

LAUDO ARBITRAL

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOHANY CRIMENI CARBALLO y CARLOS ALBERTO MAJIN GRAJALES

VS

CONSTRUCTORA ALPES S.A

Santiago de Cali, Catorce (14) de febrero de dos mil once (2011)

Agotado el trámite y estando dentro de la oportunidad legal, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el laudo que pone fin al presente proceso y resuelve las diferencias surgidas entre **JOHANY CRIMENI CARBALLO** y **CARLOS ALBERTO MAJIN GRAJALES**, de una parte, y **CONSTRUCTORA ALPES S.A**, de otra.

I. DE LA CONTROVERSIA Y SUS ANTECEDENTES

1. El 10 de marzo de 2008, los señores Johany Crimeni Carballo y Carlos Alberto Majin Grajales por una parte actuando como prometientes compradores y la Constructora Alpes S.A. por la otra actuando como prometiente vendedora, celebraron un contrato de promesa de Compraventa sobre los inmuebles identificados con matrículas inmobiliarias N° 370-788887 y N° 370-789090 de la Oficina de registro de Instrumentos Públicos de Cali.
2. En la cláusula vigésima primera del contrato de promesa de compraventa al que se hizo referencia en el numeral anterior, las partes acordaron que “Las diferencias que ocurrieren entre las partes por motivo de la interpretación, ejecución y cumplimiento del presente contrato, serán sometidos a la Jurisdicción de un Tribunal de Arbitramento (sic), que sesionará en Cali y será integrado por un (1) arbitro designado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali”.
3. Los señores Johany Crimeni Carballo y Carlos Alberto Majin Grajales a través de apoderado especial, solicitaron ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, la constitución de un Tribunal de Arbitramento, a fin de dirimir las diferencias surgidas con la Constructora Alpes S.A., con ocasión de la resolución del contrato de promesa de compraventa al que se hizo referencia en el Numeral 1 y la aplicación de la cláusula penal incluida en el mismo.

II. SINTESIS DE LAS CUESTIONES OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. HECHOS EN QUE SE FUNDAMENTA LA DEMANDA

Los hechos de la demanda se sintetizan de la siguiente manera:

- 1.1 El 03 de marzo de 2008, los convocantes celebraron un contrato de Promesa de Compraventa con la CONSTRUCTORA ALPES S.A, sobre el apartamento 201 Torre A del Conjunto Residencial Castillagrande identificado con matrícula inmobiliaria N° 370-788887 y el parqueadero 40 del primer piso de la misma unidad, identificado con matrícula inmobiliaria N° 370-789090.
- 1.2 El precio convenido por las partes sobre las propiedades fue de Ciento Cuarenta y Siete Millones Ochocientos Veinte Mil Pesos Mda cte (\$147.820.000) y se les hizo un descuento de Dos Millones de Pesos Mda cte (\$2.000.000), dando como resultado una venta neta de Ciento Cuarenta y Cinco Millones Ochocientos Veinte Mil Pesos Mda cte (\$145.820.000), los cuales se cancelarían de la siguiente manera: i) Tres Millones de Pesos Mda cte (\$3.000.000) para el 17 de enero de 2008. ii) Tres Millones de Pesos Mda cte (\$3.000.000) para el 15 de febrero de 2008. iii) Tres Millones de Pesos Mda cte (\$3.000.000) para el 17 de marzo de 2008. iv) Tres Millones de Pesos Mda cte (\$3.000.000) para el 15 de abril de 2008. v) Tres Millones de Pesos Mda cte (\$3.000.000) para el 15 de mayo de 2008. vi) Tres Millones de Pesos Mda cte (\$3.000.000) para el 17 de junio de 2008. vii) Tres Millones de Pesos Mda cte (\$3.000.000) para el 15 de julio de 2008. viii) Tres Millones de Pesos Mda cte (\$3.000.000) para el 15 de agosto de 2008. ix) Trece Millones Setecientos Cuarenta y Seis Mil Pesos Mda cte (\$13.746.000) para el 15 de septiembre de 2008. x) Tres Millones de Pesos Mda cte (\$3.000.000) para el 15 de octubre de 2008. Xi) Tres Millones de Pesos Mda cte (\$3.000.000) para el 5 de noviembre de 2008. El saldo, es decir, la suma de Ciento Dos Millones Setenta y Cuatro Mil Pesos Mda cte (\$102.074.000) como producto de un préstamo que los prometientes compradores solicitarían a la Cooperativa Coomeva u otra entidad que financiara el crédito, cuyo valor sería girado a la prometiente vendedora.
- 1.3 Se estableció como cláusula penal por el incumplimiento total o de algunas de las obligaciones pactadas el equivalente al 6.5% del precio de la venta neta, lo que equivale a Nueve Millones Cuatrocientos Setenta y Ocho Mil Trescientos Pesos Mda cte (\$9.478.300)
- 1.4 La parte demandante canceló a la demandada un total de Veintitrés Millones de Pesos Mda cte (\$23.000.000).

- 1.5 Los convocantes tramitaron el crédito # 734210 de la Financiera Colpatria por valor de Ciento Dos Millones de Pesos Mda cte (\$102.000.000).
- 1.6 El 3 de Octubre de 2009, la Financiera Colpatria negó el crédito solicitado.
- 1.7 La negativa de Colpatria fue debidamente notificada por los demandantes a Constructora Alpes S.A.
- 1.8 El 19 de noviembre de 2008, la convocada declaró la Resolución del contrato aduciendo el incumplimiento, por parte de los convocantes, de la cláusula octava y novena - parágrafo segundo aduciendo que “ustedes calificaban para el crédito hipotecario y ahora por el alto endeudamiento del señor Carlos Alberto Majín, no figuraron ambos en la radicación con el Banco Colpatria; oportunamente se citaron para presentarles otra propuesta con el Banco BBVA y tampoco fue aceptada.”
- 1.9 La CONSTRUCTORA ALPES S.A hizo efectiva la cláusula penal, pero no se ajustó a las cláusulas del contrato porque la sanción no fue aplicada sobre el valor real del contrato, es decir sobre Ciento Cuarenta y Cinco Millones Ochocientos Veinte Mil Pesos (\$145.820.000), sino sobre el inicialmente pactado Ciento Cuarenta y Siete Millones Ochocientos Veinte Mil Pesos Mda cte (\$147.820.000).
- 1.10 CONSTRUCTORA ALPES S.A descontó la suma de Nueve Millones Seiscientos Ocho Mil Trescientos Pesos Mda cte (\$9.608.300) correspondientes a la cláusula penal.
- 1.11 No obstante, CONSTRUCTORA ALPES S.A, pasó por alto las estipulaciones de la cláusula novena del contrato: “Condición Resolutoria Expresa. Parágrafo Primero. Si habiendo presentado el prometiente comprador todos los documentos y cumpliendo todos los requisitos la entidad financiera le negare el crédito o se lo aprobare por cuantía inferior a la solicitada, el prometiente comprador tendrá plazo de 15 días calendario contados desde la notificación de la carta de la entidad financiera, para cancelar el saldo del precio y/o el valor no aprobado. Vencido este plazo, sin que se cumpla con este pago, el presente contrato se resolverá sin que se requiera declaración judicial y sin que haya aplicación de la cláusula penal estipulada, caso en el cual la prometiente vendedora reintegrará a la prometiente compradora, sin intereses y sin deducción alguna lo recibido por concepto de cuota inicial o parte del precio, dentro de los 45 días siguientes.”

1.12 Una vez descontado el valor de la cláusula penal, la demandada devolvió el excedente del dinero que había sido cancelado por los demandantes de forma extemporánea, es decir, por fuera del término estipulado en el contrato.

