

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

BANCO COMERCIAL AV. VILLAS S.A.

V/S

LEONOR MONDRAGON SALAS

Santiago de Cali, Octubre treinta y uno (31) de dos mil tres (2003).

Encontrándose surtido en su totalidad el trámite arbitral, conocida la alegación de la parte convocante y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, el Tribunal procede dentro del término legal a proferir el siguiente

LAUDO

I.- ANTECEDENTES :

- 1. Las partes suscribieron un contrato “mediante el cual se concede un derecho de habitación con opción de readquisición de vivienda”, llamado anexo No.5 de calenda 30 de Enero de 2001 (folios 013 a 016 de cdo. No.1).*

En su cláusula vigésima segunda (22) fue pactada cláusula compromisoria, en los siguientes términos:

“CLAUSULA COMPROMISORIA, *Las diferencias que surjan con ocasión del presente contrato, se someterán a un Tribunal de Arbitramento conformado por tres (3) árbitros designados por la Cámara de Comercio del lugar de ubicación del inmueble objeto del presente contrato. La decisión se formará con el voto de dos (2) de los tres (3) árbitros y el fallo será en derecho. El trámite se sujetará a lo previsto en la ley 546 de 1999 sobre arbitramento.”*

Con base en tal cláusula, la Corporación de Ahorro y Vivienda AV.Villas (antes), hoy, Banco Comercial AV.Villas S.A , por conducto de apoderada judicial, solicitó al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, en mérito de no tener la Cámara de Comercio de Palmira un Centro de Conciliación, ya que en ese municipio se localiza el inmueble objeto del contrato afecto al Arbitramento, encargado de dirimir

en derecho la controversia suscitada entre la Corporación de Ahorro y Vivienda AV. Villas de una parte y la señora Leonor Mondragón Salas, como usuaria de un derecho de habitación, de otra parte, en razón del contrato suscrito entre ellas.

2. *Admitida la solicitud, la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, procedió a notificar a la parte convocada la solicitud formulada por la Corporación de Ahorro y Vivienda AV. Villas, quien inicialmente no se dio por notificada, debiendo el Centro de Conciliación y Arbitraje designarle un curador Ad-litem, lo que recayó en el Dr. Flavio Delgado Rivera.*

Este aceptó y bajo tal calidad le fue notificada la demanda, con fecha 2 de Septiembre de 2002, procediendo a contestarla y proponiendo excepciones. De ello se dio traslado a la parte convocante, quien se opuso a la excepción aducida por la parte contraria, con fecha 27 de Septiembre de 2002.

3. *La Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, llevó a cabo la audiencia de conciliación prevista en el numeral 2 del artículo 121 de la ley 446 de 1998, el día 17 de Octubre de 2002 a las 9:00 a.m., convocada mediante notificación previa a las partes y sus apoderados en propiedad y de oficio. Se hicieron presentes la representante legal de la parte convocante, su apoderada judicial y el Dr. Flavio Delgado Rivera, curador ad-litem de la parte convocada, la Directora del Centro como conciliadora. Tal audiencia fracasó en razón de estar representada la parte convocada por curador Ad-litem, quien ante la ley carece de facultad para conciliar.*
4. *Habiendo fracasado la conciliación, en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, se verificó el acto de nombramiento de árbitros, por parte de la Cámara de Comercio de Palmira, habiendo quedado definitivamente integrado por los doctores JUAN RAMON BARBERENA HIDALGO, HUMBERTO BUENO CARDONA Y MARIELA CARRILLO BEDOYA, los cuales previa aceptación de sus cargos, procedieron a tomar posesión de los mismos, y verificando la declaración de independencia hacia las partes.*
5. *El trámite prearbitral, en ese momento experimentó el fallo de la Corte Constitucional de 22 de noviembre de 2002, en el cual se le eliminaron tales funciones a los Centros de Conciliación y Arbitraje de todas las Cámaras de Comercio del país, entregándose el expediente al Tribunal de Arbitramento nombrado, quien citó a las partes para la audiencia de*

instalación del mismo., lo cual se llevó a cabo el día 25 de Febrero de 2003. En ésta fue nombrado como presidente el Doctor JUAN RAMON BARBERENA HIDALGO y como secretaria la Doctora YILDA CHOIS PAZMIN, y fueron fijados los honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal.

