

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CIVIL**

Magistrado Sustanciador: CARLOS ALBERTO ROMERO SÁNCHEZ

Santiago de Cali, dieciocho de agosto de dos mil veintiuno.

Proceso: Verbal
Demandante: Conjunto Residencial Terrazas de Cañasgordas P.H.
Demandado: Marval S.A.
Radicación: 76001-31-03-011-2019-00326-01
Asunto: Apelación de Auto

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto que resolvió “DECLARAR probada la excepción previa de COMPROMISO O CLAUSULA COMPROMISORIA [...]”.

ANTECEDENTES

1.- Conjunto Residencial Terrazas de Cañas Gordas P.H., presentó demanda Verbal en contra de Marval S.A. con el fin de que, entre otros, se la declare “responsable, por responsabilidad civil contractual [...], por los defectos constructivos existentes, en el citado conjunto, [condenándosela] a pagar [sumas de dinero], a fin de que [...] pueda contratar los servicios de una persona natural o una persona jurídica, especializada en construcción de bienes inmuebles, para que proceda a realizar las obras a las que se obligó la citada sociedad constructora [...], de acuerdo con los diseños arquitectónicos, planos, cálculos estructurales y estudio de suelos, constantes en los documentos que dieron origen a la licencia urbanística otorgada [...], dadas las falencias constructivas y faltantes [...], de acuerdo con el informe de auditoría elaborado por [una sociedad constructora], de acuerdo con el artículo 1610 numeral 2 del Código Civil”; o subsidiariamente, “[ordenándosele] ejecutar [dichas] obras [...]”.

2.- Notificada la sociedad demandada, presentó como previa la excepción de *compromiso o cláusula compromisoria*, alegando que de acuerdo a lo establecido en “[e]l reglamento de propiedad horizontal en sus artículos 82 y 83 [...] se desprende el hecho de que el juez natural para resolver la presente controversia es la Jurisdicción Arbitral y no la justicia ordinaria [...]”, destacando que “ha tenido varias experiencias directas en la materia, [siendo] la última ante el Juez 41 Civil del Circuito de Bogotá que [acogió sus pretensiones y] dispuso la terminación del proceso [...], [d]ecisión que efectivamente ratific[ó] el Tribunal Superior de Bogotá”, trayendo, *in extenso*, la transcripción de lo allí considerado.

3.- Al descorrer traslado, la parte demandante señaló que “[e]l instrumento utilizado para sustentar la excepción previa, es la escritura pública contentiva del reglamento de propiedad horizontal [...], [lo que] hac[e] imposible, que a través de [aquel] se regulen las relaciones entre el conjunto residencial y la sociedad constructora, por la calidad de la construcción, del conjunto o edificio, por la calidad de la obra, regulado por el Código Civil, [...] Código de Comercio [...], o Estatuto del Consumidor, como normas básicas, dado que la responsabilidad del constructor es objetiva”.

Así mismo, arguyó que los artículos 1° y 3° de la Ley 1563 de 2012 “le cierran la puerta a toda clase de procesos arbitrales, procedentes de actos unilaterales, como es el caso que nos ocupa, en donde la sociedad MARVAL S.A., concurre a la Notaría, en su calidad de primera propietaria, a otorgar la escritura pública, que contiene el reglamento de propiedad horizontal [...]”, y “en lo que respecta al arbitraje, se requiere la voluntad de las partes y no de una sola persona [...]”, al paso que la cláusula compromisoria, en los términos en que fue redactada, “[se] delimitó en forma residual, o de último recurso, condicionada a dos instancias anteriores: i) Que la solución esté prevista en la ley o en el reglamento de propiedad horizontal. ii) Que no sea dirimida por tres entes dentro de la copropiedad: **el Comité de Convivencia o el Consejo de Administración o la Asamblea General de Propietarios**, si el procedimiento no diere solución a la controversia, nace la posibilidad de la convocatoria de un trámite arbitral, pero para una sola materia, y el conflicto que se presente, debe

ser en razón de la interpretación del reglamento de propiedad horizontal”, por lo que “[c]omo se ve claramente, [dijo que] las relaciones comerciales, entre los copropietarios y la copropiedad, con la constructora, por la falta de calidad [...] en la construcción, del Conjunto Residencial, deben dirimirse mediante la aplicación de normas civiles, comerciales y el estatuto del consumidor [...]”.

4.- El juez de instancia decidió declarar probada la excepción propuesta, tras advertir que a partir de lo previsto en la cláusula pactada en el reglamento de propiedad horizontal del conjunto residencial demandante “celebrado por los extremos procesales [...], se desprende claramente que el Contrato es ley para las partes, por tanto, se acogen las prescripciones que el mismo establece tal como lo señala el artículo 1602 del Código Civil, situación que [...] conduce a analizar que la única excepción respecto del contrato celebrado para la no aplicación de la cláusula [...], es el inicio del proceso ejecutivo; del resto, la misma se aplica de manera inmediata por el principio de derogatoria de jurisdicción [...]. Así [...] las controversias suscitadas por los defectos constructivos en los bienes comunes esenciales del Conjunto Residencial [...], de los que se duele la parte demandante [...], hacen parte de las diferencias que deben ventilarse ante la Jurisdicción Arbitral, conforme al Reglamento de Propiedad Horizontal suscrito [...]”.