1.13 No se pudo perfeccionar el contrato porque Colpatria negó el crédito solicitado, por lo que se infiere que esta fue una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito.

1.14 La convocada ajustó el contrato a sus propias proporciones y condiciones.

2. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

2.1 Que se declare la resolución del Contrato de Promesa de Compraventa celebrado entre los señores **JOHANY CRIMENI CARBALLO y CARLOS ALBERTO MAJIN GRAJALES** y **CONSTRUCTORA ALPES S.A.**, dando aplicación a la cláusula novena-parágrafo primero.

2.2 Que se le ordene a la convocada la restitución del dinero que se adjudicó por concepto de la cláusula penal, es decir, la suma de Nueve Millones Seiscientos Ocho Mil Trescientos Pesos Mda cte (\$9.608.300).

2.3 Que se condene a la demandada al pago de la cláusula penal estipulada en la cláusula séptima equivalente al 6.5% del valor contratado, es decir, sobre Ciento Cuarenta y Cinco Millones Ochocientos Veinte Mil Pesos Mda cte (\$145.820.000), lo que equivale a Nueve Millones Cuatrocientos Setenta y Ocho Mil Trescientos Pesos Mda cte (\$9.478.300).

2.4 Que se declare que la demandada debe cancelar los intereses legales inherentes al incumplimiento del contrato.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Respecto de los hechos

La apoderada de la convocada contestó la demanda con las manifestaciones que se resumen de la siguiente manera:

3.1.1 Al hecho primero: Es parcialmente cierto; la fecha de suscripción del contrato de compraventa del apartamento 201, torre A y el parqueadero N° 40 primer piso, del conjunto residencial Castillagrande, fue el día 10 de marzo de 2008.

3.1.2 Al hecho segundo: Es cierto; tal y como consta en la cláusula sexta de la promesa de compraventa.

- 3.1.3 Al hecho tercero: Es cierto; tal y como consta en la cláusula séptima de la promesa de compraventa.
- 3.1.4 Al hecho cuarto: Es cierto.
- 3.1.5 Al hecho quinto: Es cierto.
- 3.1.6 Al hecho sexto: Es cierto.
- 3.1.7 Al hecho séptimo: Es cierto.
- 3.1.8 Al hecho octavo: Es cierto; tal y como consta en la cláusula octava que se expone a continuación "DOCUMENTOS PARA LA ENTIDAD FINANCIERA: EL (LA, LOS) PROMETIENTES(S) COMPRADOR(A) (ES) se obliga(n) a presentar en debida forma y bajo su entera responsabilidad, en un término de QUINCE (15) días hábiles contados a partir de la notificación de la carta enviada por la PROMETIENTE VENDEDORA, toda la documentación requerida por la Entidad Financiera, los cuales declara conocer y se obliga(n) a cumplir en forma tal. Transcurrido este plazo, si EL (LA, LOS) PROMETIENTES(S) COMPRADOR(A)(ES) no cumple(n) con los documentos requeridos por la entidad que financia la compra del inmueble, LA PROMETIENTE VENDEDORA podrá resolver el presente contrato aplicando para este efecto la cláusula penal."El señor CARLOS ALBERTO MAJIN GRAJALES, no radicó los documentos en la entidad financiera por no calificar para la aprobación del crédito hipotecario por tener alto endeudamiento en el sistema financiero.
- 3.1.9 Al hecho noveno: Es cierto; la sanción de la cláusula penal tomando el valor neto de la venta sería de Nueve Millones Cuatrocientos Setenta y Ocho Mil Trescientos Pesos Mda cte (\$9.478.300).

Los señores JHOANI CRIMENI CARBALLO y CARLOS ALBERTO MAJIN GRAJALES cancelaron a satisfacción la suma de Veintitres Millones de Pesos Mda cte (\$23,000,000). Mediante cheque N°0006795-4 la CONSTRUCTORA ALPES S.A hace entrega de los dineros depositados previa deducción de la cláusula penal por un valor de Trece Millones Trescientos Noventa y un Mil Setecientos Pesos Mda cte (\$13.391,700).

Una vez ajustada la cláusula penal el excedente que le corresponde cancelar a la CONSTRUCTORA ALPES S.A,

es el valor de Ciento Treinta Mil Pesos Mda cte (\$130.000), valor que se reintegrará a la culminación del proceso.

3.1.10 Al hecho décimo: Es cierto; y ratificamos que el excedente que le corresponde a la CONSTRUCTORA ALPES S.A se reintegrará a la culminación del proceso.

3.1.11 Al hecho décimo primero: No es cierto.

La cláusula novena de la promesa de compraventa estipula: "CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA. PARÁGRAFO PRIMERO. Si habiendo presentado EL (LA, LOS) PROMETIENTES(S) COMPRADOR(A)(ES) todos los documentos y cumplido todos los requisitos la Entidad Financiera le negare el crédito o se lo aprobare por cuantía inferior a la solicitada, EL (LA, LOS) PROMETIENTES(S) COMPRADOR(A) (ES) tendrán un plazo adicional de quince (15) días calendario contados desde la notificación de la carta de la Entidad Financiera, para cancelar a la PROMITIENTE VENDEDORA el saldo del precio y/o el valor no aprobado."

Para el caso que nos ocupa no hubo cumplimiento por parte de los prometientes compradores de los requisitos exigidos por la entidad financiera conducentes a la aprobación del crédito, toda vez que los prometientes compradores que figuran en el contrato de promesa de compraventa son: **JOHANY CRIMENI CARBALLO y CARLOS ALBERTO MAJIN GRAJALES** y no figuraron ambos en la radicación del crédito hipotecario, tan solo figuraba la señora **CRIMENI CARBALLO**.

El señor **CARLOS ALBERTO MAJIN GRAJALES** presentó un alto endeudamiento en la historia del crédito "Datacrédito", de fecha 30 de octubre de 2008, no cumpliendo con los requisitos exigidos por la entidad financiera conducentes a la aprobación del crédito. El endeudamiento que presenta el señor **MAJIN GRAJALES** modificó su situación financiera de tal manera que se refleja la imposibilidad de atender razonablemente el crédito solicitado, causal imputable al PROMETIENTE COMPRADOR, para la resolución del contrato; situación esta advertida dentro del documento firmado por los señores convocantes en el párrafo segundo de la cláusula novena de la promesa de compraventa.

3.1.12 Al hecho décimo segundo: No es cierto, en cuanto al incumplimiento para culminar la negociación fue generado por los prometientes compradores y no por la CONSTRUCTORA ALPES S.A.

No es cierto; la devolución del dinero por parte de CONSTRUCTORA ALPES S.A, se realizó el 08 de enero de 2009, fecha en que se reintegró el dinero descontando la cláusula penal pactada en la cláusula novena parágrafo segundo.

La CONSTRUCTORA ALPES S.A prorrogó a su discreción la devolución del dinero de acuerdo a la disponibilidad de recursos del proyecto, teniendo en cuenta que la cuota inicial pagada por los prometientes compradores se invierte en la construcción del inmueble.

3.1.13 Al hecho décimo tercero: No es cierto; el crédito fue negado por el alto endeudamiento del señor **CARLOS ALBERTO MAJIN GRAJALES** reflejado en el sistema financiero y no por fuerza mayor o el caso fortuito.

3.1.14 Al hecho décimo cuarto: No es cierto; los prometientes compradores firmaron el contrato de promesa de compraventa de manera libre y voluntaria.

