

**CÁMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN**

LAUDO ARBITRAL

GILBERTO ENRIQUE ÁLVAREZ TORRES

VS.

CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A.

A. ANTECEDENTES.

1. EL TRÁMITE ARBITRAL.

1. **1.1 Demanda:** El 5 de julio de 2018, la Convocante y demandada en reconvenición, señor GILBERTO ÁLVAREZ TORRES por intermedio de apoderado especial, solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena la integración de un Tribunal Arbitral para dirimir sus controversias con CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A. derivadas del Contrato de Promesa de Compraventa celebrado el 25 de agosto de 2016.¹
2. **1.2 Árbitros:** Conforme a lo dispuesto en el pacto arbitral cláusula “VIGÉSIMA CUARTA. CLÁUSULA COMPROMISORIA”, en la audiencia del 12 de julio de 2018, mediante sorteo de las listas oficiales, en presencia de las partes, y la revisoría fiscal de la Cámara de Comercio de Cartagena, fueron designados como Árbitros los doctores VICENTE GUTIÉRREZ DE PIÑERES MORALES, JORGE LUIS CHALELA MANTILLA Y ADRIANA POLANÍA POLANIA ²
3. Informado el nombramiento a los Árbitros designados, mediante sendas comunicaciones, manifestaron no tener inconveniente para la aceptación, cumpliendo con el deber de información, lo cual fue informado a las partes.³
4. **1.3 Instalación:** Previas las citaciones correspondientes, el Tribunal Arbitral se instaló el 16 de agosto 2018, en sesión realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena⁴; en la audiencia fue designada como Secretaria la abogada LILIANA BUSTILLO ARRIETA, quien aceptó el cargo y cumplió con el deber de información.⁵ Comunicado a las partes, no hubo observaciones. En la audiencia de instalación el Tribunal, entre otros, reconoció personería a los apoderados de las partes, fijó su sede y designó la presidencia del Tribunal en el doctor VICENTE GUTIÉRREZ DE PIÑERES MORALES.
5. **1.4 Admisión de la demanda y su notificación:** Mediante Auto No. 2 proferido en la audiencia de instalación del Tribunal Arbitral, fue inadmitida la demanda arbitral. Por no reunir los requisitos formales previstos en el estatuto procesal, el Tribunal Arbitral, posteriormente en el Auto No. 3 se admitió la demanda arbitral, y ordenó notificar y correr traslado de ella, a la Convocada CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A., lo cual se surtió en fecha 30 de agosto de 2018, con la emisión de correo electrónico certificado CERTIMAIL a la Convocada, al que se adjuntó el Auto No. 3, la demanda arbitral, el memorial presentado por la demandada respecto al Auto No. 2, y anexos⁶.
6. **1.5 Contestación de la demanda arbitral:** Mediante memorial radicado el 27 de septiembre de 2018, el apoderado judicial de la parte convocada contestó oportunamente la demanda arbitral, se opuso expresamente a las pretensiones, se pronunció sobre los hechos, propuso

¹ Folios 1 al 35 del Tomo I cuaderno principal.

² Folios 57 Y 58 del Tomo I cuaderno principal.

³ Folios 59 al 77 del Tomo I cuaderno principal.

⁴ Folios 78 al 112. Tomo I cuaderno principal.

⁵ Folios 116 y 117 Tomo I Cuaderno principal.

⁶ Folios 118 al 125 del Tomo I cuaderno principal.

excepciones de mérito y formuló petición de pruebas⁷ y, además, en escrito separado presentó demanda de reconvencción⁸.

7. **1.6 Admisión de la demanda de reconvencción:** En Auto No. 4 del 11 de octubre de 2018, el Tribunal admitió la demanda de reconvencción y dispuso su traslado, notificado mediante correo electrónico el 16 de octubre de 2018, como se corrobora en el expediente, a través de acuso de recibo certificado CERTIMAIL⁹.
8. **1.7 Contestación a la demanda de reconvencción:** Por correo electrónico recibido el 15 de noviembre de 2018, el apoderado de la convocante GILBERTO ALVAREZ TORRES allegó contestación de la demanda de reconvencción, propuso excepciones de mérito, y solicitó pruebas¹⁰.
9. **1.8 Traslado de las excepciones:** De las excepciones propuestas contra la demanda arbitral y la de reconvencción, se corrió traslado común mediante fijación en lista del 19 de noviembre de 2018. El día 26 de noviembre de 2019, el apoderado de la Convocada y demandante en reconvencción, descorrió el traslado de las excepciones de mérito propuestas contra la demanda de reconvencción y solicitó pruebas. Lo propio hizo el apoderado de la parte convocante y demandada en reconvencción, descorrió el traslado de las excepciones de mérito formuladas contra la demanda arbitral¹¹.
10. **1.9 Audiencia de conciliación:** El 7 de diciembre de 2018 se celebró la audiencia de conciliación de este proceso arbitral, en la que hubo propuestas de solución, pero finalmente no se logró acuerdo conciliatorio, por lo que se declaró agotada y fracasada esa oportunidad, en el trámite arbitral¹².
11. **1.10 Fijación y pago de los gastos del proceso:** Declarada fracasada la conciliación, en la misma audiencia del 7 de diciembre 2018, el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1563 de 2012, fijó los honorarios y gastos del proceso arbitral. Como se informó al comienzo de la Primera Audiencia de Trámite, dentro de la oportunidad legal, sólo la parte convocante pagó las sumas a su cargo, y además, haciendo uso de la facultad prevista en el inciso segundo del artículo 25 de la citada Ley, también canceló el restante 50% no pagado por la convocada CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A.¹³
12. **1.11 Primera Audiencia de Trámite:** Por Auto No. 8 se fijó fecha para la Primera Audiencia de Trámite que se celebró el 31 de enero de 2019, con la participación de las partes, por Auto No. 9 el Tribunal Arbitral declaró la competencia para resolver las controversias sometidas a su decisión, providencia que quedó en firme sin recurso de las partes. Adicionalmente por Auto No. 10 decretó las pruebas en este proceso arbitral, providencia que quedó en firme sin recursos

⁷ Folios 126 al 135 Tomo I cuaderno principal.

⁸ Folios 154 al 158 Tomo I cuaderno principal.

⁹ Folios 198 al 201. Tomo I cuaderno principal.

¹⁰ Folios 158 al 164 Tomo I cuaderno principal.

¹¹ Folios 165 al 176, Tomo I cuaderno principal

¹² Folios 179 y 180. Tomo I cuaderno principal.

¹³ Folios 180 al 191 Tomo I cuaderno principal.

de las partes.¹⁴

13. **1.12 Pruebas Practicadas:** El día 25 de febrero de 2019, a las 10:00 a.m. se celebró audiencia de pruebas en la que se practicó el interrogatorio de parte que fue absuelto por el representante legal de la Convocada CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A. y el interrogatorio de parte del señor GILBERTO ENRIQUE ÁLVAREZ TORRES.
14. Surtidos los interrogatorios de parte, en esa misma audiencia el Tribunal de Arbitraje realizó el control de legalidad de las actuaciones surtidas dentro del proceso y mediante Auto No. 11, de oficio decretó oficiar a la Oficina de Instrumentos Públicos de Cartagena para que remitieran con destino a este proceso el certificado de libertad y tradición del inmueble con matrícula inmobiliaria No. 060294912 el cual fue allegado por oficio del 11 de marzo de 2019¹⁵.
15. Asimismo, en audiencia con participación de las partes de fecha 22 de marzo de 2019, por Auto No. 15 el Tribunal de Arbitraje declaró cerrada la etapa probatoria en el proceso arbitral, providencia que quedó notificada en audiencia, sin recursos de las partes. En esta oportunidad se realizó el control de legalidad a las actuaciones del proceso, sin observaciones de las partes.¹⁶
16. **1.13 Audiencia de Alegaciones:** Esta audiencia se desarrolló el día 15 de abril de 2019, en donde las partes presentaron sus alegaciones en forma oral y resumen por escrito.¹⁷
17. **1.14 Del Control Legalidad:** En diferentes oportunidades procesales el Tribunal de Arbitramento, ha realizado el control de legalidad al trámite arbitral, tal como se dejó expresado en la Primera Audiencia de Trámite¹⁸, Audiencias de Pruebas¹⁹ y en la Audiencia de Alegaciones²⁰.

