

Tribunal de Arbitramento

Prodesic S.A.

v.

Promociones San Alejo Limitada (en liquidación)

Noviembre 30 de 2004

Laudo Arbitral

Bogotá, D.C., 30 de noviembre de 2004.

El tribunal de arbitramento constituido para dirimir, en derecho, las diferencias presentadas entre Prodesic S.A., parte convocante, y Promociones San Alejo Limitada (en liquidación), parte convocada, profiere el presente laudo arbitral, por el cual se pone fin al proceso objeto de controversia.

## **I. Cláusula compromisoria**

Las controversias que se deciden mediante el presente laudo se originan en el contrato denominado “documento privado” suscrito entre las partes el día 25 de mayo de 1994, en el cual se pactó, en la cláusula vigésima segunda, la siguiente cláusula compromisoria:

**“Vigésima segunda:** Las diferencias que ocurrieren entre las partes por razón de este contrato, serán sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento que funcionará en la ciudad de Santafé de Bogotá. El tribunal fallará en derecho y estará integrado por tres (3) árbitros designados por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá a instancia de la parte interesada mediante escrito en el cual se indique claramente lo que va a ser materia de arbitramento. En lo previsto en esta cláusula se aplicará el procedimiento indicado en la ley”.

## **II. Síntesis del proceso**

### **1. Fase pre-arbitral.**

A. Con el lleno de los requisitos formales y mediante apoderado, el 10 de noviembre de 2003, Prodesic S.A., presentó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, el escrito de convocatoria arbitral que dio origen al proceso.

B. Al tenor de lo dispuesto en la cláusula compromisoria contenida en la cláusula vigésima segunda del contrato denominado “documento privado” firmado entre las partes el día 25 de mayo de 1994, el tribunal debía conformarse por tres árbitros nombrados por la Cámara de Comercio de Bogotá. Por lo tanto, mediante sorteo público realizado el 25 de noviembre de 2003 fueron designados los doctores Adriana Polanía Polanía, Ernesto Rengifo García y Gaspar Caballero Sierra y como suplentes numéricos los doctores Fernando Escallón Morales, Camilo González Chaparro y Fernando Scarpeta Carrera. Los doctores Adriana Polanía Polanía, Ernesto Rengifo García y Gaspar Caballero Sierra, aceptaron su designación en la debida oportunidad.

C. El Centro de Arbitraje señaló como fecha para la audiencia de instalación del tribunal el 19 de enero de 2004 a las 9:30 a.m. en la fecha y hora señaladas se llevó a cabo la audiencia de instalación a la cual asistieron los árbitros Adriana Polanía Polanía, Gaspar Caballero Sierra y Ernesto Rengifo García, así como los señores apoderados de las partes.

D. En dicha audiencia el tribunal nombró como presidente al doctor Ernesto Rengifo García, quien aceptó y como secretaria a la doctora Gabriela Monroy Torres. Se fijaron los montos correspondientes a honorarios de los árbitros, de la secretaría, gastos de administración y protocolización, los cuales, dentro de las oportunidades legales, fueron consignados en su totalidad por las partes.

E. La demanda fue admitida y de ella se ordenó correr traslado a la parte convocada, mediante auto 2 del 10 de

febrero de 2004, proferido por el tribunal tal como consta en el acta 2, (fls. 88 a 89 del cdno. ppal. 1), decisión que fue notificada en debida forma.

F. Estando dentro de la oportunidad legal y actuando mediante apoderado, la parte convocada Promociones San Alejo Limitada (en liquidación) presentó su contestación de la demanda, formulando excepciones. Adicionalmente presentó demanda de reconvención contra la parte convocante, Prodesic S.A.

G. La demanda de reconvención fue admitida mediante auto 3 del 26 de febrero de 2004, proferido por el tribunal tal como consta en el acta 3, (fls. 109 a 110 del cdno. ppal. 1). Dicha decisión fue notificada a la parte convocante en debida forma. Dentro de la misma providencia, se ordenó correr traslado de la demanda de reconvención a la parte convocante.

H. El 11 de marzo de 2004, estando dentro de la oportunidad legal, la parte convocante, Prodesic S.A., presentó su contestación a la demanda de reconvención, formulando excepciones.

I. Mediante auto 4 del 15 de marzo de 2004, proferido por el tribunal tal y como consta en el acta 4, (fls. 128 a 130 del cdno. ppal. 1), se surtió el traslado a cada una de las partes de las excepciones formuladas en la contestación de la demanda y en la contestación de la demanda de reconvención. Igualmente se fijó como fecha para realizar la primera audiencia de trámite y la respectiva audiencia de conciliación, el día 31 de marzo de 2004.

J. Estando dentro del término de traslado de las excepciones de mérito contenidas en el escrito de contestación de la demanda, el apoderado de la parte convocante presentó un memorial en el que se pronunció sobre las citadas excepciones y solicitó pruebas adicionales (fls. 131 a 137 del cdno. ppal. 1).

K. Mediante escrito y de común acuerdo, los apoderados de las partes solicitaron el día 30 de marzo de 2004, la suspensión del proceso hasta el día 20 de abril de 2004, pidiendo que se fijara nueva fecha para la audiencia que debía realizarse el 31 de marzo de 2004.

L. La solicitud anterior fue concedida por el tribunal por medio de auto 5, de fecha 31 de marzo de 2004.

M. Previa citación de las partes y sus apoderados, al tenor de lo previsto en la Sentencia C-1038 de la Corte Constitucional de fecha diciembre de 2002, el 22 de abril de 2004 a las 2:30 p.m., en la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación, el tribunal en pleno llevó a cabo la audiencia de conciliación propia de la etapa pre-arbitral, oportunidad en la que quedó clara la imposibilidad de las partes de alcanzar un acuerdo, tal y como se desprende del auto 7 de la misma fecha.

## **2. Trámite arbitral.**

A. La primera audiencia de trámite tuvo lugar en dos sesiones del tribunal, celebradas en los días 22 de abril y 28 de abril de 2004. En la primera, mediante auto 6, el tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias propuestas por las partes. Por medio de auto 8, decretó la medida cautelar de inscripción del proceso solicitada por la parte convocante y ordenó oficializar al registrador de instrumentos públicos conforme a lo solicitado. Contra la decisión en mención el apoderado de la parte convocada interpuso recurso de reposición. El tribunal, mediante auto 10 proferido el 28 de abril de 2004, confirmó la decisión adoptada y acto seguido, mediante auto 11, decretó las pruebas del proceso.

B. Por auto 27 de octubre 13 de 2004, el tribunal declaró cerrada la etapa probatoria y fijó como fecha el día 26 de octubre de 2004 para que se llevara a cabo la audiencia de conciliación y en su defecto, fueran expuestos los alegatos de conclusión.

C. El presente proceso se llevó a cabo en 24 audiencias, en las cuales se asumió competencia, y se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas y aquellas decretadas de oficio. Adicionalmente las partes expusieron sus alegatos de conclusión.

D. Mediante auto 28, proferido el 26 de octubre de 2004, el tribunal citó a las partes para audiencia de fallo el día 30 de noviembre de 2004 a las 2:30 p.m., estando dentro del término legal para proferirlo.

### **3. Las partes, sus diferencias litigiosas y la necesidad de resolverlas mediante arbitraje.**

#### **A. Las partes.**

##### **a) Convocante.**

La Sociedad Prodesic S.A., compareció a través de la señora Martha Cecilia Moure Romero, representante legal, condición que consta en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá que obra a folios 55 a 57 del cuaderno principal 1, quien otorgó poder para la actuación judicial al doctor Christian Fernando Cardona Nieto (fl. 54 del cdno. ppal. 1).

##### **b) Convocada.**

La Sociedad Promociones San Alejo Limitada (en liquidación), comparece a este proceso a través del señor Boris Spiwak Knorpel, liquidador de la sociedad, condición que consta en el certificado de existencia y representación de la sociedad expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá que obra a folios 77 y 78 del cuaderno principal 1, quien otorgó poder para la actuación judicial al doctor José Alejandro Bonivento Fernández (fl. 76 del cdno. ppal. 1).

#### **B. Causa petendi.**

Las pretensiones formuladas por la parte convocante están fundamentadas en los hechos que se resumen a continuación:

1. Entre Prodesic S.A. y San Alejo Limitada —hoy en liquidación— el día 25 de mayo de 1994 se celebró un contrato que las partes denominaron “documento privado”, en virtud del cual efectuaron declaraciones y aceptaron contraer obligaciones.
2. San Alejo Limitada declaró ser propietaria de un inmueble denominado Prado Grande con un área neta de 364.545.69 M<sup>2</sup>, en el que en virtud del contrato, las partes se proponían lotear y desarrollar la urbanización denominada Prado Grande con base en un proyecto general contenido en los planos F.316/4-00 y F.316/4-01, que contaban con la aprobación del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, según Resolución 739 del 5 de noviembre de 1992, que determinó como utilizable de la Urbanización Prado Grande 273.845.63 M<sup>2</sup>, cuyo uso sería el de vivienda o industria o comercio.
3. Las partes tenían como finalidad, desarrollar la Urbanización Prado Grande mediante la construcción y venta de unidades de vivienda, industria o comercio, para lo cual convinieron que San Alejo transferiría a título de venta a Prodesic los lotes que se mencionaron en el parágrafo primero de la cláusula cuarta del contrato, aclarando que fueron tomados de los dos planos de loteo, esto es, el F.136/4-00 y el F.136/4-01.
4. Los lotes que al tenor del contrato se transferirían eran los siguientes:

Plano de loteo F136/4-01	Plano de loteo F136/4-00
Manzana E, lotes 1 a 11 y 19 a 27	
Manzana F, lotes 1 a 12 y 20 a 29	
Manzana G, lotes 1 a 19 y 27 a 41	Manzana G, lotes 10 a 17
Manzana H, lotes 1 a 4 y 11 a 13	Manzana H, lotes 6 a 15
Manzana I, lotes 1 a 5 y 12 a 14	Manzana I, lotes 7 a 18

Se precisó en los hechos de la demanda que los lotes de la manzana H del plano F-136/4-00, fueron englobados en un lote y simultáneamente desenglobados en tres lotes mediante escritura pública 10.749 otorgada el 11 de diciembre de 2001, en la notaría 29 del círculo de Bogotá. Los lotes resultantes fueron entonces los siguientes:

- Manzana H, lote 6, identificado con la matrícula inmobiliaria 50-C1532930, en el que se construyó el proyecto Conjunto Residencial Portal de Capellanía.
- Manzana H, lote 7, identificado con la matrícula inmobiliaria 50-C1532931 —escritura pública aclaratoria 12.751 otorgada el 16 de noviembre de 2002, en la notaría 29 del círculo de Bogotá— en el que a la fecha de la demanda se afirmó que se estaba construyendo el proyecto Conjunto Residencial Capellanía Real.
- Manzana H, lote 8 identificado con la matrícula inmobiliaria 50-C1532932.

Adicionalmente se manifestó que los lotes 7 a 18 de la manzana I del plano de loteo F-136/4-00, fueron englobados mediante escritura pública 2836 del 30 de julio de 2003 y simultáneamente desenglobados en dos lotes denominados Superlote 1 —folio de matrícula inmobiliaria 50 C-1580036— y Superlote 2 —folio de matrícula inmobiliaria 50C-1580037—.

5. Por su parte, del citado terreno global, San Alejo se reservó para sí los siguientes inmuebles:

Plano de loteo F136/4-01	Plano de loteo F136/4-00
Manzana A, lotes 1 a 5	
Manzana B, lotes 1 a 5	
Manzana C, lotes 1 a 5	Manzana G, lotes 10 a 17
Manzana D, lotes 1 a 10	Manzana D, lotes 1 a 3
Manzana E, lotes 12 a 18	Manzana E, lotes 1 A 11
Manzana F, lotes 13 a 19	Manzana F, lotes 1 a 15
Manzana G, lotes 20 a 26	Manzana G, lotes 1 a 9
Manzana H, lotes 6 a 10	Manzana H, lotes 1 a 5
Manzana I, lotes 6 a 11	Manzana I, lotes 1 a 6.

El área total del terreno de la Urbanización Prado Grande que las partes convinieron en desarrollar, construir y vender era de 88.618.41 M<sup>2</sup>. Cada etapa de construcción tanto de unidades de vivienda como de industria o comercio serían acordadas por las partes, de manera individual, con especificación del número de unidades, el tipo de inmuebles y el plazo dentro del cual debería concluirse la construcción.

6. El valor que los inmuebles tendrían como aporte al proyecto de construcción serían del 13.5% para vivienda y 23.75% para industria o comercio, debiendo realizarse una liquidación el último día de cada mes calendario y efectuándose el primer pago dentro de los 30 días siguientes al otorgamiento de la primera escritura pública que se suscribiera con un comprador de las unidades.

7. En la cláusula décima segunda del contrato se estipuló la necesidad de construir todas las obras de urbanismo del predio Prado Grande y también se dejó constancia que las mismas beneficiaban a todo el predio, estipulándose que estas serían pagadas por las partes en unas proporciones del 42.72% para San Alejo y 57.28% para Prodesic. San Alejo pagaría el 42.72% correspondiente a las obras de urbanismo del terreno que no se encontraba aportado al contrato dentro de los 30 días siguientes al recibo de las actas (Literal C del Parágrafo Segundo de la cláusula décimo segunda). Hubo claridad en el sentido de que San Alejo solo pagaría las obras de urbanismo en la proporción del lote que no sería objeto del contrato, por cuanto las otras equivalentes al 57.28% las amortizaría Prodesic a medida que se fueran construyendo los distintos proyectos.

8. Prodesic, al tenor de lo previsto en el contrato, determinó la forma en que se construirían las obras de urbanismo, y construyó el 83% de las obras de urbanismo, que como lo habían estipulado las partes eran necesarias para el desarrollo de la Urbanización Prado Grande (cláusula décimo segunda). El porcentaje restante de obras de urbanismo quedó pendiente pues correspondía a aquellas obras que solo se requerían al momento de

ejecutarse los correspondientes proyectos de construcción.

9. Prodesic inició la construcción de los proyectos para lo cual le fue escriturado el predio de la manzana E mediante escritura pública 4461 del 14 de septiembre de 1995 de la Notaría 23 del Círculo de Bogotá, donde se construyó un conjunto de 20 bodegas.

10. Igualmente Prodesic inició la construcción de la manzana G para lo cual le fue transferido el correspondiente inmueble mediante escritura pública 1655 del 24 de febrero de 1997 de la Notaría 29 del Círculo de Bogotá. De dicho proyecto, planeado para desarrollarse en 4 etapas, solo se construyeron en su totalidad 2 etapas. De la tercera etapa, integrada por 136 apartamentos, únicamente se construyeron y vendieron 48 apartamentos y están pendientes de construir y vender 88 apartamentos que a la fecha de la demanda arbitral se encontraban en etapa de promoción y ventas. La cuarta etapa está proyectada para la construcción y venta de 72 apartamentos.

11. A finales de 1997 y hasta el año 2001 el sector de la construcción sufrió la peor crisis de su historia, cuyos efectos aún hoy permanecen, generando una disminución dramática de las ventas por efecto de las altas tasas de interés, hasta el punto que innumerables proyectos quedaron a medio camino y los proyectos planeados no fueron desarrollados. Adicionalmente el predio Prado Grande se vio envuelto en un escándalo en el que de manera injusta, personas que, actuando de manera ilegal pretendían apoderarse del predio, suministraron falsas informaciones a distintos medios periodísticos que titularon artículos que causaron daño y paralizaron las ventas, uno de ellos como "La Casa en el Aire".

12. Estos hechos motivaron la congelación de los folios de matrícula inmobiliaria de los mencionados predios en la oficina de registro afectando aún más, la ya precaria situación de las ventas de los inmuebles construidos en el predio Prado Grande, por lo que durante los años 1998, 1999, 2000 y parte de 2001 no se inició ninguna construcción en los predios, dada la situación de crisis, como quiera que las unidades que se hubiesen construido no tendrían ninguna comercialización factible y la financiación para estos tipos de proyectos no se encontraba disponible. Adicionalmente los desembolsos de los bancos hipotecarios durante los años de crisis se redujeron dramáticamente y tales entidades, en virtud de daciones en pago recibidas, se convirtieron en vendedoras de vivienda a precios incluso por debajo del costo de construcción.

13. Las partes, mediante documento suscrito por los respectivos representantes legales, de fecha 18 de marzo de 1997, liquidaron lo construido en la manzana E. En la citada liquidación se consignó el monto que le correspondía a San Alejo Limitada, los descuentos por las obras de urbanismo (42.72%), los intereses adeudados, y se consignó la deducción de un anticipo de cuatrocientos millones (\$ 400.000.000) realizado por Prodesic S.A. el 14 de septiembre de 1994, a la suscripción de la escritura pública 4.461, (hechos 22, 23 y 24). De tal liquidación quedó un saldo a favor de San Alejo por un valor de doscientos treinta y siete millones quinientos veintidós mil setecientos cincuenta y seis pesos (\$ 237.522.756).

14. Adicionalmente se acordó que Prodesic haría un anticipo de doscientos millones de pesos (\$ 200.000.000) y en tal virtud se le giró a San Alejo la suma de cuatrocientos treinta y siete millones quinientos veintidós mil setecientos cincuenta y seis pesos (\$ 437.522.756).

15. Respecto de los predios de la manzana G, las partes acordaron que Prodesic entregaría en dación en pago 18.000 acciones del Banco Davivienda por valor de cuatrocientos noventa y cinco millones doscientos veinticuatro mil ochocientos veinte pesos m/cte. (\$ 495.224.820), y que respecto de 30 apartamentos que se encontraban pendientes de ser vendidos, cancelaría la suma correspondiente dentro de los 30 días siguientes a la fechas en se fueran escriturando; adicionalmente se acordó que de 2 apartamentos que se encontraban por escriturar por diecisiete millones ciento diez mil quinientos cuarenta y seis pesos m/cte. (\$ 17.110.546) estos serían descontados del saldo que el proyecto presentaba a favor de Prodesic. Lo anterior se consignó en la liquidación que con corte al 30 de junio de 2000 le fue remitida a San Alejo por Prodesic el 25 de julio de 2000, donde expresamente se dejaba constancia que existía un saldo a favor de Prodesic por valor de ciento sesenta y ocho millones ciento setenta y un mil ciento treinta y seis pesos m/cte. (\$ 168.171.136).

16. "Las partes igualmente convinieron que este proyecto se continuaría una vez que las condiciones del mercado lo permitieran, lo que en efecto Prodesic en la actualidad se encuentra promocionando y vendiendo (sic) con miras

a que obtenido el punto de equilibrio se pueda iniciar la construcción de las unidades faltantes”.

17. Desde el año 2000 las partes ajustaron y finiquitaron sus cuentas y Prodesic continuó durante toda la época de crisis, en posesión de los inmuebles pagando la celaduría y evitando que fueran invadidos por personas que pretendían tomar posesión de ellos.

18. De esa manera las partes implícitamente modificaron el contenido del parágrafo tercero de la cláusula décima del contrato.

19. A partir de la fecha de la liquidación mencionada en el numeral 14 anterior, los acuerdos a que llegaron las partes se cumplieron, quedando un saldo a favor de Prodesic de ciento cincuenta y un millones sesenta mil quinientos noventa pesos m/cte. (\$ 151.060.590), producto de descontar de ciento sesenta y ocho millones ciento setenta y un mil ciento treinta y seis pesos m/cte. (\$ 168.171.136), la suma de diecisiete millones ciento diez mil quinientos cuarenta y seis pesos m/cte. (\$ 17.110.546), correspondientes al porcentaje del 13.5 de los 2 apartamentos pendientes de escriturar a la fecha de la liquidación mencionada.

20. San Alejo nunca ha reclamado, ni exigido suma alguna a Prodesic, no obstante que las partes una vez iniciada la reactivación del sector de la construcción, han realizado nuevos proyectos en predios objeto del contrato.

21. A principios del año 2001 las partes, de común acuerdo, iniciaron gestiones para comenzar nuevos proyectos de vivienda e industria y comercio. Para el efecto, Prodesic realizó estudios de factibilidad y mercadeo, que permitieran determinar el tipo de inmuebles, el área demandada y el precio al que podrían ofrecerse unidades en el sector, deduciendo que para ser viables las ventas de la Urbanización Prado Grande en su conjunto, era indispensable la construcción de un puente sobre el Canal de San Francisco o Hayuelos, que demandó de parte de Prodesic una nueva inversión en obras de urbanismo superior a los quinientos millones de pesos m/cte. (\$ 500.000.000). Tal suma, de acuerdo con el contrato, se debía amortizar así: 57.28% con la construcción de los proyectos de vivienda y el 42.72% a cargo de San Alejo y a favor de Prodesic.

22. Paralelamente, se efectuaron proyectos arquitectónicos y se procedió a solicitar los estudios de suelos y los permisos necesarios de acueducto, licencia de construcción y la consecución del crédito hipotecario que se tramitó con el Banco Davivienda.

23. Todos los estudios se realizaron sobre la manzana H de vivienda que para efectos de un desarrollo acorde con la situación de mercado fue objeto de un englobe y un posterior desenglobe, quedando entonces tres (3) lotes denominados 6, 7 y 8, los cuales quedaron listos para adelantar en ellos los proyectos diseñados.