De otro lado, “en punto [...] a que no es posible atender la cláusula compromisoria en cuanto responde a un acto unilateral del constructor”, indicó que “[r]etornando al documento público que contiene la propiedad horizontal, de entrada, no es posible predicar unilateralidad al menos en los términos del artículo 1496 [del C.C.], y en caso de [que] así fuera, la conclusión no podría ser distinta que atender el pacto compromisorio que allí se estipuló, ya que como se anotó anteriormente, no hay evidencia que esa eventual unilateralidad sea producto de un vicio, [por lo que] aplica en toda su extensión para el caso, la consigna del artículo 1602 del C.C., en punto de la capacidad obligacional y vinculante del contrato, pues lo cierto es [...] que esa cláusula tiene peso propio en lo allí acordado, está concernida a los que allí participaron y hasta el día de hoy no ha sido invalidada o bien por las propias partes intervinientes o por decisión judicial”.

5.- Inconforme con la decisión, el extremo pasivo recurrió la misma en apelación, lo que explica la presencia de las diligencias en esta sede, aduciendo la “CARENCIA DE PERSONERÍA JURÍDICA DE LA COPROPIEDAD PARA CONTRATAR AL MOMENTO EN EL QUE SE OTORGÓ EL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL”, pues “[d]e acuerdo con el artículo 4 de la ley 675 del año 2001, la personería jurídica de una copropiedad surge a la vida jurídica una vez se realiza la inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, de la escritura pública contentiva del reglamento [...], en consecuencia, ninguna cláusula compromisoria, puede obligarla, a dirimir un conflicto futuro”.

Por lo demás, reiteró los argumentos esbozados al descorrer traslado de la excepción previa formulada.

6.- La sociedad demandada descorrió traslado del recurso insistiendo, tal como lo dijo al presentar la excepción previa, en que “[e]l asunto que nos concierne y ocupa, no es de aquellos contemplados en el artículo 83 del RPH, [por lo que] el juez natural para resolver[lo] es la Jurisdicción Arbitral y no la Justicia Ordinaria”, y agregó que “el Reglamento de Propiedad Horizontal es definido en la ley 675 en su artículo 3 como “... *el Estatuto que regula los derechos y obligaciones específicas de los copropietarios de un edificio o conjunto sometido al régimen de propiedad horizontal...*”, [por lo que] la misma ley le otorga un carácter vinculante [...], motivo por el cual no se puede afirmar que el mismo no es vinculante al supuestamente no ser suscrito por el conjunto [...], [aunado que] la parte actora solo niega haber suscrito la cláusula compromisoria, [pero] si se sigue su línea de argumento ¿entonces no existiría RPH?, [y lo cierto es que], si la Copropiedad hubiese querido excluir la cláusula compromisoria, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad privada, lo hubiese hecho en su RPH, toda vez que tiene la administración del conjunto desde el año 2011, y por ende desde ese año se encontraba facultada para modificarlo [...]”, y, en todo caso, “resulta irónico que el mismo accionante alegue la inaplicabilidad de algo que supuestamente afirma como inexistente, y que aceptó voluntariamente cada copropietario desde el mismo momento en que suscribió la escritura pública de compraventa de su inmueble, en la que consintió someterse a dicho RPH”.

CONSIDERACIONES

1.- Para resolver el presente asunto, cumple memorar que conforme lo preceptúa el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012¹, “[e]l arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice [...]”; así, el pacto arbitral es entonces “un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, [...] implica [por lo tanto], la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces [...]”².

A partir de lo anterior, siendo que “[e]l legislador previó el arbitraje como uno de los mecanismos alternativos o paralelos al prestado por el Estado para la solución de los conflictos, [que] [s]e abre paso en virtud de la celebración de un negocio jurídico en el que las partes involucradas acuerden apartarse de la jurisdicción pública”, resulta evidente la naturaleza contractual que rige la institución arbitral, a través del *principio de la voluntariedad*, reconocido jurisprudencialmente, según el cual “la activación de la justicia arbitral en cada caso concreto es una variable dependiente del acuerdo previo, libre y voluntario de las partes de someter a los árbitros la solución del caso. Como se indica en la sentencia C-947 de 2014 “*al ser un instrumento jurídico que desplaza a la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de ciertos asuntos, “... tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar”. En ese orden de ideas, “... es deber de las partes, con el propósito de dotar de eficacia a sus determinaciones, establecer con precisión los efectos que se siguen de acudir a la justicia arbitral y conocer las consecuencias jurídicas y económicas subsiguientes a su decisión; sólo así se puede hablar de un verdadero acuerdo”*”³; así, la voluntad de las partes no sólo tiene virtud para determinar su intención de acudir a esa vía alterna para solucionar sus controversias, sino que para enmarcar

¹ “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”.