2. PARTES DEL PROCESO.

18. **2.1. Parte convocante y demandada en reconvenición:** GILBERTO ENRIQUE ÁLVAREZ TORRES persona natural, Promitente Comprador del bien objeto del contrato de promesa de compraventa. Representado en este proceso arbitral por el doctor RAMÓN IGNACIO SARAVIA SARAVIA, según el poder presentado con la demanda arbitral, y a quien el Tribunal también le reconoció personería por Auto No. 1 del 16 de agosto de 2018.²¹
19. **2.2. Parte convocada y demandante en Reconvenición:** CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A., sociedad comercial con domicilio en Cartagena de Indias, identificada con el Nit 890406672-2, Promitente Vendedor del bien objeto del contrato de promesa de compraventa. Representada legalmente por ARTURO CEPEDA FACIOLINCE.

¹⁴ Folios 191 al 210. Tomo I cuaderno principal.

¹⁵ Folios 211 al 224 Tomo I cuaderno principal.

¹⁶ Folios 232 al 234 Tomo I cuaderno principal.

¹⁷ Folios 236 al 238 Tomo I cuaderno Principal.

¹⁸ Folio 208 Tomo I cuaderno Principal.

¹⁹ Folios 214 Tomo I cuaderno Principal

²⁰ Folio 233 del Tomo I cuaderno Principal.

²¹ Folios 1 y 110. Tomo I cuaderno principal

20. La parte convocada y demandante en reconvención es representada en este proceso por el doctor **RAIMUNDO PEREIRA LENTINO**, según poder especial que obra en el expediente y a quien el Tribunal también le reconoció personería en Auto No. 1 del 16 de agosto de 2018.²²

3. DEL CONTRATO ORIGEN DE LAS CONTROVERSIAS.

21. Obra en el expediente²³ copia del contrato de promesa de compraventa BARCELONETA, APARTAMENTO 202, TIPO E, BLOQUE 5 PH, celebrado en fecha 25 de agosto de 2016 que tuvo por objeto, lo siguiente:

“CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO: El promitente Vendedor se obliga a transferir a título de compraventa a favor del Promitente Comprador y este, por su parte, se obliga a adquirir a igual título el derecho de dominio y la posesión material que la primera tiene y ejerce sobre el apartamento 202, que se va a construir con un área de CIENTO VEINTIUN METROS CUADRADOS (121 Mt2) TIPO E, que consta de sala-comedor, 3 alcobas, 3 baños, cocina, espacio para ropas, 1 alcoba y baño de servicio, balcón cubierto y linderos tal y como muestra el plano urbanístico, que se está tramitando en la Curaduría Urbana No. 1, ubicado en proyecto BARCELONETA, cuya ubicación y linderos se señalaron en las consideraciones del presente documento. Igualmente por el precio pactado el Promitente comprador, recibirá el uso exclusivo del parqueadero 534 ubicado en la zona de parqueo del edificio 5.”

4. EL PACTO ARBITRAL.

22. Las partes acordaron pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria suscrita en la cláusula “VIGÉSIMA CUARTA. CLÁUSULA COMPROMISORIA” del contrato de promesa de compraventa suscrito el 25 de agosto de 2016, estableciendo que: *“Las partes procurarán dirimir directamente todas las disputas o controversias que puedan surgir en relación con este contrato. La parte que considere que existe una controversia o disputa en relación con la interpretación o el cumplimiento del contrato deberá comunicar esta situación por escrito a la otra parte Contratante. Esta última deberá, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la comunicación antes dicha, citar a la otra parte a una reunión con el fin de arreglar directamente la controversia o disputa. En caso de que no se logre obtener un arreglo directo entre las partes sobre la controversia o disputa relacionada con el contrato dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de la reunión antes dicha, así como en el evento en que no se convoque a dicha reunión por la parte contractualmente obligada a ello en la oportunidad advertida, o en el evento en que la controversia supere los CIENTO MILLONES DE PESOS (\$100.000.000), ésta será dirimida por un Tribunal de Arbitramento, el cual se someterá a las disposiciones de las leyes aplicables y a las normas del Centro de Arbitramento y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Cartagena de acuerdo con las siguientes normas: (1) El Tribunal estará conformado por tres (3) árbitros abogados designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Cartagena. (2) La organización interna del Tribunal estará sujeta a las normas que se disponen para el efecto por el centro de Arbitramento y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena. (3) El Tribunal decidirá en*

²² Folio 56 y 110 . Tomo I cuaderno principal

²³ Folios 6 al 16 Tomo I cuaderno principal.

derecho. (4) El Tribunal sesionará en Cartagena en el Centro de Arbitramento y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Cartagena.”.²⁴

5. LAS CUESTIONES SOMETIDAS AL ARBITRAJE

23. Los asuntos que las partes han sometido a decisión del presente Tribunal de Arbitraje son las que aparecen incorporadas en las demandas arbitral de Convocatoria ²⁵, en la de reconvención²⁶, así como las excepciones de mérito propuestas por la Convocada y demandante en reconvención en contra de la demanda arbitral²⁷, y las excepciones propuestas por la parte convocante contra la demanda de reconvención²⁸.

5.1 LAS PRETENSIONES FORMULADAS EN LAS DEMANDAS

EN LA DEMANDA PRINCIPAL²⁹

PRETENSIONES

Teniendo en cuenta los anteriores hechos de la manera más atenta me permito formular al honorable tribunal las siguientes pretensiones:

PRIMERA: Que se declare por parte del Tribunal de Arbitramento que la sociedad **CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A** incumplió el contrato de promesa de compraventa de fecha 25 de agosto de 2016, respecto del inmueble: apartamento 202, tipo E, BLOQUE 5 del proyecto Barceloneta y el uso exclusivo del parqueadero 534, localizado en la zona de parqueo del edificio 5, ubicado en Barceloneta, kilómetro 9 manzanillo del mar y al cual le pertenece la matrícula inmobiliaria 060-294912.

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior se ordene la suscripción inmediata e improrrogable de la correspondiente escritura pública en la Notaría Segunda del círculo notarial de Cartagena y que perfeccione el contrato de promesa de compraventa de fecha 25 de agosto de 2016, respecto del inmueble apartamento 202, tipo E, BLOQUE 5 del proyecto Barceloneta y el uso exclusivo del parqueadero 534, localizado en la zona de parqueo del edificio 5, ubicado en Barceloneta, kilómetro 9 manzanillo del mar y al cual le pertenece la matrícula inmobiliaria 060-294912.

TERCERA: Que se condene en costas y gastos del proceso a **CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A**

EN LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN³⁰

²⁴ Folios 16 Tomo I Cuaderno Principal. Demanda arbitral.

