

CAPITULO IX

Susana y Silvana Saravia Cortés Contra Portal de la Popa LTDA.

CAPITULO IX

PARTES	Susana y Silvana Saravia Cortés Contra Portal de la Popa LTDA.
ARBITRO:	Dra. Maria de los Ángeles Bettín Sierra
SECRETARIO:	Dra. Arlena Hoyos Cañavera
FECHA:	28 de Junio de 2006.
PROTOCOLIZACIÓN:	E. P No. 4046 del 23 de Octubre de 2006. Notaria 3ª del Círculo de Cartagena.
NORMAS CITADAS:	Artículo 432 del Código de Procedimiento Civil; Artículo 1592, 1599, 1600; 1604, 1613, 1617, 1649 del Código Civil Colombiano; Artículo 883, 884, del Código de Comercio
TEMAS JURIDICOS:	Compraventa de Bienes Inmuebles; Interés Moratorio; Responsabilidad Civil Contractual.
JURISPRUDENCIA:	Corte Constitucional, Sentencia C - 1038 de 2002, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de Octubre 7 de 1976; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de Enero 24 de 1990;

LAUDO ARBITRAL

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

SUSANA Y SILVANA SARAVIA CORTEZ Y LA SOCIEDAD PORTAL DE LA POPA LTDA.

Cartagena de Indias D. T. Y C., Junio veintiocho (28) de dos mil seis (2.006).

Este tribunal procede a proferir el laudo arbitral que en derecho corresponde, por haberse agotado las etapas procesales establecidas en el Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, Decreto 2651 de 1991 y la Ley 446 de 1998, en concordancia con lo dispuesto por la sentencia C-1038 de 2.002.

PARTE CONSIDERATIVA

ANTECEDENTES

Entre **SUSANA Y SILVANA SARAVIA CORTEZ Y LA SOCIEDAD PORTAL DE LA POPA LTDA .,** se celebró contrato de promesa de compraventa el día 23 de septiembre de 2004, por medio del cual esta se obligaba a transmitirle a aquellas el derecho de dominio y la propiedad sobre un inmueble consistente en un apartamento, con las especificaciones ahí determinadas el cual habría de formar parte del edificio que a su vez la sociedad demandada se comprometió a construir en su calidad de promitente vendedor, sobre un lote de terreno identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No 060-88962 el cual fue transferido por las mencionadas señoras, a dicha sociedad, mediante escritura pública No 3617 del 20 de Octubre de 2004 de la notaria Tercera de Cartagena

La sociedad Portal de la Popa Ltda. no cumplió con su obligación de construir el edificio del cual haría parte integrante el apartamento objeto de pago a favor de las convocantes, a pesar de los diferentes requerimientos que se le hicieron a la misma.

TRAMITE PREARBITRAL

Mediante apoderado, la señora Susana y Silvana Saravia Cortez presentaron el día 14 de febrero de 2006, ante el centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, demanda contra la Sociedad Portal de la Popa Ltda, con base en la cláusula novena (9) del contrato celebrado entre ellos, correspondiente al domicilio contractual y la cláusula compromisoria.

La Directora del Centro de arbitraje y Conciliación, citó inicialmente a audiencia de nombramiento de árbitro para el día 21 de febrero de este mismo año. No obstante, a solicitud de la parte convocante debió señalar una segunda fecha, que correspondió para el día 1º de marzo de esa misma anualidad. Posteriormente, la sociedad convocada PORTAL DE LA POPA LTDA, igualmente solicitó aplazamiento de la audiencia, para celebrarse finalmente el día 6 de marzo de 2006, la cual se celebró con la asistencia de las hermanas SARAVIA CORTEZ y de su apoderado.

Habiéndose producido la aceptación de la designación del arbitro, el Centro convocó a la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento y para el día 21 de marzo de los corrientes, se designó a la Secretaria del mismo, se fijó el lugar de funcionamiento, se reconoció la personería del representante de la parte convocante y se admitió la demanda y ordenó notificarle y correr traslado de la misma a la parte demandada, por el término de ley, no sin antes informar ala Procuraduría General de la Nación acerca de la constitución del Tribunal, para los fines legales. Vencido el término respectivo, la sociedad Portal de la Popa Ltda, se abstuvo de darle contestación, como tampoco presentó excepciones perentorias o de fondo para atacar las pretensiones de la parte demandante. Fue así como, el 12 de abril de 2006, se señaló la fecha del 25 de ese mismo mes y año, para fijar los gastos de funcionamiento y honorarios previstos para el desarrollo del

presente Tribunal de Arbitramento y se fijó fecha. En este día se establecieron las sumas respectivas, para un total de TRES MILLONES OCHOCIENTOS VEINTINUEVE MIL TRESCIENTOS PESOS (\$3.829.300.00) y a su vez se señaló fecha y hora para la celebración de la audiencia de conciliación, en caso de se produjeran las consignaciones respectivas.