- 6. Previa consignación del total de los gastos de administración y funcionamiento por parte de a Corporación de Ahorro y Vivienda AV.Villas (antes), hoy Banco Comercial AV. Villas S.A., hecho oportunamente, ante la ausencia de la parte convocada, se inició la primera audiencia de trámite el día 20 de Marzo de 2003, en la cual se tomó posesión a la secretaria por parte del presidente del Tribunal de Arbitramento y luego éste examinó la cláusula compromisoria pactada en el contrato suscrito entre las partes, así como las pretensiones y excepciones formuladas, declarando su competencia para conocer las diferencias sometidas, a su decisión. Se decretaron las pruebas a instancia de la parte convocante y de oficio.*
- 7. En la continuación de la primera audiencia de trámite con fecha 21 de Abril de 2003, el Tribunal encontró una serie de anomalías en el trámite de notificación a la parte convocada, en abierta violación de los incisos 1, 2 y 3 del art.320 del C. de P.C., aplicable por extensión a este proceso arbitral, por lo cual en auto No.4 de calenda Abril 21 de 2003 decretó la nulidad de lo actuado en relación a la notificación personal de la demanda-solicitud de convocatoria- a la parte convocada, comprendida entre los folios 037 a 053 del cuaderno No.1 o principal inclusive.*
- 8. Ante ello, se rehizo la actuación y se procedió a notificar personalmente la solicitud de integración de Tribunal de Arbitramento a la parte convocada en cabeza de la señora Leonor Mondragón Salas, con fecha 21 de Abril de 2003.*
- 9. La parte convocada una vez se notificó personalmente de la aludida solicitud, dió poder al abogado Diego José Fernando Giraldo Ovalle, quien aceptó tal mandato y con fecha 5 de Mayo de 2003, presentó escrito de contestación a la solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento del Banco Comercial AV. Las Villas S.A., en donde propuso excepciones de fondo o mérito.*
- 10. La parte convocante a través de su apoderada judicial presentó reforma a la demanda- solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento, a la cual se le dió el trámite de ley.*
- 11. Se repitió la audiencia de conciliación ante la declaratoria de*

nulidad ya conocida con fecha 20 de Junio de 2003, en donde estuvieron presentes el representante legal de la parte convocante, su apoderada judicial, la parte convocada y su apoderado y el Tribunal con todos sus árbitros como conciliadores sin que se hubiese logrado acuerdo entre las partes sobre la controversia planteada.

12. Con fecha Julio 18 de 2003, en auto No.10, el Tribunal de Arbitramento procedió a decretar nuevamente pruebas a favor de cada parte, según las solicitudes respectivas.

II.- LOS HECHOS :

Los hechos en que se fundamentan tanto la demanda inicial como su reforma, pueden sintetizarse así:

2.1 “La Corporación de Ahorro y Vivienda AV. Villas, hoy BANCO COMERCIAL AV. VILLAS, por documento privado de fecha 30 de enero de 2001, celebró un contrato “mediante el cual le concedió un derecho de habitación con opción de readquisición” , a la señora LEONOR MONDRAGON SALAS, en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la ley 546 del 23 Diciembre de 1999, sobre una casa de habitación unifamiliar de dos pisos y el lote sobre el cual se encuentra construida, con área construida de 74.767 M2, de la Urbanización “Bosques de Morelia”, sector 2, manzana “A”, ubicada en la Calle 52 número 28 – 129 de la actual nomenclatura de la ciudad de Palmira, consta de tres alcobas, sala comedor, baño social, baño de alcobas y baño alcoba principal, patio, cocina con mueble semi integral, comprendido dentro de los siguientes linderos especiales: NORTE: con la Calle 52, SUR: con el lote número 42, OESTE: con el lote número 1; ESTE: con el lote número 3.

LINDEROS GENERALES: NORTE: con el zanjón Mirriñaio, SUR: con la calle 48 en línea quebrada, ORIENTE: con la carrera 28 y OCCIDENTE: con la carrera 31.

A este inmueble le pertenece el folio de matrícula inmobiliaria número 378-87701 de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Palmira”.

2.2 “El artículo 46 de la ley 546 del 23 de diciembre de 1999, establece:

“

“Opción de readquisición de vivienda. Durante el año siguiente a la vigencia de la presente ley, quienes entreguen o hayan entregado en dación en pago su vivienda, tendrán opción para readquisición siempre que no haya sido enajenada por el respectivo establecimiento de crédito. En caso de que haya sido enajenada, el establecimiento de crédito podrá ofrecer, en las mismas condiciones, oro inmueble de propiedad de la entidad sobre el cual no se haya ejercido por parte de su anterior propietario, la opción de readquisición de vivienda.

La opción se pactará en un contrato que suscribirán el deudor que entrega el inmueble en dación en pago y la respectiva entidad financiera, en el que se harán constar los derechos y las obligaciones del titular de la opción y de la entidad financiera, de conformidad con las siguientes reglas:

Numeral 1°: Al momento de celebrarse el contrato, el inmueble objeto del mismo deberá ser avaluado en los términos consagrados en la presente ley. Dicho avalúo servirá de base para determinar el precio mensual del arrendamiento que no podrá exceder del cero punto ocho por ciento (0.8%) del valor del avalúo y el de la opción de readquisición, en los términos que se señalan en los numerales 5 y 6 de este artículo.

Numeral 2°: El titular de la opción tendrá el derecho real de habitación sobre el mismo, mediante el pago de un canon mensual.

Numeral 3°: El establecimiento de crédito ofrecerá en venta el inmueble objeto del contrato al titular de la opción.

Numeral 8°: La restitución del inmueble objeto de la operación se sujetará a lo dispuesto para el comodato precario.

Numeral 11°: El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas tanto del contrato que incorpora el derecho de habitación como del de ahorro programado, dará lugar a la terminación del contrato especial aquí señalado”.