²⁵ Folios 2 al 35, Tomo I Cuaderno Principal

²⁶ Folios 136 al 153 Tomo I Cuaderno Principal. Demanda de Reconvención

²⁷ Folios 126 al 135, Tomo I Cuaderno Principal . Excepciones contra la demanda arbitral.

²⁸ Folios 159 al 164, Tomo I Cuaderno Principal. Excepciones contra la demanda de Reconvención.

²⁹ Folio 4 Tomo I Cuaderno Principal

³⁰ Folio 193 Tomo I cuaderno principal

V. Pretensiones.

Solicito a los señores Árbitros se sirvan proferir Laudo en que se hagan las siguientes o similares declaraciones y condenas:

Primera.- Declarar la Resolución y/o Extinción del Contrato de Promesa de Compraventa suscrito el día 25 de agosto de 2016 entre los señores Gilberto Álvarez Torres y la Constructora Barcelona de Indias S.A.

Segunda.- Que se restituya a la Constructora Barcelona de Indias S.A., por parte del demandado Gilberto Álvarez Torres, el bien inmueble determinado y objeto del presente proceso.

Tercera.- Declarar que la Constructora Barcelona de Indias S.A., demandante en reconvención, no está obligada a indemnizar bajo ningún concepto al señor Gilberto Álvarez Torres.

Cuarta.- Condenar en costas a los demandados en reconvención.

5.2. EXCEPCIONES DE LAS CONTESTACIONES A LAS DEMANDAS

EXCEPCIONES A LA DEMANDA PRINCIPAL³¹

- Falta de Competencia.
- Contrato no cumplido por parte del señor Gilberto Alvarez Torres.

EXCEPCIONES A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN³²

- Improcedencia de mutuo disenso.
- Contrato no cumplido por parte de los Convocantes en Reconvención.
- Excepción Genérica e Innominada.

5.2 De la cuantía y juramento estimatorio.

24. En la demanda arbitral de Convocatoria no se incluyó juramento estimatorio, así mismo la Convocada y demandante en reconvención tampoco hizo juramento estimatorio. Lo anterior, en consecuencia de la naturaleza de las pretensiones invocadas en este proceso arbitral.

6. TRÁMITE.

25. El trámite del proceso arbitral, se ha surtido con todo el rigor que corresponde a las disposiciones legales que le son aplicables, es un arbitraje institucional de conformidad con lo previsto en la Ley 1563 de 2012, ha funcionado en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, se ha realizado el control de legalidad en las distintas etapas del proceso y las partes en audiencia, han manifestado su conformidad.

7. TÉRMINO DEL PROCESO.

26. El término de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, por disposición del artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, teniendo en cuenta que la Cláusula Compromisoria contenida en el contrato bajo estudio, no fijó la

³¹ Folios 128 al 133 del Tomo I cuaderno Principal.

³² Folios 162 al 164 del Tomo I cuaderno Principal.

duración del arbitraje, ello sin perjuicio de prórrogas, suspensiones o interrupciones que pudieran presentarse en su desarrollo.

27. El término de este proceso arbitral empezó a correr a partir del día 1 de febrero de 2019, día siguiente a la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, tal como se dispuso en el Auto No. 9. Dicho término es de seis (6) meses en virtud de lo dispuesto en la cláusula compromisoria.
28. Por lo anteriormente expuesto, este Laudo Arbitral se profiere en oportunidad legal.

B. CONSIDERACIONES

I. PRESUPUESTOS PROCESALES Y NULIDADES

1. Del estudio del expediente encuentra el Tribunal que los presupuestos procesales de la acción están debidamente acreditados: la demanda inicial y de reconvencción cumple con las exigencias legales contenidas en el artículo 82 del C.G.P; las partes son sujetos plenamente capaces, la competencia del Tribunal está claramente determinada por la cláusula compromisoria; en efecto, el Auto No. 9 del 31 de enero de 2019, declaratorio de la competencia quedó en firme, sin recursos de las partes, el asunto sometido a éste Tribunal es de carácter patrimonial y susceptible de resolverse por transacción; los árbitros no han sido recusados ni existen conflictos de interés por resolver.
2. A su turno y en lo relacionado con el deber contemplado en el artículo 132 del C.G.P, el presente Tribunal de Arbitramento realizó el respectivo control de legalidad a fin de corregir o sanear los presuntos vicios que pudieren configurar nulidades u otras irregularidades, los cuales no se presentaron, toda vez que el proceso hasta la presente etapa se adelantó con observancia de las normas procesales establecidas y, con el pleno respeto de las garantías procesales.

II. CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES

3. Teniendo en cuenta la exigencia legal del artículo 280 del Código General del Proceso, sobre el deber del operador judicial en realizar una calificación de la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella, para darle cumplimiento al mismo, el Tribunal precisa respecto de la conducta de las partes, que cumplieron oportunamente con sus cargas procesales, observando los deberes y responsabilidades generales descritos en el artículo 78 del Código General del Proceso, y colaboraron para la práctica de las notificaciones, pruebas y diligencias decretadas.
4. Una vez analizados los presupuestos procesales, para su decisión en derecho, el Tribunal se ocupará de las motivaciones del laudo, seguidamente descenderá al caso en concreto en relación a lo que se pretende sea declarado y su oposición.
5. De esta manera, el Tribunal procederá de la siguiente manera: en primer lugar, estudiará las pretensiones de la demanda principal referentes al contrato de promesa de compraventa del apartamento 202; en segundo lugar, estudiará las excepciones propuestas respecto de la demanda principal; en tercer lugar, estudiará las pretensiones de la demanda reconvencción

referentes al contrato de promesa de compraventa del apartamento 201; en cuarto lugar, estudiará las excepciones propuestas respecto de la demanda de reconvención; en quinto lugar, se pronunciará sobre las costas del proceso; y por último, proferirá sus respectivas resoluciones.

III. SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL

a. El contrato de promesa de compraventa

5. El Artículo 1611 del Código Civil establece que para que sea vinculante entre las partes el contrato de promesa debe cumplir con los siguientes requisitos:

“1a.) Que la promesa conste por escrito.

2a.) Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 <sic 1502> del Código Civil.

3a.) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato.

4a.) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.”

6. Los anteriores requisitos han sido recogidos por la Corte Suprema de Justicia quien en la Sentencia del 29 de junio de 2018 (SC2468-2018 Radicación No. 44650-31-89-001-2008-00227-01 MP. Ariel Salazar Ramírez), ha manifestado lo siguiente:

“Los requisitos que deben concurrir para que el contrato de promesa produzca efectos, son, según la disposición citada como infringida por el recurrente, los siguientes: 1) que conste por escrito; 2) que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1502 del Código Civil; 3) que contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato; y 4) que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales”

7. En este sentido, del examen del Contrato de Promesa de Compraventa del 25 de agosto del 2016 se deriva que este negocio jurídico cumple con los requisitos y es vinculante para las partes.

b. Del caso concreto

8. El Tribunal advierte que en el expediente no se encuentra el acta de comparecencia a la Notaria Primera de la Ciudad de Cartagena, ni ningún otro medio de prueba, en la que se evidencie que el Señor Gilberto Álvarez se acercó el día y hora señalado en la cláusula decima segunda en la Promesa de Compraventa del 25 de agosto de 2016 para la suscripción de la Escritura de Compraventa del apartamento 202 , tipo E, BLOQUE 5 del proyecto Barceloneta y el uso exclusivo del parqueadero 534, localizado en la zona de parqueo del edificio 5, ubicado en Barceloneta, kilómetro 9 manzanillo del mar y al cual le pertenece la matrícula inmobiliaria

060-294912, de lo cual se desprende que efectivamente ninguna de las partes se allano a cumplir dicha obligación.