3.2 Respecto de las pretensiones

3.2.1 Que se declare resuelto el contrato de promesa de compraventa suscrita por los convocados y CONSTRUCTORA ALPES S.A, dando aplicabilidad a la cláusula novena-parágrafo segundo, haciendo efectiva la cláusula penal a favor de la prometiente vendedora, por causas imputables al prometiente comprador.

3.2.2 La CONSTRUCTORA ALPES S.A sólo reconocerá intereses por los 50 días en que la CONSTRUCTORA ALPES S.A prorrogó la devolución del dinero equivalente a Doscientos Treinta y Seis Mil Novecientos Cincuenta Pesos Mda cte (\$236.950), liquidados al 1.5% mensual.

III. DESARROLLO DEL TRÁMITE ARBITRAL

1. INSTALACION

1.1 La Cámara de Comercio de Cali mediante sorteo público realizado el día 12 de julio de 2010 designó como árbitro único al Dr. Francisco J. Hurtado Langer.

- 1.2 El 29 de Julio de 2010 se instaló el Tribunal de Arbitramento, tal como aparece en el Acta N° 01 (Auto N° 01), siendo designado como Secretario el Dr. David Sandoval Sandoval. Se fijó como lugar de funcionamiento del Tribunal y de la Secretaría, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, y se reconoció personería a la apoderada de la parte convocada. Mediante el auto N° 02 de la misma fecha, se inadmitió la demanda arbitral y se concedió un término de cinco (5) días para subsanarla.
- 1.3 El 10 de agosto de 2010 (Acta N° 02, Auto N° 2), y por haber sido subsanada oportunamente, el Tribunal admitió la demanda arbitral y concedió un término de traslado de diez días a la parte convocada, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 428 del C.P.C. Esta providencia quedó notificada a las partes por estrados. En el mismo auto, se reconoció personería al apoderado de la parte convocante.
- 1.4 El día 17 de agosto de 2010 (Acta N° 3), el Secretario del Tribunal informó acerca de la necesidad de posponer fecha de celebración de la audiencia del día 26 de agosto de 2010 ordenada en el Auto N° 02 (Acta N° 01), para el día 31 de agosto de 2010, a partir de las 2:30 pm.
- 1.5 El día 25 de agosto de 2010 la CONSTRUCTORA ALPES S.A por conducto de su apoderada especial, la Dra. Lady Jackeline Concha Caicedo, dio contestación a la demanda instaurada por los convocantes sin formular excepciones.
- 1.6 En audiencia celebrada el 31 de agosto de 2010, se tiene por contestada oportunamente la demanda, y se fija fecha para agotar la etapa de conciliación, para el día 9 de septiembre de 2010 (Auto N° 04) tal como consta en el Acta N° 04.
- 1.7 El día 9 de septiembre de 2010 (Acta N° 5), se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación entre las partes, la cual fue declarada fracasada mediante el Auto N° 05, y a continuación, mediante Auto N° 06, fueron señaladas las sumas por concepto de gastos y honorarios para el funcionamiento del Tribunal.
- 1.8 Consignadas oportunamente por la parte convocante las sumas señaladas por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, mediante Auto N° 07 (Acta N° 06) de fecha 05 de octubre de 2010, el Tribunal se declaró competente y señaló un término de duración de seis (6) meses, contados desde la finalización de la primera audiencia de trámite. Mediante Auto N° 08 (Acta N° 06), el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por la partes y las que de oficio consideró conducentes, útiles y pertinentes.

- 1.9 El día 12 de Octubre de 2010 se llevó a cabo la práctica del interrogatorio de parte de los señores **JOHANY CRIMENI CARBALLO y CARLOS ALBERTO MAJIN GRAJALES**, tal como consta en el Acta N° 07 (Auto N° 09). En la misma fecha, se libró el Oficio N° 01 por el cual se ordenó al Banco Colpatria certificar los motivos por los cuales se negó la aprobación del crédito solicitado por la señora Johany Crimeni Carballo.
- 1.10 Mediante Auto N° 10 (Acta N° 8) de fecha 4 de noviembre de 2010, se ordenó requerir al Banco Colpatria para que diera respuesta al Oficio N° 01 librado el 12 de octubre de 2010.
- 1.11 El día 5 de noviembre de 2010, se libró Oficio N° 02 requiriendo al Banco Colpatria para que diera respuesta al Oficio N° 01.
- 1.12 El día 23 de noviembre de 2010, mediante Auto N° 11 (Acta N° 09), se fijó como fecha para la audiencia en la cual las partes presentarían sus alegaciones, el día 2 de diciembre de 2010.
- 1.13 En audiencia celebrada el día 02 de diciembre de 2010 tal y como consta en el Acta N° 10 (Auto N° 12), los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998, presentándolos por escrito para que fueran agregados al expediente. Mediante el Auto N° 13 del 2 de diciembre de 2010 el Tribunal glosa el escrito enviado por el Banco Colpatria en respuesta a las solicitudes realizadas mediante el Oficio N° 01 y el Oficio N° 02 y señala fecha para la audiencia en la cual se emitirá el laudo arbitral.

2. EL PACTO ARBITRAL

En la Cláusula Vigésima Primera del contrato de promesa de compraventa celebrado el 10 de marzo de 2008 por los señores Johany Crimeni Carballo y Carlos Alberto Majin Grajales por una parte actuando como prometientes compradores y la Constructora Alpes S.A. por la otra actuando como prometiente vendedora, sobre los inmuebles identificados con matrículas inmobiliarias N° 370-788887 y N° 370-789090 de la Oficina de registro de Instrumentos Públicos de Cali, las partes acordaron expresamente lo siguiente:

“VIGESIMA PRIMERA.- CLAUSULA COMPROMISORIA.- Las diferencias que ocurrieren entre las partes por motivo de la interpretación, ejecución y cumplimiento del presente contrato, serán sometidos a la Jurisdicción de un Tribunal de Arbitramento (sic), que sesionará en Cali y será integrado por un (1) árbitro designado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali”

Teniendo en cuenta la cláusula compromisoria anteriormente transcrita y los hechos que dieron origen a esta demanda, el Tribunal concluye lo siguiente:

2.1 Que la ley autoriza a los particulares la celebración de cláusulas compromisorias en contratos privados.

2.2 Que la designación del árbitro único se realizó de acuerdo a lo acordado por las partes y atendiendo el procedimiento establecido por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali.

2.3 Que la controversia suscitada entre las partes en el presente proceso tiene carácter contractual, y se refiere concretamente a la resolución y el supuesto incumplimiento del contrato de promesa de compraventa celebrado el 10 de marzo de 2008 entre las partes convocante y convocada.

2.4 Que teniendo en cuenta el carácter contractual del conflicto y que el mismo no se encuentra excluido de su solución a través del trámite arbitral por norma jurídica especial o de orden público, el asunto sometido a consideración del Tribunal es transigible.

2.5 Por mandato legal la decisión arbitral correspondiente debe proferirse en derecho.

2.6 Teniendo en cuenta que las partes no previeron la duración del arbitraje, el Tribunal dispuso que la duración fuera de seis meses, conforme lo establecido en el artículo 103 de la Ley 23 de 1991.

3. PRESUPUESTO PROCESALES

Teniendo en cuenta que la relación procesal se configuró en debida forma y en el trámite del proceso no se ha incurrido en defecto alguno que pudiera invalidar lo actuado en todo o en parte, ni se presenta causal de nulidad, es del caso proferir laudo de mérito que ponga fin al conflicto planteado. Agrega el Tribunal que en este proceso se practicaron todas las pruebas decretadas y fueron sometidas al principio de contradicción, razón por la cual serán tenidas en cuenta al momento de proferir el laudo.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Cumplidos los trámites propios de este proceso arbitral, sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado, este Tribunal procede a proferir el laudo correspondiente, siguiendo para el efecto el siguiente derrotero: 1) Lo que se probó en el proceso; 2) Condición resolutoria expresa; 3) Valoración probatoria y conclusiones y 4) Liquidación de costas y agencias en derecho.