24. Mediante comunicación del 23 de abril de 2002 enviada a Prodesic, San Alejo consignó el acuerdo al que llegaron las partes respecto del lote 6 de la manzana H, vivienda (hecho 37). En tal lote se construyó el proyecto “Portal de Capellanía”.

25. Adicionalmente y en forma paralela, Prodesic comenzó a efectuar trabajos en el lote 7 de la manzana H, elaborando los diseños arquitectónicos, hidráulicos, estructurales, solicitando el crédito hipotecario a distintas entidades financieras y efectuando exitosas promociones y ventas con el conocimiento de San Alejo. A quien se le informaba el nivel de ventas que tenía el proyecto, que incluso había sobrepasado el mínimo requerido por la entidad financiera del proyecto. El pago de este lote debía realizarse a más tardar el 20 de mayo de 2004.

26. A partir del mes de marzo de 2003, San Alejo comenzó a demorar los documentos que debía suscribir con destino a las distintas autoridades para la legalización de los permisos y las autorizaciones necesarios para adelantar el proyecto, en especial los dirigidos a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, EAAB.

27. El 22 de abril de 2003 San Alejo remitió a Prodesic una comunicación que le solicitaba firmara en señal de aceptación, refiriéndose a los convenios que debía suscribir en relación con el proyecto de acueducto y alcantarillado, planteando entre otros que la correspondiente suscripción del convenio no reactivaba el “documento privado” suscrito entre las partes el 24 de mayo de 1994, ni genera derechos y obligaciones para las partes a partir de la expiración del término pactado en el mismo, es decir finales de 1999.

28. Prodesic, presionada por la necesidad de que se suscribieran los contratos en mención para el proyecto de acueducto y alcantarillado aludido, accedió a firmar una carta similar, fechada el 16 de mayo de 2003, confirmando lo anterior.
29. El 24 de abril de 2003, Prodesic remitió a San Alejo una propuesta para finiquitar y liquidar el contrato suscrito entre las partes el 24 de mayo de 1994. La liquidación propuesta implicaba el desarrollo de la parte restante de la manzana G, el desarrollo de los lotes 6, 7 y 8 de la manzana H, con el presupuesto adicional de que quedarían de propiedad de Prodesic la manzana I —vivienda— y las manzanas F —vivienda e industria— correspondientes todas estas al 19% de la urbanización, y quedando construido el 83% por ciento de las obras de urbanismo.
30. San Alejo contestó mediante comunicación del 13 de agosto de 2003, planteando que Prodesic había incurrido en incumplimiento de las obligaciones a su cargo derivadas del acuerdo privado, tanto en el plazo para su ejecución como en lo relativo a la forma de pago, generando perjuicios económicos a San Alejo. Se planteó adicionalmente que en concepto de San Alejo, se había desarrollado muchísima más obra de urbanismo de la necesaria generando un desequilibrio contractual y un flujo de caja desastroso, así como perjuicios a San Alejo. Por último se afirmó que el análisis del contrato los llevaba a la conclusión de la existencia de un saldo a favor de San Alejo.
31. San Alejo nunca se quejó, en fecha anterior a la citada carta, por la cantidad de obras de urbanismo construidas.
32. Al suscribir la promesa de compraventa del lote 7 de la manzana H, las partes determinaron que el 12.5% del valor de las obras de urbanismo sería la garantía del pago del lote.
33. San Alejo se encontraba, a la fecha de la demanda arbitral prometiendo en venta los inmuebles objeto del contrato. Por ello Prodesic le envió una comunicación en la que le reclamaba sobre su proceder, la que fue contestada aduciendo razones carentes de validez.
34. A pesar de múltiples reuniones efectuadas entre las partes no se logró llegar a ningún acuerdo, por cuanto San Alejo pretende desconocer los derechos de Prodesic y en tal virtud no reconocerle ningún valor a las obras de urbanismo efectuadas, ni al legítimo derecho de esta a las utilidades que debería obtener al construir los proyectos en los predios objeto del contrato.
35. San Alejo pretende aducir en su favor el vencimiento del término de un contrato, que no pudo llevarse a cabo por razones del mercado, para tomar propiedad de unas obras de urbanismo y para desconocer los derechos de Prodesic a unas utilidades en el desarrollo de los predios.
36. San Alejo ha procedido a transferir los siguientes predios:
- Superlote 1 y el superlote 2 de la manzana I mediante escritura pública 2318 del 23 de Septiembre de 2003 de la Notaría 9 del Círculo de Bogotá.
  - Lotes 16 a 19 y 27 a 30 de la manzana G y los lotes 1 a 5 y 11 a 13 de la manzana H transferidos mediante dación en pago a favor de Corporación Financiera Colombiana S.A. mediante escritura pública 6265 del 26 de diciembre de 2001 —Notaría 18 del Círculo de Bogotá—, aclarada mediante escritura pública 1.589 del 4 de abril de 2003, otorgada también en la Notaría 18 del círculo de Bogotá.
- Las pretensiones formuladas por la parte convocante en su demanda de reconvenCIÓN, están fundamentadas en los hechos que se resumen a continuación:
1. San Alejo y Prodesic celebraron, el 25 de mayo de 1994, un contrato en los términos consignados en el documento privado.
  2. Como objeto del contrato, expresamente se pactó desarrollar la Urbanización Prado Grande, y construir y vender los inmuebles destinados a vivienda o industria, en los lotes allí descritos (parágrafo primero de la cláusula cuarta), y con sujeción a las reglas establecidas en el mismo.
  3. Entre las obligaciones a cargo de Prodesic, se convino construir o contratar la construcción, a su costa, de todas

las viviendas a levantarse en los lotes destinados a tal fin, lo mismo que las bodegas respectivas.

4. Las partes convinieron que Prodesic empezaría la construcción de los inmuebles en un término no mayor de un año contado a partir de la firma del contrato (25 de mayo de 1994), plazo dentro del cual Prodesic se obligó a obtener de Planeación Distrital las correspondientes licencias de construcción.

5. Las partes estipularon que se suscribiría un programa de construcción de las unidades que sería elaborado por Prodesic, y, a su vez, contendría el tipo y plazo de construcción (cláusula quinta).

6. Convinieron también que la firma de las escrituras públicas subsiguientes a la primera, mediante las cuales San Alejo le transferiría a Prodesic los lotes objeto del contrato, se efectuaría una vez Prodesic hubiese pagado por lo menos el 50% del precio de las unidades a construir en la manzana anterior, de acuerdo con el programa de construcción respectivo suscrito por los contratantes.

7. El plazo pactado para el desarrollo de la totalidad del proyecto objeto del contrato, de 36 y 60 meses para unidades destinadas a industria y a vivienda, respectivamente, se contaba a partir de la fecha de expedición de la primera licencia de construcción, que ocurrió el 18 de septiembre de 1995 (licencia 010471).

8. El plazo de duración del contrato y para el desarrollo total de las unidades de industria (bodegas) expiró el 18 de septiembre de 1998, y para las unidades de vivienda, el 18 de septiembre de 2000.

9. En el contrato las partes fijaron las reglas para la determinación del precio total de los lotes que San Alejo le transferiría a Prodesic, así: los destinados a vivienda con el 13,5% del producto de la venta de cada una de las unidades de vivienda que construya, y los destinados a usos industriales, con el 23,75% del producto de la venta de cada una de las unidades respectivas.

10. Así mismo, las partes especificaron la forma de pago del precio a cargo de Prodesic sobre las unidades que San Alejo le transfiriera, a través de liquidaciones mensuales contadas a partir del otorgamiento de la primera escritura pública de venta a un tercer comprador.

11. Asumiendo Prodesic el riesgo de la no construcción y/o de la no venta a terceros dentro de los 18 meses siguientes a la fecha en que se le fueran escriturados a su favor por San Alejo los lotes a desarrollar, se pactó en el parágrafo tercero de la cláusula décima la obligación a cargo de Prodesic de efectuar, de todas maneras, el pago total del precio de los respectivos lotes, en los tiempos y términos allí estipulados.

12. Prodesic obtuvo la primera licencia de construcción (Nº 010471) el 18 de septiembre de 1995, y consecuentemente, inició la construcción de las unidades con posterioridad al plazo pactado en el contrato.

13. Mediante escritura pública 4461 de septiembre 14 de 1995 de la Notaría 23 de Bogotá, San Alejo transfirió, a título de compraventa, a favor de Prodesic, los primeros lotes a ser desarrollados por esta (de la manzana E – para industria), previa suscripción del respectivo programa de construcción (acta 1 de septiembre 6 de 1995).

14. El precio total de la venta precedente fue cancelado por Prodesic, en los términos en que consta en el acta de liquidación final suscrita por las partes en marzo de 1997.

15. Mediante escritura pública 1655 de febrero 24 de 1997 de la Notaría 29 de Bogotá, San Alejo transfirió, a título de compraventa, a favor de Prodesic, el segundo grupo de lotes a ser desarrollados por esta (10 a 17 de la manzana G – Vivienda), previa suscripción del respectivo programa de construcción (acta 2 de febrero 24 de 1997).

16. De conformidad con el acta 2 recién referida, el plazo para la construcción del respectivo proyecto en los lotes mencionados —denominados como “Conjunto Residencial Prados de Capellanía”—, vencía el 24 de noviembre de 1998. Para esa fecha, Prodesic no terminó la totalidad de las etapas de construcción proyectadas sobre los lotes referidos de la manzana G (Conjunto Residencial Prados de Capellanía).

17. Prodesic también ha incumplido su obligación de pago total del precio de venta de los lotes en cuestión de la manzana G (\$ 2.667.811.246), habiendo efectuado unos abonos e imputaciones parciales al mismo.

18. El valor pagado por Prodesic a San Alejo sobre el precio de la venta contenida en la escritura pública 1655 de febrero 24 de 1997 de la Notaría 29 de Bogotá ya citada, no alcanza a ser su 50%, luego no se cumplió, durante la vigencia del contrato, la condición prevista en el parágrafo segundo de la cláusula quinta para una transferencia subsiguiente de lotes por parte de San Alejo a Prodesic.

19. Vencido el término de duración del contrato de mayo 25 de 1994, Prodesic no adelantó ninguna construcción ni venta a la que estaba obligada sobre los lotes identificados en los literales B), C), D), E), G) y H) del parágrafo primero de la cláusula cuarta del convenio.

20. San Alejo, por su parte, cumplió con las obligaciones a su cargo, en los términos convenidos en el contrato de mayo 25 de 1994.

21. Hasta la fecha de presentación de la demanda de reconvención no se ha liquidado el contrato de mayo 25 de 1994.

22. Vencido el plazo del contrato antes citado, y por fuera del mismo, San Alejo y Prodesic, convinieron adelantar un nuevo proyecto constructivo sobre los lotes 6 y 7 de la manzana H – Vivienda, cuyos términos y condiciones se recogen, principalmente, en los contratos de promesa de compraventa de abril 30 y agosto 13 de 2002, y en las escrituras públicas 8502 de agosto 26 de 2002 y 11.172 de agosto 27 de 2003, ambas de la Notaría 29 de Bogotá.

### **C. Pretensiones y excepciones formuladas por las partes**

#### **a) Pretensiones de la parte convocante.**

Con apoyo en su relato de los hechos, en su escrito de demanda, la parte convocante solicita al tribunal se dicte lo siguiente:

1. “Que se declare que en virtud del contrato suscrito entre Prodesic en ese entonces Ltda., hoy del tipo S.A. y Promociones San Alejo Ltda. en liquidación complementado por otros acuerdos o convenios, existió una asociación o un contrato innombrado en razón del cual la primera, de las mencionadas aportaba su dinero y trabajo en la construcción de unas obras de urbanismo y la segunda, aportaba unos predios cuyos linderos y demás especificaciones se describen en los hechos de esta demanda, cuyo objeto era la construcción y venta de unidades de vivienda o de uso industrial o comercial”.

2. “Que Promociones San Alejo Ltda. en liquidación de manera unilateral dio por terminado el contrato, no obstante que el mismo se estaban (sic) desarrollando con proyectos”.

3. “Que Promociones San Alejo Ltda. en liquidación de manera inconsulta dispuso de varios predios que estaban incluidos en el contrato suscrito entre las partes y sobre los cuales Prodesic S.A., había efectuado mejoras, las que le han sido desconocidas, junto con las utilidades a las que tenía derecho sí (sic) hubiese desarrollado los proyectos de vivienda o de uso industrial o comercial, para los cuales estos predios se encontraban habilitados”.

4. “Que en razón a la terminación unilateral y a la negativa de continuar el contrato suscrito por las partes, Promociones San Alejo Ltda. en liquidación ha causado perjuicios a Prodesic S.A. y como consecuencia está obligada a pagarlos”.

5. “Que como consecuencia de las anteriores declaraciones o de alguna de ellas Promociones San Alejo Ltda. en liquidación está obligada a pagar a Prodesic S.A., el daño emergente y el lucro cesante, en la cuantía que se establezca en el proceso mediante el correspondiente dictamen pericial”.

6. “Que además de los perjuicios deberá Promociones San Alejo Ltda. en liquidación reconocer a Prodesic S.A. los honorarios profesionales por la ejecución de las obras de urbanismo, actualizando dichos valores desde la fecha en que se ejecutaron las obras y hasta el momento de su pago real y efectivo”.

7. “Se condene en costas y agencias en derecho a la sociedad Promociones San Alejo Ltda. en liquidación”.

Como pretensiones subsidiarias se formulan las siguientes:

1. “Que se declare que Prodesic S.A. con el consentimiento de Promociones San Alejo Ltda. en liquidación efectuó mejoras y obras de urbanismo en los predios propiedad de esta”.
2. “Que se declare que dichas obras fueron ejecutadas por Prodesic S.A. y consentidas por Promociones San Alejo Ltda. en liquidación para que la primera construyera, vendiera y ejecutara proyectos de vivienda o de uso industrial o comercial y de esta manera obtuviera la retribución pactada por la ejecución y construcción de las mencionadas mejoras”.
3. “Que se declare que Promociones San Alejo Ltda. en liquidación al disponer de los inmuebles y al no continuar con el contrato esta (sic) obligada a reconocerle a Prodesic S.A., los perjuicios causados a título (sic) de daño emergente y lucro cesante en el monto y cuantía que se logre probar en el proceso”.
4. “Que además de los perjuicios deberá Promociones San Alejo Ltda. en liquidación reconocer a Prodesic S.A. los honorarios profesionales por la ejecución de las obras de urbanismo, actualizando dichos valores desde la fecha en que se ejecutaron las obras y hasta el momento de su pago real y efectivo”.
5. “Que se condene en costas y agencias en derecho a Promociones San Alejo Ltda. en liquidación”.

Como segundas peticiones subsidiarias, la parte convocante formula las siguientes:

1. “Que se declare que Promociones San Alejo Ltda. en liquidación está obligada a cumplir el contrato suscrito con Prodesic S.A. que consta en el documento privado firmado entre las partes el 25 de mayo de 1994”.
2. “Que como consecuencia de lo anterior, está obligada a transferirle los inmuebles descritos en los literales A, B, C, D, E, F, G y H, del párrafo primero de la cláusula tercera del contrato suscrito entre Prodesic S.A. y Promociones San Alejo Ltda. en liquidación”.
3. “Que en razón del incumplimiento del contrato está obligada a pagar la cláusula penal contenida en el párrafo de la cláusula décimo octava del contrato suscrito entre las partes”.
4. “Que además de los perjuicios deberá Promociones San Alejo Ltda. en liquidación reconocer a Prodesic S.A. los honorarios profesionales por la ejecución de las obras de urbanismo, actualizando dichos valores desde la fecha en que se ejecutaron las obras y hasta el momento de su pago real y efectivo”.
5. “Se condene en costas y agencias en derecho a Promociones San Alejo Ltda. en liquidación”.

Por último, como pretensión común a todas las anteriores formula la siguiente:

“Para el evento en que sea del caso, se deberán indexar las sumas de dinero a pagar que se declaren como debidas, en un porcentaje cuando menos igual al índice de precios al consumidor (IPC)”.

#### **b) Pretensiones de la parte convocada en su escrito de demanda de reconvenCIÓN.**

En su escrito de demanda de reconvenCIÓN, la parte convocada solicita al tribunal se decrete lo siguiente:

1. “Se declare que el contrato celebrado entre Promociones San Alejo Limitada —en liquidación— y la sociedad Prodesic S.A., —antes Prodesic Limitada—, de 25 de mayo de 1994, de que da cuenta esta demanda, terminó por expiración del plazo pactado, y se ordene y realice, si fuere el caso, la liquidación final”.
2. “Se declare que durante el término de ejecución del mencionado contrato, Prodesic S.A., incumplió sus obligaciones y, como consecuencia, es responsable de los daños y perjuicios causados a la Sociedad Promociones San Alejo Limitada —en liquidación—, de acuerdo con lo expuesto en los hechos de esta demanda”.
3. “Como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la Sociedad Prodesic S.A., a indemnizar a la Sociedad Promociones San Alejo Limitada —en liquidación— los perjuicios causados en los conceptos de daño emergente y lucro cesante, o cualquier otro daño en las cuantías que resulten probadas en este proceso arbitral”.
4. “Que en las sumas de condena se reconozca la corrección monetaria y/o los intereses de mora a que haya lugar”.

5. “Se condene a Prodesic S.A., al pago de las costas y agencias en derecho que se causen en este proceso arbitral”.

#### **C)(sic). Contestación y excepciones de las partes.**

##### **a) Excepciones de la parte convocada en su contestación de la demanda.**

Al contestar la demanda, la parte convocada, se pronunció formulando las siguientes excepciones:

1. Expiración del plazo acordado y, por consiguiente, extinción del contrato de 25 de mayo de 1994.
2. Incumplimiento del contrato de 25 de mayo de 1994 por parte de Prodesic.
3. Liquidación y cancelación de las obras de urbanismo ejecutadas y presentadas por Prodesic en los términos del contrato.
4. Falta de competencia del tribunal para dirimir controversias vinculadas con los lotes 6 y 7 de la manzana H.
5. Compensación.
6. Excepción genérica.

##### **b) Excepciones de la parte convocante en su contestación de la demanda de reconvención.**

Al contestar la demanda de reconvención, la parte convocante, se pronunció formulando las siguientes excepciones:

1. El contrato no ha terminado y sus efectos se siguen produciendo.
2. Excepción de contrato no cumplido.
3. Prórroga del contrato.
4. Fuerza mayor.
5. Excepción genérica.

#### **D. Pronunciamientos de las partes.**

La parte convocada formuló expresa oposición a la prosperidad de las pretensiones —principal, subsidiarias y común— de la demanda, aceptó algunos hechos como ciertos, otros como parcialmente ciertos, en tanto que respecto de otros manifestó atenerse a lo previsto en el contrato y rechazó los restantes. En particular rechazó las afirmaciones presentadas en los hechos de la demanda, relativas a la ejecución del contrato más allá del plazo pactado en el mismo, manifestando estarse a lo contenido en el contrato.

Por su lado, el apoderado de la parte convocante, formuló algunas consideraciones encaminadas a resolver los interrogantes que según él, se generan como consecuencia de las apreciaciones presentadas por parte del apoderado de la parte convocada en su demanda de reconvención respecto del vencimiento del plazo del contrato, manifestando su expresa oposición a la prosperidad de las pretensiones allí contenidas, aceptando algunos hechos como ciertos, otros como parcialmente ciertos, y en otros afirmó atenerse a lo que se lograra probar dentro del proceso. En particular, rechazó las afirmaciones presentadas en los hechos de la demanda de reconvención que tienen relación directa con la terminación del contrato suscrito por las partes y sobre un incumplimiento por parte de Prodesic.

#### **4. Pruebas practicadas.**

Como prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones y excepciones, las partes aportaron varios documentos, solicitaron la recepción de testimonios, la práctica de una inspección judicial y de un dictamen pericial. Por su parte el tribunal, de oficio, decretó algunas pruebas adicionales. Todas ellas obran en el expediente y fueron aportadas en los términos de las solicitudes formuladas por las partes y en atención a la disposición

oficiosa del tribunal.

Según consta en el acta 7, que obra a folios 158 a 172 del cuaderno principal 1 del expediente, en audiencia que tuvo lugar el 28 de abril de 2004, el tribunal decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron en la forma que se explica a continuación.

#### **A. Testimonios.**

El día 5 de mayo de 2004 se recibieron los testimonios de los señores Isaac Farji Cohen, Ana María Peláez, José Antonio Rojas Cantor y Luz Angela Barriga. Las correspondientes transcripciones obran a folios 1331 a 1465 del cuaderno de pruebas 5.

El día 21 de mayo de 2004 se recibió la declaración de parte de la señora Martha Cecilia Moure Romero, representante legal de Prodesic S.A y el testimonio del señor Julio Carrizosa Mutis. Las correspondientes transcripciones obran a folios 1640 a 1649 y 1650 a 1662 del cuaderno de pruebas 5.

#### **B. Documentales.**

Se ordenó tener como pruebas documentales las enunciadas en el acápite de pruebas documentales del escrito de demanda, aquellas enunciadas en la contestación a la demanda de reconvenCIÓN, los documentos aportados al descorrer el traslado de las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda, así como los documentos aportados por algunos de los testigos.

#### **C. Oficios.**

Se remitieron oficios y se obtuvo respuesta por parte de las siguientes entidades:

- Cámara Colombiana de la Construcción – Camacol.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE.
- Lonja de propiedad raíz.
- Inspección Novena Distrital de Policía.
- Oficina de registro e instrumentos públicos de Bogotá – Norte.