9. Ahora bien, de conformidad con la cláusula decima segunda del Contrato de Promesa de Compraventa, la suscripción de la escritura se haría el día de la entrega del apartamento:

“DÉCIMA SEGUNDA. OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PÚBLICA. La Escritura Pública que perfeccione el negocio jurídico de la compra del apartamento prometido en venta se otorgará en la Notaría Primera de Cartagena, o en la que previamente hayan convenido las partes, en las mismas fechas pactadas para la entrega del inmueble a las 3:00 pm. Esta fecha podrá ser prorrogada por seis meses (6) o más por convenio entre las partes” (Subraya fuera del original)

10. De acuerdo con la cláusula décima primera del del Contrato de Promesa de Compraventa se estipulo que la entrega se haría el día 30 de marzo de 2016 y que era obligación de la CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A. avisar por carta enviada por correo certificado al señor Gilberto Álvarez con una antelación de 15 días calendario que el apartamento estaba terminado y que se le haría la entrega material del mismo y por ende fijar la fecha para la firma de la escritura:

“DÉCIMA PRIMERA. ENTREGA MATERIAL. La entrega material de las unidades adquiridas por el Promitente Comprador se hará diecisiete meses después de iniciada la obra, una vez terminado en forma completa la construcción y la unidad objeto de este contrato se encuentre lista para ser ocupada, el día 30 de septiembre de 2016 Una vez terminada la construcción el Promitente Vendedor dará aviso al Promitente Comprador con una anticipación no inferior de quince (15) días comunes la fecha y hora de la entrega material del apartamento prometido. PARÁGRAFO PRIMERO: No obstante el señalamiento del plazo El Promitente Vendedor podrá anticipar la fecha de entrega si el ritmo de la obra así lo permite y bastará una comunicación con 15 días de anticipación al Promitente Comprador para que adelante la fecha de la escrituración y entrega. PARÁGRAFO SEGUNDO: La Unidad Prometida en venta se entregara en la fecha indicada la carta de aviso mencionada en el parágrafo anterior, la cual se entregará bajo recibo personal o se enviará por correo certificado y/o correo electrónico, a la dirección suministrada por este” (Subraya fuera del original)

11. Respecto al apartamento 202, señala en su declaración el señor Gilberto Álvarez, que lo tiene, y que actualmente vive en él, desde finales del 2016, o comienzos del 2017, porque según su dicho la fecha inicial no la tiene clara (Audio minuto 23:00). Lo anterior fue corroborado por el Representante legal de Constructora Barcelona de Indias S.A. en el minuto 15:00 de su declaración, en donde afirma haber hecho la entrega material del inmueble sin recordar la fecha pero no la jurídica por haber sido dado en dación en pago al Banco Davivienda, Dación en pago que no consta en el Certificado de Libertad y Tradición del inmueble arrimado al proceso como prueba de oficio.

12. En el expediente no hay prueba que la CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A. enviará la carta al señor Gilberto Álvarez indicándole la fecha de entrega y en consecuencia la fecha para la firma de la escritura.
13. Por consiguiente, la CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A. incumplió la obligación de comunicar por escrito la fecha de entrega material del apartamento 202 y por ende la fecha de la firma de la Escritura Pública, que da cumplimiento al contrato de promesa objeto de decisión de este Tribunal.
14. Además, el Tribunal recalca que la CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A. es experimentada en las actividades negócias y mercantiles en las que se desenvuelve, en donde el carácter profesional tiene especial relevancia de conformidad de lo estipulado en Estatuto del Consumidor, toda vez que debido al desarrollo de su objeto social, es conocedor de los tramites notariales que se derivan de los negocios inmobiliarios, razón por la cual tenia que mostrar mayor diligencia respecto de la suscripción de la Escritura Pública de Compraventa.
15. En consecuencia, por las razones anteriormente expuestas, la pretensión relativa a *“Que se declare por parte del Tribunal de Arbitramento que la sociedad CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A. incumplió el contrato de promesa de compraventa de fecha 25 de agosto de 2016, respecto del inmueble: apartamento 202, tipo E, BLOQUE 5 del proyecto Barceloneta y el uso exclusivo del parqueadero 534, localizado en la zona de parqueo del edificio 5, ubicado en Barceloneta, kilómetro 9 manzanillo del mar y al cual le pertenece la matricula inmobiliaria 060-294912”*, está llamada a prosperar.

IV. EXCEPCIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL

16. Antes de continuar con el estudio de las excepciones de la demanda principal, el Tribunal quiere dejar constancia de la ineficiente contestación de la demanda principal realizada por la Convocada-Demandada en reconvencción CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A., toda vez que se refirió a un contrato y un bien inmueble que no eran requerido por la parte Demandante.
17. No obstante lo anterior, el Tribunal estudiara las excepciones propuestas por la Convocada-Demandada en reconvencción de conformidad con los Artículos 4°, 42 numeral 2 y 282 del Código General del Proceso.

I. Falta de Competencia

- (i) Agotamiento de requisito de procedibilidad

18. En primer lugar, la Convocada sostiene que *“las partes antes de recurrir al trámite arbitral PACTARON agotar un ARREGLO DIRECTO, el cual el señor Gilberto Álvarez Torres, demandante en el asunto y quien considera incumplimiento en el contrato antes referenciado, NO AGOTÓ”*.

19. Ante el anterior argumento, el Tribunal advierte que los incisos segundo y primero del Artículo 13 del Código General del Proceso señalan que las estipulaciones de las partes respecto del agotamiento de requisitos de procedibilidad son ineficaces y se entenderán por no escritos:

“ARTÍCULO 13. OBSERVANCIA DE NORMAS PROCESALES. Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.

Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda.

Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas” (Subraya fuera del original)

20. De esta manera, es claro que la etapa de Arreglo Directo es un requisito de procedibilidad que no estaba llamada a agotar la Parte Convocante y que tal estipulación a la luz del Código General del Proceso se torna ineficaz.

(ii) La pretensiones de la demanda principal se deben tramitar por medio de un proceso ejecutivo

21. Igualmente, sostiene la Convocada que la pretensión de la suscripción de la Escritura Pública de Compraventa del apartamento 202 , tipo E, BLOQUE 5 del proyecto Barceloneta y el uso exclusivo del parqueadero 534, localizado en la zona de parqueo del edificio 5, ubicado en Barceloneta, kilómetro 9 manzanillo del mar y al cual le pertenece la matrícula inmobiliaria 060-294912, *“es el fundamento factico para dar inicio a un "proceso Ejecutivo de Obligación de Suscribir Documentos", consagrado en el artículo 434 del CGP, el cual por su naturaleza, objeto, tramite y trascendencia jurídica resulta INADMISIBLE tramitar por la justicia arbitral”*.