Como quiera que la parte demandada no procedió a realizar la consignación en la proporción correspondiente, la parte demandante dando cumplimiento al inciso segundo (2) del artículo 144 del Decreto 1818 de 1998, efectuó dicho pago, el día 11 de mayo de 2006, quedando de tal manera constituido en legal forma el tribunal de arbitramento que nos ocupa, obviamente, habiendo cumplido con el 50% de la consignación de los gastos que le correspondían como parte convocante el día 3 de ese mismo mes y año. Celebrada la audiencia de conciliación, el día 18 de mayo del año en curso, la parte demandada no compareció, produciéndose de esta forma el fracaso de la misma.

TRAMITE ARBITRAL INICIAL

Para la fecha del primero (1) de Junio del año en curso, el tribunal de arbitramento convocó la primera audiencia de tramite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 147 del decreto precitado en la cual se dió lectura a la cláusula compromisoria contenida en el contrato de promesa de compraventa celebrada entre las partes, así como a las pretensiones alegadas por la parte demandante que reza de la siguiente manera:

PRIMERA. Que se requiera y ordene a PORTAL DE LA POPA LTDA, sociedad comercial con domicilio principal en la ciudad de Cartagena, constituida por medio de la escritura pública No. 1419 otorgada el 29 de abril de 2004 en la Notaria tercera (3ª) de Cartagena (Nit 8060161131-0) representada legalmente por RAMON I. SARAIVA SARAIVA, varón, mayor de edad, vecino y residente en la ciudad de Cartagena, identificado con la c.c. 79.445.542 expedida en Bogota, reintegrar a mi mandante la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES (\$35.000.000.00) DE PESOS MLEGAL COL., más la cláusula penal establecida, los intereses de mora mas altos vigentes en la plaza desde que se causaron hasta que se produzca el pago total de su obligación, junto con la indexación o corrección monetaria. Dicha suma de dinero obedece al precio estimado en promesa de compraventa celebrada entre mis poderdantes y PORTAL DE LA POPA LTDA en la ciudad de Cartagena el 23 de septiembre de 2004, en virtud del cual la sociedad convocada se obligó a transmitir a mis representadas el derecho de dominio y propiedad, sobre un inmueble consistente en el apartamento con las especificaciones que allí mismo se determinaron que ser obligo a construir la convocada en su carácter de prometiende vendedor.-

SEGUNDA: Se ordene a la sociedad convocada a pagar las costas y gastos del tribunal que estamos convocando, incluyendo las agencias en derecho

ETAPA INSTRUCTIVA

TERMINO

Las partes fijaron en la cláusula compromisoria, un plazo no mayor a sesenta (60) días, como termino de duración del proceso, contados a partir de la fecha de instalación del tribunal de arbitramento.

PRUEBAS

En la audiencia celebrada el día primero (1) de Junio del año en curso, el tribunal ordenó tener como aportadas las pruebas documentales alegadas por la parte demandante. La contraparte, no aportó pruebas de ninguna especie.

Para la fecha 15 de junio de esta anualidad, se llevó a cabo la Audiencia de Alegaciones. En desarrollo de la misma, la parte demandante hizo uso de la palabra y alegó de Conclusión, aduciendo de manera verbal, que se hallaba demostrado que entre las convocantes y la Sociedad convocada, se había celebrado un contrato

de Promesa de Compraventa, en la ciudad de Cartagena el 23 de septiembre de 2004, en virtud de la cual, dicha sociedad prometió transferir a aquellas derecho de dominio y propiedad sobre un apartamento en un Edificio que habría de construir en el lote de terreno referenciado en la convocatoria (Hecho segundo) y que adicionalmente a ello, quedó demostrado como la sociedad Convocada, no cumplió con su obligación.

Mientras que la parte demandada no concurrió a la audiencia de alegaciones. Y en cumplimiento del principio de economía procesal, se procedió a señalar como fecha para audiencia de fallo el día 28 de junio del año que avanza, a las 8.30 de la mañana.