#### **D. Dictamen pericial.**

Se recibieron dos dictámenes periciales:

Un dictamen pericial contable, rendido por la perito Gloria Zady Correa Palacio, practicado en los términos solicitados por la parte convocante, Prodesic S.A., presentado al tribunal con sus anexos, el día 17 de agosto del año 2004, el cual obra a folios 1663 a 1775 del cuaderno de pruebas 5.

Las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones al dictamen en mención, las cuales fueron presentadas al tribunal el día 13 de septiembre de 2004 y obran a folios 1789 a 1900 del cuaderno de pruebas 5.

Un dictamen pericial, rendido por la firma Interproyectos Limitada, practicado en los términos solicitados por las partes, presentado al tribunal el día 13 de septiembre del año 2004, el cual obra a folios 1901 a 2124 del cuaderno de pruebas 6.

La parte convocante solicitó aclaraciones y complementaciones al citado dictamen, las cuales fueron presentadas al tribunal el día 30 de septiembre de 2004 y obran a folios 2317 a 2319 del cuaderno de pruebas 7.

#### **E. Inspección judicial.**

Con posterioridad a la presentación de los alegatos de conclusión, de oficio, el tribunal decretó la práctica de una inspección judicial —acta 23, fls. 546 a 553 del cdno. ppal. 1— a los predios de la Urbanización Prado Grande con

el fin de verificar los siguientes aspectos:

- Los lotes construidos y los no construidos por Prodesic, antes y después de septiembre de 2000, respecto de los identificados en el parágrafo primero de la cláusula cuarta del contrato de mayo 25 de 1994.
- Las etapas o interiores concluidos y los inconclusos del proyecto de vivienda “Prados de Capellanía”, levantado sobre los lotes de la manzana G (literal F) del parágrafo primero de la cláusula cuarta del contrato de mayo 25 de 1994.
- Las obras de urbanismo correspondientes a las manzanas E y G, identificadas en los literales A) y F) del parágrafo primero de la cláusula cuarta del contrato de 25 de mayo de 1994; así como, en general, las obras de urbanismo de toda la Urbanización Prado Grande.
- Situación actual de los lotes 6 y 7 de la manzana H, así como de los demás lotes del contrato de mayo 25 de 1994, en especial sus obras de urbanismo y el estado actual de la construcción.

## **5. Alegatos de conclusión.**

Agotada la etapa probatoria, el 26 de octubre de 2004, en cumplimiento de lo previsto por el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998, las partes, por conducto de sus respectivos apoderados, expusieron oralmente sus alegatos finales, los cuales fueron resumidos en escritos que se allegaron al expediente y obran a folios 339 a 538 del cuaderno principal 1.

En esta forma se concluyó la instrucción del proceso, durante la cual las partes tuvieron amplia oportunidad de controvertir las pruebas y la posición de su adversario, en los términos de ley.

## **III. Presupuestos procesales**

Antes de entrar a decidir de fondo las controversias planteadas, se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, es decir, los requisitos indispensables para la validez del proceso, que permitan proferir decisión de fondo.

Revisado el expediente y con base en las certificaciones que obran en el mismo, confirma el tribunal que las partes en el presente proceso a saber, Prodesic S.A., convocante y convocada en reconvenión y Promociones San Alejo Limitada (en liquidación), convocada y convocante en reconvenión, son personas con capacidad para transigir. Igualmente se confirma que todas han estado legalmente representadas en este trámite arbitral.

En cumplimiento de lo previsto en el compromiso suscrito por las partes y tal como se expuso en el capítulo de antecedentes de este laudo, el tribunal se integró en debida forma, se instaló y en las oportunidades que establece la ley, las partes procedieron a consignar la totalidad de los gastos y honorarios del tribunal.

Al no haber señalado las partes un término para la duración del proceso, conforme con lo dispuesto por el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, este es de seis meses contados desde la primera audiencia de trámite, la cual terminó el día 28 de abril de 2004. Por solicitud formulada de común acuerdo entre las partes se decretaron cinco suspensiones a saber, una primera entre los días 24 de junio y 9 de agosto de 2004, ambas fechas inclusive, una segunda entre los días 12 de agosto y 16 de agosto de 2004, ambas fechas inclusive, la tercera entre los días 31 de agosto y 12 de septiembre, ambas fechas inclusive, la cuarta entre los días 27 de octubre y 17 de noviembre, ambas fechas inclusive y la quinta entre el 18 de noviembre y el 29 de noviembre de 2004, ambas fechas inclusive. Por tanto, la emisión del laudo en el día de hoy es oportuna.

## **IV. Consideraciones del tribunal**

En primer término, y en forma previa al pronunciamiento de fondo en la presente controversia, ha de precisar el tribunal que cuando en el laudo se mencione a Prodesic, se estará haciendo referencia a Prodesic S.A. y cuando se haga mención de San Alejo, se estará refiriendo a la Sociedad Promociones San Alejo Limitada en liquidación.

De cuanto queda expuesto se sigue que la relación procesal en este caso se ha configurado regularmente y que en

su desenvolvimiento no se incurrió en defecto alguno, motivo por el cual corresponde ahora decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes, propósito para el cual son conducentes las siguientes consideraciones:

## **1. Los problemas jurídicos planteados.**

No obstante que el punto relativo a la competencia del tribunal, el cual fue propuesto como excepción de mérito en la contestación de la convocatoria, será resuelto después de algunas consideraciones que se imponen por orden lógico y cronológico en el desarrollo argumentativo de este laudo, es necesario primero identificar los problemas jurídicos inmersos en este proceso, los cuales pueden determinarse a partir de las pretensiones de la demanda principal, de la demanda de reconvención y, por supuesto, de las excepciones formuladas tanto para la una como para la otra. En procura de la mayor claridad y brevedad, considera el tribunal que estos son los problemas jurídicos envueltos en la controversia de las partes: a) naturaleza jurídica y alcance del contrato de 25 de mayo de 1994 suscrito por las partes; b) carácter resolutorio o no del término del contrato; c) prórroga o no del contrato; d) comportamiento contractual de las partes después del 18 de septiembre de 2000; e) crisis de la construcción durante la ejecución del contrato; f) obras de urbanismo realizadas en la Urbanización Prado Grande; e) reconocimiento o no al pago de honorarios profesionales con ocasión de la realización de las obras de urbanismo; y f) incumplimiento contractual o no por la enajenación a terceros de predios comprometidos en el contrato.

## **2. Naturaleza jurídica del contrato de 25 de mayo de 1994.**

La primera pretensión principal de la convocatoria está dirigida a “Que se declare que en virtud del contrato suscrito entre Prodesic en ese entonces Ltda. hoy del tipo S.A. y Promociones San Alejo Ltda. en liquidación complementado por otros acuerdos o convenios, existió una asociación o un contrato innominado en razón del cual la primera, de las mencionadas aportaba su dinero y trabajo en la construcción de unas obras de urbanismo y la segunda, aportaba unos predios cuyos linderos y demás especificaciones se describen en los hechos de esta demanda, cuyo objeto era la construcción y venta de unidades de vivienda o de uso industrial o comercial”. Esta pretensión impone, por rigor lógico, analizar el contrato, su contenido y alcance y, por supuesto, determinar su naturaleza jurídica.

De la lectura de la demanda presentada y de su contestación se desprende que las partes reconocen la existencia y validez de su contrato titulado “documento privado”, suscrito el 25 de mayo de 1994. Empero, difieren en cuanto a su naturaleza jurídica y en cuanto a los efectos jurídicos que se desprenden del cúmulo de derechos y obligaciones allí previstos. Corresponde pues, a este tribunal desentrañar la naturaleza jurídica del acuerdo siguiendo, para tal efecto, las normas sobre interpretación de contratos y los criterios de interpretación fijados por la doctrina en relación con los contratos atípicos o innominados.

A. Argumenta la parte convocante que el acto de disposición de intereses de 25 de mayo de 1994 corresponde al denominado contrato de cuentas en participación. Sobre esto, se puede decir que esta modalidad contractual ha generado polémicas en cuanto a naturaleza jurídica en razón a que algunos consideran que no constituye un tipo asociativo, sino más bien un instrumento de intercambio de prestaciones recíprocas a título oneroso<sup>(1)</sup>. Sin embargo, el tema ha sido resuelto en la legislación colombiana por su incorporación en el libro II del Código de Comercio, el cual corresponde a la normativa de las sociedades y por la expresa remisión que hace el artículo 514 del mencionado código a las disposiciones de la sociedad en comandita simple<sup>(2)</sup>. De esta manera, nuestra legislación aclara el punto en torno de la naturaleza jurídica del contrato de cuentas en participación.

Dicho mecanismo contractual está definido en el artículo 507 del Código de Comercio, como aquel “por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida”. Observa el tribunal que el acuerdo privado de 25 de mayo de 1994 no recorre la definición transcrita, razón por la cual no puede ser catalogado como un contrato de cuentas en participación.

Sostiene el apoderado de la parte convocante que el aporte de Promociones San Alejo está constituido por los bienes inmuebles expresamente indicados en el “documento privado” y los cuales fueron objeto de las

formalidades requeridas en el momento de las correspondientes transferencias, según consta en las promesas y escrituras de compraventa que figuran dentro del expediente. No comparte el tribunal esta interpretación por las siguientes razones: a) porque el interés de San Alejo no es el de realizar un aporte, sino el de celebrar contratos de compraventa en los cuales se determina el precio y su forma de pago; b) por cuanto los inmuebles transferidos no siguen la suerte de la operación comercial, como sería en el caso de que constituyeran un aporte y c) porque las partes estipularon la obligación a cargo de Prodesic, supuesto gestor, de cancelar el precio del inmueble cuando o no se hubiese construido o no se hubiesen podido comercializar las unidades construidas<sup>(3)</sup>.

Así mismo, no consta en el expediente que Prodesic hubiese argumentado la naturaleza de aporte al momento de presentar las liquidaciones que regularmente elaboró para ser presentadas a San Alejo, como tampoco lo argumentó al momento de enfrentar el pago del precio de la manzana G, previsto en desarrollo de la cláusula décima, parágrafo tercero del contrato. Según consta en las comunicaciones cruzadas por las partes, el pago del precio pactado se acordó por medio de unos adelantos de capital, de la dación en pago de unas acciones del Banco Davivienda y de la cancelación de un porcentaje de las unidades escrituradas; hechos estos que nos permiten advertir que el entendimiento de las partes fue la obligación de pagar un precio y no el de realizar un aporte.

Anota la parte convocante que la transferencia de los inmuebles se realizó a título de compraventa en el propósito de no revelar la identidad del socio partícipe<sup>(4)</sup>, dado que el traspaso de los bienes era indispensable para la ejecución del proyecto. No comparte el tribunal esta interpretación por cuanto la condición recóndita del partícipe inactivo no tiene la virtualidad de modificar la naturaleza jurídica del aporte. Sobre el particular señala Gabino Pinzón lo que sigue: “No se trata propiamente, como ya se hizo resaltar, de que los partícipes inactivos sean desconocidos ante terceros, sino de que ante estos sean solamente el partícipe activo o gestores los que celebren los negocios, adquiriendo en su nombre los derechos o contrayendo también en su nombre las obligaciones del caso, a fin de que los simplifiquen y tengan al mismo tiempo certeza las relaciones de gestor o gestores con los terceros con quienes contratan la ejecución del negocio de participación”<sup>(5)</sup>.

Ahora bien, respecto de la participación en las utilidades y pérdidas, lo cual constituye una nota característica del contrato de cuentas en participación, su presencia no se advierte en el “documento privado” de 25 de mayo de 1994. Como se mencionó, en razón de la operación mercantil de construcción y venta de los lotes incluidos en el contrato, San Alejo se constituía en acreedor de Prodesic, por concepto de la venta de los lotes dentro de unos plazos y formas de pago predeterminados, regulados por la cláusula cuarta del contrato, con independencia de la utilidad o pérdida obtenida de la operación. Esto coincide jurídicamente con el pago del precio y no con la cancelación de utilidades de una operación mercantil.

Las actividades realizadas por las partes tendentes a la liquidación y pago del precio de la denominada manzana G, en desarrollo de la cláusula décima, parágrafo tercero, demuestran por parte de San Alejo, la seguridad en el derecho que tenían a que se le liquidara el crédito que existía a su favor y de parte de Prodesic la convicción de la obligación de pagar este crédito, con independencia del resultado de la operación de construcción acordada.

Tampoco coincide el tribunal con el argumento de la parte convocante según el cual el mayor valor comercial de los lotes en favor de Promociones San Alejo<sup>(6)</sup> constituya su utilidad, pues ello es el simple resultado del desarrollo de una operación mercantil que tiene como finalidad obtener lucro o ganancia. La valorización de los predios, no puede ser considerada como un evento de utilidad prevista a favor de San Alejo, que permita determinar la naturaleza jurídica del contrato celebrado con Prodesic.

En este orden de ideas, el tribunal puede deducir que la finalidad práctica, económica y jurídica de las partes al celebrar el contrato de 25 de mayo de 1994 no se ajusta a la de un contrato de cuentas en participación. Las partes no tuvieron en mente compartir las pérdidas o utilidades de la operación de la construcción de las unidades de vivienda y comercio.

B. En virtud del principio de la libertad contractual, los individuos pueden, al disponer de sus intereses, recurrir a los tipos contractuales fijados previamente por el ordenamiento o utilizar figuras negociales no reconocidas en forma expresa por la ley, pero sí por la sociedad, siempre y cuando no contraríen normas de orden público o las buenas costumbres.

Los contratos atípicos plantean dos problemas fundamentales: a) el problema de su admisibilidad por parte del ordenamiento, y b) el saber cuál es la disciplina normativa aplicable en orden a determinar cómo deben ser interpretados y cómo deben ser integrados para suplir precisamente sus deficiencias o lagunas normativas<sup>(7)</sup>.

En cuanto al primer problema, ha de observarse que el negocio atípico será de recibo por parte del ordenamiento si está dirigido a realizar intereses merecedores de tutela y si respeta las normas generales ordenativas del negocio, es decir, los elementos de existencia y validez aplicables a cualquier acto de disposición de intereses. Así mismo, es posible encontrar negocios atípicos válidos, pero con cláusulas ineficaces. En esta última circunstancia se han de aplicar igualmente los principios generales de los contratos y de las obligaciones para efectos de rechazar tales cláusulas (nulidad parcial del negocio, por ejemplo).

En cuanto a la interpretación e integración de los negocios atípicos, la doctrina ha fijado varios criterios. El primero es conocido como la "teoría de la absorción", en virtud de la cual en dichos contratos debe determinarse cuál es la prestación o elemento preponderante, y aplicarles las normas del contrato típico al que pertenezca la prestación preponderante; por lo tanto, el negocio atípico viene a ser absorbido por el contrato típico que contiene el elemento fundamental de aquel.

La segunda postura doctrinaria es llamada la "teoría de la combinación", la cual parte de la base de que si en un negocio atípico aparecen varios elementos que pertenecen a diferentes contratos típicos, se han de aplicar todos los contratos típicos en donde esos elementos aparecen. En efecto, ciertos contratos atípicos resultan de la combinación de elementos o prestaciones de contratos típicos; por tanto, en orden a integrar el negocio, se han de utilizar los diversos negocios típicos que han servido para su configuración.

La tercera teoría recurre a la analogía en el sentido de que la integración e interpretación de una figura negocial atípica se debe realizar con el uso de la analogía, es decir, buscar el negocio típico más afín y aplicarle su regulación positiva.

Finalmente, el régimen jurídico aplicable a un negocio atípico surge de auscultar el interés y la intención de las partes.

Si bien la tesis de la combinación y la de aplicar normas sobre obligaciones resultan ser las más atrayentes, ha de destacarse que la "afinidad con otros tipos no excluye una relevancia original y autónoma del contrato"<sup>(8)</sup>. Por tanto, se hace necesario auscultar también el interés y la intención de las partes en el contrato atípico. En últimas, es la autonomía negocial la que da origen a los contratos innominados. La creación de un nuevo tipo contractual no es sino la adecuación progresiva del fenómeno de la autonomía negocial a los intereses específicos de los sujetos.

Por consiguiente, en materia de interpretación de los negocios atípicos son de recibo preceptos básicos en materia de hermenéutica contractual: "Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras" (C.C., art. 1618) y "En aquellos casos en que no aparezca voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato" (art. 1621 ibidem). Así mismo, en el presente caso, despunta trascendental observar el comportamiento asumido por las partes, así como la aplicación práctica que ellas le dieron o le han dado a la reglamentación de sus intereses (art. 1622 ibidem).

Los intereses de las partes juegan un papel muy importante en la interpretación, porque habrá ocasiones en que ellos no pueden ser alcanzados aplicándoseles las reglas de un contrato típico. Este se mostraría insuficiente para suplir el acto de disposición de intereses particulares atípicos.

Respecto de la forma como se integran los contratos atípicos o innominados enseña la Corte Suprema de Justicia en una de sus pocas sentencias sobre el tema lo que sigue: "No en vano, la disciplina que corresponde a los negocios atípicos está dada, en primer término, por 'las cláusulas contractuales ajustadas por las partes contratantes, siempre y cuando, claro está, ellas no sean contrarias a disposiciones de orden público'; en segundo lugar, por 'las normas generales previstas en el ordenamiento como comunes a todas las obligaciones y contratos, (así) como las originadas en los usos y prácticas sociales' y, finalmente, ahí sí, 'mediante un proceso de auto integración, (por) las del contrato típico con el que guarde alguna semejanza relevante' (casación civil de 22 de octubre de 2001; exp. 5817), lo que en últimas exige acudir a la analogía, como prototípico mecanismo de

expansión del derecho positivo, todo ello, desde luego, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales, como informadores del sistema jurídico”<sup>(9)</sup>.

C. Concuerda este tribunal con el criterio expuesto por el apoderado de la parte convocada en el sentido de que el acto de disposición de intereses suscrito entre las partes, de fecha 25 de mayo de 1994, carece de tipificación normativa y que encuadra dentro del género de los llamados contratos de colaboración empresarial. Y es que en efecto, se insiste, en virtud de la libertad contractual, las personas al momento de disponer de sus intereses pueden recurrir a formas contractuales no disciplinadas en la ley, siempre y cuando no se desconozca el orden público y las buenas costumbres.

El propósito práctico buscado por las partes, en el contrato en análisis, se extrae de su cláusula tercera: “Las partes del presente contrato se proponen lotear el inmueble de propiedad de San Alejo Ltda. y desarrollar en él una urbanización denominada Prado Grande, cuyos loteo y proyecto general están contenidos en los planos F.316/4-00 y F.316/4-01 [...]. Para cumplir con ese propósito, las partes incluyeron obligaciones específicas que reflejan la unión de sus esfuerzos económicos. Así, por ejemplo, en la cláusula cuarta se estipuló que “con el fin de desarrollar la Urbanización Prado Grande y construir y vender los inmuebles destinados a vivienda e industria en los lotes materia de este contrato, las partes contratantes convienen las siguientes reglas [...]”; y la cláusula décima segunda enseña: “Como quiera que es necesario construir todas las obras de urbanismo de la Urbanización Prado Grande, las que benefician tanto a los lotes que se reserva San Alejo Ltda., a excepción de las manzanas A – B y C del plano F. 316/4-01 como a los que son objeto del presente convenio, las partes acuerdan lo siguiente [...].”

También, respecto de la forma para desarrollar la urbanización las partes la disciplinaron de la siguiente manera: 1) una primera, relacionada con la obligación de construir y vender los inmuebles, la cual prevé el compromiso de transferir los inmuebles identificados a título de compraventa (cláusula cuarta); programa de construcción (cláusula quinta) y otros requisitos para su transferencia; precio y forma de pago (cláusula sexta); reglas sobre el anticipo (cláusula novena); el pagaré como garantía de pago de los lotes (cláusulas décima y décima primera) e interventoría (cláusula décima cuarta). 2) La segunda, está relacionada con la obligación de desarrollar obras de urbanismo las cuales se regulan en las cláusulas décima segunda y décima tercera del contrato. 3) Finalmente, se encuentra un tercer grupo de cláusulas que para efectos de esta sistematización se denominan cláusulas generales, aplicables a los dos grupos de prestaciones señalados y las cuales estarían constituidas por las restantes cláusulas del contrato que, entre otras, definen el objetivo del acuerdo<sup>(10)</sup>, las obligaciones a cargo de Prodesic<sup>(11)</sup>; las obligaciones a cargo de San Alejo<sup>(12)</sup>; la duración del contrato<sup>(13)</sup>; la modificación al proyecto<sup>(14)</sup>; causales de terminación<sup>(15)</sup>; terminación unilateral del contrato<sup>(16)</sup>; prórrogas<sup>(17)</sup>; cesión del contrato<sup>(18)</sup>; entre otras.

El contrato tiene entonces, dos prestaciones principales: la de construir unidades de vivienda o industria y la de realizar las obras de urbanismo correspondientes a la Urbanización Prado Grande, previas las transferencias respectivas de los lotes; su ejecución permitiría alcanzar el interés económico y práctico buscado por las partes en el contrato.