22. Frente a la anterior tesis de la Convocada, el Tribunal advierte que la Corte Constitucional en Sentencia T-1224 del 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) ha señalado que si existe una cláusula compromisoria y a la vez una de las partes tiene la voluntad de acogerse al trámite arbitral, el juez debe declarar la excepción de compromiso o cláusula compromisoria en el proceso ejecutivo:

“Evidentemente, el juez al conocer, de un lado la existencia del pacto arbitral, y de otro, la voluntad de una de las partes de acogerse a él, debe inmediatamente declarar que carece de jurisdicción para continuar conociendo de la causa. De no hacerlo, lo actuado con posterioridad a tal conocimiento será nulo”

23. De lo anterior se desprende, que la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Promesa de Compraventa del 25 de agosto de 2016 y la voluntad de Gilberto Álvarez de dirimir las controversias derivadas de dicho contrato facultan al Tribunal para dirimir dichas discrepancias.
24. Asimismo, de la lectura de la Demanda Principal se deriva que la pretensión primera que reza: *“1. Que se declare por parte del Tribunal de Arbitramento que la sociedad CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A. incumplió el contrato de promesa de compraventa de fecha 25 de agosto de 2016”* es de naturaleza declarativa, a lo que se le suma que la Convocada en su demanda de reconvencción aduce también un incumplimiento por parte de Gilberto Álvarez, temas que son de naturaleza declarativa, razón por la cual, el Tribunal es competente para conocer sobre los mismos.
25. De otro lado, es de resaltar que en el expediente no existe prueba que las partes hayan concurrido el día y la hora señaladas en la Promesa de Compraventa del 25 de agosto de 2016, lo cual deriva en que la obligación no es clara, elemento fundamental del título ejecutivo a la luz del Artículo 422 del Código General del Proceso.
26. En consecuencia, por los motivos anteriormente expuestos la excepción de falta de competencia no está llamada a prosperar.

II. Contrato no cumplido por parte del señor Gilberto Álvarez Torres

27. Sostiene la Convocada que la obligación de concurrir a la notaria para la suscripción de la Escritura de Compraventa del apartamento 202 , tipo E, BLOQUE 5 del proyecto Barceloneta y el uso exclusivo del parqueadero 534, localizado en la zona de parqueo del edificio 5, ubicado en Barceloneta, kilómetro 9 manzanillo del mar y al cual le pertenece la matrícula inmobiliaria 060-294912, de acuerdo a lo estipulado en la Promesa de Compraventa del 25 de agosto de 2016, *“no fue cumplido por la sociedad Constructora Barcelona de Indias S.A., TAMPOCO lo fue por parte del señor Gilberto Álvarez Torres, quien ha inadvertido manifestar a los Árbitros su NO comparecencia a la citada Notaría y que nos permite considerar MALA FÉ en éste al faltar a la realidad de los hechos, y que a todas luces INCUMPLIMIENTO de sus obligaciones contractuales”*.
28. No obstante, tal como se señaló en el aparte en donde se estudiaron las pretensiones de la demanda principal, era obligación de la CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A. avisar por carta enviada por correo certificado al señor Gilberto Álvarez con una antelación de 15 días calendario que el apartamento estaba terminado y que se le haría la entrega material del mismo y por ende fijar la fecha para la firma de la escritura, de conformidad con la cláusula decima segunda del Contrato de Promesa de compraventa del 25 de agosto de 2016.
29. Sin embargo, se reitera que en el expediente no hay prueba que la CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A. enviará la anterior comunicación al señor Gilberto Álvarez indicándole la fecha de entrega y en consecuencia la fecha para la firma de la escritura.

30. De esta forma, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de julio de 2015 (SC9680-2015 Radicación No. 11001-31-03-027-2004-00469-01 M.P. Luis Armando Tolosa Villabona) ha manifestado que la excepción de contrato no cumplido solo la puede solicitar la parte que se haya allanado a cumplir todas sus obligaciones contractuales, en especial si aquellas son anteriores a las que le corresponden a su contraparte:

“Por esto, tratándose de obligaciones sucesivas, primero las de un contratante y luego las del otro, el pretensor incumplidor primero en el tiempo, carece de derecho para solicitar la resolución o la ejecución del contrato, así su contradictor también sea reo de incumplimiento posterior, por cuanto si la vida de las prestaciones subsiguientes se supedita al cumplimiento de las anteriores, nadie está obligado a cumplir a quien previamente ha desatendido lo suyo.

Como se tiene dicho, en punto de cargas recíprocas sucesivas, el “(...) contratante que no vio satisfecha la previa obligación sólo puede pretender el cumplimiento del contrato si cumplió o se allanó a cumplir. Si no ha cumplido ni se ha allanado a hacerlo, puede pretender la resolución con fundamento en el art. 1609, es decir, por el incumplimiento de las obligaciones antecedentes del otro contratante”

31. Igualmente, esto ha sido recalcado por la misma corporación en la Sentencia del 20 de abril de 2018 (SC1209-2018 Radicación No. 11001-31-03-025-2004-00602-01 MP. Aroldo Quiroz Monsalvo), que señala:

“Ahora, en el evento de que las obligaciones asumidas por ambos extremos no sean de ejecución simultánea, sino sucesiva, se ha precisado que, al tenor del artículo 1609 del Código Civil, quien primero incumple automáticamente exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación, porque ésta última carece de exigibilidad en tanto la anterior no fue honrada”

32. Por todo lo anterior, es claro que la CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A. incumplió su obligación primera de comunicar por escrito al señor Gilberto Álvarez la fecha de entrega del apartamento, día en el cual también se firmaría la escritura, razón por la cual la excepción no está llamada a prosperar.

V. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

1. Concluido como ha quedado el estudio de la demanda principal, procederá a continuación el Tribunal a realizar el estudio de la demanda de reconvencción y de las excepciones propuestas respecto de ella, para lo cual igualmente ha hecho una valoración total e integral de las pruebas recaudadas durante el trámite, de la siguiente manera:

I. EL MUTUO DESISTIMIENTO TÁCITO

2. En los contratos bilaterales o sinalagmáticos, como lo es la promesa de compraventa de bien inmueble del cual es objeto el presente proceso, lo natural y habitual es que las partes cumplan con la obligación de hacer cualificada que emana de él, esto es que las partes celebren el contrato de compraventa que en este caso en particular, por la solemnidad que reviste la compraventa de bien inmueble, es el otorgamiento de la escritura pública en la forma, la fecha y en los términos en que fueron establecidos en el contrato de promesa³³.

3. No obstante, si una de las partes cumple lo acordado o ha estado presta a cumplir en la forma y tiempo debidos y, la otra no, aquélla, tiene a su arbitrio la acción de cumplimiento o la de resolución. Pero en aquellos casos en los cuales las partes no celebran el contrato en la oportunidad y en los términos debidos por causas imputables a ambas partes, se presenta la imposibilidad de ejercer la resolución del contrato por incumplimiento de cualquiera de las partes como consecuencia del estado de inejecución de sus obligaciones³⁴, situación que, según la jurisprudencia determinaba el enervamiento del negocio y su consecuencial paralización. Tal análisis tomo un vuelco desde hace más de 35 años por la Corte Suprema de Justicia por medio de una formula ingeniosa y de lógica elemental, consistente en la posibilidad de obviar tal paralización del contrato bilateral mutuamente incumplido, tomando ese incumplimiento bilateral como un desistimiento mutuo o una conducta concluyente en sentido de destrate³⁵. En otras palabras, es la jurisprudencia³⁶ y no la ley la que crea un correctivo jurídico para aquellas situaciones en que son incumplidas las obligaciones de los contratos bilaterales por ambos extremos del contrato.

4. En efecto, para que el mutuo disenso tácito pueda ser aplicado como correctivo jurídico a aquellas situaciones en que la convención bilateral fue incumplida por ambas partes, como ocurre en el caso que se puso a consideración en esta instancia, la jurisprudencia ha establecido algunos elementos o requisitos indispensables a saber:

³³ Al respecto: HINESTROSA, Fernando. *Contratos Preparatorios. El contrato de promesa*. En: Revista de Derecho Privado N°11 2006. Universidad Externado de Colombia; BIANCA, Massimo. *Il Contratto*. Giufre Editore. Pág 753 y ss.; BIGLIAZZI GERI, Lina [Et. Al]. *Derecho Civil. Tomo I Volumen II*. Trad. Esp. Fernando Hiestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1995. Pág. 768 y ss.

