta, es precisamente la noción de auxiliares del deudor. Por estos se ha entendido:

"que son terceros (o sea personas distintas al deudor) de los que se vale (...) para cumplir la obligación; o sea, significan jurídicamente ser auxiliares en el cumplimiento. Su misión asignada por el deudor, es la de cooperar en el cumplimiento realizando la prestación o una importante parte de ella. Tal

⁵⁶ Valencia Zea, Arturo & Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho Civil*, Tomo III, *De las obligaciones*. Ed. Temis. p. 330 (1998)

⁵⁷ "Aquel que, incluso de manera lícita, confía a auxiliares tales como personas que viven con él o trabajadores, el cuidado de ejecutar una obligación o de ejercer un derecho derivado de una obligación, es responsable ante la otra parte del daño que causen en el cumplimiento de su trabajo". Traducción tomada de Pizarro Wilson, Carlos. *Obligaciones y responsabilidad civil*. Revista Chilena de Derecho Privado, No. 13. p. 272 (2009)

⁵⁸ "El deudor debe responder de la culpa de su representante legal y de las personas de que se sirve para el cumplimiento de su obligación, de la misma manera que si se tratara de su culpa personal". Traducción tomada de Pizarro Wilson, Carlos. *Obligaciones y responsabilidad civil*. Revista Chilena de Derecho Privado, No. 13. Ed. Universidad Diego Portales. p. 271 (2009)

⁵⁹ "Salvo voluntad distinta de las partes, el deudor que en el cumplimiento de la obligación se vale del obrar de terceros, responde igualmente de los hechos dolosos o culposos de ellos." Traducción tomada de León Hilario, Leysser. *Responsabilidad indirecta por el incumplimiento de las obligaciones. Régimen actual en el Código Civil Peruano y pautas para su modificación*. Revista Thémis, No. 38. Ed. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 91. (1998)

⁶⁰ "El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario."

⁶¹ "Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas".

encargo lo permite el ordenamiento jurídico estimando que el derecho a la prestación que corresponde al acreedor no implica que deba realizarse personal e íntegramente por el deudor, salvo aquellos casos en que su condición personal tenga influencia directa en la prestación o se haya estipulado expresamente. El reclamar la ayuda de otros individuos responde a una exigencia de colaboración, tanto más importante cuanto mayor es el desarrollo, en los tiempos modernos de la vida económica'.⁶²

En relación con los terceros que pueden ser considerados como auxiliares, existe un consenso en que auxiliar es cualquier tercero que el deudor integre a la ejecución del contrato, independientemente de que exista con él una relación de dependencia (trabajadores o empleados) o de que el tercero actúe de manera independiente (subcontratación u *outsourcing*)⁶³. Por consiguiente, es irrelevante frente al surgimiento de la responsabilidad obligacional indirecta el tipo de vinculación que exista entre el deudor y el auxiliar, pues dicha consideración no obsta de ninguna forma para atenuar o eliminar el deber de indemnizar los perjuicios causados al acreedor por el incumplimiento, que puede surgir a cargo del deudor en estos eventos.

En ese sentido, se ha reconocido que el "*hecho de que en materia de responsabilidad contractual el deudor sea responsable no sólo de sus dependientes, sino también de aquellos otros que utiliza en el cumplimiento de su obligación sin que estén en relación de dependencia con él, supone una diferencia considerable respecto de la normativa que rige en materia extracontractual*", pues, en ese último caso, de la responsabilidad extracontractual por el hecho de otro, se requiere una relación de dependencia, que no se exige en materia contractual.⁶⁴

Por otra parte, la doctrina ha negado la calidad de auxiliar a aquel que actúa sin el conocimiento del deudor o con la aquiescencia del acreedor. En ese sentido, se ha

⁶² De Cupis, Adriano. *El daño – Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Ed. Bosch. p.686. (1996)

⁶³ Cfr. Santos Ballesteros, Jorge. *Responsabilidad Civil*, Tomo I – Parte General. Ed. Temis. p. 280 (2012). En el mismo sentido: Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. p. 985. (2009)

⁶⁴ Torralba Soriano, Orenco. *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*. Anuario de Derecho Civil. Ed. BOE, Vol. 24, No. 4, pp. 1160 (1971). Como lo destacó la Corte en sentencia de 3 de marzo de 1996 (Exp. 4636, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss): "*Puestas en este punto las cosas, debe hoy volverse a reiterar que esa relación de dependencia influyente para los efectos del Art. 2347 del C. Civil, es una noción de muy holgado espectro que no es dado reducir a ciertas modalidades de contratación como podrían ser, por ejemplo, las que regula la legislación sustantiva del trabajo o, en el plano civil, el arrendamiento de servicios personales. Es por el contrario y para decirlo con apoyo en las enseñanzas de un afamado expositor (Louis Josserand. Derecho Civil. Tomo II, Vol. 1o. Cap. II, Num. 508), una situación jurídica genérica donde una persona, en su propio interés y conservando la autoridad suficiente para orientar la actividad, vigilarla y controlarla, le encarga a otra el ejercicio de una función, de una empresa o de una tarea cualquiera, así no exista entre ambas vínculo contractual alguno de trabajo puesto que, se repite, a los efectos del Art. 2347 del C. Civil el concepto de "subordinación o dependencia" no supone necesariamente de una fuente de esa clase como lo entendió con acierto el juzgador de segunda instancia en el fallo cuya casación aquí se persigue, y tampoco hace desaparecer la responsabilidad instituida en el precepto tantas veces mencionado, el que la designación del encargado la haya efectuado un tercero distinto al principal. Lo que en verdad importa es, entonces, que para obrar el autor material del daño haya dependido de una autorización del empresario civilmente responsable, luego es claro que la "dependencia" por la que se indaga habrá de resultar de una virtual potestad de control y dirección sobre la conducta de otro, independientemente de que esa labor origen del evento dañoso tenga o no propensión de continuidad y sin que, de igual forma, sea necesaria la existencia de retribución para quien presta el servicio."*

sostenido por la doctrina italiana lo siguiente: "*no se considera auxiliar (...) el tercero que cumple con desconocimiento del deudor, o la persona que asume la obligación directamente frente al acreedor o que haya sido elegido por el propio acreedor, o respecto a cuya utilización este haya dado su consentimiento expreso*".⁶⁵ Como se evidencia, por no tratarse de un tercero que pueda comprometer la responsabilidad del deudor, en cualquiera de los eventos mencionados quien asume los efectos adversos del incumplimiento será el tercero que *motu proprio* o con la aquiescencia del acreedor, ejecutó la prestación.

Adicionalmente, para que el auxiliar comprometa la responsabilidad del deudor, es necesario: i) que la intervención del tercero en la ejecución de la obligación se produzca por iniciativa del deudor, lo que supone un evidente grado de consciencia y voluntariedad de su parte; y, ii) que la actuación del tercero que genera el daño se produzca en cumplimiento de la labor encomendada o en ejecución de las obligaciones para las que se le designó intervenir.

Sobre el primero de estos requisitos se explica en la doctrina alemana, que "*debe haber sido conectado el auxiliar en el cumplimiento por el deudor, para tener que responder, es decir, que actúe allí para este fin con la voluntad del deudor...[e]n el cumplimiento se insertan indudablemente todas las personas que, con la voluntad del deudor, efectúan la actividad de la propia prestación*".⁶⁶

Por su parte, en el derecho español se ha reconocido que este requisito constituye un presupuesto de la noción misma de auxiliar. En ese sentido, FRANCISCO JORDANO FRAGA señala que:

*"esta intervención del tercero por voluntad o iniciativa del deudor es presupuesto de la conceptualización de aquél como auxiliar y, por tanto, de la responsabilidad de éste por él. Cuando el incumplimiento de la obligación obedezca al hecho de un tercero que no es utilizado voluntariamente por el deudor, nos hallamos ante un supuesto distinto: la responsabilidad extracontractual del tercero frente al acreedor (tutela aquiliana del derecho de crédito) y la liberación del deudor de su responsabilidad (contractual) frente a su acreedor, siempre que no haya dejado de adoptar las medidas exigibles para evitar el daño del tercero que le imposibilita de cumplir o de hacerlo exactamente (...) y el deudor, caso de no dar la prueba liberatoria responde (contractualmente) no por hecho ajeno, sino suyo (no haber preservado la integridad del cumplimiento)".*⁶⁷

Finalmente, en la doctrina peruana se ha expuesto que este requisito hace referencia a "[q]ue el tercero haya sido autorizado por el deudor para ejecutar la prestación a su cargo; por ende, basta que el tercero auxiliar haya sido asociado para el

⁶⁵ Cfr. Visintini, Giovanna. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Tomo 2. Ed. Astrea. p. 354. (1999)

⁶⁶ Medicus, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*, Vol. I. Ed. Bosch. p. 158. (1995)

⁶⁷ Jordano Fraga, Francisco. *La responsabilidad contractual*. Ed. Civitas. nota al pie 262. pp. 562 - 563 (1987).

*cumplimiento de la obligación a instancias o con anuencia del deudor obligado, tanto para efectivizar el cumplimiento o cooperar al mismo*⁶⁸.

En lo que respecta al segundo de los requisitos se ha debatido sobre si la responsabilidad del deudor únicamente surge por el hecho de su auxiliar en el cumplimiento de la labor encomendada, o si, por el contrario, el campo de aplicación es más amplio y deben tenerse en cuenta los daños causados por el auxiliar *con ocasión* de su gestión.

En el derecho alemán importantes autores se han pronunciado a favor de la primera de estas doctrinas⁶⁹, entre los que destaca KARL LARENZ, quien sostiene lo siguiente:

*"[e]l deudor responde en todo caso únicamente por la culpa de las personas por él empleadas en el cumplimiento de la obligación, lo cual ha de entenderse en el más amplio sentido, comprensible no sólo del deber de prestación propiamente dicho, sino también de las obligaciones preparatorias y de las de protección o conservación. Pero la culpa de la persona auxiliar ha de radicar 'en el' cumplimiento de estas obligaciones, y no ha de tener lugar solo ocasionalmente con motivo de una actividad que esté en relación con aquellas."*⁷⁰

Por otra parte, como uno de los defensores de la responsabilidad del deudor por los daños causados por sus auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones y con ocasión de su gestión se cita al italiano FRANCESCO FERRARA, quien señalaba *"que el deudor responde respecto de los auxiliares de ambos tipos de daños, indicando entre otras razones que al acreedor le es indiferente que el auxiliar lo perjudique mientras ejecuta la obligación o aprovechándose de su cualidad: en ambos casos sufre un daño que le proviene de la esfera económica del deudor y del que tiene derecho a ser resarcido."*⁷¹

En el mismo sentido DIETER MEDICUS pone de relieve que progresivamente se ha ido ensanchado el ámbito de responsabilidad del deudor por el hecho de sus auxiliares. Esto se evidencia en el hecho de que en el derecho alemán se ha aceptado, en algunos casos, la aplicación de este régimen de responsabilidad *"para todos aquellos daños que han sido facilitados considerablemente por la transmisión de la actividad al titular"*⁷². Con todo, el referido tratadista reconoce que la opinión dominante en el derecho

⁶⁸ Osterling Parodi, Felipe & Castillo Freyre, Mario. *Responsabilidad en obligaciones ejecutadas por terceros*. Revista Lex, No. 13, Año XII. Ed. Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas. p. 151. (2014).

⁶⁹ A ese respecto se ha sostenido por los autores alemanes tradicionales: *"Pero la responsabilidad solo tiene lugar si estas personas se conducen culposamente en el cumplimiento de la obligación del deudor. La Responsabilidad no puede ser entendida a una culpa cometida solo con ocasión de este cumplimiento"* Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor & Wolff, Martin. *Tratado de derecho civil*, Tomo II, Vol. I. Ed. Bosch. pp. 231 – 232 (1944)

⁷⁰ Larenz, Karl. *Derecho de obligaciones*, Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. p. 297 (1958)

⁷¹ Torralba Soriano, Orenco. *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*. Anuario de Derecho Civil. Ed. BOE, Vol. 24, No. 4, pp. 1164 (1971).

⁷² Medicus, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*, Vol. I. Ed. Bosch. p. 161. (1995)

alemán excluye la responsabilidad del deudor por los daños causados por el auxiliar con ocasión de la ejecución de la labor encomendada. A ese respecto señala:

*"Según la todavía opinión dominante, el auxiliar debe haber perjudicado al acreedor 'en el cumplimiento' del negocio que se le ha encomendado y no simplemente 'con ocasión' de este cumplimiento. Como ejemplo de una actuación meramente 'con ocasión', se menciona, por ejemplo, que al efectuar la colocación de un cristal en la ventana de la casa de un cliente, el aprendiz encargado comete un robo. Un daño aun 'en cumplimiento', se admite por el contrario, cuando el aprendiz por una maniobra poco hábil, destroza con una escalera de mano otros cristales (si bien por supuesto, tampoco se le ha encomendado)."*⁷³

Esta última visión sobre la materia es la que goza de mayor acogida entre los diferentes autores que se han encargado de estudiar la responsabilidad del deudor por el hecho de sus auxiliares⁷⁴, y se considera que es la más coherente con la estructura de la responsabilidad civil contractual, en cuanto que la responsabilidad del deudor únicamente puede comprometerse por la infracción del contenido prestacional convenido por los contratantes, que no en la vulneración de los deberes generales de comportamiento.