La prestación de la construcción de unidades de vivienda y de industria se concreta así:

1. Promociones San Alejo S.A. transferirá a título de compraventa a Prodesic los lotes 1 al 11 y 19 al 27 de la manzana E del plano de loteo F.136/4-01; lotes 1 al 12 y 20 al 29 de la manzana F del plano de loteo F.136/4-01; lotes 1 al 19 y 27 al 41 de la manzana G del plano de loteo F.316/4-01; lotes 1 al 5 y 11 al 13 de la manzana H del plano F.316/4-01; lotes 1 al 5 12 al 14 de la manzana I del plano de loteo F.316/4-01; lotes 10 a 17 de la manzana G del plano de loteo F.316/4-00; lotes 6 al 15 de la manzana H del plano del loteo F.316/4-00; lotes 7 al 18 de la manzana I del plano de loteo F.316/4-00.
2. Prodesic, construirá y venderá los inmuebles destinados a vivienda e industria; esta obligación podría ser cumplida directamente o contratada, pero siempre por su cuenta.
3. El precio de venta de los lotes destinados a vivienda es del 13.5% del producto de la venta de cada una de las unidades construidas una vez hayan sido escrituradas a los compradores<sup>(19)</sup>, y el precio de venta de los lotes destinados a usos industriales es del 23.75% del producto de la venta de cada una de las unidades, una vez hayan sido escrituradas a los compradores<sup>(20)</sup>.

La segunda de las prestaciones se relaciona con la construcción de las obras de urbanismo<sup>(21)</sup>, que a diferencia de la construcción de las unidades de vivienda e industria pactadas, beneficiaban a toda la urbanización, es decir, que incluía los lotes que San Alejo se había reservado en el contrato. Así mismo, todos los gastos y costos relacionados con las obras de urbanismo debían ser sufragados por Prodesic<sup>(22)</sup>.

El valor de estas obras sería asumido por las dos partes, correspondiéndole a San Alejo el 42.72% y a Prodesic el 57.28%<sup>(23)</sup>. El reintegro del porcentaje de dinero a Prodesic se haría de acuerdo con las actas de avance de obra presentadas por Prodesic, junto con los correspondientes intereses y el pago se efectuaría dentro de los 30 días siguientes al recibo de las actas aprobadas por la interventoría<sup>(24)</sup>.

De esta manera las obras de urbanismo eran amortizadas por Prodesic en la medida que se iban construyendo y vendiendo las unidades proyectadas. El mismo sistema de amortización se utilizó para el pago de los lotes. Salvo las sumas entregadas a título de anticipo, el precio de los lotes se amortizaba con la venta y escrituración de las unidades de vivienda e industria.

D. Expuesto grosso modo el contenido del contrato, este tribunal considera que el convenio cae dentro de la modalidad de los denominados de colaboración empresarial, el cual no corresponde a ninguno de los disciplinados en la ley colombiana, entendiendo por tales “aquellos en los cuales media una función de cooperación de una parte hacía la otra o recíproca, para alcanzar el fin que determinará la concreción del contrato. Ese fin puede ser una gestión a realizar, un resultado a obtener, o una utilidad a conseguir”<sup>(25)</sup>. Además, el contrato será interpretado con base en su clausulado y con base en el comportamiento asumido por las partes y la aplicación práctica que ellas mismas le han dado a la relación jurídica dimanante del acto de disposición de intereses de 25 de mayo de 1994. La interpretación, como se sabe, está dirigida a darle al contrato los efectos que le pertenecen. “El contrato ha de considerarse en el seno de lo que podría llamarse un ‘ambiente normativo’ siempre preexistente y predisposto y en el cual se inserta y encuentra explicación [...]. La integración se explica, no tanto sobre el contenido del contrato, cuanto sobre la calidad y la medida de los efectos del contrato [...] El resultado práctico de tal integración es que la materia —la suma de los efectos del contrato— resulta, no solamente de cuanto emerge de las cláusulas elaboradas por las partes, sino también de cuanto deriva de la aplicación de las normas indicadas”<sup>(26)</sup>.

### **3. Término del contrato.**

Determinada la naturaleza jurídica del acto de disposición de intereses de 25 de 1994 suscrito por las partes, resulta necesario determinar si el término del contrato fijado en él tenía carácter resolutorio o si era un término de ejecución del contrato. Dicha clarificación despunta trascendental en este litigio porque, sin duda, tendrá incidencia en sus resultas y conclusiones. Aquí hay que observar que el apoderado de la parte convocada ha insistido con vehemencia que el término del contrato tuvo carácter resolutorio.

En punto del término, el contrato de 25 de mayo de 1994 dispuso lo que sigue: “Décima quinta: El plazo del presente contrato es el de la duración de la totalidad del proyecto objeto del mismo, el cual se desarrollará en un término de treinta y seis (36) meses para las unidades destinadas a industria (bodegas) y de sesenta (60) meses para las unidades destinadas a vivienda, plazos que se contarán a partir de la fecha de expedición de la primera licencia de construcción o su equivalente, de acuerdo con las normas distritales que para el efecto se encuentren vigentes”.

A renglón seguido, esto es, en la cláusula décima sexta del contrato referido, las mismas partes previeron que los plazos podrían ser modificados. En efecto, aquí se lee lo que sigue: “No obstante lo previsto en la cláusula anterior y teniendo en cuenta que durante dichos plazos el comportamiento del mercado puede sufrir variaciones que indiquen la necesidad de introducirle modificaciones al proyecto, las partes de común acuerdo y por escrito podrán variar tanto las densidades, como los usos del suelo y los proyectos arquitectónicos, con el propósito de satisfacer el mercado”.

Se ha trascrito la cláusula décima sexta para apreciar que las mismas partes, al reglamentar sus intereses, establecieron que el plazo del contrato podría ser variado. Dicha disposición particular, aunada a otros argumentos que se expondrán infra, llevan a la convicción de este tribunal que el término de duración del contrato no tenía ni por semejas carácter resolutorio. En otras palabras, el contrato no necesariamente debía fenercer a los 36 meses para bodegas o a los 60 meses para las unidades destinadas a vivienda, contados a partir de la fecha de expedición

de la primera licencia de construcción, es decir, del 18 de septiembre del año 1995. Pero además de las previsiones contractuales trasuntas, ha de observarse que la actitud de las partes del negocio ha llevado a que este tribunal infiera que el deseo de las mismas fue el de su prórroga, extensión o prolongación y no el del cese inmediato de sus efectos a partir del 18 de septiembre de 2000.

Respecto de las obligaciones a plazo nuestro Código Civil en el artículo 1551 enseña: “El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo. No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación: solo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes”.

Para este tribunal el plazo del contrato no es resolutorio, es un plazo de ejecución del contrato que se infiere del tenor de su clausulado (“El plazo del presente contrato es el de la duración de la totalidad del proyecto objeto del mismo”), de la actitud de las partes e incluso, y pese a las vicisitudes que el negocio ha tenido en su discurrir, de que el contrato se sigue ejecutando, tal como el mismo tribunal pudo apreciarlo en la inspección judicial realizada en la Urbanización Prado Grande.

Se ha observado, además, frente al punto que se está analizando, que no aparece prueba alguna en el plenario en donde conste que San Alejo haya exigido la liquidación del contrato, como tampoco prueba en donde conste que se haya opuesto a recibir las obras de urbanismo realizadas con posterioridad al 18 de septiembre del año 2000. Aquí conviene recordar que la aplicación práctica que las partes le han dado a un contrato, sirve como criterio de interpretación del mismo. Y es lógico inferir que la actitud de San Alejo dista mucho para ser interpretada en el sentido de haber querido o entendido que el contrato había fallecido en septiembre del año 2000.

De otra parte, resulta contrario a la razón y a la lógica que a raíz de un presunto término resolutorio, las obras de urbanismo realizadas por la Sociedad Prodesic, tales como la construcción de un puente y la construcción de las carreras 85 y 86, se quedaran sin pagar, no obstante que de estas obras se beneficia toda la Urbanización Prado Grande.

Así mismo, desconocer hoy en día que el contrato se prorrogó significa ir en contra de los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*) en la medida en que de la actitud y el comportamiento de San Alejo se infiere que no se estaba oponiendo a la continuación del contrato y, en especial, a la ejecución de las obras de urbanismo: “A nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe”<sup>(27)</sup>.

En este orden de ideas, las promesas de compraventa y las escrituras públicas 8502 de 26 de agosto de 2002<sup>(28)</sup> y 11.172 de 27 de agosto de 2003<sup>(29)</sup> referidas respectivamente a los lotes 6 y 7 de la manzana H de la Urbanización Prado Grande, constituyen medios de desarrollo y ejecución del contrato de 25 de mayo de 1994. Basta observar que las promesas y las escrituras públicas son celebradas entre las mismas partes del convenio del año 1994 y que el objeto materia de las escrituras recae sobre inmuebles comprometidos en el contrato de 25 de mayo de 1994. De modo pues, que el tribunal no comparte la postura del apoderado de la parte convocada según la cual esas promesas y escrituras se enmarcan en un contexto diferente al contrato de 25 de mayo de 1994. Dichos mecanismos negociales (promesas y escrituras y sobre todo la construcción y desarrollo de unidades de vivienda en los referidos lotes) no son más que expresiones de continuación, prórroga y desarrollo del ya tantas veces referido contrato de 1994. Así mismo, quedó acreditado en el proceso que la presencia de un ente fiduciario en la enajenación de los lotes 6 y 7 de la manzana H fue acordada por las partes, como se precisará infra.

Tampoco comparte el tribunal lo sostenido por la doctora Luz Angela Barriga, cuando al ser interrogada por el señor apoderado de la convocada sobre si la manzana H hacía parte del documento privado de 25 de mayo de 1994, afirmó que “Como primera medida la manzana H sí hacía parte del convenio privado que se firmó con Prodesic en el año 94, documento que la Sociedad Promociones San Alejo considera vencido por el término estipulado dentro del mismo y porque realmente no hubo ninguna actividad que llevara a que San Alejo pudiera pensar que ese contrato estaba reactivado, porque no hubo ningún trabajo a partir del año 98”<sup>(30)</sup>.

Como se ha afirmado, para este tribunal la manzana H sí hacía parte del convenio, incluso después del 18 de septiembre de 2000, porque el acuerdo fue prorrogado por el mismo comportamiento, actitud y conducta de las partes. No aparece prueba en contrario dentro del presente proceso en el sentido de que alguna de las partes, o ambas de consenso, hayan querido hacer cesar los efectos del convenio de 25 de mayo de 1994. En cambio, si abundan aquellas que le permiten entender y deducir al juzgador que la voluntad de las partes fue la de la prolongación en el tiempo del referido convenio, como se señalará también en el próximo acápite.

Es conveniente señalar que las obligaciones que se derivan de un contrato deben cumplirse en el tiempo previsto, o en su defecto, teniendo en cuenta los usos y las circunstancias, a la vista de la naturaleza de la prestación debida, y del modo y lugar donde aquella debe ser cumplida. Como se verá, circunstancias ajenas a la voluntad del deudor, impidieron que el contrato se ejecutara en el término inicialmente previsto, todo lo cual fue aceptado por San Alejo.

Una última reflexión: el contrato de 25 de mayo de 1994, como todo contrato legalmente celebrado, generó una serie de obligaciones entre las partes que debían consolidarse en determinada fecha, pero vale precisar que si ellas han de prorrogarse en el tiempo por causas propias o ajenas a las partes, no puede decirse que por ello el contrato se extinga abruptamente. La obligación es un vínculo de derecho que puede nacer del concurso real de dos o más personas, como en los contratos o convenciones (C.C., art. 1494). Es por ello que el artículo 1602 del Código Civil estatuye que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes. Por tanto, cuando la obligación no resulta susceptible de cumplimiento forzoso, el deudor debe cumplirla y si cumple con la prestación, es porque está obligado a hacerlo. Aquí en el itinerario contractual se observa como las partes, a pesar de los términos convenidos para la ejecución de la obra (urbanismo y edificación en unos predios), tuvieron que proseguir por las circunstancias ya señaladas o a señalarse en este laudo. No puede decirse que el advenimiento del plazo, máxime cuando se trata de obligaciones periódicas, imponga la extinción del contrato, que es la fuente de estas, si esas obligaciones por circunstancias especiales necesitan de su prórroga en el tiempo.

Es cierto que cuando en una obligación se estipula un plazo, ninguna de las partes puede ampliarlo o restringirlo unilateralmente, pero las circunstancias pueden llevar a las partes a prorrogarlo expresa o tácitamente, y tan cierto es ello en este caso, que las obras aún en la actualidad, se siguen realizando tal y como pudo establecerse en la inspección judicial. Y para mayor veras, si el plazo implica la exigibilidad o extinción del derecho, puede observarse que San Alejo a su vencimiento, no procedió a ello, sino que a ciencia y paciencia suya, admitió su dilación en el tiempo.

Es por ello que la Corte Suprema de Justicia en destacada sentencia dijera contundentemente lo siguiente: “El plazo como modalidad de la obligación produce el efecto jurídico fundamental de que no influye en la existencia misma de la obligación sino que solamente retarda su cumplimiento”<sup>(31)</sup>.

Puede decirse que el plazo constituye en los negocios jurídicos un elemento accidental que no afecta su existencia, sino su cumplimiento; pero San Alejo no exigió el cumplimiento, por el contrario, con su conducta esperó a su ejecución ulterior.

El término señalado en el convenio de 25 de mayo de 1994, no es un término extintivo del contrato, puesto que el cumplimiento de las obligaciones como pudo establecerse, se prorrogó y aún se sigue prorrogando.

#### 4. Prórroga del contrato y la actitud desplegada por las partes después del 18 de septiembre de 2000.

A. Respecto de la actitud desplegada u observada por San Alejo después del 18 de septiembre del año 2000 vale mencionar lo que sigue: La primera carta que desde la fecha mencionada le dirige el señor Boris Spiwak a los señores de Prodesic tiene fecha de enero 24 de 2002, pero en ella no se menciona para nada lo referente a la terminación o liquidación del contrato; la carta le comunica a Prodesic que autoriza “al señor Ariel Katz para que inicie las obras de acueducto y alcantarillado en la Urbanización Prado Grande de propiedad de Promociones San Alejo Ltda., de conformidad con los planos presentados a esta empresa, obra que se adelantaran (sic) sin costo alguno para la sociedad que represento”<sup>(32)</sup>. Llama, pues, la atención que desde el presunto término resolutorio, invocado con insistencia por la convocada, la primera carta del representante legal de San Alejo a Prodesic se haya dirigido aproximadamente 15 meses después y no se haya tocado para nada el tema de la extinción de los efectos

jurídicos del acto de disposición de intereses suscrito por las partes en mayo del año 1994. Así mismo, previa a esta carta, y después del 18 de septiembre de 2000, había habido comunicación epistolar entre las empresas (carta de 10 de agosto de 2001, de 21 de agosto de 2001, 31 de agosto de 2001, de 17 de septiembre de 2001, de 19 de septiembre de 2001, de 21 de septiembre de 2001, de 26 de octubre de 2001, de 15 de noviembre de 2001, de 26 de noviembre de 2001)(<sup>33</sup>) .

“Objeto de interpretación no es la voluntad interna, haya sido manifestada o bien quede sin expresión, sino la declaración o el comportamiento, encuadrados en el marco de circunstancias que les confiere significado y valor. En verdad lo que cuenta no es tanto el tenor de las palabras o la materialidad del comportamiento, como la situación objetiva en la que aquellas vienen pronunciadas o suscritas y este es mantenido; aquel conjunto de circunstancias, podríamos decir, en el que declaración y comportamiento encuentran su natural emplazamiento y donde adoptan, según la estimación de la conciencia social, su típico significado y relieve. Así para aplicar este criterio a los contratos y a los negocios bilaterales en general, objeto de interpretación en estos negocios son las declaraciones intercambiadas y los comportamientos recíprocamente seguidos y manifiestos para las partes, encuadrados en las circunstancias que comprenden, tanto las negociaciones de que ha resultado la conclusión del negocio, como la manera en que posteriormente se ha observado el negocio celebrado. La interpretación fija el contenido y reconstruye el significado de declaraciones y comportamientos así enmarcados. Tal significado lo recaba, no solo y no tanto del tenor literal de las palabras tomadas, en sí, y en general, de los medios de expresión utilizados por las partes, sino también, y especialmente, del conjunto de las diferentes declaraciones o cláusulas, del fin práctico perseguido y del conjunto de circunstancias concomitantes”(<sup>34</sup>) .

Es menester señalar que Prodesic empezó a elaborar con el consentimiento de San Alejo todas las gestiones para reiniciar la construcción de los predios, tal como se expondrá más adelante en este acápite.

El hecho de la prórroga también se extrae del interrogatorio de parte formulado por el apoderado de la convocada a la representante legal de Prodesic. Se lee aquí lo que sigue:

“Dr. Bonivento: Pregunta 17: ¿Sírvase decir si usted como representante legal de Prodesic suscribió alguna prórroga del contrato de que trata el documento del 25 de mayo de 1994?

Señora Moure: No, no suscribimos ningún tipo de prórroga porque nosotros continuamos, al decir nosotros es Prodesic y Promociones San Alejo, en conversaciones, nunca se rompieron las relaciones a pesar de toda la crisis, a pesar que no se terminó de vender y de construir los inmuebles que se estaban desarrollando en ese momento en la manzana G, ya se había liquidado la manzana E, estábamos hablando y mirando qué se podría hacer y lo que hablé al comienzo en el año 2000 volvimos a reactivar y a mirar qué se podía hacer. Ese contrato que suscribimos, tácitamente ambas partes continuamos de todas maneras con el contrato, en ningún momento hubo necesidad de firmar una prórroga formal, pero sí seguimos en conversaciones y ya no estábamos vinculados con ese documento”(<sup>35</sup>) .

Pese a que al final de la declaración parece haber una contradicción de la señora Moure, lo que resulta relevante para el tribunal es la afirmación según la cual entre las partes después del 25 de mayo de 1994 “nunca se rompieron las relaciones a pesar de toda la crisis [...] tácitamente ambas partes continuamos de todas maneras con el contrato, en ningún momento hubo necesidad de firmar una prórroga formal”.

Curiosamente, además, en el informe de avance enviado por Prodesic a San Alejo de 29 de enero de 2002, con corte a 31 de diciembre de 2001, consta la relación de giros efectuados por Prodesic a San Alejo en donde aparecen incluso giros efectuados con posterioridad a septiembre 18 de 2000(<sup>36</sup>) .

B. A continuación se hará una relación de algunos de los actos que existieron antes y después del 18 de septiembre del año 2000 y de las comunicaciones que las partes se intercambiaron, todo con el fin de observar cómo, en efecto la intención y voluntad de las partes fue la de la prórroga o extensión en el tiempo de los efectos del contrato de 25 de mayo de 1994.

Después del 18 de septiembre del año 2000, Prodesic continuó elaborando y enviando documentos de las mismas características de aquellos que enviaba antes de la fecha mencionada. Análogamente, San Alejo mantuvo su

conducta de recibirlos y de contestarlos por escrito de manera excepcional; es decir, que ninguna de las partes modificó su conducta. Para corroborar el aserto basta observar lo que sigue:

- a) Informes de avance de obra presentados por Prodesic con las mismas características antes y después de septiembre del año 2000 y aceptados por San Alejo con la misma conducta antes y después de septiembre del año 2000. Entre estos se encuentran los presentados el día 11 de marzo de 1998<sup>(37)</sup>, el día 21 de abril de 1998<sup>(38)</sup>, el día 4 de junio de 1998<sup>(39)</sup> y el día 3 de diciembre de 2001<sup>(40)</sup>.
- b) Informes de escrituración presentados por Prodesic con las mismas características antes y después del año 2000, según se pudo verificar de los informes presentados los días 20 de abril de 1998<sup>(41)</sup>; 22 de abril de 1998<sup>(42)</sup>; 8 de mayo de 1998<sup>(43)</sup>; 4 de junio de 1998<sup>(44)</sup>; 9 de agosto de 2000<sup>(45)</sup>; 31 de octubre de 2001<sup>(46)</sup> y 30 de noviembre de 2001<sup>(47)</sup> y aceptados por San Alejo con la misma conducta.
- c) Informes de urbanismo, todos entregados y aceptados con las mismas características de las mencionadas en los literales anteriores: de 21 de abril de 1998<sup>(48)</sup>; de 4 de junio de 1998<sup>(49)</sup> y de 31 de diciembre de 2001<sup>(50)</sup>.

Respecto de las comunicaciones, la mayoría de ellas relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones a cargo de Prodesic en cuanto a las obras de urbanismo, previstas en la cláusula séptima del contrato de 25 de mayo de 1994, se tiene:

- a) Gestiones para el desenglobe de los lotes que conforman la urbanización que en el caso de la manzana H se realizó por medio de escritura pública 10.749 del 11 de diciembre del 2001 (literal A)<sup>(51)</sup>.
- b) Trámite y gestión ante las autoridades competentes de todos los documentos y requisitos necesarios para obtener la aprobación del proyecto urbanístico y trámite ante las empresas de servicios públicos competentes, de proyectos como el hidráulico, el telefónico o el eléctrico<sup>(52)</sup>.

Todas estas comunicaciones constituyen hechos significativos y relevantes de la voluntad de Prodesic de continuar con la ejecución del contrato, que son confirmados con el comportamiento pasivo, y no en contrario, de San Alejo. El propósito de San Alejo de que se declare que el contrato había expirado por el vencimiento del término implicaría una contradicción sustancial con la realidad del negocio y, también, con su comportamiento, silente y no contrario, observado después del 18 de septiembre del año 2000.