PARTE MOTIVA

COMPETENCIA

En la primera audiencia de trámite, este Tribunal se pronunció con respecto a la competencia que poseía para conocer del conflicto suscitado entre las partes; fue así como tuvo en cuenta, no solo la existencia de un contrato celebrado entre las mismas, el cual fuere contentivo de la cláusula compromisoria respectiva, sino el cumplimiento del requisitos exigido para efecto de la consignación de los gastos y honorarios de funcionamiento, al igual que, la capacidad de las partes dentro de este asunto, y la susceptibilidad de que este, fuese objeto de transacción.

ANALISIS DE LAS PRUEBAS

Resulta determinante en este proceso, el contrato de promesa de compraventa el día 23 de septiembre de 2004, por medio del cual la sociedad PORTAL DE LA POPA LTDA. se obligaba a transmitirle a SUSANA Y SILVANA SARAVIA CORTEZ, el derecho de dominio y la propiedad sobre un inmueble consistente en un apartamento, conforme a las especificaciones ahí determinadas el cual habría de formar parte del edificio, que la sociedad demandada no construyó o por lo menos es lo que dentro de este proceso, no ha sido desvirtuado, por la no comparecencia del gerente o representante legal de dicha persona jurídica, a las actuaciones desarrolladas dentro del mismo, a pesar de habersele notificado de cada una de ellas, en la dirección para notificaciones contenida en el certificado de existencia y representación, allegado a la demanda.

Así como, lo es la prueba documental, del folio de matrícula inmobiliaria No 060-88962 el cual fue aportado oportunamente y en el que se deja claramente establecido que las señoras SARAVIA CORTEZ, transfirieron, a dicha sociedad, el lote que era de su propiedad, mediante escritura publica No 3617 del 20 de Octubre de 2004 de la notaria Tercera de Cartagena.

Llama potísimamente la atención que, a pesar de que el señor Ramón Ignacio Saravia Saravia informara a este tribunal que ya no continuaba como representante legal de la sociedad portal de la Popa Ltda. y que ya había sido designada la persona que le remplazaría en el desempeño de dicha designación, hallándose en trámite de inscripción ante la Cámara de Comercio, siendo, a su vez, el promitente vendedor que suscribiera el contrato de promesa de compraventa con las señoras Saravia Cortez. No obstante, no se produjo la concurrencia oportuna de ese nuevo representante legal, durante el transcurso de este proceso.

La "litis contestatio" es uno de los actos principales del proceso y tiene por objeto conocer el concepto y voluntad del demandado; no solo en cuanto a la aceptación o negación de los hechos y peticiones de la demanda, sino en cuanto a la solicitud o presentación de pruebas.

En este caso en particular, la parte demandada desatendió, una a una, las citaciones que les fueron hechas en su oportunidad.

La verdad procesal es indicativa de que la sociedad Portal de la Popa Ltda. hizo caso omiso de las pretensiones de la parte demandante, como quiera que se abstuvo de ejercer el derecho de defensa que le

asistía, en los distintos momentos procesales; como tampoco, hizo acto de presencia en la audiencia de conciliación, sin que pudiera ejercer en ninguna oportunidad, el derecho de contradicción que Constitucionalmente le asiste, basado en el derecho de igualdad de las partes en el proceso, entre otros.

Con respecto a la audiencia de conciliación en el trámite arbitral, es conveniente anotar que ella, nunca llegaría a regirse por lo preceptuado en el artículo 101 del C. de P. C., no pudiendo en este caso, imponer sanciones a las partes o apoderados que no asistan a la audiencia, ni tenerse como indicio grave en contra de las pretensiones.

Ella per se, constituye una conciliación pre-judicial, basada en la Ley 23 de 1991, como quiera que el parágrafo 1º del artículo 432 del C. de P. C., nos remite a los parágrafos 2º. Y 3º. del 101 ibídem, pero en lo que no se oponga a la conciliación prearbitral. Como tampoco, la Sentencia C-1038 de 2002, proferida por la Corte Constitucional, modificó la esencia legislativa de consagrarla como una audiencia previa a cualquier actuación jurisdiccional.

No obstante, dentro del presente proceso arbitral se ha cumplido a plenitud con los principios generales y procesales que rigen nuestra legislación, debiendo precisar que este se basó en pruebas documentales aportadas por la parte demandante, sosteniéndose, en el caso de la promesa de compraventa, que fue suscrita por la parte demandada, sin que en la primera audiencia de trámite fueran tachados de falsos, debiendo ser reconocido como auténtico, al producirse el reconocimiento implícito de que trata el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con los artículos 10º. y 11º. De la Ley 446 de 1998.