En efecto, no toda interacción dañosa que se produzca entre dos personas que tengan la calidad de deudor y de acreedor en una determinada relación contractual, tiene la virtualidad de constituir un supuesto de responsabilidad concreta. Al respecto, se ha aludido a los *daños producidos con ocasión del contrato* para referirse a aquellos perjuicios que tienen lugar durante la vigencia de un vínculo contractual entre el agente dañador y la víctima, pero que no están referidos al incumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato. En palabras de Tamayo Jaramillo, *"hay una serie de daños que en el espacio y en el tiempo están relacionados causalmente con la ejecución del contrato, pero que no constituyen el incumplimiento de ninguna de las obligaciones contraídas."*⁷⁵

⁷³ Medicus, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*, Vol. I. Ed. Bosch. p. 160. (1995)

⁷⁴ Además de los autores alemanes referidos, otros doctrinantes que siguen esa posición son: Jordano Fraga, Francisco. *La responsabilidad contractual*. Ed. Civitas. p. 562 (1987); Torralba Soriano, Orencio. *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*. Anuario de Derecho Civil. Ed. BOE, Vol. 24, No. 4, p. 1165 (1971); Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Ed. Abeledo-Perrot. p. 400 (2004). Referido al derecho francés Becqué señala: *"la cuestión de la responsabilidad contractual por otro queda estrictamente ligada a la ejecución de la obligación: se trata de saber si el deudor es responsable de la falta de cumplimiento por el hecho de sus agentes, ó si se puede invocarlo como una causa extraña que acarree su liberación; siempre que se trate de un daño sin vínculo directo con la ejecución, por ejemplo del deterioro de un objeto del acreedor que no está in obligacione, no puede presentarse esta cuestión; si el deudor es responsable, no será ya en virtud de su contrato, sólo podrá ser en el terreno delictual, en cuanto comitente; porque el comitente responde, en el terreno del artículo 1384, de los hechos dañosos de su dependiente, ya sean ejecutados en ejercicio de las funciones de éste, ó sólo con ocasión de ese ejercicio."* Becqué, Emite. *De la responsabilidad por el hecho de otro en materia contractual contribución al estudio de derecho comparado de las obligaciones (III)*, en *Doctrinas esenciales – Derecho Civil – Obligaciones*, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. p. 548 (2010)

⁷⁵ Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I. Ed. Legis. p. 79 (2007)

Esta situación debe ser evaluada a la luz de la función integradora de la buena fe, pues de ella emanan una serie de deberes secundarios, complementarios o especiales de conducta, en virtud de las cuales el contenido obligacional se expande para abarcar imperativos comportamentales no previstos expresamente por las partes, cuya infracción compromete la responsabilidad del deudor. Por esta razón, los daños con ocasión del contrato son todos aquellos que se producen al margen del contenido prestacional del negocio jurídico, que incorpora tanto obligaciones principales o nucleares como los deberes secundarios, complementarios o especiales de conducta. Con todo, los deberes complementarios de conducta cuya infracción puede generar responsabilidad contractual son únicamente aquellos que de conformidad con la naturaleza de la obligación sean inherentes e imprescindibles para la satisfacción del débito prestacional "primario".

Así las cosas, si el deudor únicamente es responsable bajo el régimen de la responsabilidad contractual por los comportamientos constitutivos de infracción de la obligación nuclear o de los deberes secundarios de conducta, no habría razón para que esa responsabilidad se viera agravada cuando el deudor emplea auxiliares en la ejecución del contrato. En ese sentido, la doctrina ha sostenido que *"la situación del deudor no puede empeorarse porque emplee, de una manera lícita, auxiliares; debe pues responder de sus actos y omisiones dañosas en la medida, y sólo en la medida en que habría sido responsable, en el terreno contractual, si hubiera ejecutado él mismo: siempre que no esté obligado a actos personales en virtud de la relación obligatoria; pero en el terreno de los actos ilícitos, no responderá contractualmente de los mismos actos cometidos por los auxiliares."*⁷⁶

No obstante lo anterior, no debe entenderse que la admisión de esta posición sitúe al acreedor – víctima, a quien el auxiliar le ha causado un perjuicio con ocasión de la ejecución de las labores que le fueron encomendadas, en una situación de desprotección; como lo ha refrendado la doctrina, *"[f]uera del marco del cumplimiento de lo pactado, los daños causados por los auxiliares siempre pueden ser resarcidos, pero por la vía de la responsabilidad extra-contractual."*⁷⁷

Ahora bien, cuando se presentan las circunstancias y requisitos previamente señalados en relación con el incumplimiento gestado por un auxiliar, la consecuencia en cuanto a los medios de defensa con los que cuenta el deudor y, específicamente, la alegación de una causa extraña, es que se excluye *"como causal de exoneración o causa no imputable al deudor la conducta del auxiliar, como ocurre en la responsabilidad extracontractual por el hecho de otro."*⁷⁸ Lo anterior, por cuanto *"[l]a actuación del auxiliar, cuando es instrumentada para el cumplimiento de la obligación,*

⁷⁶ Becqué, Emile. *De la responsabilidad por el hecho de otro en materia contractual contribución al estudio de derecho comparado de las obligaciones (III)*, en *Doctrinas esenciales – Derecho Civil – Obligaciones*, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. p. 548 (2010)

⁷⁷ León Hilario, Leysser. *Responsabilidad indirecta por el incumplimiento de las obligaciones. Régimen actual en el Código Civil Peruano y pautas para su modificación*. Revista Thémis, No. 38. Ed. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 94. (1998).

⁷⁸ Santos Ballesteros, Jorge. *Responsabilidad Civil*, Tomo I – Parte General. Ed. Temis. p. 282 (2012).

*no es ajena al deudor y no puede, por ende, ser tenida como causa impeditiva del cumplimiento, apta para liberarlo de responsabilidad.*⁷⁹

En consecuencia, en el ámbito de la responsabilidad contractual, el deudor no puede alegar como constitutivo de un eximente de responsabilidad (hecho exclusivo de un tercero) la actuación de las personas que ha introducido o dispuesto para la ejecución del contrato; sin embargo, comoquiera que la atribución de responsabilidad en esos supuestos se fundamenta en la consideración de que el auxiliar ha sido designado voluntariamente por el deudor y que sus actos están directamente relacionados con la ejecución del programa prestacional, es claro que si el demandado logra demostrar que no designó al tercero que infringió el contrato o que el daño que se reclama no se deriva de la defectuosa o tardía ejecución de las obligaciones encomendadas, en esas circunstancias podría dejar a salvo su responsabilidad, siempre que acredite la concurrencia de los demás requisitos de la causa extraña. De darse esas mismas condiciones, el hecho del empleo del empresario operará como causa extraña, librándolo de la responsabilidad contractual que le es imputada.

Resta por señalar, finalmente, dos aspectos muy concretos: a) que el ámbito de aplicación del concepto "*personas por quienes [el deudor] fuere responsable*" es más amplio que el que se refiere específicamente a los auxiliares del deudor (empleados, trabajadores, subcontratistas, etc.), toda vez que en aquella expresión se incluyen también los sujetos respecto de los cuales el deudor ejerce labores de dirección, orientación o supervisión, como los hijos de familia o los allegados que habiten con él, por cuya conducta dañosa puede ser obligado a reparar los correspondientes perjuicios; y b) que la categoría en referencia, es decir la de "*personas por quienes el deudor fuere responsable*", en principio no cobija o se refiere a quienes actúan abiertamente en contraposición, en contravía o en desafío de lo institucional y jurídico, *v.gr.*: cuando se acude a actos de fuerza, de violencia en sus diversas manifestaciones, a típicas vías de hecho, a actos de sabotaje, entre otros más, en cuyo caso no podrá endilgarse al referido deudor responsabilidad, en razón de que en el momento en que se sobrepasa dicha línea de conducta, no puede tornárselo responsable, así se trate, en gracia de discusión de empleados, trabajadores o funcionarios suyos, como tiene lugar tratándose en puntuales supuestos propios del Derecho del trabajo, como ulteriormente se mencionará en aparte especial.

(v) La huelga de los trabajadores como causa extraña

En sentencia de 4 de julio de 2002, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de aproximarse a la valoración de la huelga como evento que impide al deudor cumplir su obligación, ocasión ésta en la que concentró su estudio en el requisito de previsibilidad para efectos de definir si en estos supuestos se está en presencia de una causa extraña. En esa oportunidad el Alto Tribunal no

⁷⁹ Pizarro, Ramón Daniel & Vallespinos, Carlos Gustavo. *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*, Tomo 3. Ed. Hammurabi. p. 149. (1999).

aceptó la defensa que presentó la demandada con fundamento en que su incumplimiento estaba eximido de consecuencias indemnizatorias, toda vez que se había presentado por la huelga de sus trabajadores, pues consideró que se trataba de una suspensión de actividades realizada de conformidad con la ley laboral, que había sido consecuencia de un frustrado proceso de negociación colectiva, caso en el cual no se trataba de un evento repentino o inesperado, como se sigue de las consideraciones que se transcriben *in extenso* a continuación:

"Del compendio del cargo primero se establece que la inconformidad del recurrente radica esencialmente en el hecho de que el fallador hubiese exonerado de responsabilidad a la parte demandada por el incumplimiento del término acordado para la reparación de la motonave Patricia I, con fundamento en un caso fortuito o fuerza mayor, sin que exista en los autos prueba de él, "como tampoco existe la prueba de la ausencia de culpa en el demandado, tanto anterior como coetánea al hecho que se indica cual de fuerza mayor..."

*Siendo ese el **quid** de la acusación, conviene recordar que para que un hecho pueda considerarse constitutivo del fenómeno en mención debe estar revestido de dos características esenciales como son la imprevisibilidad y la irresistibilidad. Tiene lugar la primera cuando se trate de un acontecimiento "súbito, sorpresivo, excepcional o de rara ocurrencia", mientras que la segunda se tipifica cuando tal acontecer sea "inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias" (Sent. de Cas. Civ. de 26 de enero de 1982). Más recientemente (Sent. de 23 de junio de 2000), la Corte reiteró similar criterio.*

Dichas características deben examinarse discrecionalmente de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto, pues como lo tiene dicho la jurisprudencia, resulta imposible hacer una relación taxativa de los sucesos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito liberatorios de responsabilidad por el incumplimiento o el cumplimiento tardío o defectuoso de una determinada obligación contractual, porque "cuando de tal fenómeno jurídico se trata, no sólo hay que examinar la naturaleza misma del hecho sino indagar también si éste reúne, con respecto a la obligación inejecutada, los siguientes caracteres: a) No ser imputable al deudor, b) No haber concurrido con una culpa de éste, sin la cual no se habría producido el perjuicio inherente al cumplimiento contractual; c) Ser irresistible, en el sentido que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor -dominado por el acontecimiento- en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad relativa) de ejecutar la obligación; d) Haber sido imprevisible, es decir que no haya sido lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trate, como lo hay con respecto

a toda clase de acontecimiento, una posibilidad vaga de realización". (Cas. Civ. de 5 de julio de 1935).

De ahí que la Corte al fijar la verdadera inteligencia del precepto que define el fenómeno en mención haya considerado que, "el naufragio, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, propuestos por el artículo citado (1º de la ley 95 de 1890) como ejemplos de casos fortuitos, no son siempre y en todo evento causas de irresponsabilidad contractual. Eso depende de las circunstancias y del cuidado que haya puesto el deudor para prevenirlos", porque, explica, "Si el deudor a sabiendas se embarca en una nave averiada, que zozobra; si temerariamente se expone a la acción de sus enemigos o comete faltas que lo coloquen a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieren evitado la inundación de su propiedad, sin embargo de que se cumple un acontecimiento por naturaleza extraño o dominador, no configuraría un caso fortuito." (Sent. de 31 de agosto de 1942, G.J. 1989, pág. 376, reiterada entre otras en Cas. Civ. de 20 de noviembre de 1989).

*2. A la luz del anterior marco teórico, es indudable que el Tribunal incurrió en el yerro de **facto** que se le achaca, al considerar que la huelga realizada por los trabajadores de la empresa demandada constituía un hecho de fuerza mayor justificativo del incumplimiento del término pactado para la reparación de la citada motonave, pues al rompe se advierte que tal apreciación acusa contraevidencia, porque el acta del 17 de junio de 1991, en la que aparece consignada la época precisa en que se realizó la etapa de arreglo directo entre los mencionados (fol. 58, C.1), muestra sin lugar a dudas, que era perfectamente previsible que una cesación de labores por parte de estos últimos podía presentarse en un futuro muy próximo, como quiera que de acuerdo a la legislación laboral, una vez concluida la etapa en mención "sin que las partes hubieren logrado un acuerdo total sobre el diferendo laboral", quedan autorizados los trabajadores a optar por la declaratoria de huelga, decisión que tiene que adoptarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la terminación de aquélla (artículo 61 de la Ley 50/90 que subrogó el artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo), la cual tendrá además que efectuarse, no antes de los dos días hábiles siguientes a su declaración, ni después de diez (artículo 62 **ejúsdem**, que subrogó el artículo 62 **ib.**).*

*Por tanto, si en este caso la etapa de arreglo directo finiquitó el lunes 24 de junio de 1991, según consta en el citado documento (fol. 58 C1), para la fecha en que fue recibida por parte de la demandada la motonave cuya reparación había sido contratada -2 de julio de 1991-, no era ajeno a ésta, que en cualquier momento podía desatarse una huelga, como en efecto acaeció a los ocho días siguientes (fol. 56 **ib.**), sin que en modo alguno exculpe su conducta el hecho de que la embarcación hubiese ingresado a*

sus astilleros en forma tardía, pues si consideraba que la demandante estaba incurso en incumplimiento debió haber demandado la resolución del contrato, pero al no haber elegido ese camino, implicó la aceptación tácita de la modificación de los términos señalados en la comunicación del 12 de marzo de 1991 (fol. 16 C.1), al recibir el 2 de mayo de 1991 la orden de trabajo y el anticipo del valor de las obras que se había obligado a realizar, así como al admitir en sus astilleros la motonave el citado 2 de julio. Dicho en otras palabras, si Unial S.A. consideraba que Marenas y Cía. Ltda. había incumplido el convenio, debió haberse abstenido de recibir los elementos anotados y optar por la ejecución del contrato previa advertencia a la demandante, de que existía la posibilidad de presentarse en un término muy próximo una parálisis de labores que seguramente impediría la realización oportuna de las reparaciones contratadas, porque a pesar de que en la citada comunicación se dijo que el plazo de entrega era de quince días hábiles, "contados a partir de la fecha de recibo de la orden y cancelación del anticipo", tal término en una sana lógica sólo podía contarse a partir de la entrada de la embarcación a los astilleros de Unial S.A.; desde luego que en el citado documento no se dijo nada en contrario."⁸⁰

De esa manera, la jurisprudencia sentó un criterio general, consistente en que, en casos como el que tuvo la oportunidad de analizar, la huelga legalmente declarada no puede servir como eximente de responsabilidad, cuando el deudor ha asumido la obligación incumplida en un momento en el que se puede anticipar que va a sobrevenir el cese de actividades por parte de los trabajadores. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia reconoce que no basta para el empresario alegar la huelga de los empleados, pues para eximirse de responsabilidad debe, además, demostrar que se cumple con los demás requisitos de la causa extraña, atendidas las circunstancias del caso, lo que no quiere significar que, de cara a puntuales hipótesis no examinadas en el fallo en cuestión, puede llegar a concluirse lo contrario, dado que la jurisprudencia, bien se sabe, no puede examinarse con total abstracción del caso juzgado, que será en últimas el que la delimite y acote y, por lo tanto, le de fundamento específico.