Finalmente, aparecen otras actuaciones que son entendidas por el tribunal como intención de la prórroga del contrato. Dentro de ellas merecen destacarse las que siguen: a) el contrato de vigilancia de los predios el cual se prolonga hasta el año 2004<sup>(53)</sup>; b) pagos de abono a deuda girados por Prodesic a San Alejo<sup>(54)</sup> y c) la presencia y actividad de Prodesic, conocida por San Alejo, en las diligencias de lanzamiento por ocupación<sup>(55)</sup>.

## 5. Competencia del tribunal frente a los lotes 6 y 7 de la manzana H.

En este orden de ideas y clarificados los puntos anteriores relacionados con aspectos sustanciales de este litigio, pasa el tribunal, por lógica y rigor técnico, a referirse a la cuarta excepción planteada por la parte convocada en su escrito de contestación de demanda, intitulada “De falta de competencia del tribunal para dirimir controversias vinculadas con los lotes 6 y 7 de la manzana H”.

Ya había tenido oportunidad este tribunal de referirse al punto de su competencia tal como quedó consignado en el auto 6 de 22 de abril de 2004 en donde hubo de decir lo que sigue: “Como quiera que la parte convocada en su escrito de contestación a la demanda (fls. 95 y 97 del cdno. ppal. 1) como excepción de mérito ha argumentado que el tribunal carece de competencia para dirimir las controversias existentes entre las partes respecto de los lotes número 6 y 7 de la manzana H, estima el tribunal que tal discusión tiene que ver con el fondo de la controversia. En consecuencia sobre el particular habrá de pronunciarse en el laudo”<sup>(56)</sup>.

La cláusula vigésima segunda del contrato de 25 de mayo de 1994 reza *ab initio* que “Las diferencias que ocurrieren entre las partes por razón de este contrato, serán sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento que funcionará en la ciudad de Santafé de Bogotá”.

Considera este tribunal que las promesas de compraventa y las escrituras públicas 8502 de 26 de agosto de 2002<sup>(57)</sup> y 11.172 de 27 de agosto de 2003<sup>(58)</sup> referidas respectivamente a los lotes 6 y 7 de la manzana H de la Urbanización Prado Grande, constituyen medios de desarrollo y ejecución del contrato de 25 de mayo de 1994<sup>(59)</sup>

Basta observar que las promesas y las escrituras públicas son celebradas entre las mismas partes del convenio del año 1994 y que el objeto materia de las escrituras recae sobre inmuebles comprometidos en el contrato de 25 de mayo de 1994 en las que además se desarrolló un proyecto de vivienda que era objeto del susodicho contrato. Dichos mecanismos negociales (promesas y escrituras) no son más que expresiones de continuación, prórroga y ejecución del contrato de 25 de mayo de 1994.

Confirma así el tribunal su competencia y despeja el punto que había quedado pendiente para este momento procesal, en el que ha encontrado que efectivamente no puede predicarse independencia o autonomía de las promesas y escrituras en donde se concretaron la enajenación o transferencia de los lotes desenglobados 6 y 7 de la manzana H de la Urbanización Prado Grande.

Así mismo, y en congruencia con lo anterior, se debe afirmar que el contrato de 25 de mayo de 1994 no se extinguió por vencimiento del término el 18 de septiembre de 2000, sino que se prorrogó en el tiempo por aceptación de las partes de este litigio.

Para abundar en razones y por su relación con el punto de la competencia y con el tema de la continuación o prórroga del contrato, se permite el tribunal transcribir la carta de 23 de abril de 2002 dirigida a Prodesic y suscrita por el representante legal de San Alejo:

“Bogotá, D.C., abril 23 de 2002

Señores

Prodesic Ltda.

Atn. Dr. Julio Carrizosa M.

Ciudad

Apreciado Julio:

Con relación a la promesa de compraventa sobre el lote 6 de la manzana H sector vivienda de la Urbanización Prado Grande enviada por Prodesic para nuestra aprobación, te comento que la demora en su aprobación se debe a que hubo que llevarla a junta de socios, en la que se concluyó:

1. Se aprueba el que Prodesic desarrolle esta primera etapa de la manzana H siempre y cuando se respete el porcentaje del 13,5% sobre las ventas totales a favor de Promociones San Alejo Ltda.
2. Que el pago de esta cifra se efectúe simultáneamente con la firma de cada escritura de los inmuebles que se vendan.
3. Que el manejo de lo anterior se haga a través de un encargo fiduciario, que le garantice a Promociones San Alejo Ltda. el cumplimiento de lo anterior.

Si estás de acuerdo con este planteamiento, contestame por escrito para que de común acuerdo procedamos en forma inmediata a la firma del contrato de promesa de compraventa, del encargo fiduciario y demás documentos que sean necesarios.

Cordialmente,

Isaac Farji Cohen

Representante Legal

C.C. Sra. Gutta Knorpel de Spiwak

Sr. Boris Spiwak K.

Sr. Abraham Kovalsky ...”.

Frente a la carta el apoderado de la convocada en respuesta a la demanda contestó: “Al hecho 37. Es cierta la comunicación. Y basta con leerla para constatar que se refiere a un proyecto diferente al señalado en el convenio de 25 de mayo de 1994”<sup>(60)</sup>.

Disiente el tribunal de la interpretación que sobre la carta trasunta hace el apoderado de la convocada, por cuanto estima que ella no contiene un proyecto diferente al convenio de 25 de mayo de 1994, sino que, por el contrario, el representante legal está reconociendo la existencia y vigencia del mismo. Obsérvese, inter alia, su numeral primero en donde se lee: “Se aprueba el que Prodesic desarrolle esta primera etapa de la manzana H siempre y cuando se respete el porcentaje del 13,5% sobre las ventas totales a favor de Promociones San Alejo Ltda.” (subraya nuestra).

No hay que olvidar que la comunicación es entre las mismas partes del convenio de 25 de mayo de 1994, que la manzana H estaba comprometida dentro del objeto del mismo, que el inmueble fue escriturado a Prodesic y que el porcentaje del 13.5% era la ganancia esperada por San Alejo de conformidad con el contrato atípico suscrito entre las partes. En efecto, en este se dispuso en la cláusula sexta que: “Prodesic Ltda. pagará el precio total de los lotes que San Alejo Ltda. le transfiera a título de venta así: 1. Los lotes destinados a vivienda, con el 13.5% del producto de la venta de cada una de las unidades que construya, una vez hayan sido escrituradas a los compradores”.

Así pues, dicha carta no contiene ni por semejas un nuevo proyecto constructivo ni se separa de las relaciones jurídicas provenientes u originadas del acuerdo de 25 de mayo de 1994. En otras palabras, la carta en estudio tiene su razón de ser en el vínculo dimanante del contrato del año 1994. Dicha misiva, también es una prueba más de la continuación y prórroga del contrato<sup>(61)</sup>, como quiera que se suscribe el 23 de abril de 2002, fecha muy ulterior a aquella que la convocada ha citado como resolutoria del contrato. Además, de la carta se infiere que la presencia del encargo fiduciario en la transferencia de los lotes 6 y 7 de la manzana H, fue acordada por las partes, inclusión o presencia que en manera alguna afecta la base negocial proveniente del convenio de 1994. En efecto, en su parte final se lee: “Si estás de acuerdo con este planteamiento, contestame por escrito para que de común acuerdo procedamos en forma inmediata a la firma del contrato de promesa de compraventa, del encargo fiduciario y demás documentos que sean necesarios”.

Por lo expuesto, el tribunal confirma su competencia en el presente caso y continuará en el desarrollo de los problemas jurídicos planteados y a proveer lo que corresponde en derecho.

## 6. Crisis de la construcción.

Sobre la crisis acaecida en las condiciones del mercado de construcción y venta de vivienda durante el período de tiempo en que se ha debido ejecutar el contrato, la cual fue alegada por la parte convocante como un hecho que se encontraba previsto por las partes para prolongar el contrato, para el tribunal es claro que durante el lapso inicialmente fijado para la ejecución del contrato (1994-2000), el mercado de la construcción de vivienda urbana sufrió grandes variaciones, todas ellas de magnitud suficiente para llegar a afectar el normal desarrollo del convenio privado.

En efecto, para la época en que fue suscrito el acuerdo entre San Alejo y Prodesic, esto es el año de 1994, se estaba viviendo en el sector de la construcción, la etapa culminante de un gran auge comercial iniciado en 1990, que necesariamente desembocó en una sobreoferta de vivienda urbana. Esta última circunstancia, junto a la excepcional coyuntura macroeconómica y política evidenciada por aquel entonces en Colombia, se construyeron en las causas de la situación de crisis y parálisis registradas en el sector de la construcción para los años 1996 a 2001. Esta crisis revistió tal gravedad y alcance que, sin duda, a juicio de este tribunal, constituyó una situación que impidió y obstaculizó el normal desarrollo del acto de disposición de intereses de 25 de mayo de 1994 y que incluso fue prevista por las partes.

Al respecto, son demostrativas las pruebas documentales que obran en el expediente acerca de las variaciones y

cambios sufridos por el sector de la construcción, durante los años 1996 a 2001.

Así, por ejemplo, se puede leer en informe elaborado por la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá para la vigencia del año 2003<sup>(62)</sup>, intitulado “el valor del suelo urbano en Bogotá” lo que sigue: “[...] El presente estudio confirma que el valor del suelo urbano en Bogotá para la primera parte de la década pasada se constituyó en un activo de gran valorización, incluso contribuyendo a la burbuja especulativa, llegando a incrementos de cerca del 50%. Para la segunda parte de la década se desinfla dicha burbuja habiendo preocupantes desvalorizaciones en el suelo, acompañado del congelamiento del valor de la propiedad raíz y una crisis del sector de la construcción inusitada, tanto que la actividad edificadora estuvo postrada en los estratos medios y altos de la ciudad [...]”.

Esta situación se puede ver reflejada con una mayor claridad, en las gráficas correspondientes al estudio precitado, que demuestran la caída dramática que sufrieron la construcción de viviendas y las ventas de proyectos de vivienda, abarcando incluso el valor nominal y el valor real de la finca raíz en la ciudad de Bogotá.

Del análisis de la totalidad de las pruebas documentales relacionadas con la crisis de la construcción, puestas en conocimiento de este tribunal, se puede concluir que la crisis acaecida en el sector de la construcción, alcanzó una magnitud tal durante los años 1996 a 2001, que para ese período fue una constante del mercado presentar un decrecimiento en los valores de la finca raíz. Esta no solo no aumentaba su valor en comparación con el crecimiento de otros estándares económicos como el IPC o el índice de inflación, sino que bajaba su valor, anualidad tras anualidad, en porcentajes, que para algunos años y sectores específicos de la ciudad, alcanzaron casi el 20% del valor total de los inmuebles<sup>(63)</sup>. Ante unas condiciones tan inhóspitas e inusuales como las que mostraba el mercado para aquella época, era obvio que los proyectos de vivienda iniciados entonces, se verían abocados a enfrentar grandes dificultades no solo en lo relacionado con su construcción, sino principalmente, en su etapa de comercialización.

Para demostrar lo anterior, basta remitirnos a los cuadros estadísticos del estudio elaborado por Camacol seccional Cundinamarca sobre la actividad edificadora y demanda de vivienda en Bogotá correspondiente al II semestre de 2003<sup>(64)</sup>. En dichos documentos, se observa con claridad, cómo a partir de marzo de 1996 y hasta marzo de 2002 inclusive, el número de viviendas iniciadas para la venta, a excepción de aquellas consideradas como de interés social, alcanzó los grados más bajos de toda la década, situación esta que solo vino a remediararse a partir de septiembre de 2002.

Bien diciente resulta entonces, lo señalado por Camacol en el informe sobre la actividad edificadora y demanda de vivienda en Bogotá para el II semestre del año 2001<sup>(65)</sup>, al indicar que: “... El sector de la edificación en la ciudad capital registra por segundo año consecutivo un crecimiento en su actividad, después de presentarse en 1999, el peor desempeño de su historia reciente. La estabilización en el frente macroeconómico, y la orientación hacia la construcción de vivienda de interés social, permitieron durante el año 2000 un leve crecimiento en la iniciación de nuevas edificaciones, rompiéndose el ciclo descendente mostrado en los años anteriores cuando presentó los más bajos indicadores de su historia”.

En el mismo sentido, se observa dentro del estudio de la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá del año 1998, titulado “El valor del suelo urbano en Bogotá”<sup>(66)</sup>, lo que sigue: “En el transcurso de la década de los años 90 se aprecia claramente para las diferentes zonas analizadas de la ciudad el impacto del último ciclo económico e inmobiliario en los precios del suelo urbano a través del comportamiento general de las tasas y los valores constantes, correspondiente específicamente al período de auge experimentado entre 1991 y 1994 y el período actual de crisis o recesión que se viene presentando desde mediados del año 94 hasta la fecha.

En el período de auge se presentó prácticamente en toda la ciudad un crecimiento general de precios alcanzando en algunos casos tasas de crecimiento anual sin precedentes, especialmente entre los años 1992, 1993 y 1994. En una significativa parte de las 96 analizadas se registraron en estos años tasas nominales de niveles superiores al 50%.

Esta tendencia se revirtió completamente a partir de 1995, cuando se inició el período de recesión económica general que continúa hasta hoy. En 1997 empezaron a aparecer por primera vez en los cuarenta años analizados, algunas zonas en las cuales registraron los mismos precios corrientes del año anterior, es decir con tasas de valorización nominal igual a cero, y como excepción notable, zonas que disminuyeron de valor corriente, lo cual

significó tasas negativas, aún en términos nominales. En 1998 esta situación se extendió a un número mayor de zonas, de forma tal, que en este último año, del total de 96 zonas consideradas, solo la cuarta parte registró pequeños aumentos en términos corrientes que en el mejor de los casos llega a ser del 15% de incremento nominal, y ninguna tasas reales positivas. Es decir, las 96 zonas sin excepción, presentaron disminución de precios en términos constantes, no compensando el ritmo de la inflación [...].

También consideramos importante traer a colación lo indicado por Camacol en su estudio sobre el “La actividad edificadora y oferta en Santafé de Bogotá y municipios vecinos”, documento en el cual se consignó lo que sigue<sup>(67)</sup>: “El año de 1998 y en especial el segundo semestre, se ha convertido, sin duda, en uno de los períodos más críticos para el sector de la edificación en la ciudad, desenvolviéndose en un marco económico, que ha puesto de manifiesto en toda su magnitud los graves problemas estructurales que se han venido gestando y que ha traído como principal efecto una fuerte restricción en el crédito, las tasas reales más altas de la historia, una demanda completamente deprimida y en general una situación de desaceleración económica importante”.

“Así, de acuerdo con el indicador real de nuevas edificaciones, se tiene para el semestre una abrupta caída del metraje construido del 59%, frustrándose de esta manera la recuperación que mostró el sector a partir de septiembre de 1997, y concluyéndose el año con un descenso en su actividad total del 5%, presentándose nuevamente una situación de receso al interior del sector”. [...] “De esta manera, se completan 4 años de baja actividad en general, con períodos de fuertes crisis, como fue la registrada en 1996 y la que se presenta en la actualidad, convirtiéndose en el ciclo recesivo más largo de las últimas dos décadas [...]. Es así como en el período marzo 98-septiembre 98 se vendió el 55% de las soluciones ofrecidas, presentándose una caída de 19 puntos con relación al registro del período anterior y volviendo a los bajos niveles de ventas de 1996, uno de los más bajos desde que se realizan este tipo de estudios [...]. El descenso en el ritmo de comercialización se presenta en todos los rangos considerados, incluyendo el de vivienda de interés social [...] En general se registra un descenso fuerte en todos los rangos, siendo especialmente bajos los obtenidos para las viviendas con precios superiores a los 4000 UPAC, presentando inclusive porcentajes inferiores a los anotados en septiembre de 1996, cuando se llegó al límite inferior en el ritmo de ventas”.

“En general, se observa a través de todos los indicadores presentados un deterioro generalizado en el ritmo de comercialización, obteniéndose en algunos casos cifras no vistas en el sector por lo menos en las últimas 2 décadas lo que permite entrever la grave situación que se viene afrontando, donde a diferencia de la presentada en 1996, cuando además de las altas tasas de interés, los problemas del sector estaban centrados en una sobreproducción y saturación en los estratos medios y altos y viviendo los efectos de los fuertes crecimientos en precios de ventas de períodos anteriores, teniendo algún margen de acción en sus variables de internas, en la actualidad el sector se encuentra ajustado, es decir que su producción ha sufrido fuertes reducciones y su orientación está dirigida a los estratos en donde el déficit de soluciones habitacionales es mayor, adicionalmente, sus precios de venta se encuentran en niveles similares en términos reales a los existentes antes del comienzo del auge de 1991, por lo cual el desfavorable comportamiento en las variables que al interior del sector son inmodificables y que vienen afectando la demanda de manera radical, adicionado a una restricción e el crédito disponible impidiéndole al sector el que inicie un ciclo de recuperación, sumiéndolo en una de las crisis más largas de la historia”.

“Este proceso de deterioro, ha implicado sin duda un alto costo, al tenerse un volumen creciente de obras paralizadas y reprogramaciones en la ejecución de nuevas etapas de proyectos grandes, postergándose el avance de obra y dejándose en las primeras etapas de construcción, algunas edificaciones se dieron en dación en pago tanto por factores financieros como por pago a proveedores y algunos promotores de proyectos han optado por cambiar la venta de las soluciones por el arriendo”.

En el mismo sentido, en el informe de Camacol correspondiente al año 2000, denominado “Actividad edificadora y oferta en Bogotá D.C.”<sup>(68)</sup>, se puede leer que: “Después de obtenerse durante 1999 el peor desempeño económico de la historia reciente del país, al presentarse un descenso del —4.5% en el producto interno bruto, en lo corrido del año 2000, paulatinamente, se ha venido presentando una relativa recuperación en la producción, en especial en el sector industrial, mejorando en algún grado el entorno macro económico en que se venía desenvolviendo la edificación, no obstante, este sector aún continúa mostrando bajos niveles de producción, caracterizándose por registrar los peores indicadores de todo el aparato productivo, afectado, no solo por la recesión económica sufrida

por el país, sino por una serie de factores, en especial el de su financiamiento, que han prolongado su crisis por más de cinco años consecutivos”.

Por último, para resumir todo lo expuesto sobre el tema, el tribunal resalta lo señalado por Camacol en su informe del año 1999-2000<sup>(69)</sup>, donde se puede leer lo que sigue: “En general, se completan 5 años de recesión, puesto que el sector de la edificación viene registrando caídas en su producción, siendo la más marcada la obtenida para 1999. El desplome sufrido durante este año, obedeció al difícil entorno macroeconómico en que se desenvolvió la actividad productiva, agravado por la incertidumbre y posterior desmonte del sistema de financiamiento del sector, lo que trajo fuertes restricciones en el crédito, tanto al constructor como al comprador”.

En suma, para este tribunal es claro que durante el quinquenio 1996 a 2001, el mercado de la construcción se vio afectado por la peor crisis de su historia, constituyendo una circunstancia de tal magnitud que, sin lugar a dudas, se reflejó en los cambios bruscos que afectaron a este sector de la economía. Ante tales circunstancias, era muy posible que un proyecto inmobiliario de la envergadura de Prado Grande, no gozara de mayor suceso comercial, si en aquel entonces se hubiera emprendido su edificación y posterior comercialización. Conocedores pues de esta anormal coyuntura, es lógico inferir que las partes decidieran ampliar el plazo de ejecución del contrato, hasta el momento en que el mercado retomara sus cauces normales, para entonces sí, acometer las labores de construcción y puesta en venta de las unidades inmobiliarias.

## 7. Inexistencia de fuerza mayor.

Está probado en el plenario que durante los años 1998, 1999, 2000 y parte del año 2001 no se inició ninguna construcción en los predios objeto de contrato de 25 de mayo de 1994 y que las nuevas actividades, en especial, la construcción del canal de San Francisco o Hayuelos, comenzaron a principios del año 2001. Esa inactividad en la ejecución del contrato se debió a la crisis de la construcción que padeció el país en los años mencionados; crisis que empezó a ceder en el año 2002. El apoderado de la convocante se ocupó en gran parte de su alegato de conclusión en demostrar que esa crisis de la construcción tuvo los efectos de una fuerza mayor y en consecuencia, ello justificaría la inactividad de Prodesic en los años referidos<sup>(70)</sup>.

Por su parte el señor apoderado de la parte convocada niega que los hechos alegados por Prodesic como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito alcancen a tener tal connotación para liberarla o exonerarla de la responsabilidad que contrajo, pues no son ni imprevisibles ni irresistibles: “Que hubo una situación económica difícil entre 1997 y 2002, que disminuyeron las ventas de viviendas, que los créditos se encarecieron, no sirven de causa liberatoria para no cumplir el contrato, como tampoco calificarlos como eventos de fuerza mayor o caso fortuito. Circunstancias como estas no se pueden generalizar como factores de alteración económica de un contrato, para aplicarlos indiscriminadamente a casos particulares”<sup>(71)</sup>.