A través del estudio jurídico realizado, se ha determinado que se ha producido un cumplimiento de la obligación contractual, de parte de las señoras SARAVIA CORTEZ, como quiera que estas cumplieron con la transferencia del dominio del inmueble mediante escritura pública No 3617 del 20 de Octubre de 2004 de la notaria Tercera de Cartagena, registrada al folio de matrícula inmobiliaria No 060-88962. Y por otra parte, se produjo el incumplimiento de la obligación de la sociedad PORTAL DE LA POPA LTDA. por cuanto no demostró haber construido el edificio del cual haría parte integral el inmueble que habrían de recibir las demandantes, como tampoco, el hecho de la entrega del apartamento a las mismas, previsto para el día 15 de diciembre de 2005, obligación esta contenida en la cláusula quinta del contrato de promesa de compraventa pluricitado.

Ante tales circunstancias, nos hallamos frente a la inejecución del deudor en la no prestación impuesta, que la doctrina ha denominado, ejecución indirecta o por equivalente, o llamada por otros, reparación pecuniaria, que resarcen el daño resultante del retardo. Pues ya no podemos hablar de una ejecución directa o en naturaleza, dado que la parte demandante no pretende el cumplimiento de la primitiva obligación consistente en la entrega del apartamento prometido en venta, sino en una suma dineraria a cargo de la sociedad antes mencionada, por no haber cumplido con su obligación dentro del término estipulado en el contrato de promesa de compraventa suscrito entre las partes, el 23 de septiembre de 2004, generando así un desequilibrio en las prestaciones recíprocas, propias de los contratos bilaterales.

Lo anterior, da lugar al reconocimiento de la cláusula penal, entendida como estimación anticipada no solo de los perjuicios compensatorios sino de los moratorios, toda vez que ella es opcional del acreedor, o dicho de otra manera, de no optar por la indemnización compensatoria, bien al deudor se le puede exigir el cumplimiento de la primera. Quedando así exonerado de la prueba de los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación, conforme al artículo 1592 y 1599 del Código Civil, razón por la cual tampoco tendrá derecho al cobro de los intereses solicitados.

Valga la pena anotar que la jurisprudencia ha establecido que la cláusula penal puede cumplir funciones de garantía, caución o estimación anticipada de perjuicios, pronunciándose en el siguiente sentido: "En lo atinente a la estimación de los perjuicios, éstos pueden ser regulados por la ley, el juez, o la convención.

La primera hipótesis ocurre cuando el ordenamiento mismo los avalúa, por ejemplo, respecto de las obligaciones de dinero (C.C., art. 1617; C. Co., arts. 883 y 884). La segunda tiene lugar cuando le corresponda al juzgador concretarlos con respaldo en los medios de convicción, bien porque la ley no los determina, ya porque no se acuerdan en la convección (C.C., art. 1613). La tercera y última hipótesis se configura cuando las mismas partes contratantes los fijan en el negocio jurídico (C.C., arts. 1592 y ss.). La evaluación convencional de los perjuicios o cláusula penal, según la ley "es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal" (C.C., art. 1592). Este concepto pone de manifiesto que la pena convencional puede cumplir diversidad de funciones, tales como la de servir de apremio al deudor, de garantía o caución, o de estimación anticipada de los perjuicios. Ahora, la estipulación de una cláusula penal en un contrato le concede al acreedor un conjunto de ventajas, pues en primer término lo libera de la difícil labor de aportar la prueba sobre los perjuicios, porque hay derecho a exigir el pago de la pena establecida por el solo hecho de incumplirse la obligación principal; en segundo lugar, el incumplimiento de la obligación principal hace presumir la culpa del deudor, y por esta circunstancia, el acreedor también queda exonerado de comprobar dicha culpa (C.C., art. 1604); en tercer lugar, evita la controversia sobre la cuantía de los perjuicios sufridos por el acreedor". (CSJ, Cas. Civil, Sent. oct. 776)

Amén de lo sostenido por la doctrina, el artículo 1600 del Código Civil declara: "No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena". Pues de no ser así, el acreedor también podría recibir una doble indemnización: la preestipulada en la cláusula penal y la resultante de la estimación judicial de los perjuicios.