1. Lo que se probó en el proceso

Del acervo probatorio allegado al proceso se destacan y han probado con suficiencia a juicio del Tribunal los siguientes aspectos:

1.1. La celebración del contrato de promesa de compraventa suscrito el 10 de marzo de 2008, por los señores Johany Crimeni Carballo y Carlos Alberto Majin Grajales actuando como prometientes compradores y la Constructora Alpes S.A. actuando como prometiente vendedora, que tuvo por objeto los inmuebles identificados con matrículas inmobiliarias N° 370-788887 y N° 370-789090 de la Oficina de registro de Instrumentos Públicos de Cali.

1.2. Carta fechada el 17 de octubre de 2008 mediante la cual la señora Johany Crimeni Carballo informa a la Constructora Alpes lo siguiente:

“Con toda consideración nos dirigimos a su Despacho con el objeto de manifestarles que por razones estrictamente de FUERZA MAYOR no es factible seguir adelante en el contrato de compraventa del bien inmueble descrito en la referencia.

La fuerza mayor obedece a que la Compañía Colpatria negó rotundamente la solicitud del crédito No. 7342710, el cual tenía el propósito de cubrir el saldo del inmueble ante la Constructora Alpes.

Como quiera que la cláusula novena del contrato promesa de compraventa celebrado entre Alpes y los suscritos, establece la CONDICION RESOLUTORIA para esta clase de eventualidades, ajena a nuestra voluntad contractual, de la manera mas gentil les solicitamos el REINTEGRO del dinero entregado como parte de la cuota inicial”.

1.4 Carta fechada el 19 de noviembre de 2008 mediante la cual la sociedad Constructora Alpes S.A. le comunica a los prometientes compradores lo siguiente:

“Por medio de la presente declaramos la Resolución de la promesa de compraventa suscrita el 10 de marzo de 2.008 por incumplimiento en la Cláusula Octava y Novena Parágrafo Segundo, dado que ustedes calificaban para el crédito hipotecario y ahora por el alto endeudamiento del señor Carlos Alberto Majin, no figuraron ambos en la radicación con el Banco Colpatria, oportunamente se citaron para presentarles otra propuesta con el Banco BBVA y tampoco fue aceptada.

Con base en lo expuesto, la Prometiente Vendedora hace efectiva la cláusula penal (séptima).

Los dineros cancelados por ustedes serán reintegrados, previo descuento del valor correspondiente a la penalidad pactada”

1.5 Copia autentica del Cheque No. 0006795-4 girado el 8 de enero de 2009 por la Constructora Alpes S.A. por valor de trece millones trescientos noventa y un mil

setecientos pesos (\$13.391.700) mcte., a favor de la señora Johany Crimeni Carballo, con lo cual se acredita el valor reintegrado por la Constructora Alpes S.A. a los prometientes compradores y la aplicación de la cláusula penal como sanción a estos últimos.

1.6 Con los interrogatorios de parte rendidos por los señores Johany Crimeni Carballo y Carlos Alberto Majin, se pudieron corroborar las circunstancias que rodearon la solicitud de crédito formulada ante el Banco Colpatria y los motivos que tuvo esta entidad financiera para negar el otorgamiento del crédito.

1.7 Certificación expedida por el Banco Colpatria el 16 de noviembre de 2010 mediante la cual esa entidad financiera indicó cuales fueron los motivos que se tuvieron en cuenta para negar la solicitud de crédito efectuada por Johany Crimeni Carballo. Concretamente en la referida comunicación el Banco Colpatria manifestó:

“En respuesta a su oficio citado en la referencia, nos permitimos informarles que el señor Johany Crimeni Carballo identificado con cédula de ciudadanía No. 29.177.574, el día 16 de septiembre de 2008 realizó solicitud de crédito hipotecario. Es importante señalar, que una vez efectuado el estudio de crédito correspondiente, la solicitud fue negada toda vez que el señor Johany Crimeni Carballo no cumplió satisfactoriamente con los parámetros correspondientes a la evaluación de políticas internas de Riesgo Crediticio para el tipo de crédito solicitado”

2. Condición resolutoria expresa

Por tratarse de un tema fundamental para resolver la disputa surgida entre las partes, el Tribunal se referirá brevemente a las causas de invalidez o resolución de los contratos, deteniéndose puntualmente en la condición resolutoria expresa.

El artículo 1602 del Código Civil menciona como causas de invalidez o resolución de los contratos, una de origen contractual (El mutuo disenso expreso) y dos de carácter legal (La condición resolutoria tacita y la nulidad).

En relación con la condición resolutoria tacita es el artículo 1546 del Código Civil el que la regula, al establecer que “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”. Así las cosas, en este tipo de contratos, con independencia de que las partes lo hayan o no pactado expresamente, se entiende incluida la condición resolutoria tacita en los términos del citado artículo.

En lo que se refiere al mutuo disenso o mutuo consentimiento expreso de los contratantes, es preciso recordar que en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, las personas no solo pueden crear y contraer válidamente obligaciones mediante la celebración de contratos, sino que igualmente están autorizadas para extinguir tales obligaciones conforme lo establece el artículo 1602 del Código Civil, al incorporar tal principio que luego es reiterado en el artículo 1625 del mismo código.

Efectivamente, de una parte el artículo 1602 del Código Civil establece que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” y por su parte el artículo 1625 de la misma codificación que se refiere a los modos de extinguir las obligaciones establece que “toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula”, modo de extinción que como bien lo menciona el autor Fernando Velez “equivale a hacer un nuevo contrato, cuyo efecto es resolver uno anterior, pues que las cosas se deshacen del mismo modo que se hacen”¹. Lo anterior sin perjuicio de la crítica doctrinal y jurisprudencial que ha generado la expresión “darla por nula” empleada en el artículo 1625, debate respecto al cual no vale la pena extenderse por tratarse de un tema que no tiene incidencia en el proceso que nos ocupa, sin perjuicio de simplemente mencionar que el Tribunal considera que efectivamente la referida expresión resulta desafortunada, pues una cosa es la nulidad y otra muy diferente la posibilidad de extinguir obligaciones en virtud del mutuo disenso.

En el caso que nos ocupa las partes incluyeron en la promesa de compraventa celebrada el 10 de marzo de 2008, de manera libre y en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad a que se hizo referencia anteriormente, una condición resolutoria expresa, cuyo tenor literal reza:

NOVENA.- CONDICION RESOLUTORIA EXPRESA: PARAGRAFO PRIMERO: Si habiendo presentado EL (LAS, LOS) PROMETIENTE (S) COMPRADOR (A, ES) todos los documentos y cumplido todos los requisitos la Entidad Financiera le negare el crédito o se lo aprobare por cuantía inferior a la solicitada EL (LA, LOS) PROMETIENTE COMPRADOR (A, ES) tendrá (n) un plazo adicional de quince (15) días calendario contados desde la notificación de la carta de la Entidad Financiera, para cancelar a la PROMETIENTE VENDEDORA el saldo del precio y/o valor no aprobado. Vencido éste plazo sin que se cumpla con éste pago, el presente contrato se resolverá sin que se requiera declaración judicial y sin que haya aplicación de la Cláusula Penal estipulada, caso en el cual LA PROMETIENTE VENDEDORA reintegrará a EL (LA, LOS) PROMETIENTE (S) COMPRADOR (A, ES) sin intereses y sin deducción alguna lo recibido por concepto de cuota inicial o parte del precio, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes. PARAGRAFO SEGUNDO: Si por el contrario la Entidad Financiera negare el crédito por razones imputables a EL (LA, LOS) PROMETIENTE (S) COMPRADOR (A, ES), tales como no haber realizado en forma oportuna las gestiones conducentes a obtener su aprobación, no acreditar los ingresos en debida forma o tener sanciones bancarias no solucionadas; o si después de aprobado el crédito la Entidad Financiera se abstiene de autorizar el desembolso del crédito por causas atinentes a EL (LA, LOS) PROMETIENTE (S) COMPRADOR

¹ Fernando Velez, Estudio sobre el derecho Civil Colombiano, Bogotá, Ediciones Lex, 1983, pag.473.