2.3 “El término de duración del contrato se convino en tres (3) años, contados a partir del día 30 del mes de enero del año dos mil uno (2001), y se estipuló como precio mensual por el derecho de habitación del inmueble, la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MIL SETECIENTOS DOCE PESOS MONEDA LEGAL (\$241.712.00), suma de dinero que corresponde al cero punto ocho por ciento (0.8%) del valor del avalúo pericial del inmueble, suma de dinero que el demandado debería pagar a la Corporación de Ahorro y Vivienda AV Villas hoy Banco Comercial AV Villas, los cinco primeros días de cada vencimiento, sin interrupción”.

2.4 “La señora LEONOR MONDRAGON SALAS, ha incumplido los pagos señalados en el contrato mediante el cual se concede un derecho de habitación con opción de readquisición de vivienda y ha incurrido en mora, así:

FECHA DE PAGO	VALOR A PAGAR	FECHA DE PAGO REAL	VALOR CANCELADO REAL
30 de enero de 2001	241,712	1 de enero de 2001	241,712
28 de febrero de 2001	241,712		NO PAGO
30 de marzo de 2001	241,712	1 de marzo de 2001	241,712
30 de abril de 2001	241,712	1 de abril de 2001	241,712
30 de mayo de 2001	241,712	1 de mayo de 2001	241,712
30 de junio de 2001	241,712	1 de junio de 2001	241,712
30 de julio de 2001	241,712	1 de julio de 2001	241,712
30 de agosto de 2001	241,712	1 de agosto de 2001	241,712
30 de septiembre de 2001	241,712		NO PAGO
30 de octubre de 2001	241,712	1 de octubre de 2001	241,712

30 de noviembre de 2001	241,712	22 de noviembre de 2001	241,712
30 de diciembre de 2001	241,712		NO PAGO EN LA FECHA CONVENIDA
30 de enero de 2002	241,712	16 de enero de 2002	483,424
28 de febrero de 2002	241,712	26 de febrero de 2002	241,712
30 de marzo de 2002	241,712	14 de marzo de 2002	241,712
30 de abril de 2002	241,712	5 de abril de 2002	241,712
30 de mayo de 2002	241,712	27 de mayo de 2002	241,712
30 de junio de 2002	241,712		NO PAGO EN LA FECHA CONVENIDA
30 de julio de 2002	241,712	19 de julio de 2002	483,424
30 de agosto de 2002	241,712	27 de agosto de 2002	241,712
30 de septiembre de 2002	241,712	23 de septiembre de 2002	241,712
30 de octubre de 2002	241,712	22 de octubre de 2002	241,712
30 de noviembre de 2002	241,712	27 de noviembre de 2002	241,712
30 de diciembre de 2002	241,712	30 de diciembre de 2002	241,712
30 de enero de 2003	241,712		NO PAGO EN LA FECHA CONVENIDA
28 de febrero de 2003	241,712	11 de febrero de 2003	483,424
30 de marzo de 2003	241,712		NO PAGO
30 de abril de 2003	241,712	22 de abril de 2003	241,712

2.5 *“Como consecuencia de lo anterior el Banco, solicitó a la habitadora la restitución del inmueble, en atención a lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 46 de la Ley 546 de 1999, que establece que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas en el contrato que concede el derecho de habitación, dará lugar a la terminación del convenio y a la consiguiente restitución del inmueble objeto del mencionado contrato”.*

“El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas tanto del contrato que incorpora el derecho de habitación como del de ahorro programado, dará lugar a la terminación del contrato especial aquí señalado”.

2.6 *“En la Cláusula Décima Cuarta, literal d., se convino que el no pago por parte del habitador del canon en la forma y plazo señalados en este contrato, sería causal de terminación del contrato”.*

2.7 *“A pesar de los requerimientos realizados por la Corporación de Ahorro y Vivienda AV VILLAS hoy Banco Comercial AV VILLAS, a la habitadora para obtener la entrega del inmueble, por incumplimiento de las obligaciones por ella adquiridas, esta se ha negado a restituir el inmueble.*

2.8 *“La señora LEONOR MONDRAGON SALAS, en su calidad de habitadora, facultó expresamente a la CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA AV. VILLAS hoy BANCO COMERCIAL AV.VILLAS, para dar por terminado el contrato en cualquier tiempo y exigir la restitución del inmueble, sin necesidad de reconvencción alguna, en caso del incumplimiento de la obligación de pagar oportunamente el canon previsto.*

2.9 *“ El numeral octavo del artículo 46 de la ley 546 de 2001, establece que la restitución del inmueble objeto de la operación se sujetará a lo dispuesto para el comodato precario.*

“La restitución del inmueble objeto de la operación se sujetará a lo dispuesto para el comodato precario”.

2.10 *“ Que de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil, el comodato precario es aquel en el que el comodante puede pedir la restitución en cualquier tiempo y comodatario tiene la obligación de restituirlo cuando se le solicita.*

“El comodato toma el título de precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la cosa prestada en cualquier tiempo”.