³⁴ HINESTROSA, Fernando, *Contratos preparatorios...* Óp. Cit. Pág.35; *Tratado de las Obligaciones Tomo I*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007 Tercera Edición. Pág.897. Cfr. "Cuando las obligaciones reciprocas deban ejecutarse simultáneamente, si ambos contratantes incumplen, ninguna tiene la acción de resolución o de cumplimiento" CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia. 19 de Noviembre de 1923; 17 de Junio de 1948; 7 de Octubre de 1976, 7 de Marzo de 2000 Exp. 5319; 12 de Diciembre de 2006 Exp. 0238; 16 de Mayo de 2002 Exp. 6877.

³⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia 23 de Septiembre de 1974 M.P. Ernesto Escallón Vargas; HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones...* Óp. Cit. Pág. 901; BONIVENTO, José Alejandro. *Los Principales Contratos Civiles*. Bogotá: Librería Ediciones el Profesional. Edición 16°. Pág. 210.

³⁶ Sobre el particular es preciso mencionar, sin ánimo de exhaustividad, la jurisprudencia al respecto: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia 23 de Septiembre de 1974. M.P. Ernesto Escallón Vargas; 5 de Noviembre de 1979. M.P. Alberto Ospina Botero; 8 de Noviembre de 1989. M.P. José Alejandro Bonivento; 7 de Marzo de 2000. M.P. Silvio Fernando Trejos; Sentencia 5 de Junio de 2007. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Exp. 10468.

- a) Que sea sobre un contrato sinalagmático o bilateral³⁷.
 - b) Que las partes no hayan ejecutado las obligaciones a su cargo en el momento y en el tiempo debidos³⁸.
 - c) Que el incumplimiento o inejecución de las obligaciones del contrato sean recíprocas y simultáneas³⁹.
 - d) Que la conducta que indica el incumplimiento sea lo suficientemente indicativa de desistimiento de la convención, esto es, frente al cumplimiento de sus obligaciones, pueda naturalmente deducirse que su implícito y recíproco querer es el de no ejecutar el contrato, el de no llevarlo a cabo⁴⁰.
 - e) Que con posterioridad al incumplimiento de las obligaciones del contrato, no se sigan ejecutando obligaciones adicionales que se hayan pactado en el mismo⁴¹.
 - f) Que la resolución del contrato sea declarado por vía judicial a petición de alguna de las partes.
5. Así pues, luego de hacer un recuento de los elementos configurativos del mutuo disenso tácito de los que se ha tomado la Corte por medio de su jurisprudencia, dichos elementos no han sido desechados por la corporación, por el contrario, han sido una y otra vez confirmados, tal como se expresa en la Sentencia de Casación Civil del 7 de Marzo de 2000, en la cual se expresa que el mutuo disenso tácito, siendo una figura singular cuyos perfiles institucionales son aplicables a los contratos bilaterales incumplidos por ambas partes haciendo imposible la aplicabilidad de la condición resolutoria tácita y la excepción de contrato no cumplido, la voluntad de las partes interesadas deberá ser coincidente en el abandono recíproco de las prestaciones debidas, fruto de un acuerdo tácito, en el sentido de consentir la disolución del vínculo.
6. Adicionalmente, es de traer a colación la postura sentada en la Sentencia de Casación Civil de 5 de Junio de 2007 Exp. 10468, en la que recuerda que el mutuo disenso tácito, al carecer de regulación orgánica en la codificación civil, deja al criterio del juzgador la interpretación acerca de los hechos constitutivos del abandono del contrato y determinante de la época en la cual se hace patente esa voluntad conjunta de los contratantes que apunta a desistir del contrato, obviamente sin perder de vista los razonamientos que la Corte haya hecho sobre la estructuración de la figura jurídica.

³⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia 5 de Noviembre de 1979 M.P. Alberto Ospona Botero.

³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia 23 de Septiembre de 1974. M.P. Ernesto Escallón Vargas.

³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia 5 de Noviembre de 1979, M.P. Alberto Ospona Botero; Sentencia 23 de Septiembre de 1974. M.P. Ernesto Escallón Vargas; Sentencia de 8 de Noviembre de 1989 M.P. José Alejandro Bonivento.

⁴⁰ *Ibídem*.

⁴¹ *Ibídem*

7. Por su parte, la Corte no ha obviado las consecuencias que trae la aplicación del mutuo disenso tácito a los contratos en los cuales las partes se encuentran inmersas en el incumplimiento o inejecución mutua y simultánea de sus obligaciones, la cual no puede ser olvidada por los jueces de instancia. Tales consecuencias se sientan sobre la base insustituible de que el acto jurídico primigenio se tenga por desistido, realizando las correspondientes restituciones mutuas, sin que haya lugar al resarcimiento indemnizatorio de ninguna clase, toda vez que, como bien lo ha entendido la Corte, este tipo de prestaciones requieren de la mora y en el supuesto de incumplimiento recíproco objeto de análisis en esta instancia, esa situación antijurídica no puede configurarse para ninguno de los contratantes de conformidad con el artículo 1609 del Código Civil.

II. SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE PROMESA DEL APARTAMENTO 201

8. Ahora bien, solicita la demandante en reconvención que se declare la resolución del Contrato de Promesa de Compraventa del apartamento 201 del Bloque 5 con uso exclusivo del parqueadero 514 ubicado en el proyecto Barceloneta de la Ciudad de Cartagena de Indias de fecha 25 de agosto de 2016, toda vez que ni el Señor Gilberto Álvarez ni la Parte Convocada asistieron a la Notaria Segunda de la Ciudad de Cartagena de Indias a la firma de la Escritura Pública de Compraventa de dicho inmueble, la cual fue pactada, de acuerdo a la cláusula décima segunda de la Promesa, para el mismo día de la celebración de la promesa.
9. En este sentido, la demandante en reconvención aduce que se configura un mutuo disenso entre las partes, que da lugar a que se declare la resolución del Contrato de Promesa de Compraventa del apartamento 201 del 25 de agosto de 2016 con sus respectivas restituciones mutuas.
10. Por otra parte, de la lectura de la cláusula quinta del Contrato de Promesa de Compraventa del apartamento 201 del 25 de agosto de 2016 consta que el señor Gilberto Álvarez ya cancelo la totalidad del valor del apartamento, el cual es de Cuatrocientos Millones de Pesos (\$400.000.000.00), lo cual es ratificado por el apoderado de la CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A. en el memorial en el que descurre traslado de las excepciones de merito, en el cual manifiesta que *“somos conocedores de que a la sociedad convocada y convocante en reconvención, se le impone la devolución o reembolso de los dineros recibidos como pago de dicho inmueble, lo cual, a diferencia de lo afirmado por el apoderado del señor Gilberto Álvarez Torres, la Constructora Barcelona de Indias S.A estaría dispuesta a asumir”*.
11. Asimismo, en el curso de las declaraciones de parte practicadas en el proceso, se puede acreditar que el apartamento 201 le fue entregado al señor Gilberto Álvarez y que el goza de la posesión del mismo, ya que lo tiene arrendado y que esto no tiene nada que ver con el 202, tal como lo manifestó en el minuto 16:00 y 23:00 del audio de su declaración.
12. Del mismo modo, no existe en el expediente prueba alguna que certifique que las partes hayan comparecido el 25 de agosto de 2016 a la Notaria Segunda de la ciudad de Cartagena de

Indias a las 3 p.m. para la suscripción de la firma de la Escritura Pública de Compraventa del apartamento 201 del Bloque 5 con uso exclusivo del parqueadero 514 ubicado en el proyecto Barceloneta, hecho que al tribunal le parece falto de toda lógica dado que la promesa se suscribió el mismo día en que debería suscribirse la escritura pública.