De manera que si al pactar la cláusula penal, la intención real del acreedor es la de establecer un apremio para el deudor, independientemente del cumplimiento de la obligación principal y de la indemnización compensatoria de ella, así deberá dejarlo expresamente estipulado, pues, de no hacerlo, no habrá lugar al cúmulo de la pena y de la obligación principal, a menos de que aparezca que la pena sólo se refiere a la indemnización moratoria, como tampoco al de aquélla y la indemnización compensatoria.

Cosa distinta sucede con el cobro de la corrección monetaria exigida, toda vez que en este caso, si debe ser probado el perjuicio, tal y como lo establece la jurisprudencia, empero en este caso en particular no fue demostrado.

Para el efecto me permito transcribir apartes de la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, el 24 de enero de 1990, la cual a letra dice: "Con mucha frecuencia, y ésta es, sin duda, la situación de común ocurrencia en materia comercial dado el sistema de fijación del interés legal moratorio que consagran los artículos 883 y 884 del código del ramo, cuando los jueces condenan al pago de intereses de esta naturaleza se están remitiendo a una tasa que, también, comprende el resarcimiento por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, luego tampoco sería justo ni equitativo, esta vez con el deudor, hacer gravitar nuevamente y de manera arbitraria el deterioro del signo monetario, imponiéndole una condena adicional que vendría a hacerlo soportar un doble pago del mismo concepto por la vía de la revaluación de la suma líquida adeudada. Con todo, el acreedor de sumas de dinero conserva su derecho a la indemnización del daño ulterior o complementario que, a raíz de la depreciación monetaria, le haya ocasionado la mora del deudor y que no encuentre completa satisfacción en el pago de intereses, pero ya no amparado por la norma de "favor creditoris" que es en su parte medular el artículo 1617 del Código Civil **sino asumiendo la carga de probar positivamente esa insuficiencia del interés moratorio como compensación resarcitoria, evidencia que consiste no tanto en certificar procesalmente la existencia de la desvalorización, hecho cuya publicidad y notoriedad eximen al damnificado de acreditarlo, y los términos numéricos en que se traduce el descenso del poder de compra del peso colombiano como efecto de ese fenómeno económico, cuanto en demostrar que esa situación se dio en daño del acreedor hasta el punto de que**

no queda cubierto integralmente, indemne de todo el perjuicio legalmente reclamable, con el reconocimiento de intereses moratorios. Pero, en todo caso, siempre bajo el designio del mencionado artículo 1617. Recuerda la Corte, porque del caso, que la corrección monetaria tiene un profundo contenido de equidad que, por tanto, su aplicación tiene que ser certera para evitar abusos e injusticias. Si, como en el asunto bajo estudio, el Tribunal impuso la condena al pago de intereses comerciales de mora en las dos partidas reclamadas por la demandante, necesariamente incluyó la recomposición del capital erosionado, vale decir, ajustó la deuda pecuniaria a los criterios legales indicados en el artículo 1617 del Código Civil en concordancia con los artículos 883 y 884 del Código del Comercio y a los principios de la equidad. No podía, por tanto, el sentenciador ad quem, acumular intereses comerciales de mora, los más altos en el tráfico mercantil, y corrección monetaria, con el pretexto de aplicar el artículo 1649 del Código Civil, porque la condena al pago de esos intereses abarcaba todo el monto de la indemnización contemplada, específicamente, en la controversia". Las negrillas son nuestras.

PARTE RESOLUTIVA

PRIMERO: Condénase a la sociedad PORTAL DE LA POPA LTDA a pagar a las señoras SUSANA Y SILVANA SARAVIA CORTEZ, la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES (\$35.000.000.00) DE PESOS MLEGAL COL., más la cláusula penal establecida en un 25% liquidados sobre la suma precitada.

SEGUNDA: Deniégase el reconocimiento de intereses moratorios a favor de la parte demandante, así como de la corrección monetaria solicitada, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

TERCERO: Condénase a la sociedad PORTAL DE LA POPA LTDA a pagar las costas y gastos del presente tribunal de arbitramento mas los intereses correspondientes a la tasa más alta certificada por la superintendencia Financiera de Colombia, sufragados por SUSANA Y SILVANA SARAVIA CORTEZ.

CUARTO: Ordenase el registro del presente Laudo en la cámara de comercio de Cartagena.

QUINTO: Ordenase la protocolización del expediente en una notaria de la ciudad

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

MARIA DE LOS ANGELES BETTIN SIERRA
ARBITRO UNICO

ARLENA HOYOS CAÑAVERA
SECRETARIA