2.11 *“El Banco Comercial AV Villas es el actual propietario inscrito de los inmuebles entregados a título de derecho de habitación, cuya restitución se pretende con el presente proceso: mediante el contrato de concesión del derecho de habitación con opción de compra, y únicamente le concedió al demandado la mera tenencia de los inmuebles”.*

Estos hechos fueron contestados para la parte convocada, admitiendo unos y negando otros.

III.- PRETENSIONES Y EXCEPCIONES :

Las pretensiones de la parte convocante aducidas inicialmente en la solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento y luego en su reforma se concretan a: 1. Que se declare el incumplimiento del contrato ya conocido por la parte convocada y por lo tanto se declare terminado el mismo, en relación al derecho de habitación con opción de adquisición de vivienda que se le concedió ante el no pago de cánones se condene a tal parte a restituir el bien inmueble; 2. Igualmente se condene a tal parte al pago de los cánones del mes de Febrero de 2001, del mes de septiembre de 2001 y del mes de Marzo de 2003 y los que se causen hasta que se produzca la entrega material del inmueble entregado, que se ordene la práctica de la diligencia de entrega material del inmueble, dado a título de Derecho de habitación con opción de

readquisición de vivienda a favor de la parte convocante. 3. Que se ordene igualmente la entrega de tal bien inmueble totalmente al día en materia de pago de servicios públicos, alcantarillado, teléfono y gas domiciliario, como también al día en el pago de la cuota de administración. 4. Que se condene a la parte convocada al pago de la cláusula penal pactada en el referido contrato y al pago de las cuotas y gastos que se originen con ocasión del presente proceso arbitral.

A las pretensiones de la parte convocante contenidas en su demanda inicial, - ya que guardo silencio respecto a la reforma a la demanda -, la parte convocada a través de su gestor judicial, se opuso a la demanda - solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento – y propuso excepciones de mérito llamadas así: “Excepciones de pago y cumplimiento de la convención”, “carencia de elementos fácticos para iniciar la demanda, terminación del contrato y cobro de la cláusula penal”, “ Mala fé del demandante” y la “Innominada”.

IV.- PRUEBAS :

Sin entrar a examinar en este punto la valoración que de cada prueba hizo el Tribunal, fueron apreciadas las siguientes probanzas, decretadas y practicadas en el mismo:

PEDIDAS POR EL BANCO COMERCIAL AV. VILLAS S.A. :

- a) **Interrogatorio de parte:** *De Leonor Mondragón Salas – parte convocada -, producido en audiencia del día 11 de Agosto de 2003, (folios 049 a 057 del cdo. # 5. Pruebas).*
- b) **Prueba documental:** *Se allegaron al expediente con la demanda inicial para su consideración:*
- *Copia autentica del contrato de habitación con opción de readquisición de un inmueble, celebrado el 30 de Enero de 2001, entre la Corporación de Ahorro y Vivienda Av Villas y la señora Leonor Mondragón Salas, junto con un documento llamado anexo No.4.*
 - *Comunicaciones en número de dos (2) acerca de terminación de un contrato de habitación con opción de readquisición de un inmueble, emitidas por el Banco Comercial Av. Villas y dirigidas a las señora Leonor Mondragón Salas, de fechas 27 de Diciembre de 2001 y 10 de Enero de 2002, junto con fotocopia autenticada del*

comprobante de envió de tales comunicaciones, por vía de correo certificado de ADPOSTAL de tales fechas.

- Certificado del Dane sobre el IPC, para el año 2002.
 - Folio de Matrícula Inmobiliaria No.378-87701 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Palmira.-Valle.
- c) **Oficios:** Se libró al Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE- para que informara sobre cual ha sido el índice de precios al consumidor durante los años 2001, 2002, 2003 para establecer el canon pactado.
- d) **Dictamen Pericial :** Se obtuvo un dictamen pericial, rendido por el perito financiero – contador – JOSE SANDOVAL SANDOVAL, con T.P.No.27404 T, con ocasión de cuestionario que le fue sometido por la apoderada de la parte convocante sobre puntos como : Si la convocada pagó el precio pactado en las fechas que enunció o relacionó o si pagó en fecha diferente, confrontación de sumas pagadas por la convocada y las que se debían pagar por la misma.

PEDIDAS POR LA SEÑORA LEONOR MONDRAGON SALAS :

a) Documentales :

- Once (11) recibos de pago en copia al carbón y fotocopia, de Enero a Diciembre de 2001, Doce (12) recibos de pago de Enero a Diciembre de 2002, Cuatro (4) recibos de pago de Enero a Abril de 2003, efectuadas a favor de acreedor AV Villas.
- b) **Interrogatorio de parte :** Del representante legal del BANCO COMERCIAL AV VILLAS, el Dr. Germán Barriga Garavito (parte convocante), producido en audiencia del día 11 de Agosto de 2003 (folios 037 a 048, cdo. No.5, pruebas).
- c) **Oficios:** Fueron librados a la entidad llamada ADPOSTAL, sede Cali, para que informe al Tribunal sobre el resultado de los envíos efectuados por AV Villas a la señora Leonor Mondragón Salas el 27 de Diciembre de 2001, el cual consta en la factura de venta No.R-2C1494258 de fecha 10 de Enero de 2002, en especial si fueron recibidos personalmente por la parte convocada y firmados por ella.