Como se sabe, la fuerza mayor (llamada también caso fortuito)<sup>(72)</sup> es una causa eximiente de responsabilidad en la medida en que ella destruye el vínculo o relación de causalidad que debe existir entre el incumplimiento y el perjuicio sufrido por uno de los contratantes; sin embargo, para que ella pueda ser apreciada por el juez deben tener tres atributos, esto es, que los hechos que la conforman sean irresistibles, imprevisibles y extraños al deudor. Pues bien, para este tribunal tal crisis de la construcción, la cual se encuentra debidamente probada en el plenario, no alcanza la calidad o categoría de la fuerza mayor en la medida en que la susodicha crisis fue prevista por las partes en el contenido de su acto de disposición de intereses dada su calidad de profesionales y, por ende, de conocedores del negocio en el cual se estaban embarcando. Aquí conviene recordar el distingo que el profesor Le Tourneau hace entre el profesional y el profano, por cuanto el contrato de 25 de mayo de 1994 fue celebrado, en efecto, por y entre profesionales de su actividad, arte u oficio: “Maestro de su técnica, él [profesional] conoce los riesgos y peligros, mientras que el adquirente, pobre y profano, no ve sino la apariencia de las cosas”<sup>(73)</sup>.

También se sabe que la fuerza mayor y la responsabilidad son conceptos inconciliables y que “[u]n evento no es un caso de fuerza mayor sino cuando es insuperable, imprevisible y exterior. [...] La imprevisibilidad es la segunda característica constitutiva de la fuerza mayor. Esta no consiste en una vaga posibilidad de realización, porque si así fuera, todos los eventos serían previsibles; un evento solo es imprevisible si no hay ninguna razón particular para pensar que se produciría. [...] [L]o que es imprevisible no entra en el campo del contrato, que es justamente lo que se denomina las previsiones de las partes<sup>(74)</sup> (la bastardilla es del texto original).

Pues bien, como la crisis de la construcción fue prevista por las partes, ello constituye razón suficiente para que no sea considerada por este tribunal de justicia como fuerza mayor. Empero, las mismas partes en el acto de disposición de sus intereses previeron vicisitudes que podrían afectar el normal desarrollo del contrato. En cuanto al término, por ejemplo, se dispuso en la cláusula décima sexta del contrato que “No obstante lo previsto en la cláusula anterior y teniendo en cuenta que durante dichos plazos el comportamiento del mercado puede sufrir variaciones que indiquen la necesidad de introducirle modificaciones al proyecto, las partes de común acuerdo y por escrito podrán variar tanto las densidades, como los usos del suelo y los proyectos arquitectónicos, con el propósito de satisfacer el mercado”.

Así mismo, en la cláusula décima novena se lee: “El término de duración del presente contrato podrá ser prorrogado: A) En el evento de presentarse hecho (s) constitutivo (s) de fuerza mayor o caso fortuito, y que impidan u obstaculicen el normal desarrollo del mismo. B) Por mutuo acuerdo entre las partes”. Y para este tribunal es evidente que durante la ejecución de este contrato se presentaron hechos o circunstancias que impidieron y obstaculizaron el normal desarrollo del contrato, pero la aplicación de la norma se halla en el literal B) trascrito, en la medida en que las partes aceptaron prorrogarlo, o mejor, la prórroga del contrato se encuentra justificada por el comportamiento recíprocamente seguido por las partes durante la crisis de la construcción y después de que esta comenzó a ceder en sus efectos.

Tan concientes fueron las partes de las múltiples circunstancias que afectaron la ejecución del contrato, que San Alejo durante un lapso de tiempo amplio y extenso, jamás elevó su voz de protesta por la no ejecución del contrato en el término establecido. Su actitud es interpretada por este tribunal, como un comportamiento negocial que reconoció las vicisitudes adversas que había tenido el contrato y de las cuales es ajeno el comportamiento contractual de Prodesic.

En otras palabras, independientemente de la existencia o no de la fuerza mayor, existieron circunstancias que impidieron y obstaculizaron el normal desarrollo del contrato atípico suscrito por las partes, las cuales justificarían *in se* y *per se* su prórroga; pero lo que quiere destacar este tribunal es que la prórroga se infiere, sin mayor fatiga intelectual, del comportamiento asumido por las partes ya varias veces referido.

En carta de agosto 31 de 2001 Martha Cecilia Moure Romero le dice a Boris Spiwak: “Según instrucciones de don Julio Carrizosa Mutis y de acuerdo a la conversación sostenida entre ustedes, el día de hoy, atentamente le solicitamos el permiso correspondiente para construir el apartamento modelo en la manzana H, antiguos lotes 10 y 11, hoy lote 6, (según licencia de subdivisión) de la Urbanización Prado Grande de esta ciudad. En caso que el proyecto no sea viable, según sus indicaciones, el citado apartamento será demolido o la obra existente será de propiedad de la urbanización”<sup>(75)</sup>.

La anterior carta es emblemática por cuanto refleja una conversación previa sobre un tema atañedero a las partes de una relación jurídica deseosas de que el contrato fuese ejecutado en beneficio recíproco.

## **8. Ausencia de terminación unilateral del contrato.**

Así como la conducta de las partes y la aplicación práctica que ellas le dieron al convenio de 25 de mayo de 1994, le han servido a este tribunal para inferir la prolongación del contrato después del 18 de septiembre del año 2000, ellas mismas serán pautas para colegir si el contrato ha o no terminado. ¿Cuántas veces, nos preguntamos, si la aplicación práctica que los contratantes le dan a sus relaciones jurídicas prevalece incluso sobre textos y documentos suscritos por los mismos?

El contrato de 25 de mayo de 1994 estipuló en la cláusula décima octava lo que sigue: “terminación unilateral del contrato: El presente contrato podrá darse por terminado por cualquiera de las partes, siempre y cuando se dé aviso escrito de ello a la otra parte, con una antelación no menor a seis (6) meses, contados a partir de la fecha de la última escritura pública de compraventa que se haya corrido entre las partes siempre y cuando se hayan transferido y construido por los menos seis (6) manzanas, de las que forman parte del presente convenio”.

Coincide el tribunal con el apoderado de la parte convocada en el sentido de que, si bien la cláusula es cierta, ella no fue aplicada por las partes<sup>(76)</sup>; y es que en realidad los condicionamientos para que la cláusula pudiera, en

potencia, desplegar sus efectos no se dieron, por cuanto la transferencia y la construcción del total de las seis manzanas no se ejecutó durante la vigencia del mismo.

Así mismo, la cláusula décimo séptima del contrato en análisis dispuso: “Causales de terminación del presente contrato: convienen las partes contratantes que el presente contrato terminará por causas de fuerza mayor o caso fortuito. Dentro de la fuerza mayor se incluyen los cambios bruscos en el mercado”.

Valoración idéntica a la anterior merece esta cláusula en el sentido de que no operó en el presente caso. Si bien hubo crisis en la construcción, la cual de suyo impidió la ejecución del contrato en el término inicialmente presupuestado por las partes, esto no produjo la terminación del acuerdo, sino su prórroga o dilatación en el tiempo para el momento en que arribaren tiempos más propicios. Así por ejemplo, figura en el plenario constancia de que los estudios para el desarrollo de la manzana H comenzaron en los inicios de 2001; misiva de 21 de septiembre de 2001 en virtud de la cual Prodesic Ltda. remite el plano de la manzana H de la Urbanización Prado Grande para la firma del señor Boris Spiwak; misiva de octubre 9 de 2001 mediante la cual Prodesic Ltda. le envía a San Alejo el texto de escritura pública para el englobe y el desenglobe de los lotes 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 de la manzana H; carta de octubre 26 de 2001 con la cual Prodesic envía dos ejemplares de 6 hojas de la solicitud de licencia de construcción de la Urbanización Prado Grande para la manzana H, también se anexa poder para el ingeniero Carlos Umaña y para la arquitecta Ana María Peláez, para la firma del señor Spiwak; etc.

El día 22 de abril de 2003, San Alejo le envía a Prodesic una comunicación en donde por primera vez le habla del vencimiento del contrato de 25 de mayo de 1994 y le condiciona la firma del compromiso con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá<sup>(77)</sup>. Acto seguido, las partes surten un proceso de conciliación del texto de la comunicación que culmina con la carta de 16 de mayo de 2003 suscrita por los representantes legales de las dos compañías<sup>(78)</sup> y que por su trascendencia en este trámite, será transcrita a continuación. Estas cartas, analizadas en la etapa probatoria, se complementa por una parte con la carta de 24 de abril de 2003 contentiva de una propuesta de liquidación del contrato elaborada por Prodesic y por otra, con aquella contestada por San Alejo el día 13 de agosto del 2003<sup>(79)</sup>.

La carta del 16 de mayo de 2003 dice así<sup>(80)</sup>:

“Bogotá, D.C., mayo 16 de 2003

Señores

Prodesic S.A.

Atn. Dra. Martha Cecilia Moure

Representante Legal

Ciudad

Apreciada Dra. Martha Cecilia:

Con la presente me permito referirme a la carta compromiso a firmar entre Promociones San Alejo Ltda. en liquidación y el Acueducto Agua y Alcantarillado de Bogotá relacionada con el proyecto de acueducto, alcantarillados sanitario y pluvial de las manzanas A, B, C, F, G, H, H', I, I', de la Urbanización Prado Grande.

Al respecto hago claridad que la firma de dicha carta compromiso no reactiva ni de manera alguna hace referencia al documento privado firmado con ustedes el día 25 de mayo de 1994, el cual se encuentra vencido y esta compañía no tiene interés (sic) alguno de renovarlo, por lo tanto, ninguna actividad o relación jurídico-comercial que tenga a la fecha la compañía que usted representa y Promociones San Alejo Ltda. en liquidación, tienen relación alguna con el mencionado documento privado, ni tiene implícita de manera tácita nuestro interés (sic) de reiniciar actividades con base al mismo.

Por lo anterior, le solicito firme la presente carta en señal de aceptación.

Por otra parte Promociones San Alejo Ltda. en liquidación, igualmente suscribirá el formulario para solicitar la licencia de construcción del lote siete (7) manzana H (vivienda) y el correspondiente poder, para adelantar los trámites ante la curaduría urbana 2 de Bogotá; igualmente suscribirá el otrosí a la promesa de compraventa del lote 7.

Así mismo Prodesic S.A. se compromete a desocupar la carrera 87 de la urbanización, de sur a norte, hasta la zona verde en un plazo de 3 días contados a partir de la fecha y hasta la calle 26 en un plazo de 15 días también contados a partir de la fecha, de conformidad con lo convenido entre los señores Isaac Farji C. y Felipe Carrizosa G.

Cordialmente,

Boris Spiwak Knorpel&nbsp;Acepto:

Gerente

Martha Cecilia Moure Romero&nbsp; Representante legal Prodesic S.A.”.

No obstante ese intercambio de comunicaciones, las partes aún continúan en la ejecución de prestaciones pactadas en el contrato (hay lotes en construcción y sobre algunas unidades resultantes de la misma Prodesic está realizando ventas), tal como se pudo observar en la inspección judicial practicada en el lugar donde se construye la Urbanización Prado Grande.

El tribunal pues, no accederá a la petición de la parte convocante según la cual “Promociones San Alejo Ltda. en liquidación de manera unilateral dio por terminado el contrato” por cuanto este se sigue ejecutando. En efecto, respecto de las manzanas G y H se siguen ejecutando prestaciones del contrato de 25 de mayo de 1994 como son las de construcción y venta sobre unidades resultantes de aquella prestación.

Ahora bien, para el tribunal es evidente que la prestación sobre urbanismo ha sido ejecutada. En consecuencia, y como la realización de las obras de urbanismo constituye una prestación o deber fundamental de la relación jurídica que se deriva del contrato de 25 de mayo de 1994, el tribunal decretará su liquidación y pago; no correrán la misma suerte las otras prestaciones dimanantes del contrato, esto es, la construcción y la venta, porque se siguen ejecutando y, también, por cuanto ello no ha sido solicitado a este tribunal. Las partes en ejercicio de su autonomía privada habrán de determinar cómo finiquitarlas.

Es menester recordar, como hubo de precisarse supra, que el contrato tenía como fin urbanizar, construir y vender unas unidades de vivienda o de industria; pues bien, de esas tres prestaciones el tribunal, se insiste, habrá de referirse a la primera porque es la que ya está ejecutada y sobre ella es la que se le ha demandado pronunciamiento. En suma, se puede afirmar, que el contrato de 25 de mayo de 1994 mantiene sus efectos en relación con la construcción y venta en la manzana G y la venta de las unidades resultantes de la manzana H.

## **9. Inexistencia de incumplimiento de parte de Prodesic.**

Argumenta el apoderado de la parte convocada tanto en su contestación de demanda<sup>(81)</sup> como en su alegato de conclusión<sup>(82)</sup> que Prodesic incumplió el contrato de 25 de mayo de 1994 por cuanto, en esencia, Prodesic no dio inicio a la construcción de los inmuebles dentro del plazo previsto en el contrato; Prodesic suspendió unilateralmente la ejecución del contrato; Prodesic incumplió el pago total de los lotes 10 al 17 de la manzana G vivienda y por cuanto Prodesic no construyó dentro del término estipulado, la totalidad de las unidades de vivienda e industria sobre los lotes descritos en el parágrafo primero de la cláusula cuarta del contrato suscrito entre las partes.

Está probado en el proceso que respecto de la manzana E existe acta de liquidación final de 18 de marzo de 1997<sup>(83)</sup>, la cual fue aceptada por la convocada<sup>(84)</sup>. Respecto de la manzana G, el contrato se sigue ejecutando y las partes, en ejercicio de su autonomía privada habrán de liquidarlo<sup>(85)</sup>; igual situación se predica en relación con los lotes 6 y 7 de la manzana H. De otra parte, la no construcción en el término estipulado se debió, como se ha sostenido y probado, a una prolongación del contrato, asentida por ambas partes, en razón de la profunda crisis que sufrió la industria de la construcción en Colombia. En suma, este tribunal estima que las partes de mutuo

acuerdo han solucionado las vicisitudes adversas que ha tenido el desarrollo del contrato; lo cual impide endilgarle la responsabilidad a una de ellas por el hecho de haberse dilatado en el tiempo la ejecución del contrato. Tal como se afirmó en precedencia, San Alejo no exigió el cumplimiento del contrato, por el contrario, con su conducta esperó a su ejecución ulterior. En consecuencia, la excepción propuesta, no prospera.

## 10. Las obras de urbanismo de la Urbanización Prado Grande.

A. El primer reproche u objeción que recibió Prodesic por la realización de las obras de urbanismo en la Urbanización Prado Grande data del 13 de agosto de 2003<sup>(86)</sup> cuando ante una propuesta de liquidación del contrato fechado el 24 de abril de 2003 y planteada por la representante legal de Prodesic, el señor Boris Spiwak, representante legal de San Alejo, le responde en la carta mencionada, inter alia, lo que sigue: “4. Así mismo, consideramos que ustedes desarrollaron muchísima más área de urbanismo que las requeridas y que al no ser estas complementadas en forma simultánea con los programas de construcción, de conformidad al convenio firmado y sus adiciones, le generaron a Promociones San Alejo Ltda. en liquidación un desequilibrio contractual y un flujo de caja negativo desastroso; hechos que igualmente, generaron ingentes perjuicios para San Alejo” (subrayas nuestras).

El aparte trascrito de la carta le llamó particularmente la atención al tribunal por las siguientes razones: a) porque después del 18 de septiembre de 2000 constituye el primer reproche a las obras de urbanismo realizadas por Prodesic en la Urbanización Prado Grande (se recuerda que la fecha de la carta es 13 de agosto de 2003) y b) por cuanto se reconoce la existencia del convenio de 25 de mayo de 1994 (“de conformidad al convenio firmado y sus adiciones”).

De cualquier manera el tribunal quiere desde ya dejar por sentado que no aparece probado en el proceso que San Alejo se haya opuesto a las obras de urbanismo que Prodesic realizó en la Urbanización Prado Grande después del 18 de septiembre de 2000<sup>(87)</sup>. Utilizando las palabras de la parte final del artículo 739 del Código Civil se puede afirmar, sin temor a equívoco, que las obras de urbanismo fueron realizadas “a ciencia y paciencia” de San Alejo<sup>(88)</sup>, y por ello habrá de condenarse a su pago en los porcentajes establecidos en el convenio de 25 de mayo de 1994; lo contrario, esto es, sostener que el contrato se acabó en septiembre de 2000 y que las obras fueron ejecutadas por Prodesic sin autorización de San Alejo y por su cuenta y riesgo, sería desconocer la realidad sustancial y material de este negocio, avalar un enriquecimiento sin justa causa en contra de Prodesic y a favor de San Alejo y darle premio a una excesiva lógica formal, que no está en consonancia con el comportamiento de los sujetos de la relación jurídica ni con la real aplicación práctica que las partes le dieron a su acto de disposición de intereses de 25 de mayo de 1994.

En carta de septiembre 3 de 2003 suscrita por la representante legal de Prodesic y dirigida al señor Boris Spiwak Knorpel, liquidador de Promociones San Alejo Ltda., se lee: “Ahora bien, vemos con preocupación como los lotes que se encontraban dentro del convenio han venido siendo vendidos o cedidos, sin que se nos hayan cancelado las obras de urbanismo, su costo y la expectativa válida que tendríamos para desarrollarlos, y sin que se nos haya dado ninguna explicación lógica distinta a la de la comunicación de mayo 16 pasado, que de ninguna manera entendíamos, ni podemos entender hoy, como un desconocimiento a nuestros derechos. Con sorpresa vemos, que no obstante encontrarnos realizando conversaciones cordiales y amigables, nuevos lotes de la urbanización están siendo cedidos y vendidos sin que hayamos llegado a ningún arreglo en relación con nuestros derechos, temiendo mucho que cuando reclamemos la sociedad no cuente con los recursos para satisfacer las obligaciones a nuestro favor”<sup>(89)</sup>.

Frente a lo anterior, el señor Boris Spiwak mediante misiva del 11 de septiembre de 2003, en aparte pertinente, responde, “No es claro el texto del séptimo párrafo de su comunicación ni está ajustado al convenio extinguido. En relación con el urbanismo no existe comunicación alguna de la compañía, que tan exitosamente usted dirige, requiriéndonos por deuda alguna sobre este concepto. Prodesic, como ya se dijo, no cumplió las obligaciones a su cargo de ejecutar las obras de urbanismo dentro de los términos previstos en el convenio. Le recuerdo que lo convenido fue que las obras de urbanismo construidas fueran las necesarias para el desarrollo que Prodesic realizará en el lote de propiedad de San Alejo, pues sin ellas no hubiera sido posible vender los apartamentos y bodegas construidos. Ahora bien, me permito recalcar, que hasta el día de hoy no tenemos duda que somos los

únicos propietarios de los terrenos y como tales ejercemos nuestros derechos”<sup>(90)</sup>.

No está demás insistir que para el tribunal el contrato se prorrogó por las razones expuestas supra; que el término del contrato no era resolutorio; que las obras de urbanismo fueron hechas por Prodesic a “ciencia y paciencia” de San Alejo, dueño de los terrenos, y por ello habrá de pagarlas y que si la intención de la carta del 16 de mayo de 2003, preparada por San Alejo, es la de no pagar las obras de urbanismo que se deben, ese propósito no será acompañado por el tribunal. Las obras de urbanismo no pagadas, deberán pagarse; lo contrario, sería legitimar un enriquecimiento sin causa a favor de San Alejo.

Además ha de retenerse que el mismo contrato previó la hipótesis del pago de obras de urbanismo hechas en la totalidad del predio. En efecto, la cláusula décima segunda del convenio de 25 de mayo de 1994 dispuso: “Como quiera que es necesario construir todas las obras de urbanismo de la Urbanización Prado Grande, las cuales benefician tanto a los lotes que se reserva San Alejo Ltda., a excepción de las manzanas A-B y C del plano F. 316/4-01 como a los que son objeto del presente convenio, las partes acuerdan lo siguiente: A. El valor de las obras de urbanismo será de cargo de cada una de las partes en la siguiente proporción: San Alejo Ltda. pagará el 42.72% de las mismas y Prodesic Ltda. El 57.28%. El valor de las obras de urbanismo incluye todos los costos directos, materiales, mano de obra, equipos, costos administrativos y generales de la obra. [...] E. Prodesic Ltda. determinará el momento y la forma en que se ejecutarán las obras de urbanismo con el fin de coordinar el acceso, la dotación de servicios públicos, etc., en relación con el plan de ventas de las unidades por construir” (subrayas fuera de texto). Se releva que por voluntad de las partes, Prodesic tenía autonomía en la realización de las obras de urbanismo.

Así mismo, la cláusula décima tercera del convenio de 25 de mayo de 1994 dispuso: “Si, por acuerdo entre las partes, estas deciden no acometer la totalidad de las compraventas previstas en este contrato, según la cláusula cuarta del mismo, las obras de urbanismo efectivamente ejecutadas por Prodesic Ltda. en la totalidad del predio, serán canceladas por San Alejo Ltda. deduciendo los pagos efectivamente realizados por esta, así como también el costo de la parte correspondiente de las obras de urbanismo de las manzanas escrituradas a Prodesic Ltda.”<sup>(91)</sup>.

También es claro para el tribunal que el pago de esas obras de urbanismo no había sido solicitado por Prodesic. Esta omisión, sin duda, tendrá efectos en la condena al pago de las mismas por cuanto en ella no podrán caber los intereses moratorios. En efecto, de conformidad con el artículo 1608 del Código Civil un deudor no está constituido en mora, sino a partir de que haya sido requerido o reconvenido por el acreedor. Esta situación incluso fue reconocida por la representante legal de Prodesic cuando al ser interrogada por el apoderado de la convocada en relación a si su compañía había presentado a San Alejo la liquidación definitiva del contrato, respondió: “Claro que no porque ese contrato no se ha liquidado, ese contrato no está liquidado”<sup>(92)</sup>.