(A, ES) tales como: no comparecer a firmar los pagarés y seguros para garantizar el crédito, modificar su situación financiera de tal manera que prevea la dificultad o imposibilidad de atender razonablemente el pago del crédito aprobado o estar reportado en las Centrales de Riesgo. El presente contrato se resolverá sin necesidad de declaración judicial, caso en el cual LA PROMETIENTE VENDEDORA devolverá a EL (LA, LOS) PROMETIENTE (S) COMPRADOR (A, ES) lo recibido por concepto de cuota inicial o parte del precio sin intereses, previa deducción del valor estipulado como Cláusula Penal en éste contrato, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la negación del crédito. PARAGRAFO TERCERO: El incumplimiento por parte de EL (LA, LOS) PROMETIENTE (S) COMPRADOR (A, ES) en el pago pactado en la cláusula referente al precio de la venta o de los gastos de escrituración, o el no comparecer a firmar la escritura pública de compraventa, será causal de resolución de pleno derecho del presente contrato, sin necesidad de declaración judicial, caso en el cual LA PROMETIENTE VENDEDORA devolverá a EL (LA, LOS) PROMETIENTE (S) COMPRADOR (A, ES) lo recibido por concepto de cuota inicial o parte del precio sin intereses, previa deducción del valor estipulado como Cláusula Penal en éste contrato, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la notificación de la resolución del contrato”.

Con meridiana claridad se evidencia que las partes condicionaron el nacimiento de las obligaciones surgidas de la promesa de compraventa, a que a los prometiotes compradores les fuera otorgado un crédito por parte de una entidad financiera, con el cual cancelarían el precio de los bienes inmuebles prometidos en venta y, en caso de que la entidad financiera negara el crédito por no haber realizado los prometiotes compradores las gestiones conducentes a la obtención del crédito, se daría además aplicación a la sanción establecida en la cláusula penal.

Entendida entonces la intención de las partes al incluir en el contrato de promesa de compraventa la aludida condición resolutoria expresa, más que ahondar en torno al posible incumplimiento contractual que las partes se endilgan en los escritos de demanda y contestación, lo pertinente a juicio del Tribunal es verificar primero si la incertidumbre en torno al otorgamiento del crédito solicitado por los prometiotes compradores se disipó o no y, adicionalmente, si los prometiotes compradores agotaron todas las gestiones necesarias para obtener la aprobación del crédito y no obstante ello la aprobación no se dio. En el último caso la promesa de compraventa quedaba entonces resuelta de pleno derecho sin necesidad de pronunciamiento judicial, pero, si por el contrario, los prometiotes compradores no realizaron las gestiones necesarias para obtener la aprobación de la solicitud del crédito, si resultaría pertinente verificar el cumplimiento o incumplimiento de las demás obligaciones contraídas en la promesa de compraventa.

La Corte Suprema de Justicia, al referirse a la condición resolutoria expresa y recogiendo conceptos ya expuestos en fallos anteriores de la misma corporación, en sentencia del 4 de mayo de 2005 indicó “que la condición resolutoria estipulada expresamente por los contratantes resuelve de pleno derecho el contrato, sin que se requiera declaración judicial. El artículo 1546 del C.C. se refiere a la condición

resolutoria tácita, es decir, a la que envuelve todo contrato bilateral, y no a la expresa, o sea a la que libremente hayan estipulado las partes”².

En la misma sentencia y nuevamente haciendo referencia a fallos anteriores de la misma corporación, la Corte Suprema de Justicia sobre la condición resolutoria expresa agregó: “Ahora, como la situación de incertidumbre que caracteriza a una condición en etapa de pendencia se disipa de manera definitiva con la ocurrencia o la falta de ocurrencia del evento prevenido como condición, según lo precisó la Corte, con cita de autores autorizados, en sentencia de 28 de junio de 1993, lo que habría que verificar, entonces, no es el incumplimiento de los contratantes, propio de la condición resolutoria tácita del artículo 1546 del Código Civil, sino si la condición resolutoria expresa se cumplió o resultó fallida”.

Acogiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia anteriormente señalado, este Tribunal considera que debe entonces determinarse si en el caso bajo estudio la condición resolutoria expresa pactada por las partes se cumplió o, si por el contrario, resultó fallida. Para tales efectos, se deben analizar detenidamente dos aspectos a saber: De una parte, cual fue la conducta desplegada por los prometientes compradores tendiente a obtener la aprobación del crédito de la respectiva entidad financiera y, de otra parte, si la negación del crédito por parte del Banco Colpatria obedeció a razones imputables a los prometientes compradores o simplemente a políticas de crédito de esa entidad financiera. Es pertinente aclarar que cuando se hace referencia a “razones imputables” a los prometientes compradores, se quiere significar que obedezcan al incumplimiento en cabeza de estos de las gestiones tendientes a la aprobación del crédito, pues en estricto sentido se podría afirmar que siempre que una entidad financiera niega un crédito ello obedece a razones imputables a los solicitantes, sin embargo, en el caso que nos ocupa no nos referimos a tal relación de imputabilidad, sino a aquella que involucra la conducta idónea o no del solicitante del crédito para conseguir el objetivo propuesto, independientemente de que el crédito sea finalmente aprobado o no. De aceptarse tesis contraria se tendría que sancionar a una persona por el simple hecho de no contar con los ingresos suficientes para obtener un determinado crédito, lo cual en estricto sentido es una razón imputable a él, sin embargo, es evidente que semejante conclusión resulta por completo contraria a derecho.

3. Valoración probatoria y conclusiones

De acuerdo con las pruebas oportunamente allegas al proceso, este Tribunal puede concluir lo siguiente:

3.1 La solicitud de crédito fue presentada al Banco Colpatria únicamente por la señora Johany Crimeni Carballo, es decir, no se incluyó a su esposo el señor Carlos Alberto Majin Grajales, por cuanto este último presentaba un alto endeudamiento con el sector

² Sentencia de casación civil del 4 de mayo de 2005, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paulcar

financiero para la fecha de la solicitud. El asesor comercial del Banco Colpatria fue quien recomendó que no se incluyera en la solicitud al señor Majin Grajales.

Lo anterior se constató con el interrogatorio de parte rendido por Johany Crimeni Carballo y Carlos Alberto Majin dentro del presente trámite, con la respuesta del Banco Colpatria al oficio enviado por este Tribunal, e incluso por la misma Constructora Alpes S.A. que mediante carta fechada el 19 de noviembre de 2008 les manifestó a los prometientes compradores que “ahora por el alto endeudamiento del señor Carlos Alberto Majin, no figuraron ambos en la radicación con el Banco Colpatria , oportunamente se citaron para presentarles otra propuesta con el Banco BBVA y tampoco fue aceptada”. Fue reiterado nuevamente por la parte convocada en el escrito por medio del cual se dio contestación a la demanda y al referirse a los hechos de la misma.