Esta posición, así expresada, es compartida por un sector de la doctrina foránea, que reconoce, de manera general, que el mero hecho de la huelga no constituye, por sí mismo, un evento que exima de responsabilidad al deudor, pues frente a este evento debe analizarse si reúne todos los requisitos de la causa extraña, a lo que se agrega, especialmente, que también es necesario valorar si se trata de una huelga ilegal⁸¹, pues la respuesta podría llegar a variar, conforme a las circunstancias.

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 4 de julio de 2002. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

⁸¹ Esta posición es compartida por jurisprudencia argentina. Sobre ese particular se pueden consultar: Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, 30 de Junio de 2005 (Caso Recurso De Cámara Nacional De Apelaciones En Lo Civil y Comercial Federal N° 8.966/92 del 30 de Junio de 2005.) y

En ese sentido, por parte de la doctrina especializada del derecho de las obligaciones se ha expuesto lo siguiente:

*"En principio la huelga no es un caso fortuito, pero puede llegar a serlo cuando reúna todos los caracteres de tal, es decir cuando cierra al deudor toda perspectiva de cumplimiento. Sólo la huelga ilegal puede constituir caso fortuito; la huelga declarada legal prueba que la actitud de resistencia del empleador ha sido irrazonable, y no puede servir para eximirlo de responsabilidad frente a los terceros con quienes hubiera contratado."*⁸²

Y lo mismo ha hecho la doctrina en sede de la responsabilidad civil contractual, como sucede con lo aseverado por el profesor JORGE BUSTAMANTE ALSINA:

*"La huelga no es sí misma un caso fortuito o de fuerza mayor que pueda ser invocado por el deudor para eximirse de responsabilidad por la inejecución de la obligación. En este caso, como en cualquier otro, debe demostrarse que se hallan reunidos los caracteres que definen el 'casus'. (...). Por ejemplo, no sería caso fortuito la huelga motivada por el incumplimiento patronal de leyes o convenios laborales. En cambio, tendría ese carácter una huelga general del gremio tendiente a apoyar reclamos de mejoras salariales, o condiciones de trabajo; como así una medida de fuerza decretada en solidaridad con otros gremios o con fines políticos"*⁸³

Para explicar el razonamiento de que únicamente la huelga ilegal puede ser considerada como evento eximente de responsabilidad, la doctrina argentina explica que "[e]n el criterio actual, para calificar a una huelga como caso fortuito, se indaga si ella es legal o ilegal, lo cual en principio es establecido por la autoridad administrativa. Sólo la huelga ilegal configura el caso fortuito, porque implica una actitud intempestiva adoptada por los obreros, generalmente motivada por circunstancias ajenas al trabajo. En cambio, si la huelga es legal, el deudor carece de derecho a invocarla como caso fortuito."⁸⁴

Adicionalmente, se ha considerado que la huelga, para erigirse como un evento de causa extraña tiene que tener cierta magnitud. Sobre ese particular se señala que "excepcionalmente puede configurarlo si, además, de los requisitos señalados anteriormente, se trata de una huelga general, que abarque a todo un gremio o, con mayor razón, a todos ellos o una parte importante de los mismos, particularmente

Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, 30 de Marzo de 2010 (caso Bunodiére Paute Clotilde y Otro C/ Aerolíneas Argentinas S.a. S/ Daños y Perjuicios)

⁸² Llambías, Jorge Joaquín; Raffo Benegas, Patricio & Sassot, Rafael. *Manuel de Derecho Civil – Obligaciones*. Editorial Perrot. p. 83. (1997)

⁸³ Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*, Ed. Abeledo Perrot, p. 268 (1983).

⁸⁴ Alterini, Atilio Aníbal; Ameal, Óscar José & López Cabana, Roberto. *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*. Ed. Abeledo Perrot. p. 364 (1995).

*cuando es declarada ilegal y afecta a personal especializada que no es dable sustituir.*⁸⁵

Hay también doctrinantes que, con un carácter más general, aun cuando sin desconocer que es necesario que se cumplan "...*ciertas características*", entienden que en principio la huelga puede tornarse en una causa extraña, aún sin ser ilegal. Es el caso del profesor PHILIPPE LE TOURNEAU, quien pone de presente que:

*"El deudor puede escapar a las consecuencias de su incumplimiento demostrando una causa de exoneración, es decir una causa extraña que no le es imputable. La principal causa extraña es la fuerza mayor (llamada también caso fortuito). Esta es cualquier hecho de la naturaleza (tempestad, huracán, inundación...), cualquier hecho social (huelga, guerra...) o cualquier hecho de autoridad (requisición, expropiación, embargo)"*⁸⁶ (se destaca).

En sentido similar, el profesor CHRISTIAN LARROUMET, aludiendo a la causa extraña, memora que:

*"...la irresistibilidad se aplica al acontecimiento mismo, es decir ella supone que el deudor no haya podido impedir la ocurrencia del acontecimiento (por ejemplo, una empresa no pudo evitar la huelga de su personal, si ella fue provocada por un sindicato que protestaba contra una política de salarios impuesta por la autoridad pública", a lo que agrega que la jurisprudencia francesa ha entendido que, por sus características, "...una huelga sin preaviso constituye un caso de fuerza mayor para el empleador"*⁸⁷

Algunos autores centran su estudio en la valoración del requisito de exterioridad, pues si se trata de una huelga que está dentro de la esfera de control del empresario, este no podrá dispensarse de su responsabilidad, con mayor razón si no se puede considerar *'inesperada'*. Esta posición sobre el tema la ha explicado Díez-PICAZO en los siguientes términos:

"Si se acepta el punto de vista aquí sostenido, lo que habrá que examinar, fundamentalmente, es la medida en que la huelga constituye una disfunción de la empresa del deudor, que es inferior a ella, y por consiguiente, colocada dentro de la esfera de control y de planificación del deudor. En este sentido sólo podrán ser consideradas como casos fortuitos las huelgas absolutamente inesperadas (en este sentido no lo será nunca la normal huelga primaveral que coincide con la aprobación de los convenios colectivos) o aquellas otras que por su generalidad escapan a la esfera de control y de influencia del deudor.

⁸⁵ Pizarro, Ramón Daniel & Vallespinos, Carlos Gustavo. *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*, Tomo 3. Ed. Hammurabi. p. 298. (1999).

⁸⁶ Le Tourneau, Philippe. *La responsabilidad civil profesional*, Editorial Legis, p. 22 (2014).

⁸⁷ Larroumet, Christian. "La causa extraña", en *Los contratos en derecho privado*, Universidad del Rosario y Legis, p.298 (2007).

*"Las anteriores condiciones se ven corroboradas si se piensa en lo ilegítimo que significa, transferir a los acreedores, que han contratado con el empresario, los daños que a este le ocasiona la huelga, y que deben ser siempre soportados por el empresario y no transferibles o trasladables a terceros."*⁸⁸

Lo mismo puede predicarse de la jurisprudencia española, la que, en lo aplicable, ha "...asumido de forma decidida la doctrina relativa a la interioridad o exterioridad del evento", pues "...exige que, para apreciar la existencia de una fuerza mayor no sólo el carácter externo del evento originador del daño, sino también la concurrencia de los factores de imprevisibilidad y evitabilidad. Sobre estas propuestas, se ha declarado la existencia de fuerza mayor en los daños causados por: Tumultos, **huelgas**, sedición popular"⁸⁹ (se destaca).

Esta aproximación, que ha sido denominado como objetiva, es compartida por la profesora italiana GIOVANNA VISINTINI, quien se pronuncia de manera crítica en relación con la aproximación tradicional de la jurisprudencia de su país sobre este fenómeno –aproximación subjetiva–, para en su lugar proponer su estudio desde la perspectiva del riesgo de la empresa. A ese respecto la autora referida manifiesta:

"Finalmente, en la categoría del hecho del tercero como causa no imputable, la jurisprudencia tiende a incluir la huelga, sea que se trate de huelga general o política o de una puesta en marcha sólo por los dependientes del empresario cuyas obligaciones permanecen incumplidas.

"Es interesante notar que al efecto de determinar si este último caso es una causa no imputable del incumplimiento, los jueces realizan una investigación orientada a examinar si el empresario ha sido el culpable de la violación de deberes contractuales respecto de los dependientes y si ha resistido razonablemente a las pretensiones de los huelguistas. Pero este modo de argumentar implica acudir a un concepto de culpa en sentido económico, o sea, diverso de la acepción tradicional, y sería más correcto si se caracterizase la huelga soportada por un empresario en particular como una disfunción del empresario deudor y, por tanto, como causa imputable a él."

Es importante poner de relieve que no debe caerse en el equívoco de considerar que por el simple hecho de que el empresario asuma, en línea de principio, el riesgo por los hechos de sus trabajadores, esa sola situación compromete su responsabilidad frente a cualquier evento de huelga o suspensión de las labores por parte de sus auxiliares, menos si en su momento se acude a la fuerza o a otros expedientes que, de plano, la desdibujan o distorsionan. En este sentido, entre quienes abogan por la

⁸⁸ Díez Picazo, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Tomo II. Ed. Civitas. p. 594 (1996).

⁸⁹ Reglero Campos, Fernando. *Tratado de la responsabilidad civil*, T.I, Ed. Aranzadi Thompson, p.350 (2002).

tesis expuesta, se ha reconocido que "...cabe aludir a un supuesto en que habitualmente la acción de sus trabajadores determina el incumplimiento de una obligación por parte del empresario: la huelga. Es objeto recurrente de discusión el determinar si ella puede o no constituir una causa de exoneración del empresario. Desde la perspectiva planteada en estas líneas, prima facie podría afirmarse que, por tratarse de un hecho que se vincula directamente con el desarrollo de la actividad de la empresa y por tener su origen inmediato en un elemento de la misma, como son los trabajadores, la huelga se incorpora dentro de los riesgos que el empresario asume por el contrato, por formar parte de su riesgo típico, de modo tal que no cabe exoneración de su parte por no ser un hecho externo a él. Sin embargo, tal afirmación puede resultar desmentida por el contenido concreto del contrato en que incide la huelga, pues éste puede impedir incorporar, por vía de interpretación, determinados conflictos laborales con que el empresario no debía contar como riesgo de su cargo, y por lo tanto, tampoco el acreedor podía esperar de su parte el control de los mismos. Así puede ocurrir con las huelgas ilegales surgidas en empresas sin antecedentes de ese tipo, o aquellas que son consecuencia de movilizaciones generales de trabajadores que no existían al momento de la celebración del contrato. Una regla válida de manera absoluta es muy difícil de establecer. Lo claro es que en definitiva debe prevalecer el contenido del contrato que, interpretado en los términos expresados anteriormente, debe ser la fuente de la solución en cada caso concreto."⁹⁰

Y también resulta relevante expresar, en consonancia con lo manifestado precedentemente, que así la huelga en un momento determinado llegue a denotar o significar falta, culpa, o una actuación irregular de los empleados o trabajadores, no por ello puede pretextarse que el empleador deberá responder justamente por los actos de ellos y que, en tal virtud, no puede de ninguna manera implorar los efectos liberatorios de la causa extraña, puesto que en tales circunstancias, obviamente de la mano del caso individual, la huelga podría ser tenida como una de las "especies de causa extraña" en el dominio contractual, según lo confirma el profesor Tamayo Jaramillo, a juicio de quien:

"Puede ocurrir que los trabajadores de una empresa declaren una huelga no imputable a culpa del patrono, motivo por el cual no puede cumplir su obligación contractual. En principio, siendo una falta de sus propios dependientes, el patrono deudor no podría liberarse de la obligación porque de todas maneras, la ilicitud de sus empleados compromete la suya. Sin embargo, la Corte de Casación francesa ha considerado que en tal caso el deudor puede liberarse, invocando esa huelga como causal de fuerza mayor. Nos parece que esta solución es la adecuada, pero siempre y cuando esa huelga no sea una simple dificultad para cumplir la obligación; se requiere que a raíz del paro, el cumplimiento haya sido realmente imposible, insuperable".⁹¹

⁹⁰ Brantl, María Graciela. La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato. Revista de Derecho, No. XXXIII. Ed. Pontificia Universidad de Valparaíso. Nota 151. p. 84. (2009).

⁹¹ Tamayo Jaramillo, Javier. De la responsabilidad civil, T.III, Temis, p.p.188 y 189 (1999).

Al fin y al cabo, como se ha expresado antes en esta providencia, los trabajadores, cuando asumen una conducta antijurídica y desafiante del orden constitucional y legal vigente y actúan de *facto*, acudiendo a actos de fuerza o violencia en cualquiera de sus manifestaciones, son considerados 'terceros' respecto a los celebrantes de un contrato, en cuyo caso no puede pretenderse que el patrono, *per se*, responda por sus actos contrarios al recto comportamiento esperado, con el argumento que las actuaciones de aquellos lo comprometen. Por eso ha expresado con precisión en el campo del "hecho del tercero" el profesor JORGE MOSSET ITURRASPE, que de acuerdo con las circunstancias "*Puede la huelga configurarse como hecho de tercerd*"⁹².

Con fundamento en lo expuesto, es claro que, sin perjuicio de la postura que se acoja y muy especialmente en función de las especiales situaciones de cada caso, las huelgas o ceses de actividades por parte de los trabajadores o dependientes no constituyen, inicialmente, un evento que permita al deudor liberarse de la responsabilidad que se le imputa por el incumplimiento de sus obligaciones. Con todo, si bien se ha establecido que el empresario debe actuar diligentemente, tomando todas las medidas a su alcance frente a este tipo de eventos, y que la huelga constituye, por regla general, un riesgo en cabeza suya, no es menos cierto que, en el caso en que por la magnitud, su duración, ilegitimidad y el carácter extraordinario o inusual de la huelga, sea dable considerar que se trata de un evento que, a la luz del contrato, se encuentra por fuera de su órbita de control del empresario, a la vez que constitutivo de un riesgo que en dichas circunstancias no asumió, de tal modo que en dichos casos el presunto responsable puede defenderse alegando válidamente una causa extraña.

Esta conclusión, inmersa en la esfera de la responsabilidad civil, y como tal inmanente al Derecho privado, no es ajena al Derecho laboral o del trabajo, en razón de que la doctrina suele acogerla. Es lo que tiene lugar, por vía de ejemplo, con la opinión de GUILLERMO GUERRERO FIGUEROA, de acuerdo con el cual:

*"La huelga como fuerza mayor se refiere al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones que tengan los patronos o empresarios con terceras personas durante el tiempo que dure la misma. (...) Por regla general, las huelgas no constituyen caso fortuito, salvo excepciones como las ilícitas o ilegales, las de solidaridad, las generales, las políticas, etc., que, si son situaciones difíciles de prever, por lo cual en estos casos los patronos no incurren en mora en el cumplimiento de sus obligaciones"*⁹³

⁹² Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños. Las eximentes*, T.IV, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, p. 67(1999).