V.- ALEGATOS :

Solo hizo uso de tal evento, la parte convocante a través de memorial allegado al Tribunal por su apoderada judicial a través de correo desde Santafé de Bogotá, que no tenía presentación personal verificada ni ante Juez de la República ni ante Notario Público.

VI.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL :

1. Existencia del Contrato :

Para que el tribunal pueda pronunciarse sobre las peticiones de las partes debe definir en primer término, si hubo o no contrato y cómo se perfeccionó. Aún cuando no se trata en este punto de resolver una petición expresa de las partes, es evidente que, en la medida en que una de ellas, mediante las excepciones propuestas, controvierte la forma de cumplimiento del contrato, es preciso definir la existencia de éste, como presupuesto indispensable, además para resolver las solicitudes atinentes a la terminación del contrato por incumplimiento, así como las consecuencias de dicho incumplimiento.

*El tribunal encuentra que dentro de los medios de prueba documentales de la demanda - solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento – de la parte convocante aparece en el expediente, el documento privado denominado Anexo No.5, “contrato mediante el cual se concede un derecho de habitación con opción de readquisición de vivienda”, y que se reitera como existente en el hecho primero del aludido escrito, sobre el cual la parte convocada a través de su apoderado judicial reitera como **cierto** en su existencia como relación jurídica entre las mismas partes.*

De la sola lectura del texto del contrato y de lo expuesto en las declaraciones de las partes convocante y convocada, más las argumentaciones de los apoderados de las partes en su demanda, reforma y contestación a la demanda y excepciones de fondo, apunta claramente hacia la conclusión consistente en que el querer de los contratantes está relacionado con un contrato que concede el derecho de habitación con opción de readquisición de vivienda creado bajo los designios de la ley 546/99 y que es ley para las partes acorde a lo rituado en el art.1602 del C.C., aplicable por extensión a este evento. El tribunal juzga que el contrato glosado a folios 013 a 016 del cdo. No.1 principal (solicitud de convocatoria) y que aportó la parte convocante y que

no desconoció hasta la presente y por tanto, tiene total fuerza vinculante entre las partes al haber sido legalmente celebrado, siendo por tanto intangible y absoluto.

2. Responsabilidad contractual entre el BANCO COMERCIAL AV VILLAS S.A. y LEONOR MONDRAGON SALAS.

El art. 46 de la ley 546 de 1999 (Dic.23) establece:

“Opción de readquisición de vivienda. Durante el año siguiente a la vigencia de la presente ley, quienes entreguen o hayan entregado en dación en pago su vivienda, tendrán opción para readquisición siempre que no haya sido enajenada por el respectivo establecimiento de crédito. En caso de que haya sido enajenada, el establecimiento de crédito podrá ofrecer, en las mismas condiciones, otro inmueble de propiedad de la entidad sobre el cual no se haya ejercido por parte de su anterior propietario, la opción de readquisición de vivienda.

La opción se pactará en un contrato que suscribirán el deudor que entrega el inmueble en dación en pago y la respectiva entidad financiera, en el que se harán constar los derechos y las obligaciones del titular de la opción y de la entidad financiera, de conformidad con las siguientes reglas:

“

1.) Al momento de celebrarse el contrato, el inmueble objeto del mismo deberá ser avaluado en los términos consagrados en la presente ley. Dicho avalúo servirá de base para determinar el precio mensual del arrendamiento que no podrá exceder del cero punto ocho por ciento (0.8%) del valor del avalúo y el de la opción de readquisición, en los términos que se señalan en los numerales 5 y 6 de este artículo.

“

2.) El titular de la opción tendrá el derecho real de habitación sobre el mismo, mediante el pago de un canon mensual.”

“

3.) El establecimiento de crédito ofrecerá en venta el inmueble objeto del contrato al titular de la opción.”

“

4.) El establecimiento de crédito estará obligado a mantener la oferta por el término pactado en el contrato, el cual no podrá exceder de tres (3) años.”

“

5.) El precio de la oferta será el valor comercial del inmueble, en la fecha anterior en que el titular de la opción decidiera ejercerla.”

“

6.) *En el momento de hacerse efectiva la oferta, la valorización del inmueble se compartirá por partes iguales entre el establecimiento de crédito y el titular de la opción.*”

“

7.) *El titular de la opción deberá cumplir durante todo el plazo de la oferta, un programa de ahorro que tendrá, además de los beneficios previstos para el programa de ahorro para el fomento de la construcción –AFC-, un subsidio del Estado consistente en un abono de un peso por cada peso ahorrado por el titular de la opción, sin que exceda en ningún caso del quince por ciento (15%) del valor comercial del bien establecido al momento de la celebración del contrato especial previsto en esta ley, el cual se hará efectivo solo cuando se concrete la venta. Vencido el plazo de la oferta, si ésta no se aceptare, su titular deberá devolver al establecimiento de crédito el inmueble en el mismo estado en que lo recibió y podrá disponer del dinero ahorrado, deducido el valor del subsidio.*”