Considera el Tribunal que el hecho de que no se haya incluido en la solicitud al señor Carlos Alberto Majin Grajales no constituye incumplimiento de los prometientes compradores, pues atendieron para el efecto las precisas recomendaciones del asesor comercial del Banco Colpatria y, adicionalmente, por cuanto incluso en el hipotético evento que se hubiera incluido al señor Carlos Alberto Majin Grajales en la solicitud de crédito, se puede afirmar sin dubitaciones que ello en nada hubiera cambiado el resultado final, esto es, la negativa del Banco Colpatria de otorgarlo, por cuanto el señor Majin Grajales por su alto endeudamiento no era sujeto de crédito en el momento en que se realizó la solicitud y es bien sabido que está sola circunstancia es suficiente para que cualquier entidad financiera niegue una solicitud en tal sentido. Es ampliamente conocido que para efectos de la presentación de este tipo de solicitudes, los clientes cuentan con la asesoría de funcionarios del área comercial de la respectiva entidad financiera, que están especialmente interesados en que el crédito sea otorgado y por ello realizan las recomendaciones del caso para la correcta presentación de los documentos y con el objetivo, se reitera, de que la solicitud sea aprobada. En el caso concreto se probó que los promitentes compradores atendieron las recomendaciones que para el efecto realizó el respectivo asesor comercial y presentaron la documentación completa, no obstante lo cual el crédito finalmente fue negado.

3.2 Las razones que tuvo el Banco Colpatria para negar el crédito solicitado por la señora Johany Crimeni Carballo, se sintetizan en que ella “no cumplió satisfactoriamente con los parámetros correspondientes a la evaluación de políticas internas de riesgo crediticio para el tipo de crédito solicitado”, como lo indicó expresamente esa entidad financiera en la certificación expedida el 12 de noviembre de 2010.

No debe perderse de vista que este tipo de solicitudes pueden tener tropiezos y no es propiamente sorpresivo el hecho de que una entidad financiera niegue el otorgamiento de un crédito, no obstante que el solicitante haya cumplido con toda la documentación exigida. Incluso, son muy comunes los casos de solicitudes de crédito que son negadas por una entidad y aprobadas por otra, sin que existan argumentos concretos

que permitan establecer la pertinencia y validez de una u otra decisión. Simplemente, cada entidad financiera tiene sus políticas de riesgo y con base a ellas y a lo que se apruebe en sus respectivos comités, decide en cada caso si otorga o no un crédito.

3.3 La condición resolutoria expresa consagrada en la Cláusula Novena del contrato de promesa de compraventa, expresamente determinó lo siguiente:

NOVENA.- CONDICION RESOLUTORIA EXPRESA: PARAGRAFO PRIMERO: Si habiendo presentado EL (LAS, LOS) PROMETIENTE (S) COMPRADOR (A, ES) todos los documentos y cumplido todos los requisitos la Entidad Financiera le negare el crédito o se lo aprobare por cuantía inferior a la solicitada EL (LA, LOS) PROMETIENTE COMPRADOR (A, ES) tendrá (n) un plazo adicional de quince (15) días calendario contados desde la notificación de la carta de la Entidad Financiera, para cancelar a la PROMETIENTE VENDEDORA el saldo del precio y/o valor no aprobado. Vencido éste plazo sin que se cumpla con éste pago, el presente contrato se resolverá sin que se requiera declaración judicial y sin que haya aplicación de la Cláusula Penal estipulada, caso en el cual LA PROMETIENTE VENDEDORA reintegrará a EL (LA, LOS) PROMETIENTE (S) COMPRADOR (A, ES) sin intereses y sin deducción alguna lo recibido por concepto de cuota inicial o parte del precio, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes.

Por su parte en el Parágrafo Segundo de la Cláusula Novena las partes acordaron:

PARAGRAFO SEGUNDO: Si por el contrario la Entidad Financiera negare el crédito por razones imputables a EL (LA, LOS) PROMETIENTE (S) COMPRADOR (A, ES), tales como no haber realizado en forma oportuna las gestiones conducentes a obtener su aprobación, no acreditar los ingresos en debida forma o tener sanciones bancarias no solucionadas; o si después de aprobado el crédito la Entidad Financiera se abstiene de autorizar el desembolso del crédito por causas atinentes a EL (LA, LOS) PROMETIENTE (S) COMPRADOR (A, ES) tales como: no comparecer a firmar los pagarés y seguros para garantizar el crédito, modificar su situación financiera de tal manera que prevea la dificultad o imposibilidad de atender razonablemente el pago del crédito aprobado o estar reportado en las Centrales de Riesgo. El presente contrato se resolverá sin necesidad de declaración judicial, caso en el cual LA PROMETIENTE VENDEDORA devolverá a EL (LA, LOS) PROMETIENTE (S) COMPRADOR (A, ES) lo recibido por concepto de cuota inicial o parte del precio sin intereses, previa deducción del valor estipulado como Cláusula Penal en éste contrato, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la negación del crédito.

Debe entonces determinar este Tribunal si se dan los presupuestos establecidos en el Parágrafo Primero de la Cláusula Novena, en cuyo caso el contrato se habría resuelto en virtud de la condición resolutoria expresa acordada por las partes, sin lugar a sanciones de ningún tipo o, si por el contrario, resulta aplicable el Parágrafo Segundo de la misma Cláusula Novena, en cuyo caso también se presentaría la resolución del contrato pero, en tal evento, sería posible además aplicar la cláusula penal.

Es importante inicialmente hacer referencia a lo manifestado por la parte convocante tanto en comunicación dirigida al Banco Colpatria fechada el 17 de octubre de 2008, como en el escrito de la demanda, en el sentido de indicar que por haberse presentado una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito no podían seguir adelante con el contrato de promesa de compraventa. Sin que resulte necesario extenderse en este punto, destaca el Tribunal que en el presente caso no se presentó realmente un evento de fuerza mayor o caso fortuito como adelante se precisará, agregando que la circunstancia de haberse negado un crédito por parte de una entidad financiera, ni por asomo reúne las características de irresistibilidad e imprevisibilidad que tal figura exige.

Al revisar las pruebas recaudadas no se evidencia que la señora Johany Crimeni Carballo haya dejado de presentar parte o la totalidad de los documentos requeridos por el Banco Colpatria para estudiar la solicitud de crédito, ni de que haya pasado por alto el cumplimiento de los requisitos exigidos por esa entidad financiera para estudiar las solicitudes de crédito. Por el contrario, la evidencia existente sobre el particular permite establecer que la señora Johany Crimeni Carballo cumplió con los requisitos exigidos por el Banco Colpatria para estudiar la solicitud y, se reitera, el no otorgamiento del crédito simplemente obedeció a las políticas de riesgo establecidas por esa entidad financiera.

Para efectos de aplicar lo establecido en el Parágrafo Segundo de la Cláusula Novena, esto es, la resolución del contrato de promesa de compraventa con derecho a cobrar la cláusula penal, debió haberse demostrado que los prometientes compradores incurrieron en alguna de las conductas allí descritas, esto es, no haber acreditado los ingresos en debida forma, no tener sanciones bancarias, no haber comparecido a firmar los pagarés, etc.