⁹³ Guerrero Figueroa, Guillermo. *Derecho colectivo del trabajo*, Ed. Leyer, pp. 365-373 (2002).

(vi) Las vías de hecho y los actos de fuerza y obstrucción realizados por los trabajadores.

Es claro que en el ordenamiento jurídico nacional la huelga es un indiscutido derecho de los trabajadores, que cuenta con respaldo en la propia Carta Política (art. 56). Así lo ha destacado la Corte Constitucional en diversas providencias, entre las que se puede traer a colación el siguiente aparte:

"El derecho a la huelga se encuentra consagrado en el artículo 56 de la Constitución Política, de acuerdo con el cual "se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador".

*Este derecho está estrechamente relacionado con los principios constitucionales de solidaridad, dignidad y participación (CP art. 1) y con la realización de un orden social justo (CP art. 2), por lo cual cumple finalidades fundamentales para el Estado social de derecho como: equilibrar las relaciones entre los patrones y los trabajadores, **resolver los conflictos económicos colectivos de manera pacífica** y materializar el respeto de la dignidad humana y de los derechos de los trabajadores.*

En este sentido, la huelga es fundamental para la conformación de un Estado democrático, participativo y pluralista, pues surge de la necesidad de conducir los conflictos laborales por cauces democráticos.⁹⁴ (se destaca).

Sin embargo, ciertas vías de hecho y los actos de fuerza de los trabajadores (motines, actos obstructivos, actos de sabotaje, etc.), se ubican en el terreno de lo ilícito, amén de lo antijurídico (en sentido lato) y, por ende, no tienen soporte, asidero o cabida en un sistema de Derecho, ni como mecanismo de cesación de actividades ni como instrumento de reivindicación de prerrogativas laborales, las que por antonomasia deben ser pacíficas y obviamente refractarias a cualquier tipo de violencia, intimidación, coacción, bloqueo, obstrucción y, en general, actos que denoten la realización de actuaciones rayanas en lo ilícito, o en lo antijurídico, conforme ya se esbozó, al amparo de las cuales no puede hablarse de un típico y genuino ejercicio de un derecho, sino de una especie de '*antiderecho*', situado en un vértice enteramente diverso, muy propio de los actos que entrañan abuso -o abusividad-, claramente proscritos por el ordenamiento, comenzando por la misma Constitución Política, la que en el artículo 95, a tono con el respeto de la ciudadanía, la actividad económica y la iniciativa privada, en general, (art. 333), dispone que "*Son deberes de la persona y el ciudadano: 1) Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*" (se destaca).

⁹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-122 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretell Chaljub.

No en vano, las vías de hecho, más allá de su entendimiento en los dominios del derecho constitucional y administrativo, en lo pertinente, han sido concebidas como algo absolutamente irregular, ajeno a lo jurídico, precisamente por la mediación de actos de violencia individual o colectiva. Por eso se ha expresado que la vía de hecho se caracteriza y tipifica por *"Hacer valer una pretensión o un derecho en forma personal, por propia mano (justicia privada). Violencia no amparada jurídicamente. Justicia por la propia mano. Atentado de toda índole contra el derecho ajeno y contra las personas. Violencia injusta"*⁹⁵.

Al respecto, debe destacarse que la Corte Constitucional ha señalado que mientras el derecho de huelga se encuentra garantizado por el artículo 56 de la Constitución Política, los actos de fuerza de los trabajadores, realizados por fuera del marco establecido en el Código Sustantivo del Trabajo para la resolución de los conflictos colectivos del trabajo, no pueden tener el respaldo del ordenamiento jurídico, dado su carácter antijurídico, **a la par que ilegal**, y su connotación de medida de fuerza, ajena, por tanto, a lo que el Derecho **genuinamente** significa y tutela. Ha dicho la Corte Constitucional lo siguiente **sobre el particular**: *"[I]a jurisprudencia constitucional ha sido clara al expresar que mientras que el derecho de huelga como derecho fundamental tutelado por la Constitución y la ley tiene una finalidad o propósito único definido en la misma ley, como es la solución de conflictos económicos o de interés y requiere una serie de pasos o trámites que deben ser agotados previamente, el denominado paro no está protegido ni por la Constitución ni por la ley, pues se trata de un acto de fuerza, una medida de hecho que no cumple ni con la finalidad prevista para la huelga, ni con los pasos previos establecidos por la ley para ésta. De otra parte, se encuentra proscrita conforme a lo señalado en el artículo 379 literal e) del Código Sustantivo del Trabajo, como actividad prohibida a los sindicatos."*⁹⁶

De ahí que la mencionada Corte Constitucional, en la misma providencia anteriormente citada, estableciera que *"[a]unque ontológicamente la huelga sea un medio coercitivo, no puede consistir en manifestaciones de violencia física y material contra el empleador, ni en actos que puedan alterar la estabilidad institucional, toda vez que su ejercicio sólo es legítimo como una etapa dentro del proceso de negociación y solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo, y en cuanto a su titularidad el derecho a la huelga es un bien jurídico que le pertenece a la colectividad trabajadora, asociada o no a un sindicato, no a las personas físicas consideradas individualmente"*.

⁹⁵Enciclopedia jurídica, Edición 2014. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/v/%C3%ADas-de-hecho/v/%C3%ADas-de-hecho.htm>

La 'vía de hecho', entonces, es la cara opuesta, la antítesis de la 'vía de derecho', entendida como el "Medio ofrecido por la ley a los ciudadanos para hacer reconocer y respetar sus derechos o defender sus intereses; término genérico que abarca la acción judicial, los medios jurisdiccionales de impugnación, los medios de ejecución los recursos administrativos...". Gérard Cornu. *Vocabulario jurídico*, Ed. Temis, p. 902 (1995).

⁹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-858 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

En sentido similar, SILVINA M. LIVELLARA, recuerda que, "[n]o obstante que la huelga de por sí implica el incumplimiento a la normal prestación del servicio, su ejercicio legítimo no puede derivar en otros hechos que no son tolerados por el ordenamiento legal vigente, como son aquellos casos en que se realiza un sabotaje a la producción del empleador, **la ocupación del establecimiento para obstaculizar actividades o el ejercicio de vías de hecho** que impidan a otros trabajadores, el ejercicio de su derecho individual de acatar o no la huelga"⁹⁷ (se destaca).

Por consiguiente, si bien es cierto que la huelga es un derecho de los trabajadores y cuenta con arraigo constitucional y legal, al mismo tiempo que reconocimiento expreso en el concierto internacional (tratados y convenciones), tampoco es menos cierto que, como todo derecho, debe ejercerse invariablemente con prudencia, moderación y con respeto por los derechos ajenos, lo que explica que tenga claros límites, puesto que no es irrestricto, ni tampoco absoluto. Sobre el particular, bien ha expresado la doctrina privatista que:

"...el derecho de huelga no es absoluto, ya que puede ser objeto de reglamentación, y su ejercicio ha de ser razonable y compatible con el de otros derechos que también están amparados constitucionalmente, muy particularmente, el de propiedad.

(...)

*La huelga puede ser antijurídica o contraria a derecho, por defecto en cualquiera de sus elementos componentes: (...) su modo o forma de desarrollo, **si, por ejemplo, se tratase de paros con ocupación de lugares de trabajo, o se emplea la violencia contra el empleador o sus representantes, o se realizan actos de sabotaje etc.** (...) Tratándose de huelgas antijurídicas o declaradas ilegales, ninguna duda puede haber sobre la existencia del deber de reparar los daños causados, a cargo de los responsables"* (se destaca)⁹⁸.

En el contexto anteriormente mencionado resulta evidente que los actos de fuerza de los trabajadores **—y de los no trabajadores, *stricto sensu*, pero que cuentan**

⁹⁷ Silvana María Livellara, *La huelga y sus daños*, en plataforma Thomson Reuters, enero 9 de 2012.

<http://thomsonreuterslatam.com/2012/01/la-huelga-y-sus-daños>.

Análogamente, Guillermo Guerrero Figueroa resalta que "*La huelga puede ser antijurídica o contraria a derecho, por defecto en cualquiera de sus elementos componentes: (...) su modo o forma de desarrollo, si, por ejemplo, se tratase de paros con ocupación de lugares de trabajo, o se emplea la violencia contra el empleador o sus representantes, o se realizan actos de sabotaje etc. (...) Tratándose de huelgas antijurídicas o declaradas ilegales, ninguna duda puede haber sobre la existencia del deber de reparar los daños causados, a cargo de los responsables*" (se destaca), *Derecho colectivo del trabajo*, Ed. Leyer, pp. 365-373 (2002) (se destaca).

⁹⁸ López Mesa, Marcelo y Trigo Represas, Félix. *Tratado de la responsabilidad civil*, T. VI., Ed. La Ley, págs. 157-174 (2011).

con su concurso y acompañamiento están caracterizados, por regla general, por su carácter súbito o sorpresivo, **amén que externo** y sus efectos no son susceptibles de ser **conjurados o** enfrentados directamente por el empresario, sino mediante la intervención **institucional** de las autoridades **competentes**, pues de lo contrario el empleador se ubicaría en el mismo escenario antijurídico de sus trabajadores, **patrocinando una especie de 'justicia privada', con todo lo negativo y reprochable que ello implica en el plano jurídico y axiológico**, lo cual conduce a destacar que, en términos generales, las vías de hecho, **los actos de fuerza, de sabotaje, de bloqueo, de obstrucción de los trabajadores del deudor y, en fin, los que antijurídica y materialmente impidan la marcha adecuada de su actividad empresarial y productiva** no le son atribuibles o imputables, en tanto se encuentren ubicados fuera del círculo de control **efectivo y racional** del empleador.

Una conclusión contraria, a juicio del Tribunal, no estaría en real consonancia con los auténticos postulados y coordenadas que, de antiguo, signan la causa extraña, y en general el *casus*, como también se le identifica por un sector de la dogmática jurídica, concretamente con la consabida teleología liberatoria que la explica y justifica en cualquiera de sus manifestaciones individuales o específicas ya referidas (caso fortuito o fuerza mayor, hecho de un tercero, y culpa exclusiva de la víctima), habida cuenta que olvidaría que, por más que en el Derecho contemporáneo exista una singular y entendible sensibilidad por proteger a la víctima, y al cocontratante 'cumplido', según sea el caso (responsabilidad extracontractual o contractual), hay límites que, de raíz, impiden hacer de la responsabilidad civil una responsabilidad 'automática', 'totalitaria' y 'absoluta', haciendo tabla rasa de elementos vertebrales como es el atinente a la imputación, y a la causalidad, rectamente entendidos, de indiscutida raigambre justiciera.

Al fin de cuentas, como lo revela el profesor RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ, con motivo del examen de la 'Interferencia en el proceso causal de una circunstancia extraña no imputable al presunto responsable', *"Una de las consecuencias de la relación de causalidad es que el presunto autor de un daño puede verse exento de responsabilidad si acredita que entre su comportamiento y el resultado ha mediado una causa extraña e imputable, de tal naturaleza y entidad que hace que aquél (el comportamiento) deba ser irrelevante en la 'historia jurídica' del resultado lesivo"*⁹⁹, a lo que conviene agregar, de la mano del profesor MOSSET ITURRASPE, que el 'hecho de un tercero' *"...es también una eximente de responsabilidad...por una razón muy simple: porque el daño no es causado por aquella persona a quien se le atribuía sino por otra, 'el tercero'. Borra, en consecuencia, la autoría y, por ende, la imputabilidad"*¹⁰⁰.

⁹⁹ De Ángel Yágüez, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil*, Universidad de Deusto y Editorial Civitas, p.p. 756 y 757 (1993).

¹⁰⁰ Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños. Las eximentes*, T.IV, Ed. Rubinzal-Cuizoni Editores, p. 61(1999).

Expresado en otros términos, sustraer los efectos liberatorios ínsitos en la causa extraña, específicamente en la órbita contractual que ocupa la atención del Tribunal, sería condenar *a priori* y sin fórmula de juicio al deudor ante la eventualidad de un incumplimiento que no le es atribuible, lo cual conspiraría contra los más caros principios axiales del ordenamiento constitucional y legal vigentes, al mismo tiempo que desconocería la jurisprudencia patria e internacional en la que se ha tejido buena parte de la evolución de la responsabilidad civil, como bien se sabe de diáfana inspiración pretoriana.

En esta dirección, en sentencia del 23 de junio de 2000, ya citada, la Corte Suprema de Justicia, en sede del caso fortuito o fuerza mayor, en sí misma extensible a las demás modalidades de la causa extraña, en lo pertinente, tuvo oportunidad de expresar en torno a la previsibilidad del acontecimiento que, *"La imprevisibilidad, rectamente entendida, no puede ser desentrañada - en lo que atañe a su concepto, perfiles y alcance - con arreglo a su significado meramente semántico, según el cual, imprevisible es aquello "Que no se puede prever", y prever, a su turno, es "Ver con anticipación" (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española), por manera que aplicando este criterio sería menester afirmar que es imprevisible, ciertamente, el acontecimiento que no sea viable contemplar de antemano, o sea previamente a su gestación material (contemplación ex ante). De alguna manera, en el plano ontológico, todo o prácticamente todo se torna previsible, de suerte que asimilar lo imprevisto sólo a aquello que no es posible imaginar o contemplar con antelación, es extenderle, figuradamente, la partida de defunción a la prenombrada tipología liberatoria, en franca contravía de la ratio que, de antiguo, inspira al casus fortuitum o a la vis maior"*.

Tan cierta será la conclusión anterior, que análoga respuesta, en su esencia, encuentra eco en el Derecho histórico, específicamente el francés, el que tanta incidencia tuvo en la estructuración del Código de Napoleón, así como en la ulterior Escuela de la Exégesis, a su turno de particular influjo en la redacción del Código Civil chileno-colombiano, en lo pertinente. Es así como en el siglo XVII, el célebre JEAN DOMAT, en su conocida obra: *Les loix civiles*, refiriéndose a las 'vías de hecho' y a los 'casos fortuitos', en sede contractual, específicamente en el contrato de compraventa, expresó:

*"El vendedor no está obligado a garantizar las que son puramente **vías de hecho, casos fortuitos**, ni lo que viene por disposición del príncipe"*¹⁰¹
(se destaca).