“

8.) *La restitución del inmueble objeto de la operación se sujetará a lo dispuesto para el comodato precario.*”

“

9.) *Podrá pactarse que las diferencias entre las partes sean sometidas a decisión arbitral en los términos de la presente ley.*”

“

10.) ***El inmueble objeto del contrato deberá estar asegurado durante todo el plazo por los riesgos que determine el Gobierno Nacional. (la negrilla es nuestra)***”

“

11.) *El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas tanto del contrato que incorpora el derecho de habitación como del de ahorro programado, dará lugar a la terminación del contrato especial aquí señalado.*”

2.1. *De la lectura de contrato llamado “contrato por el cual se concede un derecho de habitación con opción de readquisición de vivienda” se colige que el término de duración del mentado contrato, aparece extendido por tres (3) años, contados a partir del día 30 de Enero de 2001 y en donde se estipuló inicialmente como contraprestación mensual por el derecho de habitación del inmueble, la suma de \$241.712.00 m/cte (Doscientos Cuarenta y Un Mil*

Setecientos Doce Pesos), suma de dinero que acorde al mismo contrato correspondía al cero punto ocho por ciento (0.8%) del valor del avalúo pericial del inmueble, que fue aceptado por las partes convocante y convocada en su momento, y que según la cláusula TERCERA - PRECIO del contrato en mención, la habitadora y hoy convocada Señora Leonor Mondragón Salas debía pagar continua e ininterrumpidamente, mes a mes, en las oficinas de Av Villas, en la Carrera 4ª. No.7-61, piso 1° de Cali, dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes y durante todo el tiempo que tal habitadora esté habitando el inmueble. Estableciéndose igualmente que para los años segundo y tercero de vigencia del contrato, el valor del cánnon (sic) se incrementara en un porcentaje equivalente al índice de precios al consumidor certificado por el DANE, correspondiente a los doce (12) meses calendario inmediatamente anteriores del inicio del nuevo período anual.

2.2. Esta situación fue corroborada inicialmente por la convocada señora LEONOR MONDRAGON SALAS, por vía de confesión, al contestar afirmativamente en tal sentido en el interrogatorio de parte que le hizo la apoderada de la parte convocante (folio 050 cdo. No.5, pruebas) y que luego el señor perito señor José F. Sandoval Sandoval, ratificó en su experticia visible a folios 068, 069, 070 del cdo. No.5, pruebas, el cual no fue objetado por las partes.

2.3. Surge entonces, si acorde a lo pactado en el mentado contrato que tiene fuerza vinculante para las partes otorgantes, la habitadora Leonor Mondragón Salas, ha o no incumplido el mismo, en cuanto al pago oportuno y valor correspondiente de los cánones para el año 2001, luego el año 2002 y el año 2003 en curso? ¿Si estará en mora en el pago del canon?

En el caso presente, con la prueba aportada por la parte convocante en el dictamen pericial –no objetado- y que fue corroborada por la misma parte convocada en el aporte de prueba documental (copias de recibos de pago) con la contestación a la demanda, se colige :

- a) Que para el año **2001**, acorde al IPC vigente y dentro de los términos del contrato No.5 y su anexo No.4 la señora Leonor Mondragón Salas, cancelo mes a mes, la suma de \$241.712.00 m/cte, fuera del término estipulado – dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes -.*
- b) Que para el año **2002**, acorde al IPC vigente y cláusulado pactado entre las partes del mentado contrato No.5 y su anexo No.4 la señora Leonor Mondragón Salas, debía cancelar la suma de \$260.202.96 m/cte, cada mes,*

habiendo cancelado únicamente el valor de \$241.712.00 m/cte, diferente al que debía pagar en ese entonces consecuentemente, pero igualmente fuera del plazo estipulado.

c) Que para el año **2003**, en su tiempo transcurrido, hasta el mes de Abril según prueba conocida en el expediente, el valor de la contraprestación a pagar según el IPC, y las cláusulas del contrato No.5 y su anexo No.4, era de \$278.391.00 m/cte, y la convocada señora Leonor Mondragón Salas, canceló la suma de \$241.712.00 m/cte, igualmente fuera del plazo estipulado y en diferente monto.

2.4. “Por consiguiente, no encuentra el Tribunal validez en Derecho y de hecho a las Excepciones aducidas por el señor apoderado de la parte convocada, en cuanto a “el pago y cumplimiento de lo convenido”; ni que “no existan elementos fácticos para iniciar la demanda”; e invocar “la terminación del contrato y el cobro de la cláusula penal ante incumplimiento”; que haya “Mala fé de la convocante”; ni la “Innominada”, antes por el contrario lo que si es valedero y verificable, por vía pericial o de matemática financiera, es que la parte convocada actuó con culpa al verificar para todos los años transcurridos de la vigencia del contrato ya destacado, el pago del canon fuera del plazo señalado en el mismo que en los años 2002 y parte del 2003 inclusive, pagó por valor inferior al que debía pagar según lo pactado en el referido negocio jurídico. Lo cual es un hecho fundamental probado para este Tribunal que le permite afirmar y reconocer el incumplimiento de la convocada respecto a las obligaciones a su cargo en mentado contrato.