Sobre la existencia de las obras de urbanismo nos referiremos en acápite especial, pero basta citar, por su pertinencia en este instante de desarrollo del laudo, el interrogatorio de parte absuelto por la señora Martha Cecilia Moure, representante legal de Prodesic:

“Dr. Bonivento: Pregunta 18: ¿Podría precisar si con posterioridad al año 2000 Prodesic adelantó obras de urbanismo en la urbanización Prado Grande. Especifique si las [que] hicieron fueron autorizadas por San Alejo?

Sra. Moure: Sí se hicieron obras de urbanismo en ese tiempo que está diciendo, estamos desarrollando la manzana H, hay que hacer vías, acceso que le permita llegar a la gente hasta el proyecto porque obviamente un proyecto de esos se hace para comercializarse, poderse vender y que la gente llegue, entonces si se acometieron obras de urbanismo, claro que sí porque había que darle todos los servicios a la manzana H y también se construyó el puente para facilitar el acceso a todas las personas. En las conversaciones todo claro que sí se tenía que hablar [de] obras de urbanismo, infraestructura y todo para desarrollar los proyectos.

Dr. Bonivento: Pregunta 19: Usted ha hablado de un puente como obra de urbanismo, pregunto, fue autorizado de conformidad con el contrato por parte de San Alejo ese puente, de conformidad con el contrato?

Sra. Moure: El contrato mismo habla de urbanizar, de urbanismo, eso es darle accesos a la urbanización, a los proyectos de construcción, luego estábamos autorizados por el mismo documento que se firmó, estábamos

autorizados”<sup>(93)</sup>.

No está demás agregar que las obras de urbanismo benefician a la urbanización y, obviamente, a San Alejo, en tanto que es el titular del derecho de dominio sobre los lotes no transferidos a Prodesic. En efecto, tiene un mayor valor venal un lote urbanizado que un lote que no lo es. Y aquí es bueno precisar que ese enriquecimiento o plusvalía comercial que adquieren los lotes urbanizados se deduce por el hecho del valor agregado que las obras de urbanización implican. A guisa de ejemplo, se pueden mencionar, entre otras: vías y andenes; tuberías de aguas negras; tubería de aguas lluvias; canalización de red eléctrica, redes de alumbrado público, etc.<sup>(94)</sup>.

B. Valor de las obras de urbanismo: La segunda de las prestaciones contempladas en el contrato de 25 mayo de 1994 era la de ejecutar y realizar las obras de urbanismo de la Urbanización Prado Grande. Esta prestación, a diferencia de la de construcción de unidades de vivienda o de industria, fue pactada por las partes para ser ejecutada en la totalidad de los predios de la urbanización por cuanto, según lo califica el mismo contrato, son obras de carácter necesario para el desarrollo integral del proyecto previsto. Esta previsión negocial corresponde a la definición de urbanismo contenida en el artículo 16 del Decreto 609 de 1976 según el cual “Se entiende por proyecto urbanístico el estudio que se realiza para obtener la división de un globo de terreno en zonas que se destinarán para uso de vivienda, de industria o de comercio, a servicios públicos tales como las vías, parques, zonas verdes y otros servicios comunales, todo en concordancia con las normas y especificaciones pertinentes”. Las características generales de esta prestación fueron presentadas en el análisis de la naturaleza jurídica del contrato, contenido en la primera parte de las consideraciones de este proveído.

El contrato es claro en señalar que este tipo de obras benefician a todos los lotes de la urbanización, entre los cuales se encuentran incluidos los lotes comprometidos por San Alejo a Prodesic en el acto de disposición de intereses de 25 de mayo de 1994. Por este motivo, el contrato regula el pago de estas obras en dos modalidades (cláusula décima segunda). La primera de ellas regula el porcentaje de las obras que benefician los predios comprometidos en el contrato, al advertir que esta categoría de obras sería pagada por Prodesic y San Alejo en unos porcentajes equivalentes al 57.28% y el 42.72% respectivamente. La segunda de las modalidades, se refiere al costo de las obras de urbanismo de lotes no incluidos en el contrato, obras de las que Prodesic no se beneficiaría comercialmente, por las cuales San Alejo pagaría a Prodesic un porcentaje adicional y equivalente al 3.26% de las obras de urbanismo<sup>(95)</sup>.

La forma de pago prevista en la misma cláusula décima segunda indicaba que estas cifras se reintegrarían de acuerdo con las correspondientes actas de avance presentadas por Prodesic, junto con los intereses liquidados a la tasa promedio de colocación para operaciones corrientes de crédito bancario dentro de los treinta (30) días siguientes al recibo de las actas aprobadas por la interventoría.

También es importante resaltar las disposiciones contenidas en los literales E y F de la cláusula décima segunda por cuanto de un lado facultan a Prodesic a determinar “el momento y la forma en que se ejecutarán las obras de urbanismo con el fin de coordinar el acceso, la dotación de servicios públicos, etc., en relación con el plan de ventas de las unidades por construir” y de otro facultan a San Alejo Ltda. a “ejecutar la interventoría técnica, económica y financiera de las obras de urbanismo directamente o por intermedio del personal que estime necesario designar para tal fin”.

La confianza existente entre las partes, permitió que este acuerdo sobre la autonomía de Prodesic para la ejecución de las obras de urbanismo fuera plenamente respetado durante la ejecución del contrato. En efecto, en el testimonio del señor Isaac Farji Cohen se lee: “Entonces a partir del año 95 se introdujo la primera licencia, precisamente en septiembre del 95 y se comenzó este trámite de comenzar a construir y urbanizar los terrenos. Se comenzó a construir primero unas bodegas industriales, quiero aclarar que le dimos total autonomía a la firma Prodesic para que ejecutara esas obras con una confianza absoluta, porque nunca hubo ningún control sobre las obras ejecutadas, sí dábamos nuestras opiniones como el diseño de las bodegas, que era un diseño catastrófico desde el punto de vista comercial”<sup>(96)</sup>. De modo pues, que respecto de la utilidad o pertinencia de las obras de urbanismo había autonomía de Prodesic y no era necesario el cumplimiento de aprobaciones o requisitos.

En este orden de ideas, los criterios que serán tomados en la cuenta por el tribunal para efectos de la liquidación y pago de las obras de urbanismo serán la cuantía de la inversión efectuada, su fundamento contable y si en realidad

de verdad fueron dichas obras ejecutadas durante la vigencia prística y la vigencia prorrogada del contrato. El otro aspecto que se analizará es el pago de las obras de urbanismo ejecutadas sobre los predios comprometidos y no transferidos por San Alejo o a Prodesic, según el contrato de 25 de mayo de 1994. Para la determinación de lo anterior, el tribunal se valdrá, conjuntamente, de los dictámenes periciales, uno financiero<sup>(97)</sup> y otro técnico<sup>(98)</sup>, obrantes en el proceso.

En primer lugar, es necesario aclarar las cuentas correspondientes a los reembolsos efectuados por San Alejo. Está probado en el dictamen pericial financiero y sus aclaraciones que durante la ejecución del contrato se realizaron liquidaciones periódicas, que amortizaron la inversión realizada en materia de urbanismo.

a) En consecuencia, este ejercicio permitió determinar que el costo histórico de la inversión en urbanismo ascendió a la suma de \$ 4.681'696.256<sup>(99)</sup> (cuatro mil seis cientos ochenta y un millones seis cientos noventa y seis mil doscientos cincuenta y seis pesos). De esta suma, correspondía pagar a San Alejo el 42.72%, lo que equivale a \$ 2.000.020.641.

Para efectos de esta liquidación se tomarán en la cuenta, como partidas, las resultantes del análisis contable; no se reconocerá la suma de \$ 511.321.553, reclamada por la convocante, la cual corresponde a rubros identificados como otros costos, por no aparecer contabilizada<sup>(100)</sup>.

De otro lado, está probado que el valor total pagado por Promociones San Alejo a Prodesic por concepto de obras de urbanismo fue de \$ 1.878'337.439 (mil ochocientos setenta y ocho millones trescientos treinta y siete mil cuatrocientos treinta y nueve pesos). Esta cifra surge de la revisión de las partidas y de los comprobantes contables de Prodesic, y los cuales constan en el dictamen pericial financiero obrante en el proceso.

El saldo correspondiente de los costos de inversión de las obras de urbanismo, que surge de la diferencia del porcentaje de la inversión de las obras que correspondía pagar a San Alejo y la del monto que ya se ha pagado, es la suma de \$ 121.683.201 (ciento veintiún millones seiscientos ochenta y tres mil doscientos un pesos) que Promociones San Alejo deberá cancelar a Prodesic.

Sobre la anterior suma no se encuentra Promociones San Alejo en mora de efectuar el reintegro, por lo tanto, sobre ella solo se aplicarán los intereses liquidados a la tasa promedio de colocación para operaciones de crédito bancario<sup>(101)</sup>, y que asciende a la suma de \$ 31.378.220 (treinta y un millones trescientos setenta y ocho mil doscientos veinte pesos).

b) Corresponde analizar y liquidar el costo de las obras de urbanismo ejecutadas sobre predios comprometidos y no transferidos por San Alejo a Prodesic, según consta en el contrato de 25 de mayo de 1994. Del material probatorio obrante en el proceso surge la identificación de los referidos predios.

Estas obras de urbanismo ejecutadas por Prodesic deben ser liquidadas y canceladas por San Alejo con base en las razones jurídicas expuestas anteladamente (y sobre todo porque su no pago constituiría un claro ejemplo de enriquecimiento sin causa que este tribunal no admitirá). Permanece, pues, con toda su intensidad, la obligación de pagar la totalidad de las obras de urbanismo ejecutadas.

Para la liquidación de las sumas a cancelar por San Alejo se tendrán en la cuenta las siguientes variables: la totalidad de las obras de urbanismo ejecutadas, los lotes objeto del contrato de 25 de mayo de 1994, la extensión o el metraje de cada uno de ellos y la inversión total en obras de urbanismo, todo lo cual se extrae de los dictámenes periciales obrantes en el proceso, en especial del rendido, para esta situación, por la perito contable.

Con esta información es posible determinar, primeramente, el valor del urbanismo por cada metro cuadrado. Despues, se puede distribuir la proporción de obras de urbanismo que benefician los predios de Prodesic, que en este caso sería en metros cuadrados, un total de 30.479.37 que corresponden a los predios escriturados. Este metraje multiplicado por el valor del metro cuadrado \$ 30.259.89 (treinta mil doscientos cincuenta y nueve pesos con ochenta y nueve centavos) equivale a \$ 922.302.383 (novecientos veintidós millones trescientos dos mil trescientos ochenta y tres pesos) y el valor restante, es decir, la suma de \$ 3.759'393.873 (tres mil setecientos cincuenta y nueve millones trescientos noventa y tres mil ochocientos setenta y tres pesos) correspondería a San Alejo.

Así pues, las obras de urbanismo efectivamente ejecutadas, esto es, 154.716,26 metros cuadrados, se liquidan así:

Valor de obras de urbanismo: \$ 4.681'696.256 (cuatro mil seiscientos ochenta y un millones seiscientos noventa y seis mil doscientos cincuenta y seis pesos) menos los pagos efectivamente realizados por San Alejo, es decir, \$ 1.878'337.439 (mil ochocientos setenta y ocho millones trescientos treinta y siete mil cuatrocientos treinta y nueve pesos), menos el costo de las obras de urbanismo de las manzanas escrituradas a Prodesic \$ 922.302.383 (novecientos veintidós millones trescientos dos mil trescientos ochenta y tres pesos) genera un saldo de \$ 1.881'056.434 (mil ochocientos ochenta y un millones cincuenta y seis mil cuatrocientos treinta y cuatro pesos) a valores históricos. Dicho valor actualizado a 30 de noviembre de 2004, asciende a la suma de \$ 3.349.537.466,44 (tres mil trescientos cuarenta y nueve millones quinientos treinta y siete mil cuatrocientos sesenta y seis pesos con cuarenta y cuatro centavos).

En consecuencia, el valor que por obras de urbanismo debe pagar San Alejo a Prodesic es la suma de \$ 3.349.537.466,44 (tres mil trescientos cuarenta y nueve millones quinientos treinta y siete mil cuatrocientos sesenta y seis pesos con cuarenta y cuatro centavos); más \$ 121.683.201 (ciento veintiún millones seiscientos ochenta y tres mil doscientos un pesos) (el saldo pendiente de las obras de urbanismo de los lotes transferidos), más \$ 31.378.220 (treinta y un millones trescientos setenta y ocho mil doscientos veinte pesos) (es decir, reconocimiento de intereses sobre el saldo pendiente de la suma inmediatamente anterior), lo que da un total de \$ 3.502.598.887,44 (tres mil quinientos dos millones quinientos noventa y ocho mil ochocientos ochenta y siete pesos con cuarenta y cuatro centavos).

## **11. Ventas de lotes a terceros por parte de San Alejo.**

En el libelo introductorio la parte convocante en la pretensión número tres (3) señaló: “Que Promociones San Alejo Ltda. en liquidación de manera inconsulta dispuso de varios predios que estaban incluidos en el contrato suscrito entre las partes y sobre los cuales Prodesic S.A., había efectuado mejoras, las que le han sido desconocidas, junto con las utilidades a las que tenía derecho si hubiese desarrollado los proyectos de vivienda o de uso industrial o comercial, para los cuales estos predios se encontraban habilitados”.

Afirma la parte demandante en los hechos 63 y 64 de su demanda que San Alejo enajenó los lotes 16, 17, 18, 19, 27, 28, 29 y 30 de la manzana G y lotes 1, 2, 3, 4, 5, 11, 12 y 13 de la manzana H (industria) mediante la escritura pública 6265 de 26 de diciembre de 2001 de la Notaría 18 del Círculo de Bogotá, aclarada por la escritura pública 1589 de 4 de abril de 2003 de la Notaría 18 del mismo círculo<sup>(102)</sup> y los denominados superlotes 1 y 2 de la manzana I transferidos a través de la escritura pública 2318 de 23 de septiembre de 2003 de la Notaría 9 del Círculo de Bogotá<sup>(103)</sup>. Por su parte, San Alejo en la respuesta a esos hechos manifiesta que las transferencias fueron hechas después de vencido el plazo del contrato de 25 de mayo de 1994<sup>(104)</sup>.

Los dos conjuntos de enajenaciones, merecen, en concepto del tribunal, tratamiento separado y así se procederá. En primer lugar se analizarán las transferencias de diciembre de 2001, para después analizar las de septiembre de 2003.

A. Los lotes referidos correspondientes a las manzanas G y H, fueron transferidos por San Alejo a la Corporación Financiera Colombiana S.A., mediante escritura pública 6265 de 26 de diciembre del 2001<sup>(105)</sup>, es decir, dentro de la vigencia del contrato, lo que *prima facie* le daría derecho a la convocante para que le fuesen reconocidas “las utilidades a las que tenía derecho si hubiese desarrollado los proyectos de vivienda o de uso industrial o comercial”<sup>(106)</sup>, en los predios o lotes transferidos por San Alejo.

El tribunal considera que, en efecto, los lotes referidos fueron transferidos a terceros durante la vigencia del contrato y que esto pudo haber afectado la expectativa de ganancia o de lucro que tenía Prodesic de haber desarrollado en ellos proyectos de vivienda o de uso comercial. Sin embargo, respecto de esta pretensión, el tribunal reconocerá solo el pago de las mejoras u obras de urbanismo en los lotes referidos, tal como quedó expuesto en el acápite anterior (9.2), y no la expectativa de ganancia no obtenida, por el no desarrollo de los proyectos, en la medida en que Prodesic solo hasta el 3 de septiembre de 2003<sup>(107)</sup> hubo de cuestionar esas enajenaciones. No existe en el expediente prueba alguna que demuestre, antes de esa fecha, es decir, antes de casi dos años, la contrariedad o el rechazo de Prodesic a las enajenaciones realizadas por San Alejo. Dicho en otras

palabras, es como si su silencio, actitud o comportamiento hubiese avalado las trasferencias de San Alejo, “A quien se comporta, intencionalmente o no, de modo tal que una persona razonable pueda suponer que un determinado estado de cosas existe y obra sobre la base de dicha deducción, le está cerrada la posibilidad de negarlo”<sup>(108)</sup> .

Se insiste, aun a riesgo de fatigar, que la única referencia al comportamiento de San Alejo con ocasión de la transferencia de los predios comprometidos a Prodesic, se encuentra en la comunicación de 3 de septiembre del año 2003 en donde se lee: “Ahora bien, vemos con preocupación como los lotes que se encontraban dentro del convenio han venido siendo vendidos o cedidos, sin que se nos hayan cancelado las obras de urbanismo, su costo y la expectativa válida que tendríamos para desarrollarlos, y sin que se nos haya dado ninguna explicación lógica distinta a la de la comunicación de mayo 16 pasado, que de ninguna manera entendíamos, ni podemos entender hoy, como un desconocimiento a nuestros derechos. Con sorpresa vemos, que no obstante encontrarnos realizando conversaciones cordiales y amigables, nuevos lotes de la urbanización están siendo cedidos y vendidos sin que hayamos llegado a ningún arreglo en relación con nuestros derechos, temiendo mucho que cuando reclamemos la sociedad no cuente con los recursos para satisfacer las obligaciones a nuestro favor”<sup>(109)</sup> .

Pero dicha comunicación, no tiene el efecto de rechazar o desaprobar las enajenaciones realizadas en diciembre de 2001, por cuanto se produjo casi dos años después de la enajenación. Incluso en el testimonio rendido por el señor Julio Carrizosa Mutis, se lee:

“Sr. Carrizosa: “[...] Yo no estoy vendiendo, pero hay un terreno que lo vendieron, lo está vendiendo el Banco de Bogotá, voy a hablar con Boris, le pregunté por el terreno y me dijo, sí [lo] tuve que dar en dación en pago.

“Dr. Rengifo: ¿Estamos hablando de qué año?

“Sr. Carrizosa: 2000 ó 2001. Sacamos planos miramos y le dije esa manzana es de las que están dentro de la parte mía, la tierra es mía, las obras de urbanización son mías, entonces volvimos a repasar el consenso que la entrada era, generalmente en la construcción por más ingenieros que somos las cosas nos gustan o con cifras decimales, esas asociaciones las hace uno 50 y 50, entonces eso también se cumplía que ellos eran dueños del 50% del terreno, 100% porque pagaban obras de urbanismo, y el terreno era de ellos, entonces el terreno era de ellos, pero el otro terreno era 50% mío por las obras de urbanismo y 50% por ser ellos los dueños de la tierra. Volvimos explicamos, cómo hacemos, eso es muy fácil me da la otra manzana, bueno está bien, hasta luego”<sup>(110)</sup> .

En este orden de ideas, es pues, fácil colegir que Prodesic durante la vigencia del contrato no objetó los actos de transferencia a terceros de diciembre de 2001; por el contrario, los toleró e incluso acordó una fórmula de arreglo tal como se desprende del aparte del testimonio citado. “Cuando como resultado del considerable retardo en el ejercicio de un derecho en la contraparte surja una confianza justificada en que el titular no hará uso de tal derecho, tiene lugar la extinción del mismo, aun cuando los términos de prescripción se encuentren todavía corriendo”<sup>(111)</sup> .

B. Cosa diferente acontece respecto de los denominados Superlotes 1 y 2 de la manzana I, transferidos a la Compañía de Construcciones Andes S.A. Coandes S.A. mediante la escritura pública 2318 de 23 de septiembre de 2003<sup>(112)</sup> por cuanto sobre estos no se puede inferir una conducta concluyente de aceptación, sino que tempestivamente Prodesic manifestó su rechazo e inconformidad a través de la ya referida carta de 3 de septiembre de 2003: “Con sorpresa vemos, que no obstante encontrarnos realizando conversaciones cordiales y amigables, nuevos lotes de la urbanización están siendo cedidos y vendidos sin que hayamos llegado a ningún arreglo en relación con nuestros derechos, temiendo mucho que cuando reclamemos la sociedad no cuente con los recursos para satisfacer las obligaciones a nuestro favor”<sup>(113)</sup> .

El renombrado artículo 1603 del Código Civil enseña: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas queeman precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”<sup>(114)</sup> . Jurisprudencia nacional relevante ha opinado sobre esta norma lo siguiente: “Los principios que gobiernan la dinámica contractual, imponen a cada uno de los contratantes ligados por una convención de carácter bilateral, poner de su parte todos los medios a su alcance para cumplir sus respectivas obligaciones”<sup>(115)</sup> .

La buena fe se ha erigido en principio rector de todas las relaciones jurídicas y, por ende, ha de ser la nota distintiva a todo lo largo y ancho de un vínculo contractual. Así, su presencia se impone no solo en la etapa precontractual, sino en la ejecución misma del contrato y, desde luego, en la parte poscontractual. De igual manera, con la visión actual del contrato, entendido este como un instrumento de cooperación intersubjetiva, la buena fe ha venido a jugar papel preponderante en el objetivo de proteger las expectativas razonables de las partes, y sobre todo, la recíproca confianza existente entre ellas.

“La tendencia prevaleciente por largo tiempo de práctica asimilación de la buena fe en la ejecución de las obligaciones (buena fe activa) a la buena fe posesoria (pasiva, presunta), ha sido sustituida, en buena hora, por la autonomía de aquella, con exigencia de comportamiento diligente, advertido, pundonoroso, y la consiguiente carga probatoria sobre el sujeto que ha de comportarse así”<sup>(116)</sup>.