Un último aspecto importa recalcar tratándose de las indicadas vías o actos de fuerza, entre otras denominaciones y tipificaciones más, íntimamente conectado con el aparte que antecede, cuál es el relativo al hecho de la 'imposibilidad' de anticiparlos o preverlos, por más que con cierta frecuencia, en la *praxis*, ellos tengan lugar en la órbita laboral, o mejor en la 'extralaboral', toda vez que, en principio, sólo lo que en

¹⁰¹ Domat, Jean. *Las leyes civiles en su orden natural*, Ed. ABC y Arkhé, T. I, p.182 (2015).

este campo cuente con el *exequatur* del ordenamiento puede ser susceptible de ser pesado y tomado en consideración, de una u otra manera, como podría ser el caso de la huelga, sólo en gracia de discusión, de tal suerte que no se puede hacer una sindicación al deudor por la circunstancia de no haber previsto que, al margen de lo institucional, constitucional y legal, sus trabajadores hubieren podido trocar lo jurídico por lo antijurídico, en visible quebranto de lo legal por lo ilegal, o simplemente de una actuación de *jure* por una de *facto*, como tiene lugar con las vías de hecho.

¿Cómo entonces obligar al deudor a que no sólo prevea lo regular, sino igual e inexorablemente lo irregular y antijurídico, tanto más cuanto su materialización (la de las vías de hecho), no depende de su control racional y efectivo, como se precisó?, las que en todo caso suelen serle irresistibles, elemento que, sin desconocer el valor de la imprevisibilidad, hoy ocupa un papel más protagónico, amén de superlativo en este terreno, toda vez que "En materia contractual, la irresistibilidad equivale a la imposibilidad de ejecución", como bien lo recrea el profesor LE TOURNEAU, al manifestar que:

*"En el orden contractual, la irresistibilidad toma la forma de imposibilidad de ejecución. Ella se entiende de manera rigurosa", al punto que "...el elemento más importante es la irresistibilidad (sobre todo en el dominio contractual) porque a lo imposible nadie está obligado.... Por ello, es lógico que la irresistibilidad del evento no es más que otro nombre de la imposibilidad de ejecución...."*¹⁰².

Por consiguiente, a manera de compendio, es claro que si se acredita que los trabajadores o empleados del deudor realizaron actos de fuerza impeditivos del cumplimiento oportuno de la prestación a su cargo, los que no pudieron ser neutralizados o conjurados a través de los mecanismos jurídicos racionalmente a su alcance (vías de derecho), y desde luego si se verifican los demás presupuestos correspondientes, el deudor válidamente podrá excusar el incumplimiento material que se le atribuye, bien sea con arreglo a la materialización de un caso fortuito o fuerza mayor, o al hecho exclusivo de un tercero, en ambos casos a él ajenos, y en tal virtud externos.

(vii) El hecho de los trabajadores y ex trabajadores de PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. y su incidencia en el cumplimiento de los contratos de promesa y de compraventa celebrados con CONSTRUCTORA KOVOK S.A.

1. Está acreditado en el expediente que el 19 de febrero de 2015 se celebró entre PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. y CONSTRUCTORA KOVOK S.A. un contrato de promesa de compraventa sobre el inmueble denominado Las Delicias, ubicado en el municipio de Tocancipá (Cundinamarca) y que el día 4 de marzo del

¹⁰² Le Tourneau, Philippe. *La responsabilidad civil profesional*, Ed. Legis, p.p. 24 y 25 (2014).

mismo año se perfeccionó la escritura pública de compraventa, No. 1198 de la Notaría 13 de Bogotá, mediante la cual se dio cumplimiento al mencionado contrato preparatorio.

2. De igual manera, está acreditado que las partes convinieron que la entrega del inmueble se realizaría en distintos momentos, según se desprende de los negocios jurídicos ajustados por los contratantes, así:

a. En la promesa de compraventa se convino lo siguiente:

"(...) SEXTA: Entrega del Inmueble. La entrega del inmueble por parte de la PROMITENTE VENDEDORA a favor de EL PROMITENTE COMPRADOR se realizará en varios momentos y de la siguiente forma: 6.1. La entrega del local que actualmente ocupa la QT, el cual se encuentra ubicado en el inmueble, se realizará dentro de los quince (15) días calendario siguientes al pago de la primera cuota del precio total; 6.2. A más tardar el 18 de agosto de 2015 le será entregada EL PROMITENTE COMPRADOR el resto del área del inmueble, área que deberá estar libre de ocupantes, bienes, maquinaria y enseres asociados al proceso productivo de LA PROMITENTE VENDEDORA. LA PROMETIENTE VENDEDORA, entregará el lote libre de elementos contaminantes. De requerirse algún proceso para la habilitación ambiental del lote, será de responsabilidad y a costa de LA PROMETIENTE VENDEDORA, sin perjuicio de la fecha acordada para la entrega del lote.

"Respecto a las construcciones y edificaciones que actualmente allí existen y a excepción del local de la QT, el cual subsistirá, las Partes definirán de común acuerdo el tratamiento que se le dará a las mismas. El retiro de todos los elementos existentes en el lote, a excepción de la tienda, serán por cuenta de LA PROMETIENTE VENDEDORA." (C.P. 1, Folio 8)

b. Por su parte, en la escritura pública que formalizó la compraventa del inmueble se pactó lo siguiente en relación con la entrega del bien raíz objeto del contrato:

(...) NOVENO. Que la entrega real y material del inmueble vendido a LA COMPRADORA, por los linderos indicados, con todas sus mejoras y anexidades, con todos su usos, costumbres y servidumbres activas y pasivas legalmente constituidas o que consten en títulos anteriores, se realizará en los términos acordados por las partes en el Contrato de Promesa de Compraventa celebrado el día diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015). Al efecto el viernes seis (6) de marzo de dos mil quince (2015), LA VENDEDORA entregará a LA COMPRADORA en local que la fecha de otorgamiento del presente instrumento ocupa un establecimiento de comercio "(Químico Tienda)" de propiedad de LA

VENDEDORA. En forma adicional y a más tardar el día dieciocho (18) de agosto de dos mil quince (2015), LA VENDEDORA hará entrega a LA COMPRADORA del resto del área del inmueble. A partir del otorgamiento de la presente escritura pública y hasta el día dieciocho (18) de agosto de dos mil quince (2015), LA VENDEDORA detendrá el inmueble a título de tenedora gratuita-----.

"PARÁGRAFO.- Aquellas obligaciones a cargo de las Partes que tengan origen en el Contrato de Promesa de Compraventa y cuyo cumplimiento fuere posterior al otorgamiento del presente instrumento, se seguirán rigiendo por los términos previstos en el mencionado Contrato (...)" (C.P. 1, Folios 17 y ss)

3. Consta, asimismo, que el día 9 de marzo 2015 fue entregado el sector del inmueble denominado Químico Tienda, según se advierte en el acta de entrega suscrita por las partes en dicha oportunidad, la que no presenta salvedad no obstante que dicha obligación se cumplió luego de la fecha inicialmente estipulada, que era el 6 de marzo de 2015.

4. Si bien se dio cumplimiento, así fuera en forma tardía pero sin salvedad, a la obligación de entregar la Químico Tienda, desde el día 30 de abril de 2015 se presentaron distintos eventos en virtud de los cuales los trabajadores de PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A., de *facto*, impidieron a CONSTRUCTORA KOVOK S.A. continuar desarrollando las labores que se estaban adelantando en el mencionado local, para efectos de establecer allí una caseta de ventas del proyecto inmobiliario que pretendía desarrollar.

En efecto, está acreditado que los días 30 de abril, 1º y 2 de mayo de 2015, los trabajadores de PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. impidieron materialmente la entrada a las instalaciones a las personas que estaban desarrollando las labores antes mencionadas en la Químico Tienda, lo que ocurrió nuevamente el 10 de junio de 2015, y luego de manera definitiva a partir del 27 de julio del mismo año.

Así lo manifestó CONSTRUCTORA KOVOK S.A. a PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. en comunicación del 28 de julio de 2015, en la que aquella planteó distintas inconformidades frente a la vendedora del inmueble, las que consideró constitutivas de incumplimiento contractual, en los siguientes términos:

"(...) 1.- La no entrega real material real, material y pacífica del lote de la Químico Tienda toda vez que nuestras labores de acondicionamiento de la Sala de Negocios se habían visto interrumpidas en tres oportunidades por un lapso aproximado de 12 días en las dos primeras, y tiempo indefinido en la actual (tercera interrupción), debido al conflicto laboral que sostiene PQP con los trabajadores de su planta (...)." (C.P. 1, Folio 30)

"(...) Es importante señalar que actualmente se encuentran suspendidos los trabajos de acondicionamiento de la Sala de Negocios por la acción invasiva de los trabajadores de PQP quienes manifiestan que no se ha solucionado el aspecto laboral, situación que no es responsabilidad de nosotros como compradores, sino por el contrario, los aspectos laborales son de obligatorio cumplimiento del vendedor, pues no existe solidaridad alguna en este aspecto con nosotros, ni existe normatividad que nos imponga dicha obligación.

"De esta manera, les exigimos la entrega total del área referenciada, y la solución inmediata de las relaciones laborales con sus trabajadores, esto debido a que nos está afectando temporal y económicamente en el desarrollo del negocio y ejecución del proyecto constructivo (...)."(C.P. 1, Folio 31)

Debe destacarse que la situación antes referida no se modificó en las siguientes semanas, con lo que se impidió también la entrega de la porción restante del inmueble, prevista para el 18 de agosto de 2015.

5. En relación con la presencia de trabajadores y extrabajadores de PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. bloqueando la entrada del inmueble, así como sobre su comportamiento durante el período comprendido entre el 30 de abril de 2015 y el mes de octubre de 2015, consta en el expediente lo siguiente:

a. En la declaración rendida por el señor Horacio Alexander Palomino, Gerente de Gestión Humana de PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. consta lo siguiente, que el Tribunal transcribe *in extenso*:

DR. MARTÍNEZ: Pregunta número 3, explique de qué forma se llevó a cabo la perturbación o toma de hecho por parte de terceros, a qué hora tuvo lugar y cuánto tiempo tardaron los invasores en tomarse las instalaciones?

SR. ALEXANDER: Como lo dije antes eso fue de improviso, de un momento a otro, después de estar en procesos de negociación y tratando de dialogar nos encontramos un día de un momento a otro con las personas a la puerta de la entrada de la planta y a partir de ese momento no dejaron entrar absolutamente a nadie, entonces eso fue algo imprevisto y mucho más por lo que les mencione antes que si la compañía había ofrecido el derecho al trabajo y a arreglar las demandas que se tenía para nosotros era impredecible este asunto, entonces eso fue imprevisto y a partir de ese momento no se pudo entrar, no pudimos entrar nadie de la parte administrativa ni tampoco los que iban a participar en el desmonte de la planta, que era lo convenido con

constructora Kovok, que era desmontar todos los equipos para entregarles el lote.

DR. SOLARTE: Quisiera una precisión, los trabajadores ingresan a la planta o los trabajadores simplemente bloquean el acceso y no permiten que nadie ingrese?

DR. MARTÍNEZ: (sic) Están por fuera, están en la puerta de la entrada a la planta.

DR. SOLARTE: Ellos no ingresaron.

DR. MARTÍNEZ: (sic) Hubo un ingreso pero ese fue un insuceso posterior a este que estamos hablando..., el que más duró, para responder la pregunta que él hizo fue el primero en donde estuvieron por un espacio de tiempo más o menos en un tiempo de dos meses y medio perturbando, y estaba específicamente en toda la entrada.

Perdón, no sé si puedo complementar algo que sucedió con... Evidentemente ante esa perturbación nosotros acudimos a las autoridades para decirles: qué podemos hacer nosotros ante alguien que no nos está dejando ingresar a la planta para poder hacer el desmonte, lo que nos manifestaron esos diferentes entes gubernamentales y hablo de la Alcaldía, el secretario de gobierno, la Personería, el mismo inspector de policía, era que por estar por fuera de la planta, no dentro, dificultaba un poco más porque se consideraba que eso era un espacio público.

Nosotros lo que manifestamos fue: al margen de que sea eso espacio público ahí lo que se está configurando es un delito, porque usted no deja ingresar a alguien que en ese momento lo único que nosotros ostentamos era el bien pero en comodato, porque ya no eramos los propietarios de ese bien porque ya estaba escriturado; entonces nos decían: ellos pueden estar ahí afuera y así estén perturbando la entrada nosotros no podemos actuar sin una orden específica que nos dé una autoridad.

Eso fue lo que en cierta medida dilató todo ese proceso por un espacio de dos meses y medio, porque había que acudir repito a la Alcaldía, a la Personería, a la Defensoría del Pueblo, al inspector del policía, al Ministerio de Trabajo, a todos los organismos que pudiesen intervenir para ver cómo dejaban estas personas ingresar a la planta, pero eso no se pudo, durante todo ese tiempo estuvimos en estas diferentes entidades.

(...)

DR. JARAMILLO: Algo más de esa obstrucción se vivió o usted recuerde que haya tenido lugar?

SR. ALEXANDER: Sucedió algo posterior que fue la segunda perturbación llamémoslo así, que fue que ingresaron dos trabajadores a la planta y en esa medida ahí sí lo que nos dijeron las autoridades, el solo hecho de haber invadido propiedad privada ahí sí tenían que actuar de una manera diferente y efectivamente actuaron de una manera diferente y fue a través de la policía; la policía llegó a las instalaciones y hubo que retirar a estas dos personas de la planta, pero fue porque hubo invasión.

En la anterior como les dije simplemente decían: están afuera, están obstruyendo la entrada y lo que le decía yo en su momento a las autoridades es: es como si yo voy a mi casa que es alquilada y trato de entrar y llega alguien y me dice: no usted no va a entrar aquí, cómo no voy a entrar yo si yo vivo aquí, yo arrendé este bien y la persona no me deja entrar, era inconcebible para nosotros y especialmente para mí, que no soy abogado, entender por qué estas personas que estaban actuando fuera de la ley, por eso digo esas son vías de hecho, sí podían hacer eso y nosotros que teníamos todo el derecho de ingresar a la planta a hacer el desmonte no los podíamos hacer, no había argumentos según las autoridades para nosotros entrar, casi como decir: vea señores policías, quítenme estas personas de aquí, yo ingreso, eso era lo que no podíamos concebir y a eso es lo que yo me refiero que eso para mí son vías de hecho, distinto a la posición que tomó la compañía que siempre fue por las vías legales."

b. En el testimonio de Fernando García Villegas, Gerente de Manufactura de PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A., se señala lo siguiente sobre la acción de los trabajadores de la empresa:

"(...)