2.5. En el contrato traído al expediente y ya declarado como existente en acápite anterior, en la cláusula **DECIMA CUARTA.- TERMINACION DEL CONTRATO**, determina en el literal B) como causal de terminación : **El incumplimiento de las obligaciones previstas en el presente contrato y en el literal D) reitera como causal de terminación : El no pago por parte de EL HABITADOR del canon en la forma y plazo señalados en este contrato**, o de los servicios públicos o de las cuotas de administración. (La negrilla es nuestra).

Como estamos ante un contrato conmutativo y oneroso según lo demuestra el cláusulado literal, en donde existe la simetría contractual en relación a las obligaciones que contraen las partes, cada una obligándose a favor de la otra, en una total equivalencia; entrega de un bien para su goce y pago por tal goce, la parte llamada EL HABITADOR frente a

AV VILLAS ha incumplido sus obligaciones principales de pago en forma y tiempo estipulados, lo cual trae como consecuencia la terminación anticipada del contrato, con su consecuencial efecto, que es la restitución del bien inmueble entregado.

Ello lo ratifica el art. 870 del C. de Cio., aplicable al presente caso, al ser un acto de comercio ejecutado por una sociedad comercial como es el Banco Comercial AV Villas, así:

*“En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o **terminación** con indemnización de perjuicios compensatorios o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”. (la negrilla es nuestra).*

Aspecto corroborado en el art.1609 del C.C., aplicable por analogía al presenta caso, que en su tenor reza:

*“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, **mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos**”. (la negrilla es nuestra).*

La culpa contractual se presenta, según el art.1604 del C.C., así:

*“El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; **es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes**; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.*

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”.(la negrilla es nuestra)

La mora se presenta en un contrato según el Art.1608 C.C., así:

- “1) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora;**
2) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla;
3) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.” (lo repintado es nuestro)

3. Consecuencias de la Culpa Contractual de la Señora Leonor Mondragón Salas.

El Tribunal ha determinado la existencia y la naturaleza del contrato que fue incumplido por la parte convocada y ha comprobado en el acopio probatorio el carácter culposo del incumplimiento.

Procede ahora al análisis de los perjuicios sufridos por el Banco Comercial AV Villas S.A., y la consiguiente determinación de la cuantía y la manera como habrán de ser resarcidos.

*La apoderada inicial de la Corporación de Ahorro y Vivienda AV Villas (antes), el Banco Comercial AV Villas (hoy) en sus pretensiones, en la petición **SEXTA**, invocó que se condenará a la demandada - convocada al pago de la cláusula penal convenida por las partes en el párrafo primero de la cláusula penal Décima Quinta del contrato, equivalente según reza el tenor literal en suma igual a tres (3) veces el canon mensual vigente al momento del incumplimiento.*

*Es sabido que la cláusula penal en los términos del art.867 del C. de Cio., es la pena que “ ...se estipula en el pago de una prestación determinada **para el caso de incumplimiento, o de mora ...**” y sigue la misma norma expresando “cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable, **en una suma cierta de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquella.** (la negrilla es nuestra).*

Siendo conocido que la cláusula penal es una evaluación anticipada que hacen las partes contratantes respecto a la inejecución del mismo por una de ellas, en la fijación del monto de los perjuicios que puedan llegar a experimentar, se tiene que en el presente caso, para el Tribunal es claro y meridiano, que la parte convocada ante el incumplimiento ya imputado del contrato ya conocido, en la forma y plazo estipulados, se hace incurso en el reconocimiento a su cargo de la cláusula penal pactada, pero no en el monto pactado, por ir en contravía de lo dispuesto en la misma norma comercial citada, en concordancia con el art.1601 del C.C., que establece que su cuantía no podrá exceder del

*duplo de la cantidad determinada a pagar, que en nuestro evento, es el canon vigente, para el momento de su presentación y según el dictamen pericial aportado por la convocante, - que se acoge por este cuerpo colegiado en todos sus términos al no haber sido objetado - se tiene que para el año 2003, equivale a la suma de \$278.391.15, que en su duplo asciende a la suma de **\$556.782.30 m/cte**, (Quinientos Cincuenta y Seis Mil Setecientos Ochenta y Dos Pesos), condena que se relacionara en la parte resolutive de este fallo.*

4. Condena en Costas y Agencias en Derecho.

De conformidad con lo establecido por el art.392 del C. de P.C., modificado por la ley 794 del 2003, art.42, aplicable por extensión a este trámite, procede el Tribunal a estudiar las bases para determinar la condena en costas de la parte vencida.