Ni con las pruebas documentales arrimadas con la demanda y la contestación, ni con las pruebas practicadas a lo largo del proceso, se acreditó que los prometientes compradores hubieran incumplido con las obligaciones contraídas al firmar la promesa de compraventa ni que hubieran sido negligentes en torno al cumplimiento de los requisitos exigidos por el Banco Colpatria para presentar la solicitud de crédito. En cuanto a la situación financiera del señor Carlos Alberto Majin Grajales al momento de firmar la promesa de compraventa y su situación financiera al momento de presentar la solicitud de crédito ante el Banco Colpatria, nada se probó tampoco, por lo cual no es viable efectuar manifestación alguna en torno a una eventual modificación en su situación financiera que hubiera influido en la no aprobación de la solicitud de crédito. De otra parte y aun cuando al responder los interrogatorios de parte formulados, los prometientes compradores aceptaron tener otras obligaciones crediticias para la época en que efectuaron la solicitud de crédito ante el Banco Colpatria, ello tampoco evidencia incumplimiento de su parte, pues se trata de una circunstancia normal para personas de su edad y desenvolvimiento profesional, y resultaría no solo inequitativo sino desproporcionado la exigencia de no tener ningún otro crédito vigente al momento en que efectuaron la solicitud ante el Banco Colpatria.

No sobra recordar que la sociedad Constructora Alpes S.A. no formuló excepciones al dar contestación a la demanda, ni aportó ni solicitó en legal forma, pruebas adicionales que permitieran establecer el incumplimiento en cabeza de los prometientes compradores de las obligaciones anteriormente señaladas.

De otra parte, no debe perderse de vista que el postulado general de buena fe tiene plena aplicación en materia contractual y en este caso tampoco se evidencia que los prometientes compradores hayan obrado en contravía de tan acrisolado principio.

El profesor Nicolas Pájaro Moreno al citar a la Corte Suprema de Justicia en la obra Derecho de las Obligaciones publicada por la Universidad de los Andes, al referirse a este principio general nos recuerda que “actuar de buena fe supone ser coherente en todos los momentos del negocio y respetar la confianza puesta por los demás en la conducta de uno. Por ello, al momento de evaluar si una conducta es o no es de buena fe, debe estudiarse dentro de su contexto, de manera sistemática, confrontándola con todas las actividades desplegadas a lo largo de las distintas fases del contrato, y no se puede analizar de manera aislada”³

Tampoco considera este Tribunal que los señores Johany Crimeni Carballo y Carlos Alberto Majin Grajales hayan obrado en contravía del principio general de buena fe o que hayan realizado conductas encaminadas o con el propósito de que el Banco Colpatria les negara la solicitud de crédito. Por el contrario, de acuerdo a las pruebas arrojadas al proceso, se puede incluso afirmar que en su calidad de prometientes compradores hicieron su mejor esfuerzo por agotar todas las gestiones previas que pudieran darle firmeza a la compraventa, ejecutando concretamente conductas tales como, cumplir oportunamente con el pago de los anticipos del precio pactado en el contrato de promesa de compraventa, atender las recomendaciones que el asesor comercial del Banco Colpatria les impartió con el objeto de obtener la aprobación de la solicitud de crédito, presentar oportunamente los documentos exigidos, etc. Es decir, siguiendo la definición del autor anteriormente citado, revisada la conducta de los prometientes compradores dentro del contexto general que se presentaba al momento de presentar la solicitud de crédito y confrontándola con todas las actividades desplegadas en desarrollo de los compromisos adquiridos en el contrato de promesa de compraventa, se puede concluir que sus actuaciones estuvieron encaminada a cumplir con todos los pasos previos que permitirían consolidar las obligaciones consignadas en el contrato de promesa de compraventa, y si así no ocurrió, al no otorgarles el Banco Colpatria el crédito solicitado, a juicio de este Tribunal ello no constituye falta alguna o incumplimiento endilgable a la parte promitente compradora, sino simplemente el cumplimiento de la condición resolutoria expresa pactada por las partes, lo cual dicho sea de paso, no era propiamente una remota posibilidad sino más bien una opción probable como atrás se indicó, sin que por tal resultado, se

³ Derecho de las Obligaciones, Tomo I, Editorial Temis, Universidad de los Andes 2009, Página 363. C.S. de J. Sala de Casación Civil Sentencia del 2 de agosto de 2001, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

reitera, se pueda inferir un incumplimiento en cabeza de la parte promitente compradora.

Aunado a lo anterior, y acudiendo a la distinción que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha hecho respecto a las obligaciones de medio y de resultado, debe concluirse que tampoco bajo esta óptica podría endilgársele a los promitentes compradores responsabilidad contractual alguna. La clasificación, que algunos atribuyen al tratadista Rene Demogue, se creo bajo el entendido que “existían unas obligaciones que perseguían no solo una conducta del deudor, sino también un resultado; y que había otras obligaciones de simples medios, en las que el deudor se obligaba nada más a desarrollar o producir una conducta o actividad de manera prudente, pero sin garantizar un resultado”⁴.

Efectivamente, aplicando esta distinción en el caso bajo estudio, necesariamente debe concluirse que la obligación asumida por los promitentes compradores tendiente a efectuar en debida forma la solicitud de crédito ante una entidad financiera para con el producto de dicho crédito pagar el saldo del precio de los bienes inmuebles prometidos en venta, es de aquellas denominadas de medio. Así las cosas, advierte el Tribunal que las gestiones desplegadas por los promitentes compradores atendieron la diligencia y prudencia propias de este tipo de obligaciones, sin que pueda decirse, o al menos ello no aparece probado en el presente proceso, que no emplearon los medios a su alcance para obtener la aprobación del crédito.

De otra parte es preciso tener en cuenta que Constructora Alpes S.A. es una sociedad que tiene por objeto social la construcción, promoción y ventas de unidades inmobiliarias privadas, con una experiencia en el ramo en más de treinta (30) años.

En su departamento de promoción y ventas cuenta con personal calificado, idóneo y dedicado exclusivamente a la captación, a la orientación y a la asesoría de sus prospectos compradores en cada proyecto inmobiliario en construcción ó desarrollado.

En esa asesoría la constructora les hace un estudio preliminar sobre sus necesidades en la solución de vivienda a la cual aspiran, sobre la posibilidad de hacer el negocio y por consiguiente sobre la capacidad y forma de pago del precio, de tal manera que solamente los orientan a celebrar los contratos de promesa de compraventa cuando únicamente está por definir el saldo del precio de la compraventa después de pagar las cuotas iniciales, que en muchos de los casos como en el nuestro ocurrió, quedó condicionado a un tercero cual fue la entidad financiera que lo acogiera como deudor.

Si del estudio preliminar que la constructora ha realizado encuentra que el interesado no reúne las condiciones para ser comprador, lo desestima y por consiguiente se abstiene de celebrar los contratos de promesa de compraventa.

Como Constructora Alpes S.A. encontró que los señores Johany Crimeni Carballo y Carlos Alberto Majin Grajales reunían las condiciones previas para ser candidatos a la propiedad del inmueble promocionado y que la perfección del contrato solamente

⁴ Edgar Cortes, La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, página 127.

quedaba condicionado a un tercero que aprobara o no el crédito para el pago del saldo del precio de la compraventa, decidió aceptarlos como sus prometientes compradores y los llevó a la celebración del contrato de promesa.

Con fundamento en la anterior estimación probatoria, este Tribunal concluye que al haberse presentado en este caso el cumplimiento de la condición resolutoria expresa previamente estipulada por las partes (Parágrafo Primero de la Cláusula Novena del contrato de promesa de compraventa), consistente en la no aprobación del crédito por parte de la entidad financiera (Lo cual se puso en conocimiento de los prometientes compradores mediante comunicación del Banco Colpatria fechada el 3 de octubre de 2008) y la no cancelación del saldo del precio en los 15 días calendario siguientes; el contrato de promesa de compraventa se resolvió de pleno derecho generándose las consecuencias expresamente pactadas en la referida cláusula.