"Empezó el proceso de desmontaje a partir del mes de marzo y la idea era entregar las instalaciones en el mes de agosto, en el mes de junio, creo que a mediados de junio comenzó un problema con los trabajadores de la compañía que se tomaron las Instalaciones.

DR. CUBEROS: En qué año?

SR. GARCÍA: Junio del 2015, se tomaron las instalaciones y no dejaron seguir operando al personal que estaba haciendo el desmontaje de la planta, eso se llevó ante las autoridades, primero se empezó a negociar con ellos, a tratar de negociar con los trabajadores para hacer que las cosas no fueran tan traumáticas y se habló con las autoridades, las

autoridades municipales de Tocancipá, con la Personería, con la inspección de Policía, con el Alcalde, con el jefe de Planeación y adicionalmente se puso una querrela en la Policía y se hizo una demanda penal, no sé si fue penal, contra esta gente en la Fiscalía de Sopó, contra los que estaban cerrando las instalaciones de la planta.

De ahí en adelante siguieron las negociaciones hasta que se llegó a un acuerdo con los trabajadores al finalizar, creo que fue a principios de octubre, cuando ya a principios de octubre comenzamos... nos dejaron ingresar a la planta, hicimos un cronograma para tratar de sacar ese proceso de desmantelamiento en cuatro meses. Lo cierto es que aceleramos tanto, trabajando 24 horas, personalmente me tocó venirme para, mi sede de trabajo la tengo en Medellín, me tocó venirme a vivir en Bogotá para poder desmantelar la planta y la desmantelamos en los primeros días de diciembre, prácticamente en tres meses.

DR. CUBEROS: Cuando usted dice: "los trabajadores se tomaron la planta", qué alcance se le da a ese se tomaron la planta y le digo por qué quién lo precedió en la declaración, el señor Alexander, a veces usó esa expresión, a veces habló de perturbaciones, a veces mencionó que estaban al frente de las instalaciones sin permitir el acceso, quisiéramos saber el alcance de "se tomaron"?

SR. GARCÍA: Ellos llegaron a la portería de la planta, pusieron unas carpas, cerraron las puertas con cadenas y con palos y no dejaron ingresar a ninguno de los trabajadores, ni al personal administrativo, ni al personal operativo y mucho menos a los contratistas que iban a hacer el trabajo de desmantelamiento de planta. Unos se quedaron ahí y otros empezaron a hacer rondas por la planta, con palos y con armas, realmente esta gente estaba armada, no fue posible el ingreso a las instalaciones por parte nuestra.

DR. CUBEROS: Ellos tampoco se la tomaron físicamente.

SR. GARCÍA: No ingresaron, o sea, no dejaron entrar porque cerraron las puertas y nosotros no podíamos movernos de ahí.

DR. CUBEROS: Hubo alguna otra dificultad para Productos Químicos Panamericanos, que le impidiera el desmontaje de la planta y la entrega del predio o fue el único problema que hubo?

SR. GARCÍA: Ese fue el único problema que hubo porque inicialmente todo el proceso de desmontaje, tanto el proceso ambiental, como el proceso que nosotros íbamos a manejar, estaba dentro de esos plazos que nosotros habíamos dado para el desmantelamiento de la planta. Lo

que pasa es que no se pudo hacer porque no había forma de ingresar, lo único que logramos fue que unos trabajadores o unas personas contratistas ingresaran los fines de semana, hicieran desmontaje de algunas tuberías o equipos pequeños y que volvieran a salir.

DR. CUBEROS: Cuánto tiempo duraron esas perturbaciones?

SR. GARCÍA: Esas perturbaciones duraron desde junio hasta finales de septiembre, principios de octubre.

DR. JARAMILLO: Solamente para ahondar un poco en ello por desconocimiento del asunto, de manera que durante esos dos meses largos, casi tres meses, no ingresó, salvo lo que usted mencionó, no ingresaba nadie, operativamente cómo se mantenía, porque nos dijeron también que en una primera parte la entidad seguía trabajando, seguía produciendo, qué pasó físicamente, era una imposibilidad absoluta de ingreso por la generalidad de los empleados?

SR. GARCÍA: Fue completamente imposible ingresar a las instalaciones de la planta, ingresábamos con la ayuda de la fuerza pública, cuando yo personalmente iba a revisar qué estaba ocurriendo allá ingresaba con la policía, estaba dentro de las instalaciones y luego volvíamos a llamar a la policía para yo poder salir.

DR. JARAMILLO: Cuántas veces más o menos le tocó entrar con la policía a usted?

SR. GARCÍA: A mí me tocó ingresar dos veces con la policía.

DR. JARAMILLO: Y a otro de los compañeros o colegas que querían entrar también les... la policía... fueron pocos?

SR. GARCÍA: Fueron muy pocos, realmente la única persona que ingresaba, allá había unos contratistas que ingresaban, el personal era muy poco, los contratistas eran básicamente para el desmantelamiento de la planta no eran para poner a operar la planta, ellos iban quitando tuberías, motores pequeños, equipos pequeños porque no dejaban ingresar ni grúas, ni montacargas, ni ningún tipo de equipo para poder quitar los equipos pequeños, pero operación de la planta no hubo, solamente desmantelamiento.

(...)

c. Las anteriores versiones pueden contrastarse con la declaración de Antonio Luis Amado, representante legal de CONSTRUCTORA KOVOK S.A., quien respecto de las actuaciones de los trabajadores, declaró lo siguiente:

"(...) La entrega de esa químico tienda se produjo el 9 de marzo del 2015 y nosotros organizábamos la gente, llegábamos a trabajar, sobre el 30 de abril cuando llegaron nuestros empleados a trabajar; encontraron que la químico tienda estaba sellada,

(...)

"(...) Más o menos unos 12 días después, nosotros pudimos reingresar al lote y continuamos trabajando

(...)

"(...) Alrededor del 30 de junio, volvimos a tener la misma situación; la gente apostada con carteles al frente de la químico tienda y al frente de la planta que ellos, de la planta de la totalidad; me devuelvo un poquitico, ellos nos entregaron ese predio y ellos lógicamente se quedaban con el resto del predio para poder desmontar las estructuras que tenían de la planta de PQP. Esos sindicalistas o empleados de ellos estaban en ambas puertas, impidiendo la entrada y el paso a la gente. Otra vez, hablamos con la gente de PQP; duró tal vez unos 12 o 15 días igualmente y, nuevamente después que la tercera vez que empezamos a trabajar sobre el julio 27, se nos presentó otra vez la misma situación."

(...)"

d. Resulta relevante el aparte de la declaración del señor José de Jesús Carvajal Tarazona, Contratista de CONSTRUCTORA KOVOK S.A. para la construcción de la sala de ventas, el apartamento modelo y la casa modelo, quien respecto de las actuaciones de los trabajadores señaló lo siguiente:

"Cuando hubo esa, como revuelta, que dijeron que no iban a dejar trabajar, estuvimos así como dos semanas yendo varios días hasta que un día hubo una huelga y no dejaron entrar a trabajar.

DR. CUBEROS: Quiénes?

SR. CARVAJAL: Los trabajadores de QP, me imagino que eran ellos, ellos decían que eran del sindicato.

DR. CUBEROS: Y qué hacían para no dejar trabajar?

SR. CARVAJAL: Pues ellos se hacían en la puerta y no dejaban entrar.

DR. CUBEROS: Y no se podía trabajar?

SR. CARVAJAL: No, no se podía trabajar.

DR. CUBEROS: Materialmente no se podía trabajar?

SR. CARVAJAL: No porque era correr el riesgo, porque habían unos sí muy decentes y otros muy ofuscados, entonces la decisión; yo llamé al doctor Luis Amado y le dije: pasa esto, esto y esto, djimos por hoy váyanse y vuelvan mañana, y así fue varios días, ya después la decisión como en mayo fue cuando él dijo: paremos eso ahí, mientras nos solucionan las cosas.

DR. CUBEROS: Y después que pasó, cuanto tiempo duró la suspensión?

SR. CARVAJAL: En mayo hasta... noviembre que volvimos a trabajar

e. Finalmente, a folios 141 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 2 obran documentos aportados por el testigo Horacio Alexander Palomino, que contienen, por una parte, unas hojas manuscritas en las cuales se plasmó el acta de una diligencia adelantada por el Inspector de Trabajo de Zipaquirá y adicionalmente, una transcripción parcial de la misma, efectuada por dicho funcionario, fechada el 29 de julio de 2015, donde se señala, entre otras cosas, lo siguiente, que resulta trascendente dada su calidad de funcionario público, ajeno, por ende, a las partes en conflicto:

"(...) El suscrito Inspector deja constancia que hay unas carpas, unos palos en la puerta que no permiten la apertura, los trabajadores se encuentran a la entrada. No se permitió el ingreso del Inspector, razón por la cual no se pudo hacer el acta a computador.

A través del presente documento, igualmente se informa que no fueron suministrados elementos por parte de ninguno de los asistentes para levantar el acta, razón por la cual fue necesaria realizar en manuscrito la cual se anexa y se incorpora la información allí contenida (...)". (sic) (C.P. 2, Fol. 147).

6. Respecto de la forma en que los trabajadores de PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. procedieron para realizar sus reclamaciones frente a las instalaciones de la empresa, son elocuentes las respuestas que ellos dieron en sus contestaciones a la querrela que por perturbación de la posesión presentó la empresa ante la Inspección Segunda Municipal de Policía de Tocancipá.

Procurando dejar sentado que no estaban perturbando la posesión respecto del inmueble, se destaca la respuesta al hecho noveno de la querella, en donde algunos de los trabajadores indicaron la forma en la que ellos actuaron en ese período, así:

"(...) Al hecho noveno, no es cierto, no ha existido ninguna perturbación los trabajadores estamos ubicados al frente en carpas, esperando se cancelen los salarios y cumpliendo con el horario de trabajado autorizados por la ley, (...)".
(sic) Contestación de Andrés Avelino Zapata Papagayo (C.P. 2, Fol. 67)

"(...) Al hecho noveno, no es cierto, no ha existido ninguna perturbación los trabajadores estamos ubicados el frente en carpas, esperando se cancelen los salarios y cumpliendo con el horario de trabajado autorizados por la ley, (...)"
Néstor Giovanni Sánchez Rodríguez, (sic) (C.P. 2, Fol. 79)

"(...) Al hecho noveno, no es cierto, no ha existido ninguna perturbación los trabajadores estamos ubicados el frente en carpas, autorizados por la ley, cuidando la maquinaria toda vez que la empresa pretende desmontarla y trasladarla a un sitio que desconocemos, y esto nos perjudica ya que esta maquinaria es la única garantía del pago de nuestras obligaciones, (...)" Marco Iván Tinjacá, (sic) (C.P. 2, Fol. 99)

En sentido similar, las contestaciones de la querella por parte de Héctor Augusto Mateus Olarte, (C.P. 2, Fol. 109); Joiner Ameth Otero Arrieta, (C.P. 2, Fol. 114); y Luis Jaime Silva Ruiz, (C.P. 2, Fol. 119).

7. Consta igualmente que PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. desarrolló diversas actuaciones enderezadas a buscar una solución a la problemática presentada con sus trabajadores y extrabajadores, de lo que dan cuenta los siguientes elementos de juicio:

- Querrela policiva por perturbación instaurada por PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. el 11 de agosto de 2015 ante la Alcaldía Municipal de Tocancipá (C.P. 1, Folios 110 a 115).
- Acta de No Conciliación de Proceso Penal ante la Fiscalía del 11 de septiembre de 2015 (entre el representante de PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. y el representante de los trabajadores donde éste último afirma: *"(...) en cuanto a que yo deje entrar y salir vehículos, personas autorizadas por el legítimo tenedor no lo voy hacer (sic) hasta que nos arreglen los procesos laborales"* (sic) (C.P. 1, Folios 116 y 117).

En relación con esta actuación, obra en expediente el oficio que le envía la Fiscal Local Primera de Tocancipá a la señora Secretaria del presente Tribunal, donde le informa respecto del avance de la noticia criminal, indicando

"(...) Para el día 11 de septiembre de 2015, se citó a las partes a diligencia de conciliación como requisito preprocesal diligencia que se realizó, pero ninguna de las dos partes en conflicto llegaron a un acuerdo por falta de ánimo conciliatorio entre las partes". Más adelante, se agrega que, para el 7 de marzo de 2017, se llamó al indiciado Andrés Avelino Zapata Papagayo, quien manifestó: "(...) que con el denunciante hicieron un arreglo extraprocesal y que lo iba allegar a la Fiscalía (...)." (C.P. 2, Fol. 170)

- Actas diversas de reuniones celebradas con las autoridades del Municipio de Tocancipá. (C.P. 1, Folios 129 a 137)
- Actuaciones de la autoridad local de Tocancipá en un "Proceso Administrativo de Control y Seguimiento Ambiental" iniciado a instancias del Sindicato de Trabajadores de PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. (C.P. 1, Folios 139 y ss)

8. Consta igualmente que, con posterioridad a las primeras actuaciones de los trabajadores, Productos Químicos Panamericanos realizó distintas propuestas a los empleados que habían acudido a las vías de hecho, con el fin de buscar una solución a sus reclamaciones. Así, consta lo siguiente en los autos:

- A folios 174 a 199 del Cuaderno de Pruebas No. 4 obran 26 comunicaciones de PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. a sus trabajadores fechadas el 30 de abril de 2015, con ofertas de trabajo, la mayoría de las cuales están dirigidas a quienes fueron imputados en la querrela policiva. Se les informa sobre la situación de la planta de Tocancipá, el plazo previsto para la terminación de actividades de la misma y se les ofrece el traslado a otras plantas de la empresa señalando cuáles serán las condiciones del traslado.
- Entre los folios 200 y 212, están las notificaciones de cambio de lugar de trabajo a los mismos trabajadores mencionados en el punto anterior, fechadas el 24 de julio de 2015, en las cuales se les indica el nuevo destino de su actividad y las instrucciones para comenzar el servicio a partir del 27 de julio. En todas ellas aparece una nota manuscrita del respectivo destinatario que señala: "Nota: No firma, no está de acuerdo".
- Entre los folios 213 y 229, hay 17 comunicaciones fechadas el 24 de julio suscritas por los trabajadores destinatarios de las cartas anteriores, donde éstos incluyen prácticamente los mismos textos indicando que "No es posible dicho traslado por cuanto sería violatorio de los siguientes artículos y leyes..." que citan en los respectivos escritos.
- Entre los folios 230 a 232, se encuentra el denominado "ACUERDO DE TRANSACCIÓN GENERAL ENTRE PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. Y TRABAJADORES DE LA PLANTA DE TOCANCIPÁ", suscrito el 1º de

octubre de 2015 entre el representante legal de PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. y dos representantes del Sindicato de Trabajadores de la empresa, donde se deja constancia del interés de las partes en resolver *"las diferentes controversias que existen en diferentes procesos y demandas"*, para lo cual se acuerdan unos pagos de PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. indicando que para ello se hace una transacción por valor de un \$1.139.156.708 que serán repartidos entre los diversos trabajadores en las proporciones señaladas en una tabla anexa y se indican los términos en que los trabajadores regresarán al trabajo según definición que se solicitará a la autoridad judicial competente más expedita. Se indica que *"Las partes suscribirán los contratos de trabajo con fecha 27 de junio de 2015, según lo establecido en las sentencias o demandas objeto de esta negociación así como los respectivos memoriales, suscritos conjuntamente por las partes involucradas, solicitando los juzgados la terminación de los procesos objeto de esta conciliación"*. Se señala que la compañía pagará a los trabajadores su salario desde la fecha del 27 de junio de 2015 y hasta la fecha del acuerdo, mediante cheques que se entregarán a más tardar el 9 de octubre de 2015.