En tal virtud, es el caso de que la condena se haga cuantificadamente, con apoyo en las consideraciones que a continuación se expresan:

- a) Que, con apoyo en el informe secretarial que antecede a este laudo, habiendo EL BANCO COMERCIAL AV VILLAS S.A, cubierto el 100% de las partidas inicialmente fijadas como honorarios del Tribunal y gastos de funcionamiento del mismo, debe condenarse a la parte vencida a restituir al Banco Comercial AV VILLAS la cantidad correspondiente a la totalidad de esas erogaciones, que equivale a la suma de \$ 7.096.150,00*
- b) Así mismo, teniendo en cuenta las sumas cubiertas por el Banco Comercial AV Villas por concepto de expensas procesales (peritaje) que equivalen a la suma de \$ 1.000.000,00 valor a que se debe condenar igualmente la parte vencida a cubrir a la parte convocante.*
- c) A las partidas anteriores, como lo designa el art.393 del C. de P.C., aplicable por extensión a este proceso, deben ser adicionadas con el valor correspondiente a las agencias en derecho. Teniendo en cuenta los criterios establecidos en dicho artículo y la tarifa de honorarios del Colegio de Abogados de Cali, acogida en otros tribunales que se pronunciaron sobre controversias paralelas, se señalara en la parte resolutive la cantidad de Un Millón de Pesos (**\$1.000.000.00 m/cte**), por este concepto.*

5. Parte Resolutiva :

En mérito de todo lo anterior, el Tribunal de Arbitramento convocado para decidir las diferencias surgidas entre el Banco Comercial AV Villas y la señora Leonor Mondragón Salas, como consecuencia del contrato denominado anexo No.5 “se concede un derecho de habitación con opción de readquisición de vivienda”, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

DECIDE:

1. **Declarar no probadas** las excepciones de “Excepciones de pago y cumplimiento de la convención”, “carencia de elementos fácticos para iniciar la demanda, terminación del contrato y cobro de la cláusula penal”, “ Mala fé del demandante” y la “Innominada,” formuladas por la parte convocada a través de su apoderado judicial.
2. **Declarar terminado por incumplimiento** de la señora Leonor Mondragón Salas, el contrato llamado anexo No.5, por el “...cual se concede un derecho de habitación con opción de readquisición de vivienda”, y el anexo No.4 celebrados con la Corporación de Ahorro y Vivienda AV Villas (antes) Banco Comercial AV Villas S.A (hoy).
3. **Condenar** a la parte convocada al pago del dinero pactado por el goce del inmueble y de los demás elementos inventariados, del inmueble afectado al contrato a que se alude en el numeral 2° de la parte resolutiva de esta providencia, por las siguientes sumas: 3.1. Por la suma de DIECIOCHO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA PESOS CON 96/100 (\$18.490.96) M/CTE mensuales, contados a partir del mes de enero al mes de diciembre del año 2002. 3.2 TREINTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS (\$35.985,00) mensuales contados a partir del mes de enero del año 2003 hasta el mes de mayo del mismo año, tal como se ha acreditado en el expediente. 3.3. Por la contraprestación mensual pactada por el uso del inmueble, desde el mes de junio del año 2003, a razón de DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS CON 15/100 (\$278.391.15) M/CTE., hasta el momento en que se produzca la entrega respectiva del bien.
4. **Condenar** igualmente a la parte convocada al pago de los servicios públicos, alcantarillado, teléfono, cuota de

administración del inmueble ubicado en la Calle 52 # 28-129, Manzana A, Sector 2, de la Urbanización “Bosques de Morelia” de la ciudad de Palmira, causados hasta el momento de la entrega material de dicho bien a la parte convocante.

5. **Condenar** a pagar a la parte convocada, la suma de QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$556.782.30), a título de la cláusula penal, reconocida a favor de la parte convocante ante el incumplimiento del mentado contrato relacionado en el numeral 2° de ésta providencia.
6. **Condenar** a la parte convocada a pagar a favor de la parte convocante, la suma de \$ 7.849.400,00) como costos y costas procesales.
7. **Condenar** a la parte convocada a reconocer como agencias en Derecho, la suma de Un Millón de Pesos M/cte (\$1.000.000.00), a favor de la parte convocante.
8. **Ordenar** que las sumas anteriores deberán ser pagadas dentro del término de Diez (10) días inmediatamente siguientes a la ejecutoria del presente laudo, en las oficinas del Banco Comercial AV Villas ubicadas en la ciudad de Cali, en la Carrera 4ª. No.7-61, piso 7° Edificio Ahorramas.
En caso de mora, se causaran durante ella y sin perjuicios de las acciones legales de la entidad acreedora, intereses a cargo de la parte convocada, a la tasa vigente para intereses moratorios que señale la Superbancaria y la ley mercantil.
9. **Ordenar** que por parte del Presidente del Tribunal se protocolice en una notaria pública, el expediente del proceso que se decide con este laudo.
10. **Ordenar** la restitución de cualquier sobrante de las sumas recibidas por el Tribunal de las partes, una vez sea cubierta la suma destinada a los gastos de protocolización del expediente.
11. *Contra esta providencia, solo cabe la aclaración o complementación, igual que el recurso de anulación, que solo podrán ser interpuestos dentro de la ejecutoria de lo resuelto en ella.*

Transcurrida tal ejecutoria, cesan las funciones del tribunal como tal y su competencia.

El presente laudo se notifica a las partes en estrados.

CUMPLASE,

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

JUAN RAMON BARBERENA HIDALGO

LOS ARBITROS

HUMBERTO BUENO CARDONA

MARIELA CARRILLO BEDOYA

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

YILDA CHOY PAZMIN