Así las cosas, al cumplirse los quince (15) días calendario siguientes a la no aprobación del crédito sin que los prometientes compradores pagaran el saldo del precio, la sociedad Constructora Alpes S.A. debió haber reintegrado a favor de aquellos "sin intereses y sin deducción alguna lo recibido por concepto de cuota inicial o parte del precio, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes"⁵, sin que tuviera aplicación la cláusula penal como se estableció en la misma Cláusula Novena. Como la carta por medio de la cual el Banco Colpatria le informó a la señora Johany Crimeni Carballo que su solicitud de crédito había sido negada está fechada el 3 de octubre de 2008, y no existe constancia acerca de que se haya recibido en fecha diferente, el Tribunal asume que se recibió en la misma fecha, por lo cual el contrato de promesa de compraventa se resolvió de pleno derecho el diecinueve (19) de octubre de 2008 y a partir de esa fecha, Constructora Alpes S.A. tenía 45 días para efectos de reintegrar lo recibido como atrás se indicó, plazo que se cumplió en consecuencia el 19 de diciembre de 2008.

En virtud de lo anterior, el Tribunal despachará favorablemente las pretensiones que tienen que ver con la aplicación de la condición resolutoria expresa sobre la que ampliamente se ha hecho referencia con anterioridad y ordenará el reintegro de los valores correspondientes, de tal manera que se cumpla con los términos expresamente acordados por las partes en el tantas veces mencionado contrato de promesa de compraventa.

Ahora bien, en lo que hace referencia a las pretensiones tendientes a que se declare que la Constructora Alpes S.A. incumplió el contrato de promesa de compraventa y por lo tanto debe pagar el valor estipulado en la cláusula penal mas intereses, el Tribunal considera que deben negarse, toda vez que para que pueda hablarse de incumplimiento necesariamente debe estarse en presencia de un contrato vigente y, en el caso que nos ocupa, al haberse resuelto el contrato de pleno derecho el 19 de octubre de 2008, en los términos del Parágrafo Primero de la Cláusula Novena, no es

⁵ Parágrafo Primero, Cláusula Novena de la promesa de compraventa celebrada entre Johany Crimeni Carballo y Carlos Alberto Majin como prometientes compradores y Constructora Alpes S.A. como prometiente vendedora.

viable pronunciamiento alguno sobre los supuestos incumplimientos que se hubieren podido presentar con posterioridad.

Incluso, si se acreditara que los incumplimientos se presentaron antes de cumplirse la condición resolutoria expresa, esta tiene efectos retroactivos y por ello tampoco sería procedente realizar pronunciamiento alguno sobre tales obligaciones. En fallo anteriormente citado, nuestra Corte Suprema de Justicia se refiere de forma clara a este punto al precisar que “Desde luego que para atribuir incumplimiento se debe estar en presencia de un contrato vigente, requisito este que no se cumplía para cuando se presentó la demanda, porque para esa época, en virtud del advenimiento de la condición resolutoria expresa, la promesa de compraventa ya se había resuelto de pleno derecho, lo que de suyo implicaba que nada había que resolver por causa de una condición resolutoria tacita. Por lo demás, en el caso de que hubieren sucedido los incumplimientos antes de cumplirse la condición resolutoria expresa, ésta obra por regla de principio retroactivamente, por lo que inocuo resultaría establecer si las obligaciones cuya suerte pendían de dicha condición, se cumplieron o dejaron de cumplir, porque se entiende que las obligaciones no han existido (artículo 1544 del Código Civil). Como en tal caso, ‘el deudor puede repetir lo dado o pagado’ ‘esto equivale a suponer que la obligación condicional no ha existido’ (Ospina Fernández Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis, 5ª edición, p.232)”⁶.

Así las cosas, por las razones anotadas reitera el Tribunal que negará las demás pretensiones de la demanda. Finalmente, es preciso recordar en este punto que la parte convocada no formuló excepciones al dar contestación a la demanda, por lo cual no hay pronunciamiento expreso en tal sentido, no obstante manifestar igualmente que de los hechos probados dentro del presente proceso tampoco resulta viable declarar probada excepción alguna.

V. LIQUIDACION DE COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO

Como quiera que el Tribunal acogerá favorablemente varias pretensiones de la demanda presentada en este asunto, corresponde pronunciarse respecto a la condena en costas y agencias en derecho, de conformidad a lo establecido en los Numerales 1 y 6 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

Estima el Tribunal que al acogerse favorablemente las pretensiones de la demanda, se deberá condenar en costas a la parte condenada, en los términos siguientes:

Costas:

1. Honorarios del árbitro, secretario y gastos del tribunal:

1.1 Honorarios del árbitro único.....	\$	1.335.470
1.2 IVA (16%) sobre honorarios del árbitro.....	\$	213.676

⁶ Sentencia de casación civil de la Corte Suprema de Justicia del 4 de mayo de 2005, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paulcar

1.3 Honorarios del secretario.....	\$	667.736
1.4 IVA (16%) de honorarios del secretario.....	\$	106.838
1.5 Gastos de funcionamiento.....	\$	1.000.000
1.6 Gastos de administración.....	\$	516.380
TOTAL.....	\$	3.840.100

Teniendo en cuenta que la parte convocada acreditó el reintegro del equivalente al 50% de los gastos fijados inicialmente, se descontará del valor total de las costas y por consiguiente solamente atenderá la cantidad de \$2.288.417.

2. Agencias en derecho:

El Tribunal fija el valor de las agencias en derecho, tomando como parámetro la tarifa señalada para el árbitro único..... \$ 1.335.470

TOTAL COSTAS Y AGENCIAS.....\$ 3.623.887

Respecto a las sumas que no se utilizaren de la partida “Gastos de funcionamiento”, en la cual se incluyen el valor de la protocolización del expediente, así como expedición de copias, impresión del laudo, etc., se dispone su devolución si a ello hubiere lugar conforme lo establece el artículo 168 del Decreto 1818 de 1998.

Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, este Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar que el contrato de promesa de compraventa celebrado el 10 de marzo de 2008 entre los señores Johany Crimeni Carballo y Carlos Alberto Majin Grajales como prometientes compradores y la sociedad Constructora Alpes S.A. como prometiente vendedora, se resolvió de pleno derecho el diecinueve (19) de octubre de 2008, por haberse cumplido la condición resolutoria expresa pactada por las partes en el Parágrafo Primero de la Cláusula Novena del mismo contrato.

SEGUNDO: Condenar a la Constructora Alpes S.A. a reintegrar a los señores Johany Crimeni Carballo y Carlos Alberto Majin Grajales la suma de NUEVE MILLONES SEISCIENTOS OCHO MIL TRESCIENTOS PESOS (\$9.608.300.00) MCTE. más los intereses legales liquidados a la tasa máxima legal permitida desde el 19 de diciembre de 2008 hasta la fecha, los que ascienden a la cantidad de CINCO MILLONES CUATROCIENTOS DOCE MIL TRES PESOS (\$5.412.003.00).

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte considerativa de este laudo.

CUARTO: Condenar en costas a la sociedad Constructora Alpes S.A. conforme a la liquidación de costas y agencias en derecho aquí realizada, por valor de TRES MILLONES SEISCIENTOS VEINTITRÉS MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$3.623.887) MCTE.

QUINTO: El pago de las condenas aquí impuestas, deberá producirse dentro de los cinco (5) días contados a partir de la firmeza de éste laudo arbitral.

SEXTO: Ordenar la protocolización del expediente en una de las notarías del círculo de Cali.

SÉPTIMO: Ordenar el depósito de una copia del presente laudo arbitral ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali

FRANCISCO J. HURTADO LANGER

Arbitro Único

DAVID SANDOVAL SANDOVAL

Secretario