13. Ahora bien, es de resaltar que la cláusula sexta establece el procedimiento para resolución del Contrato de Promesa de Compraventa del apartamento 201, estipulando la obligación de la CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A. de requerir vía correo certificado al señor Gilberto Álvarez el cumplimiento de sus obligaciones, para el caso, la comparecencia en la Notaria Segunda de Cartagena de Indias para la suscripción del Escritura Publica de Compraventa del Apartamento 201:

“DECIMA SEXTA. PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. El Procedimiento en caso de incumplimiento del Promitente Comprador será el siguiente:

1. Detectado un hecho que configure la inobservancia de alguna de las obligaciones del Promitente Comprador derivadas del presente contrato, El Promitente Vendedor le remitirá vía correo certificado una comunicación en la que informe el incumplimiento y detalle el mismo, así mismo dará un plazo de diez (10) días hábiles para llevar a cabo la prestación debida.

[..]

3.. En caso en que El Promitente Comprador no se allane a cumplir, El Promitente Vendedor le enviara una nueva comunicación vía correo certificado informado la resolución unilateral del contrato y el monto de dinero a devolver con el descuento de la clausula penal aplicable, según el procedimiento de devolución que se establece más adelante” (Subraya fuera del original)

14. De este manera, advierte el Tribunal que no obra prueba en el expediente que la CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A. haya requerido, en los últimos dos años, al Señor Gilberto Álvarez el cumplimiento de su obligación de comparecer a la firma de la Escritura Pública de Compraventa, obligación previa que tenia la convocada en virtud de la cláusula antes señalada.
15. Frente a la anterior situación, la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 20 de abril de 2018 (SC1209-2018 Radicación No. 11001-31-03-025-2004-00602-01 MP. Aroldo Quiroz Monsalvo), establece que:

“Así las cosas, el contratante que primero vulneró la alianza queda desprovisto de la acción resolutoria, mientras que su contendor sí la conserva a pesar de que también dejó de acatar una prestación, siempre que su actuar se encuentre justificado en su inexigibilidad por la previa omisión de aquel”

16. En consecuencia, el Tribunal concluye que la CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A. incumplió la obligación estipulada en la cláusula décima sexta del Contrato de Promesa de Compraventa del 25 de agosto de 2016, razón por la cual su pretensión no está llamada a prosperar.

III. EXCEPCIONES DE LA DEMANDA RECONVENCIÓN

Improcedencia del Mutuo Disenso y “contrato no cumplido por parte de los Convocantes en reconvencción”

17. Sostiene la Parte Convocante que la teoría del mutuo disenso que sirve de fundamento para las pretensiones de la demanda de reconvencción interpuesta por la CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A. es improcedente, toda vez que *“es menester dejar por sentado que mi poderdante cumplió con todas las obligaciones contraídas, en especial la principal que es el pago del precio del inmueble, como está demostrado y como lo admite en la promesa de compra y venta el vendedor”*.
18. En este sentido, tal como se manifestó anteriormente, el Tribunal advierte que el señor Gilberto Álvarez cancelo el valor del apartamento 201 y que la CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A. le hizo entrega del inmueble.
19. Ahora bien, es primer lugar cabe señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño ha indicado que para que se constituya la figura de mutuo disenso es preciso que se evidencie la voluntad cierta y razonable de los contratantes de desvincularse del contrato, para lo cual no es suficiente el simple incumplimiento mutuo de una de sus obligaciones, tal como se expuso anteriormente.
20. El anterior postulado es recogido por la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 28 de febrero de 2012 (SC2007-00131 Radicación No. 05282-3103-001-2007-00131-01 M.P Ruth Marina Díaz Rueda), que establece:

*“Ahora bien, en razón de la temática planteada en la demanda y la definida por el ad quem, se impone precisar que **“no siempre que medie el incumplimiento de ambos contratantes y por consiguiente que el artículo 1546 del Código Civil no sea el pertinente para regir una hipótesis fáctica de tal índole, es permitido echar mano de la mencionada figura [pues] ‘... es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución, sean expresivos, tácita o explícitamente, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato...’** (CLVIII, 217), ya que ‘entre la disolución de un contrato bilateral por efecto del llamado incumplimiento resolutorio y lo que acontece como consecuencia de la convención extintiva derivada del mutuo disenso, existen radicales diferencias que nunca pueden ignorar los jueces de instancia para, a su talante, modificar pretensiones deducidas en juicio que con la claridad necesaria aparecen fundadas en uno u otro instituto. A través del primero y dada su naturaleza estudiada de vieja data por los doctrinantes, se pide de manera unilateral por el contratante cumplido que el negocio se resuelva con restituciones e indemnización por*

daños a su favor, mientras que en el segundo lo solicitado ha de ser que, sobre la base insustituible de rendir la prueba de aquella convención extintiva en cualquiera de las dos modalidades en que puede ofrecerse, el acto jurídico primigenio se tenga por desistido sin que haya lugar, desde luego, a resarcimiento de ninguna clase ya que, como es bien sabido, este tipo de prestaciones indemnizatorias requieren de la mora (artículo 1615 del Código Civil) y en el supuesto de incumplimiento recíproco objeto de análisis, esa situación antijurídica no puede configurarse para ninguno de los contratantes de conformidad con el artículo 1609 ibidem" (sentencias de casación civil de 7 de marzo de 2000, exp. 5319, 1° de diciembre de 1993, exp. 4022, 17 de febrero de 2007, exp. 0492-01 y 18 de diciembre de 2009, exp. 1996-09616-01, entre otras).

Así entonces, el acogimiento del "mutuo disenso" tácito de las partes, requiere el abandono recíproco de las prestaciones que se derivan del respectivo convenio y, por consiguiente, que la actitud de los contratantes exteriorice que su firme propósito es que lo pactado no perviva o lo que es igual, que ellos anhelan su desvinculación de las obligaciones surgidas con ocasión del negocio jurídico, el cual, por ende, debe aniquilarse. Sobre el particular, la Corte ha advertido que para la prosperidad de la citada figura, edificada sobre la base de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, es preciso que "la conducta de todas las partes involucradas sea lo suficientemente indicativa de esa recíproca intención de 'desistencia' que constituye su sustancia, y que obviamente no se verifica si una de ellas, a pesar de su propio incumplimiento de la obligación de concurrir al perfeccionamiento del contrato de venta prometido, entiende que ese proceder está justificado por la conducta negligente anterior observada por la otra, enunciados estos de cara a los cuales es ostensible que ninguna posibilidad existe, sin caer en el grave defecto de cambiar de oficio los términos petitorios del escrito rector en cuestión, de atribuirle a la parte actora en este proceso el propósito de desistir del contrato sin otras secuelas diferentes a las que, con carácter restitutorio, constituyen materia propia de la relación legal de liquidación que de ordinario surge de la extinción de los contratos que no pudieron llegar a alcanzar su finalidad normal" (Sentencia de 7 de marzo de 2000, exp. 5319, reiterada en la de 14 de diciembre de 2010, exp. 2002-08463-01, entre otras).