- Entre los folios 234 y 284 están los 13 contratos de transacción celebrados por PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. con igual número de trabajadores, como desarrollo del acuerdo de transacción general celebrado con el Sindicato y se indican las condiciones y valores particulares que corresponden a cada uno de los aludidos trabajadores, con copias de los respectivos cheques.

9. Consta, además, que la parte restante del inmueble –diferente a la Químico Tienda- no fue entregada en la fecha inicialmente convenida, 18 de agosto de 2015, toda vez que, como ya se ha señalado, para esa época los trabajadores de PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. continuaban bloqueando la entrada al inmueble, entrega que solamente se materializó el día 11 de diciembre de 2015, cuando las partes suscribieron el acta de entrega correspondiente.

10. Por último, como se destacó en el numeral 2.4 del presente laudo, la parte demandante ha reprochado a la demandada el que ésta no hubiera exhibido la totalidad de los documentos requeridos, según lo reiterado en el memorial del 7 de marzo pasado y ordenado por el Tribunal mediante el Auto No. 20, por lo que solicita aplicar las consecuencias legales correspondientes a la supuesta renuencia.

En efecto, el artículo 267 del estatuto procesal dispone que cuando exista oposición injustificada a la exhibición o aun no habiendo oposición la parte requerida deje de hacer la exhibición, el juez *"...tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, salvo cuanto tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor..."*.

Al respecto destaca el Tribunal que aunque ciertamente, tanto en el Auto No. 15 que decretó las pruebas (7 de febrero de 2017) como en el requerimiento adicional contenido en el auto número 20, (22 de marzo de 2017), se ordenó la exhibición de "todas" las comunicaciones relacionadas con los conflictos laborales, lo cierto es que visto el acervo documental aportado, que obra principalmente en los cuadernos de pruebas 3, 4 y 5, quedó demostrado, por un lado, que lo que se pretendía probar por la demandante quedó acreditado con las pruebas practicadas y con la totalidad de las aportadas en los documentos exhibidos, y por el otro, que la exhibición efectuada fue suficiente y eficiente para los fines perseguidos con la prueba, a la par que no existió renuencia culposa ni dolosa por parte de la convocada, por lo que no procede la aplicación del efecto adverso previsto en la norma arriba comentada.

(viii) Análisis de la excepción formulada por la parte convocada.

Evaluada la situación de hecho que tiene soporte en los elementos de prueba anteriormente relacionados, el Tribunal concluye que efectivamente se presentó el "hecho de un tercero", que impidió a la parte convocada dar cumplimiento oportuno a la obligación de entrega del inmueble prometido y posteriormente vendido a la sociedad convocante, pues tal evento cumple con los requisitos establecidos jurisprudencialmente para efectos de exonerar de responsabilidad civil al deudor que por dicha circunstancia se ve imposibilitado de ejecutar el deber de prestación a su cargo.

En efecto, se trata de la actuación de un grupo de trabajadores y extrabajadores de PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. que se ubicaron en las afueras del inmueble objeto de los negocios jurídicos celebrados por las partes de este proceso, que de hecho bloquearon, obstruyeron e imposibilitaron su acceso por las puertas de entrada al mismo, instalaron unas carpas frente a las mencionadas instalaciones, e impidieron de manera general el ingreso a la que en su momento era la planta de PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. en la ciudad de Tocancipá.

Es evidente para el Tribunal que, por la dinámica y desenvolvimiento del conflicto otrora registrado, los trabajadores de PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. que realizaron las actuaciones a que se ha hecho referencia no tenían la calidad de auxiliares del deudor, para efectos de comprometer su responsabilidad contractual en los términos de los artículos 1648 y 1738 del Código Civil, pues tales empleados no fueron designados por la citada empresa para realizar la entrega del inmueble objeto de la venta prometida y perfeccionada, ni actuaron en ejecución o desarrollo del mencionado deber de prestación, a lo que se agrega que, en rigor, tales actuaciones de *facto* no se pueden inscribir en el marco del desarrollo propio y connatural de sus funciones, lo que confirma que no deben calificarse como tareas estrictamente laborales y, por ende, acordes con el objeto de todo contrato, o relación laboral, hecho que, desde esta perspectiva, permite concluir que en tales circunstancias -y sólo para ellas- pueda catalogarseles de 'terceros', puesto que desbordaron los límites de lo

estrictamente contractual, o sea inmanente a toda vinculación de trabajo (relación laboral, o con asiento en un contrato de prestación de servicios, etc.).

Muy por el contrario, su comportamiento fue completamente alejado del designio de su empleador, tanto así que motivó diversas actuaciones que desembocaron en un enfrentamiento entre PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. y sus trabajadores ante distintas autoridades judiciales y administrativas. Es decir, por lo ya expresado, en concepto del Tribunal se trató de la actuación de terceros, en sentido estricto, por los que PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. no podía asumir responsabilidad civil contractual.

Se observa, por otra parte, que la vía de hecho de los trabajadores, o sus actos de fuerza, esto es, su actuación enderezada a impedir u obstaculizar, de facto, el ingreso a la planta de PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A., fue súbita o repentina, a la vez que externa, como que se presentó a muy tempranas horas, y sin que, por los antecedentes o por el desarrollo que habían tenido las conversaciones con los trabajadores, pudiera jurídica e indefectiblemente preverse una conducta de esa naturaleza, de suyo irregular y antijurídica, como se ha expresado. Además, no se trató del ejercicio de un derecho laboral de carácter colectivo, como el derecho de huelga, que, como ya se ha mencionado, en principio puede ser prevista por el empleador dado el desenvolvimiento que se presenta en el proceso de negociación con sus trabajadores, sino que, en este caso, se trató del uso de la fuerza, de una vía de hecho, entre otras manifestaciones y calificaciones, para efectos de obtener diversos reconocimientos de carácter laboral por parte de los trabajadores, lo que de suyo excluye la posibilidad jurídica de previsión a que se ha hecho referencia, precisamente por desbordarse los cauces de la juridicidad y legalidad en materia laboral.

Otra lectura, de una u otra manera, a la vez que directa o indirectamente, implicaría legitimar o darle abrigo a este tipo de situaciones que, como se ha anotado, no cuentan con el aval del ordenamiento, menos con las coordinadas del Derecho del trabajo interesado en la resolución pacífica de las controversias obrero-patronales, iría en contravía, en sede del Derecho privado, de los límites de la previsibilidad jurídica, así como de las posibilidades reales de un cumplimiento oportuno de la prestación debida, justamente por la mediación de lo irresistible -e inevitable-.

Igualmente, encuentra el Tribunal que los efectos desplegados por el comportamiento de los trabajadores no podían ser resistidos por PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A., quien utilizó los mecanismos que legalmente estaban a su alcance con el fin de buscar el levantamiento del bloqueo u obstrucción en comentario, acudiendo a las autoridades judiciales y administrativas que consideró competentes, más allá de la efectividad real de las mismas, que es otro tema diverso, precisamente por no estar bajo su dominio o control directo.

Es claro, por otra parte, que se trata de un hecho ajeno o externo al círculo de control de PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A., toda vez que si bien los trabajadores reclamaban derechos laborales que les habían sido reconocidos en sentencias judiciales contra su empleador, varias de las cuales aún estaban en el debate judicial propio de su ejecución, o querían manifestar su desacuerdo con las propuestas de la empresa para enfrentar el cierre de la planta de Tocancipá, lo cierto es que la existencia de esas circunstancias, *per se*, no conduce a concluir que inequívocamente PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. pudiera tener el control sobre la vía de hecho o la actuación de fuerza de sus trabajadores, que por definición estaría en el terreno de las autoridades judiciales o policivas competentes.

Además, no puede argumentarse con éxito que la sola presencia o convergencia de controversias judiciales con trabajadores y extrabajadores, sea un hecho que, forzosa y satisfactoriamente explique, desde el ángulo causal, que las aludidas vías de hecho o actos de fuerza fueran corolario obligado de tales controversias, en razón de que ello sería tanto como amparar, o si se prefiere legitimar tales acontecimientos irregulares que no pueden ser merecedores del aplauso o venia del Derecho, refractario a los actos y hechos de violencia colectiva, entre otros motivos por cuanto existen otros senderos para su solución pacífica, racional e institucional, a los que no puede ser ajeno este Tribunal, en lo que le corresponde (vías de derecho).

Manifestado en términos más concretos, para este panel arbitral no puede hallarse la causa adecuada del citado incumplimiento contractual endilgado a la sociedad convocada en los procesos de índole judicial entablados en la justicia laboral, máxime cuando el derecho de defensa, como aquilatada manifestación del debido proceso, no puede ser cercenado o limitado de antemano, lo que supone que al legítimo derecho de acción también le sigue el derecho de réplica, en sentido amplio, de tal modo que los solos juicios laborales, de por sí, no sirven de explicación causal, con mayor razón cuando se tiene establecido que la entrega tardía en comento estuvo ineluctable y adecuadamente ligada con los precitados actos de fuerza, obstrucción, o vías de hecho, los que no son, ni pueden ser emanación natural, obvia o justificada de los procesos laborales, o de cualquier reivindicación de este tipo, por legítimas que puedan llegar a ser en un momento determinado.

De ahí que no resulte viable tolerar el empleo de la fuerza, el bloqueo material, o la práctica de vías de hecho como válida explicación de los desencuentros laborales preexistentes o concomitantes a ellos, y en el *sublite*, en forma específica, como razón que corrobore que, por su advenimiento ulterior, la entidad convocada no pueda excusarse por haber entregado el inmueble respectivo por fuera del plazo acordado, so pretexto de que las podía oportunamente prever, o que son respuesta exclusiva por haber acudido a la justicia laboral en su condición de demandado a hacer valer sus defensas, en procura de una definición judicial.

En síntesis, es claro entonces para el Tribunal que la causa adecuada del daño que pudo padecer CONSTRUCTORA KOVOK S.A. con la tardanza en la entrega del

Inmueble que adquirió de PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. está en el hecho directo y externo de los trabajadores que, mediante repetidas vías de hecho, imprevisibles e irresistibles para el empleador demandado, no permitieron que el cumplimiento del mencionado deber de prestación se diera en los plazos convenidos por las partes.

(ix) Conclusión

Como consecuencia de las anteriores consideraciones el Tribunal dará prosperidad a la primera excepción propuesta por la parte convocada, bajo la denominación "hecho de un tercero".

Ahora bien, es claro que la parte convocante, como lo señala en su alegato de conclusión, solicitó al Tribunal *"la declaratoria de responsabilidad civil contractual en contra de **PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A.**, derivada del incumplimiento de la obligación principal de entrega del predio "Las Delicias", prestación que aparece pactada tanto en el contrato de promesa de compraventa, como en la posterior escritura pública de compraventa, ambos negocios jurídicos celebrados entre las partes de este proceso arbitral"*, como consecuencia de lo cual pidió que se condenara a la demandada al pago de la cláusula penal pactada en el contrato de promesa de compraventa, en cuantía de \$1.200.000.000, más el valor de las multas o sanciones pecuniarias por el mayor tiempo de permanencia en el inmueble, a título de tenencia, por la suma de \$108.084.516, y los intereses de mora a partir de la reconvención judicial.

Ha quedado acreditado que la ejecución tardía de la obligación de entrega del inmueble por parte de la convocada, así como su retraso en la restitución de la tenencia, no obedecieron a un comportamiento imputable o atribuible a PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A., sino que tales circunstancias fueron causadas por el hecho de terceras personas, que mediante vías de hecho impidieron el ingreso al inmueble durante varios meses, como un mecanismo de facto para lograr el pago de acreencias de naturaleza laboral. Estima el Tribunal, de conformidad con el análisis realizado en acápite anterior, que la actuación de esas personas, no obstante que se trataba de trabajadores y extrabajadores de PQP, tuvo carácter imprevisible e irresistible para dicha sociedad, además de lo cual se trató de un hecho externo o ajeno a su círculo de control.

Las indemnizaciones y sanciones cuyo pago solicita la convocante, bajo las denominaciones de "cláusula penal" y de "multa o sanción contractual", tienen como fundamento para su exigibilidad que el incumplimiento que se le reprocha a la parte demandada sea realmente atribuible a sus acciones u omisiones, pues, de presentarse una causa extraña, dichas solicitudes deben ser denegadas, por no encontrarse reunidos los requisitos establecidos en la Ley para que ellas procedan. Es menester observar al respecto, además, que, de conformidad con el artículo 1595 del Código

Civil, en concordancia con el artículo 1615 del mismo estatuto, la exigibilidad de la pena está supeditada a que el deudor se encuentre en mora, si la obligación es positiva; y, a su vez, el inciso segundo del artículo 1616 señala que *"la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios"*. Al respecto baste con tener presente el siguiente fragmento de Don LUIS CLARO SOLAR: *"[p]or lo mismo, no incurrirá en la pena el deudor, cuando la falta de cumplimiento de la obligación no le sea imputable, salvo que el deudor hubiese tomado sobre sí la responsabilidad del caso fortuito o de la fuerza mayor. En estos casos, no puede decirse que el deudor no ha cumplido su obligación, ni puede ser constituido en mora de cumplirla, puesto que la inejecución proviene de una causa extraña al deudor, que no puede serle imputada"*¹⁰³.