La buena fe, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, “presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identifícase entonces, en sentido muy lato, la bona fides con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas prenegociadas y negociales, con el vocablo ‘fe’ [...] La buena fe [...] se torna bifronte, en atención a que se desdobra, preponderantemente para efectos metodológicos, en la apellidada buena fe subjetiva (creencia o confianza), al igual que en la objetiva (probidad, corrección o lealtad) [...] Y al mismo tiempo es bipolar, en razón de que ambas partes deben observarla, sin que sea predictable, a modo de *unicum*, respecto de una sola de ellas [...] Para evaluar si un sujeto determinado actuó o no de buena fe, resulta imperativo examinar la conducta por él desplegada, pero de manera integral, o sea en conjunto, dado que es posible que su comportamiento primigenio, en estrictez, se ciña a los cánones del principio rector en cita y ulteriormente varíe en forma apreciable y hasta sorpresiva, generándose así su inequívoco rompimiento [...]”<sup>(117)</sup>.

Las partes contratantes se deben comportar según la buena fe y procurar que no queden fallidas las recíprocas expectativas. La buena fe es, esencialmente, una actitud de cooperación que vincula al deudor a poner lo mejor de sí, las mejores energías al servicio de los intereses ajenos. Se le debe a Emilio Betti la particular insistencia en conceptualizar la buena fe como “empeño de cooperación”, “espíritu de lealtad”, “actividad de cooperación”; “respeto recíproco entre los contrayentes”.

Y se pregunta Betti: “¿Cómo debe entenderse el principio de la buena fe que rige el cumplimiento de las obligaciones? Como ya hemos dicho, la buena fe somete a control, por entero, el comportamiento de las partes; no solo de una de ellas, sino también de la otra, en sus recíprocas relaciones, tanto en cuanto que también la otra parte debe encontrar satisfecha una expectativa propia. Lo que es evidente en las relaciones contractuales con prestaciones recíprocas, pero que no deja de hacerse sentir la exigencia de reciprocidad en las relaciones de otro tipo. La buena fe se podría caracterizar como un criterio de conducta que se funda sobre la fidelidad del vínculo contractual y sobre el compromiso de satisfacer la legítima expectativa de la otra parte: un compromiso en poner todos los recursos propios al servicio del interés de la otra parte en la medida exigida por el tipo de relación obligatoria de que se trate; compromiso en satisfacer íntegramente el interés de la parte acreedora a la prestación”<sup>(118)</sup>.

San Alejo con estas enajenaciones ha incumplido un deber básico contractual en la medida en que estando el contrato vigente y, por ende, esos lotes comprometidos, procedió inconsultamente, y en contravía con la buena fe, a transferirlos violando un deber de conducta esencial inmerso en la relación jurídica proveniente del convenio de 25 de mayo de 1994. Se recuerda aquí por su pertinencia que la cláusula cuarta, parágrafo primero del contrato dispone: “Con el fin de desarrollar la Urbanización Prado Grande y construir y vender los inmuebles destinados a vivienda e industria, en los lotes que forman parte de este contrato, las partes contratantes convienen las siguientes reglas. Parágrafo primero: Para la ejecución del objeto de este contrato, San Alejo Ltda. transferirá a título de compraventa a Prodesic Ltda. los siguientes lotes que forman parte de la mencionada Urbanización Prado Grande; y a su vez Prodesic Ltda. construirá y venderá los inmuebles destinados a vivienda e industria”. Y dentro de esos lotes comprometidos en el contrato, se encontraban los que han sido enajenados a un tercero.

Este tribunal, por lo tanto, encuentra razón a la parte convocante en su reclamo y así habrá de declararlo en la parte resolutiva de este fallo. En efecto, está probado un deber básico contractual incumplido, un perjuicio para

Prodesic, consistente en la pérdida de la oportunidad de obtener ganancias por la imposibilidad definitiva de acometer la construcción y venta de unidades resultantes en los lotes ya enajenados, y no existe la prueba de un elemento extraño que pueda destruir el nexo causal existente entre ese ilícito contractual y el daño, o mejor, el perjuicio ocasionado a la sociedad convocante.

Con el fin de proceder a determinar los perjuicios por violación de este deber de conducta contractual, el tribunal tendrá en cuenta el dictamen pericial presentado por Ingeniería y Gerencia de Proyectos Ltda., Interproyectos Ltda., de septiembre 13 de 2004<sup>(119)</sup>, el cual sirve para calcular la utilidad esperada por la venta de los apartamentos en la manzana I vivienda de la Urbanización Prado Grande. La metodología aplicada es la utilizada en la respuesta del peritaje referido, a las preguntas A.1, A.2, A.3, A.17 y B.9<sup>(120)</sup>.

Para estimar la cantidad de metros vendibles en vivienda se utilizan índices de ocupación de la edificación sobre el lote del 37.5% y deducibles del 17.5% del área construida (correspondiente a puntos fijos) y el área obtenida se multiplica por el número de pisos de altura permitida (8 pisos).

Un margen de utilidad razonable para este tipo de proyectos, en épocas de normalidad del mercado inmobiliario, se ubica alrededor del 10% del valor total de las ventas de las viviendas construidas, incluido el valor del lote.

A continuación se presentan los cálculos para la manzana I -vivienda (porción que se había contemplado en el contrato para ser vendido a Prodesic):

Área útil manzana I = 13.354. M <sup>2</sup>
Índice de ocupación = 37.5% Área ocupada: 5.007,75 M <sup>2</sup>
Deducible de puntos fijos = 17.5% Área vendible por piso: 4.131,394 M <sup>2</sup>
Área vendible (en 8 pisos) = 33.051,152 M <sup>2</sup>
Precio M <sup>2</sup> para vivienda estrato 4 en el sector (sep/04) = \$ 987.256,95/M <sup>2</sup>
Valor total de las ventas = \$ 32'629.979,520
Utilidades esperadas (10%) = \$ 3.262.997.952 (Valor a septiembre 30 de 2004)
IPC septiembre /2004 = 152,5491
IPC octubre /2004 = 152,5261
Utilidades esperadas (10%) = \$ 3.262.505.986 (Valor a octubre 30 de 2004)

En consecuencia Promociones San Alejo deberá pagar a Prodesic la suma de \$ 3.262.505.986 (tres mil doscientos sesenta y dos millones quinientos cinco mil novecientos ochenta y seis pesos) por las utilidades esperadas en el evento en que la construcción de los lotes referidos se hubiese realizado o como señala la parte convocante en su pretensión: “utilidades a las que tenía derecho si hubiese desarrollado los proyectos de vivienda o de uso industrial o comercial, para los cuales estos predios se encontraban habilitados”.

## **12. Reconocimiento de honorarios profesionales por obras de urbanismo.**

Señala la parte convocante en su pretensión sexta lo que sigue: “Que además de los perjuicios deberá Promociones San Alejo Ltda. en liquidación reconocer a Prodesic S.A. los honorarios profesionales por la ejecución de las obras de urbanismo, actualizando dichos valores desde la fecha en que se ejecutaron las obras y hasta el momento de su pago real y efectivo”.

La característica de contrato atípico del acto de disposición de intereses de 25 de mayo de 1994, la cual fue expuesta *ab initio* de las consideraciones de este proveído, se refleja, inter alia, en la forma particular en que fue disciplinado el tema de los honorarios. En efecto, sus cláusulas respectivas no encajan, incluso, en las normas que sobre el contrato de construcción de obra disciplina el artículo 2060 del Código Civil. Como se sabe, en esta clase de contratos puede ocurrir que el constructor dirija la obra y el propietario sus costos, caso en el cual se estaría en

presencia de un contrato de administración. La otra opción se da cuando el constructor se compromete a ejecutar la construcción a cambio de un precio único, lo cual normalmente comprende todos los costos de la obra incluyendo los honorarios del profesional. Esto no fue lo previsto por las partes del contrato en análisis, de tal manera que, al igual que en la mayoría de las otras obligaciones del contrato, se deben aplicar, principalmente, las normas por ellas acordadas para disciplinar sus intereses.

Pues bien, la regla general en el tema de los honorarios consistió en que “Las obras de urbanismo las efectuará Prodesic Ltda., quien no cobrará honorarios profesionales por ello” (literal B cláusula décima segunda). La excepción a esta regla general se contempló en la cláusula décima tercera, parágrafo primero, así: “En el evento de incumplimiento del presente contrato de parte de San Alejo Ltda. en el pago del precio de las obras de urbanismo de los lotes de su propiedad, esta deberá pagar los honorarios profesionales de tales obras”. En esta última cláusula se reguló el pago de las obras de urbanismo ejecutadas por Prodesic en lotes que no hubiesen sido transferidos por San Alejo a Prodesic.

Así pues, el pago de los honorarios profesionales está supeditado a que se haya cumplido el pago de las obras de urbanismo en lotes de propiedad de San Alejo. Con esta sentencia se confirma de que en efecto, las obras de urbanismo fueron realizadas en lotes de San Alejo y que no han sido pagadas a Prodesic; por lo tanto, surge la obligación para aquel de cancelar los honorarios profesionales, los cuales ascienden a la suma de \$ 1.039.698.518 (mil treinta y nueve millones seiscientos noventa y ocho mil quinientos dieciocho pesos) correspondientes al 10% del valor actualizado de la inversión.

Es decir: el valor de la inversión (costo histórico) fue de \$ 4.681.696.256 (cuatro mil seiscientos ochenta y un millones seiscientos noventa y seis mil doscientos cincuenta y seis pesos); ese valor de inversión actualizado es de \$ 10.396.985.178 (diez mil trescientos noventa seis millones novecientos ochenta y cinco mil ciento setenta y ocho pesos). Por lo tanto el 10% sobre la inversión es \$ 1.039.698.518 (mil treinta y nueve millones seiscientos noventa y ocho mil quinientos dieciocho pesos).

El porcentaje del 10% como valor a aplicar por concepto de honorarios, se basa en el dictamen técnico en sus anexos cuadros 2.1, 2.2 y 2.3<sup>(121)</sup>.

### **13. Resumen y breves conclusiones sobre las pretensiones de la demanda y sus excepciones.**

No obstante que sobre las declaraciones y condenas pedidas al tribunal, este ha venido absolviéndolas en cada uno de los problemas jurídicos tratados, es conveniente por razones metodológicas hacer un epítome sobre las mismas, todo lo cual se verá reflejado en la parte resolutiva de este proveído.

La pretensión primera principal prospera en la medida en que para este tribunal existió un contrato atípico o innominado de colaboración empresarial desarrollado mediante acuerdos específicos como, por ejemplo, los instrumentos negociales con los cuales se enajenaron los lotes 6 y 7 de la manzana H. La pretensión segunda principal no prospera por cuanto Promociones San Alejo Ltda., no ha dado por terminado unilateralmente el acto de disposición de intereses de 25 de mayo de 1994. La tercera principal prospera parcialmente en cuanto está probado en el plenario que —San Alejo dispuso inconsúltamente de los superlotes 1 y 2 de la manzana I, mediante la escritura pública 2318 de 23 de septiembre de 2003, además porque Prodesic efectuó mejoras en esos lotes transferidos a un tercero y porque Prodesic perdió la oportunidad de ganancia si hubiese desarrollado proyectos de vivienda en los susodichos lotes; —no prospera respecto de enajenaciones de lotes correspondientes a las manzanas G y H que aparecen en la escritura pública No. 6265 de 26 de diciembre de 2001. La cuarta principal no prospera porque es una pretensión consecuencial de la segunda, la cual, como se ha dicho, ha sido desestimada por este tribunal. La quinta prospera en los valores señalados supra. La sexta principal prospera por las razones expuestas en el acápite anterior y la petición común, así llamada por la convocante, es admitida, por lo tanto las sumas reconocidas aparecen actualizadas. Todas estas decisiones deberán confrontarse con los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos en los diferentes acápite que conforman la parte considerativa de este pronunciamiento.

Técnicamente si prosperan las pretensiones, no hay necesidad de mirar las excepciones; empero para efectos de claridad respecto de las planteadas por la parte convocada valen los siguientes comentarios: La excepción

intitulada “Expiración del plazo acordado y, por consiguiente, extinción del contrato de 25 de mayo de 1994” no prosperó porque tal como con abundancia lo ha expresado el tribunal, el contrato fue prorrogado por las partes. La excepción denominada “Incumplimiento del contrato de 25 de mayo de 1994 por parte de Prodesic” tampoco prosperó porque incumplimiento no hubo y, más bien, lo que resultó probado en el proceso es que las partes fueron allanando de consumo las vicisitudes y dificultades que la obra iba teniendo.

Además, el período de crisis de la construcción, probado en el proceso, tuvo el efecto de que las partes prohijaran la prórroga del contrato. Sobre la llamada “De liquidación y cancelación de obras de urbanismo”, el tribunal es consciente de condenar a San Alejo a pagar lo que no ha sido pagado de las obras de urbanismo, por lo tanto, aparece descontado lo efectivamente pagado por él. Sobre la excepción “Falta de competencia del tribunal para dirimir controversias vinculadas con los lotes 6 y 7 de la manzana H”, el tribunal se expresó in extenso y manifestó, entre otras cosas, que la enajenación de esos lotes, eran desarrollo y ejecución del contrato del 25 de mayo de 1994.

Aquí se debe destacar, además, todo lo que dijo el tribunal en cuanto a la prórroga del contrato y el comportamiento asumido por las partes después del 18 de septiembre del año 2000. Finalmente, respecto de la compensación alegada como medio exceptivo por la convocada, el tribunal tuvo en la cuenta lo efectivamente pagado por San Alejo en las obras de urbanismo realizadas en los lotes transferidos a Prodesic.

#### **14. Demanda de reconvención y las excepciones de la parte contrademandada.**

Las pretensiones objeto de la demanda de reconvención deben ser desestimadas en su integridad, atendidas las razones expuestas a espacio a lo largo de esta providencia, ello por cuanto quedó establecido que el contrato de 25 de mayo de 1994 fue prorrogado, por un comportamiento inequívoco de las partes, después del 18 de septiembre del año 2000 y, además, porque también aparece probado que Prodesic realizó o ejecutó obras de urbanismo no solo en lotes o predios a ella transferidos, sino también en lotes que son en la actualidad propiedad de San Alejo o que han sido por este transferidos a terceros.

Así mismo, para este tribunal resultó claro que el término de ejecución establecido por las partes en el acto de disposición de intereses de 25 de mayo de 1994, no era un término resolutorio, sino un término de ejecución de contrato; en consecuencia, Prodesic no incumplió sus obligaciones y, en especial, las relacionadas con la ejecución de las obras de urbanismo.

Respecto de las excepciones planteadas por la parte contrademandada se debe señalar que la excepción intitulada “el contrato no ha terminado y sus efectos se siguen produciendo”, prospera en la medida en que tal como se consideró, el contrato no aparece terminado por voluntad de las partes y todavía se siguen ejecutando prestaciones derivadas de la vigencia de la relación jurídica proveniente del contrato de 25 de mayo de 1994.

La excepción nominada “de contrato no cumplido” prosperó en cuanto a las ventas de lotes a terceros mediante la escritura pública 2318 de 23 de septiembre de 2003. La excepción denominada “prórroga del contrato” prospera tal como con prolíjidad y abundancia se ha manifestado este tribunal en su parte considerativa. La prosperidad de esta excepción constituye punto basilar en el presente litigio. La excepción titulada “Fuerza Mayor” no prospera en razón de las consideraciones emitidas por el tribunal.

#### **15. Medida cautelar**

Por cuanto la decisión que se profiere no tiene efectos de carácter real en los inmuebles sobre los cuales recayó la medida cautelar decretada al inicio de este proceso, el tribunal ordenará la cancelación de su inscripción en los respectivos folios de matrícula. Por secretaría se enviarán los oficios de rigor a la oficina de instrumentos públicos respectiva.

#### **V. Condena en costas**

Como quiera que el tribunal ha encontrado prósperas la mayoría de las pretensiones formuladas por la parte actora, de acuerdo con lo atrás expuesto, y así lo reconocerá en la parte resolutiva de este laudo, corresponde, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, pronunciar

condena en costas en forma parcial. Por lo tanto, estima el tribunal que la convocada soporte el 80% de las costas causadas con ocasión de este proceso.

En consecuencia, el tribunal procederá a imponer la condena en costas a cargo de las partes en los siguientes términos:

#### A. Honorarios del árbitro, la secretaría y gastos del tribunal

Honorarios de los árbitros	\$ 275.865.000
IVA 16% aplicable a los honorarios de un árbitro	\$ 14.712.800
Honorarios de la secretaría	\$ 45.977.500
IVA 16%	\$ 7.356.400
Gastos de Funcionamiento y administración - cámara de comercio de Bogotá	\$ 18.855.000
IVA 16%	\$ 3.016.800
Protocolización, registro y gastos	\$ 55.302.500
Total	\$ 421.086.000
80% a cargo de Promociones San Alejo Limitada	\$ 336.868.800
50% pagado por cada parte	\$ 210.543.000
Total a cargo de Promociones San Alejo Limitada	\$ 126.325.800

#### B. Honorarios de los peritos

Honorarios de la perito Gloria Zady Correa	\$ 12.000.000
IVA 16%	\$ 1.920.000
Total	\$ 13.920.000

Los anteriores honorarios fueron pagados en su totalidad por la parte convocante.

80% a Cargo de Promociones San Alejo Limitada	\$11.136.000
Honorarios del perito Interproyectos Limitada	\$63.148.800
IVA 16 %	\$10.103.808
Total	\$73.252.608
80% a Cargo de Promociones San Alejo Limitada	\$58.602.086
50% ya pagado por cada parte	\$36.626.304
Total a cargo de Promociones San Alejo Limitada	\$21.975.782

#### C. Agencias en derecho:

El tribunal fija el valor de las agencias en derecho tomando como parámetro la tarifa señalada para un árbitro	\$ 91.955.000
80% a cargo de Promociones San Alejo Limitada	\$ 73.564.000

Total costas y agencias en derecho a cargo de Promociones San Alejo Limitada (en liquidación):	\$ 233.001.582
--	----------------

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida “Protocolización, registro y otros”, se ordenará su devolución si a ello hubiera lugar.

## VI. Decisión

En mérito de lo expuesto, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, el tribunal de arbitramento,

RESUELVE:

1. Declarárase probada la pretensión primera principal de la demanda. En consecuencia, declárese que entre las partes existió un contrato innominado complementado por otros acuerdos o convenios que generó obligaciones entre las partes, las cuales fueron objeto de análisis en la parte motiva de este laudo.
2. Declarárase probada parcialmente la pretensión tercera principal con los alcances señalados en la parte considerativa de este proveído.
3. Condénase, de conformidad con la pretensión quinta principal de la demanda, junto con la petición común a todas las pretensiones, a San Alejo Ltda. en liquidación a pagar a Prodesic S.A., dentro de los quince días siguientes a la ejecutoria de este laudo, las siguientes sumas:
  - a) Por obras de urbanismo la suma de tres mil quinientos dos millones quinientos noventa y ocho mil ochocientos ochenta y siete pesos con cuarenta y cuatro centavos (\$ 3.502.598.887,44); y
  - b) Por utilidades a las que tenía derecho si hubiese desarrollado los proyectos de los lotes enajenados mediante la escritura pública 2318 de 23 de septiembre de 2003 de la Notaría Novena del Círculo de Bogotá, la suma de tres mil doscientos sesenta y dos millones quinientos cinco mil novecientos ochenta y seis pesos (\$ 3.262.505.986).
4. Declarárase probada la pretensión sexta principal, en consecuencia el valor por honorarios que San Alejo Ltda. en liquidación debe a pagarle a Prodesic S.A. es de mil treinta y nueve millones seiscientos noventa y ocho mil quinientos dieciocho pesos (\$ 1.039.698.518), suma que deberá cancelarse dentro de los quince días siguientes a la ejecutoria de este laudo.
5. Deniéganse las pretensiones segunda y cuarta principales de la demanda.
6. Deniéganse la totalidad de las pretensiones de la demanda de reconvenCIÓN.
7. Condénase a San Alejo Limitada en liquidación a pagar por concepto de costas, incluyendo agencias en derecho, dentro de los quince días siguientes a la ejecutoría de este laudo, la suma de doscientos treinta y tres millones mil quinientos ochenta y dos pesos (\$ 233.001.582) equivalente al 80% de las costas liquidadas en la parte motiva de esta providencia.
8. Ordénase el levantamiento de la inscripción de proceso. Por secretaría envíense los oficios de rigor a la oficina de registro e instrumentos públicos respectiva.
9. Se dispone la entrega a cada uno de los árbitros y a la señora secretaria, del saldo restante de sus honorarios.
10. Por secretaría, expídanse copias auténticas de este laudo con destino a las partes, al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá y al representante del Ministerio Público, con las constancias de ley.
11. Protocolícese, en la oportunidad de ley, este expediente en una de las notarías del círculo de Bogotá, con cargo al rubro de protocolizaciones. Para el efecto, se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare si

la suma decretada y recibida para este fin resultare insuficiente.

Notifíquese y cúmplase.

*Ernesto Rengifo García, Presidente—Adriana Polanía Polanía, árbitro—Gaspar Caballero Sierra, árbitro.*

*Gabriela Monroy Torres, Secretaria.*

---