En este asunto, si bien es cierto que la actora pretende desatar el vínculo surgido con su demandado, en éste no se advierte lo mismo; más bien aflora su deseo, no solo de que subsista, sino que se cumpla y por ello, al igual que se opuso a los pedimentos de aquella, promovió acción ejecutiva contra la misma, buscando el pago forzado del precio exigible del inmueble, todo lo cual es indicativo, se repite, de que aspira a mantener los efectos propios de la promesa.

*Si lo anterior es así y adicionalmente ningún pedimento al respecto se elevó, **no resultaba viable resolver, menos de oficio, el pacto por "mutuo disenso" dado que su prosperidad dependía, según ya se expuso, de que se acreditara que los intervinientes en el respectivo contrato hubieran asumido una conducta inequívocamente dirigida a apartarse del mencionado negocio jurídico preparatorio, con el marcado interés común de anonadar su fuerza obligatoria, y como ya se vio, en este litigio, independientemente de lo buscado por***

la prometiente compradora, quedó evidenciado que el otro extremo de la convención, no ha consentido en la ruptura de tal relación” (Subraya y negrillas fuera del original)

21. Del mismo modo, el Laudo Arbitral proferido por el Tribunal Arbitral que resolvió las diferencias entre Diagnósticos e Imágenes S.A. con la Fundación para la Salud y Vida – FUNDASALUD- (Arbitro Único Jorge Hernán Gil Echeverry) del 5 de julio de 2016 del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., recoge la doctrina de la Corte Suprema de Justicia y señala lo siguiente:

“Sea lo primero anotar que la figura del mutuo disenso tácito, requiere que sea evidente, de manera cierta, razonable, la intención de ambos contratantes de desvincularse del contrato, no bastando el simple incumplimiento mutuo, tal como lo ha manifestado la jurisprudencia”

22. En consecuencia, no se evidencia que hubiera una cierta y razonable intención de las partes de desistir del Contrato de Promesa de Compraventa del 25 de agosto de 2016, toda vez que al haberse cancelado el valor del apartamento 201 y haberse realizado la entrega del respectivo inmueble, se deduce que era la voluntad mutua perfeccionar el Contrato de Compraventa por medio de la protocolización de la Escritura Pública.
23. Ahora en relación a la **excepción de Contrato no cumplido por parte del demandante en reconvención**, este Tribunal se remite a lo dicho en el punto “II SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE PROMESA DEL APARTAMENTO 201, en todo caso el demandante en Reconvención y demandado, hace referencia en su declaración, a través de su representante legal, de un supuesto contrato de asociación entre CONSTRUCTORA MONTECARLO, GILBERTO ALVAREZ MULFORD Y CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A., contrato que no se tiene en cuenta puesto que además de que las partes son distintas de las que hacen parte del contrato objeto de este proceso, no se hace referencia ha dicho negocio jurídico, en la demanda principal, en la contestación de la demanda principal, en la demanda de reconvención, ni en la contestación a la misma.
24. Por las anteriores razones, el Tribunal despacha favorablemente las presentes excepciones a la demanda de reconvención de “improcedencia de mutuo disenso” y “Contrato no cumplido por parte de los Convocantes en reconvención.

CONDENA EN COSTAS

1. Habiéndose concluido la evaluación del proceso el Tribunal encuentra que prosperaron todas las pretensiones de la demandante y las excepciones de la demanda de reconvención, de este modo se condena en costas a la CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A., de conformidad con el numeral 1 del Artículo 365 del Código General del Proceso, que dispone:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. 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. Como quiera que la parte vencida en juicio fue la convocada - reconviniendo, ésta será condenada a pagar la totalidad de las sumas sufragadas por la convocante para el funcionamiento del presente proceso por concepto de honorarios y gastos, esto es, la suma de \$37.000.000.
3. De otro lado, con fundamento en el Acuerdo PSAA16-10554 del cinco (5) de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, y específicamente el criterio establecido en su artículo 5º “Procesos Declarativos en General en Única Instancia”: “cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido”, el Tribunal fijará las agencias en derecho a favor de la convocante y en contra de la convocada, en la cantidad de \$37.000.000 suma equivalente al ocho por ciento (8%) del valor de las pretensiones de condena reconocidas.
4. Ahora bien, para determinar las costas el tribunal tomará en cuenta los pagos que hizo el señor Gilberto Álvarez para el funcionamiento de este tribunal arbitral, que fueron:

CONCEPTO	VALOR
Gastos y honorarios del proceso pagados por la Convocante	\$37.000.000
Agencias en derecho fijadas por el Tribunal	\$32.000.000
TOTAL COSTAS	\$69.000.000

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre Gilberto Álvarez Torres, por una parte, y por la otra, la CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A., administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar no probadas las excepciones de “Falta de competencia” y “Contrato no cumplido” alegadas por la CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A.

SEGUNDO: Declarar que la sociedad **CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A.** incumplió el contrato de promesa de compraventa de fecha 25 de agosto de 2016, respecto del inmueble: apartamento 202, tipo E, BLOQUE 5 del proyecto Barceloneta y el uso exclusivo del parqueadero 534, localizado en la zona de parqueo del edificio 5, ubicado en Barceloneta, kilómetro 9 manzanillo del mar y al cual le pertenece la matrícula inmobiliaria 060-294912.

TERCERO: Ordenar como consecuencia de lo anterior, que el día 7 de junio de 2019 a las 3:00 de la tarde en la Notaria Primera de Cartagena el señor GILBERTO ENRIQUE ÁLVAREZ TORRES y la CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A., de forma directa o a través de sus apoderados concurren a la suscripción de la Escritura Pública de Compraventa del apartamento 202, tipo E, BLOQUE 5 del proyecto Barceloneta y el uso exclusivo del parqueadero 534, localizado en la zona de parqueo del edificio 5, ubicado en Barceloneta, kilómetro 9 manzanillo del mar y al cual le pertenece la matrícula inmobiliaria 060-294912, de conformidad con el Contrato de Promesa de Compraventa del 25 de agosto de 2016.

CUARTO: Declarar probada la excepción de “Improcedencia del Mutuo Disenso” y “Contrato no cumplido por parte de los Convocantes en Reconvencción”, presentadas por la Parte demandada en reconvencción

QUINTO: Rechazar todas las pretensiones de la demanda de reconvencción interpuesta por la CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A.

SEXTO: Condenar en costas a la CONSTRUCTORA BARCELONA DE INDIAS S.A. En consecuencia, la Convocada pagará al señor GILBERTO ENRIQUE ÁLVAREZ TORRES los siguientes montos:

CONCEPTO	VALOR
Gastos y honorarios del proceso pagados por la Convocante	\$37.000.000
Agencias en derecho fijadas por el Tribunal	\$32.000.000
TOTAL COSTAS	\$69.000.000

SÉPTIMO: Declarar causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios de los árbitros y de la secretaria del Tribunal, por lo cual se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, junto con el IVA respectivo, se dispone que las partes deberán expedir y entregar los respectivos certificados de las retenciones practicadas respecto de los honorarios y gastos pagados.

OCTAVO: Disponer que en la oportunidad legal el Presidente del Tribunal rinda las cuentas de las sumas entregadas por las partes para cubrir los honorarios y gastos de este Tribunal, y, si es del caso, haga la devolución de cualquier saldo que quedare.

NOVENO: Disponer que, por Secretaría, se expidan copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley y que se remita el expediente del proceso para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, una vez se encuentre en firme este laudo.

Notifíquese y Cúmplase,

VICENTE GUTIÉRREZ DE PIÑERES
Presidente

ADRIANA MARÍA POLANIA POLANIA
Arbitro

JORGE CHALELA MANTILLA
Arbitro

LILIANA BUSTILLO ARRIETA
Secretaria del Tribunal