Como consecuencia de la prosperidad de la excepción denominada "hecho de un tercero", el Tribunal denegará la prosperidad de las pretensiones Primera a Octava de la demanda, pues todas ellas tienen fundamento en la declaración de la responsabilidad civil contractual de la convocada como consecuencia de su incumplimiento respecto de la obligación de entrega del inmueble "Las Delicias" (Pretensión Primera), así como de su incumplimiento en relación con la obligación de restituir el inmueble que detentaba como tenedora gratuita a partir del otorgamiento de la escritura pública de compraventa (Pretensión Cuarta), siendo las restantes pretensiones, declarativas y de condena, consecuenciales de las dos peticiones antes reseñadas.

3. LA OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO

La parte convocada, en la contestación de la demanda, objetó el juramento estimatorio argumentando lo siguiente:

- i. Que la Convocada incurrió en yerro, al liquidar la multa o sanción de apremio sin tener en cuenta el período de gracia previsto en el parágrafo 5º de la cláusula 6ª. de la Promesa de compraventa.
- ii. Que al liquidar los intereses moratorios reclamados, incluyó los que correspondieron al período de gracia en mención y sin precisar el tipo de operación realizada para su cálculo, careciendo así de razonabilidad la estimación realizada.
- iii. Que los intereses moratorios reclamados incluyen los *"causados entre el 2 de junio de 2016 y el 19 de julio de 2016"*, período que fue expresamente excluido de las pretensiones.

¹⁰³ Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo Décimo. De las Obligaciones I, pág. 519.

- iv. Que otro tanto ocurre con la tasación de los réditos sobre la multa contractual por menor permanencia causados durante el mínimo período citado y,
- v. Que el interés liquidado, que precisamente corresponde al período de "agosto 19 a sept 18 de 2015" es inexacto, por referirse también al período de gracia.

Como punto de partida del análisis de este tema, debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso, que establece:

"Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

"Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

"Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

"Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.

"El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

"El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

"Parágrafo. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios.

En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

"La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo solo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte."

El análisis de la norma citada permite observar que el juramento estimatorio tiene como finalidad servir de base para la cuantificación de las pretensiones de la demanda en cuanto se refieran a indemnización de perjuicios, a "compensaciones" o al pago de frutos o mejoras, al igual que prever sanciones para cuando tal estimación exceda del monto probado o no resulte probada.

En lo que tiene que ver con las sanciones que prevé la norma, en ella se contempla una clara identificación de los supuestos en que procede el efecto sancionatorio, siendo estos:

- i) Cuando el monto planteado en el juramento estimatorio excede del cincuenta por ciento de aquel que resultó probado en el proceso. Este evento presupone que hubo prueba de algún porcentaje del monto de lo reclamado.
- ii) Cuando se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios.

En la demanda reformada objeto de ese proceso, la Parte Convocante estimó en la suma de ciento ocho millones ochenta y cuatro mil quinientos dieciséis pesos (\$108.084.516) el valor de la pretensión sexta, la cual fue planteada como consecencial de la pretensión quinta, referida al pago de la multa o sanción contractual contenida en el párrafo quinto de la cláusula sexta del contrato de promesa de compraventa. Para la convocante dicho monto correspondía a la sanción prevista en la citada cláusula del contrato.

Revisada la demanda reformada y la decisión que sobre las pretensiones en ella contenidas se adoptó en el presente Laudo, es claro para el Tribunal que las hipótesis señaladas no se dan en el presente caso.

En efecto, el Tribunal ha determinado que no prosperan las pretensiones de la demanda reformada por cuanto ha encontrado próspera la excepción denominada "hecho de un tercero" que implica que la parte convocante carece del derecho reclamado, con lo cual el fracaso de las pretensiones no obedece a una prueba parcial del monto estimado bajo juramento, lo que conduce a afirmar que no se da el primer presupuesto al que se ha hecho referencia.

Tampoco puede argumentarse que las pretensiones contenidas en la demanda reformada se negaron por ausencia de prueba de los perjuicios reclamados pues

como ya se ha indicado, no prosperaron por cuanto el Tribunal encontró probada la excepción de "hecho de un tercero", circunstancia que evidencia que no se da en este caso el segundo evento que contempla la norma para que proceda la sanción allí prevista.

Adicionalmente, no puede considerarse que la estimación del valor de la pretensión sexta de la demanda haya sido temeraria, y tampoco hay motivo para considerar que la estimación de la cuantía de la mencionada pretensión haya sido desbordada.

Sobre el particular, en el laudo proferido en el Trámite Arbitral de Asesorías e Inversiones S.A. contra AIG Seguros Colombia S.A.¹⁰⁴ se señaló:

"(...) una cosa es la sola acreditación del valor de las pretensiones dinerarias de la demanda que, según se dijo, en los eventos en los que no hay objeción, se logra mediante la estimación juramentada que el extremo activo hace y otra distinta, aunque íntimamente relacionada con la primera, es la demostración de los hechos que sirven de base a dichas pretensiones, demostración que junto con la correspondiente argumentación jurídica, desemboca en pronunciamiento favorable del sentenciador.

(...)

"En efecto, a juicio del Tribunal la suerte de lo que acontezca en relación con el juramento estimatorio no se encuentra necesariamente atada a lo que se decida en la sentencia respecto de la prosperidad de las pretensiones de la demanda, porque bien puede ocurrir que el demandante estime adecuada y razonadamente el valor de sus pedimentos pero que estos no logren finalmente abrirse paso.

"En otras palabras, es perfectamente posible que, sin perjuicio de una razonada y ponderada valoración de las pretensiones, se despachen ellas desfavorablemente por razones de variada índole como, por vía de ejemplo, el haberse interpretado de forma errada una norma o un pasaje contractual, por haber fallado el demandante en su estrategia probatoria o por prosperar una excepción válidamente alegada por su contraparte, entre otras circunstancias.

De lo anterior se sigue que no siempre que el demandante pierde la causa debe haber lugar a la aplicación de la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, pues esta, insiste el Tribunal, cabe únicamente para los casos de cuantificaciones desbordadas de lo que, a

¹⁰⁴ Laudo proferido en el Tribunal Arbitral de Asesorías e Inversiones S.A. contra AIG Seguros Colombia S.A. de fecha 9 de diciembre de 2014 en el que fueron árbitros Sergio Muñoz Laverde, Presidente, Arturo Solarte Rodríguez y Ricardo Vélez Ochoa.

juicio del demandante, deben ser las condenas por perjuicios, compensaciones, frutos o mejoras.

"Y es que la vocación de la sanción establecida en el artículo 206 del Código General del Proceso no es castigar a quien no ha logrado que sus pedimentos resulten acogidos. Para tal evento está prevista la condena en costas, la cual, como bien sabido es, procede en contra de quien acude a la jurisdicción sin fundamento suficiente que soporte sus pretensiones. Y, más aún, cuando se advierta que su actuación, no solo es carente de fundamento, sino que resulta temeraria, desleal o de mala fe, habrá lugar, no sólo a la condena en costas, sino que procederán los adversos efectos que para tales casos prevén los artículos 72 y 73 del CPC."

El Tribunal comparte el planteamiento citado y, en tal virtud, no obstante el fracaso de las pretensiones de la demanda, se abstendrá de imponer las sanciones previstas en el artículo 206 del Código General del Proceso, toda vez que, como se indicó, no se dan los presupuestos legales establecidos para ello.

4. COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO

Las costas están 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."*¹⁰⁵

En materia de costas y agencias en derecho, el presente proceso se regula por la Ley 1563 de 2012 y por el Código General del Proceso, norma que en su artículo 365 dispone lo siguiente:

"En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

"1. Se 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. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

"2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

(...)

¹⁰⁵ Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

"5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

(...)

"8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

(...)."

Teniendo en cuenta que en el presente caso no prosperan las pretensiones de la demanda, según lo previsto en el artículo Art. 365 del C.G.P. es del caso condenar a CONSTRUCTORA KOVOK S.A. a asumir el cien por ciento (100%) de las expensas procesales de conformidad con la liquidación que se presenta más adelante en este capítulo, al igual que las agencias en derecho, estas últimas por un valor de \$20.422.000, determinadas de acuerdo con los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos 1887 y 2222 de 2003.

De conformidad con lo anterior, la liquidación de la condena en costas es la siguiente:
De conformidad con lo anterior, la liquidación de la condena en costas es la siguiente:

1. Honorarios y Gastos del Trámite Arbitral¹⁰⁶

Honorarios de los 3 Árbitros	\$	61'266.000
IVA 19%	\$	11'640.540
Honorarios de la Secretaria	\$	10'211.000
IVA 19%	\$	1'940.090
Gastos de Funcionamiento y Administración Cámara de Comercio de Bogotá	\$	10'211.000
IVA 19%	\$	1'940.090
Gastos	\$	4'000.000

TOTAL	\$	101'208.720
-------	----	-------------

Si bien la parte convocante asumió el cien por ciento de la suma de gastos y honorarios fijada, en el expediente quedó acreditado que la parte convocada le reembolsó el cincuenta por ciento (50%) de dicho monto que a ella correspondía.

De acuerdo con lo anterior, teniendo en cuenta que el cien por ciento (100%) de la suma de gastos y honorarios debe ser asumido por la parte Convocante, para dar cumplimiento a tal decisión se condenará a Constructora Kovok S.A. a pagar en favor de Productos Químicos Panamericanos S.A., la suma de cincuenta millones seiscientos cuatro mil trescientos sesenta pesos (\$50'604.360).

¹⁰⁶ Acta No. 7, Auto No. 10 del 18 de octubre de 2016

2. Agencias en Derecho

Para efectos del pago de agencias en derecho se aplicarán los mismos porcentajes ya fijados por el Tribunal, es decir cien por ciento (100%) a cargo de la parte Convocante. En consecuencia se condenará a Constructora Kovok S.A. a pagar en favor de Productos Químicos Panamericanos S.A. la suma de veinte millones cuatrocientos veintidós mil pesos (\$20'422.000).

3. Total costas y agencias en derecho

En síntesis de lo anterior, por concepto de costas y agencias en derecho, Constructora Kovok S.A. debe pagar en favor de Productos Químicos Panamericanos S.A. la suma de setenta y un millones veintiséis mil trescientos sesenta pesos (\$71'026.360).

VII.- PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral integrado para resolver las diferencias surgidas entre **Constructora Kovok S.A. y Productos Químicos Panamericanos S.A.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y en decisión unánime,

RESUELVE

Primero. Declarar probada la excepción perentoria "*Hecho de un Tercero*", alegada como primera por la parte convocada, por las estrictas razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.

Segundo. Abstenerse, por tanto, de pronunciarse sobre las demás excepciones formuladas por la parte convocada en su contestación.

Tercero. Negar todas las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

Cuarto. Condenar a la sociedad Constructora Kovok S.A. a pagar a Productos Químicos Panamericanos S.A., dentro de los cinco (5) días siguientes a aquel en que quede en firme el presente laudo, la suma de setenta y un millones veintiséis mil trescientos sesenta pesos (\$71'026.360) por concepto de costas y agencias en derecho, en los términos previstos en el numeral cuarto del capítulo VI de esta providencia.

Quinto. Disponer que el no pago de la condena decretada en la resolución precedente, genera intereses de mora a cargo de Constructora Kovok S.A. a la tasa máxima legal permitida desde el vencimiento del plazo aludido, hasta cuando se efectúe el pago.

Sexto. Disponer que se entregue a los árbitros y a la secretaria del Tribunal el saldo de sus honorarios y que se rinda por el Presidente la cuenta final de la partida destinada para gastos, ordenando la restitución de las sumas remanentes a que hubiere lugar.

Séptimo. Disponer que se expidan copias auténticas del presente Laudo con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley.

Octavo. Disponer que en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Art. 47 de la ley 1563 de 2012).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


GUSTAVO CUBEROS GÓMEZ
Presidente


ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ
Árbitro


CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO
Árbitro


GABRIELA MONROY TORRES
Secretaría

ÍNDICE

I.	ANTECEDENTES	1
1.	PARTES Y REPRESENTANTES	1
2.	EL PACTO ARBITRAL	2
3.	CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO	3
II.	LA CONTROVERSIA	6
1.	LA DEMANDA Y SU REFORMA, LA CONTESTACIÓN Y LAS EXCEPCIONES FORMULADAS	6
1.1.	Pretensiones	6
1.2.	Resumen general de los hechos	8
1.3.	Contestación de la demanda reformada por parte de Productos Químicos Panamericanos S.A. y formulación de excepciones	10
III.	PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES	13
1.	PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE	13
2.	ETAPA PROBATORIA	13
2.1.	Pruebas Documentales	13
2.2.	Testimonios y declaraciones de Parte	13
2.3.	Ratificación de testimonios recibidos fuera del proceso	14
2.4.	Inspección judicial con exhibición de documentos en las instalaciones de Productos Químicos Panamericanos S.A.	14
2.5.	Oficios	16
2.6.	Dictamen Pericial	16
3.	ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	17
IV.	TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO	17
V.	PRESUPUESTOS PROCESALES	17
VI.	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	18

1.	LA CUESTIÓN DEBATIDA	18
2.	LA EXCEPCIÓN DE "HECHO DE UN TERCERO" FORMULADA POR LA PARTE CONVOCADA	19
	(i) Criterios generales	19
	(ii) Elementos o requisitos	22
	(iii) El hecho exclusivo de un tercero	26
	(iv) El hecho de los empleados, trabajadores, auxiliares o dependientes del deudor frente a los requisitos de la causa extraña	30
	(v) La huelga de los trabajadores como causa extraña	38
	(vi) Las vías de hecho y los actos de fuerza y obstrucción realizados por los trabajadores.	47
	(vii) El hecho de los trabajadores y ex trabajadores de PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS S.A. y su incidencia en el cumplimiento de los contratos de promesa y de compraventa celebrados con CONSTRUCTORA KOVOK S.A.	52
	(viii) Análisis de la excepción formulada por la parte convocada.	65
	(ix) Conclusión	68
3.	LA OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO	69
4.	COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO	73
	1. Honorarios y Gastos del Trámite Arbitral	74
	2. Agencias en Derecho	75
	3. Total costas y agencias en derecho	75
VII.	PARTE RESOLUTIVA	75