² Artículo 3° *ibídem*.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-538 de 2016.

la ritualidad procesal a seguir, “respetando, en todo caso los principios constitucionales que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes”.

Por ese camino, se tiene entonces que la *excepción de compromiso o cláusula compromisoria* “surge o se origina del pacto previo establecido entre las partes, tendiente a someter el contrato o convenio suscrito entre ellas, a la resolución de un tribunal de arbitramento, bajo un procedimiento y condiciones señalado en el contrato. Así, resulta aparentemente claro que si las partes voluntariamente se han sometido a este mecanismo de resolución de conflictos conocido de antemano por ellas, deba ser esa la instancia ante la cual se resuelva el debate jurídico por lo que podría considerarse infundado, que ellas mismas desconozcan la cláusula correspondiente y acudan a la jurisdicción ordinaria para la solución de su controversia. Por consiguiente, la excepción descrita le permite al demandado alegar la existencia de ésta cláusula dentro del proceso, a fin de desvirtuar la competencia funcional del juez ordinario para conocer del asunto, y llevar el conflicto a instancias del tribunal de arbitramento previamente pactado para el efecto”⁴.

2.- Bajo la óptica de lo expuesto, desde ya se anticipa que la decisión objeto de alzada deberá revocarse, pues es claro que en el presente asunto no se encuentra probada la excepción previa formulada, como quiera que no fue voluntad de las partes remitir esta clase de asuntos - relacionados con reclamaciones de índole contractual- a la justicia arbitral, conforme a las razones que pasan a verse.

Ciertamente, a través de la Escritura Pública No. 0454 de 13 de febrero de 2009, suscrita ante la Notaría Veintiuno del Círculo de Cali, Marval S.A., “[...] como propietaria inicial del lote de terreno [distinguido con folio de matrícula inmobiliaria No. 370-781513], [que] desarrolla por etapas el proyecto denominado “CONJUNTO RESIDENCIAL TERRAZAS DE CAÑAS GORDAS [...], proce[dió] con [ese] documento a someter [...] y constituir al régimen de Propiedad Horizontal”, aquella unidad residencial; así, en el aludido documento,

⁴ Sentencia C-662 de 2004.

entre otras estipulaciones, estableció “ARTÍCULO 82.- ARBITRAMENTO: Salvo para aquellas diferencias cuyo trámite corresponda a un proceso ejecutivo, como es el cobro de obligaciones pecuniarias, todo conflicto que se presente entre la sociedad MARVAL S.A. y la copropiedad, o con alguno de los copropietarios individualmente considerados, y toda diferencia que surja entre los copropietarios del conjunto residencial, o entre ellos con el administrador, durante la existencia de la copropiedad o al tiempo de su reconstrucción o de la división de los bienes comunes, cuya solución no esté claramente prevista por la ley o este Reglamento y que no sea dirimido por el Comité de Convivencia o el Consejo de Administración o la Asamblea General de Propietarios, en razón al presente reglamento de propiedad horizontal ó sus posibles reformas, serán sometidos a un tribunal de arbitramento integrado por tres (3) árbitros designados por la Cámara de Comercio de Cali, de acuerdo con sus estatutos. El fallo pronunciado por los árbitros será dictado en derecho y las costas que ocasione el juicio arbitral serán por cuenta de la parte vencida. En todo caso, la instalación, funcionamiento y decisiones del Tribunal se sujetará a las normas legales que regulen el arbitramento en el momento de presentarse el conflicto. El tribunal funcionará en la ciudad de Cali. ARTÍCULO 83.- EXCEPCIONES: La solución de conflictos, mediante los procedimientos establecidos en el artículo anterior, no operará en asuntos penales o de policía, frente a hechos ilícitos o querellas que se presenten con ocasión de las prohibiciones contenidas expresamente en este reglamento. [...]”; y fue a partir de lo anterior, que la parte demandada planteó la referida excepción previa.

Sin embargo, diferente a la extensiva interpretación que la constructora involucrada pretende sea atendida, y que fue acogida por el *a quo*, lo cierto es que aquella cláusula compromisoria, tras señalar con precisión que estaba destinada de manera residual y para solucionar las discrepancias suscitadas entre la constructora, la copropiedad, los copropietarios, entre ellos o con el administrador - durante los determinadas etapas allí establecidas- estatuyó, expresamente, que la misma aplicaba para zanjar controversias “cuya solución no esté claramente prevista por la ley o [ese] Reglamento y que no sea dirimido por el Comité de Convivencia o el Consejo de Administración o la Asamblea General de Propietarios [-de ahí que, como se dijo, se entienda

residual-], [y] en razón al presente reglamento de propiedad horizontal o sus posibles reformas [...]”, sin que, desde luego, dentro de aquellas controversias se encuentre inmersa alguna relacionada con asuntos de responsabilidad civil contractual como la que en esta oportunidad se ventila ante esta jurisdicción, pues resulta evidente que al tenor del inciso 3° del artículo 3° de la Ley 675 de 2001⁵, aquel reglamento “regula los derechos y obligaciones específicas de los copropietarios de un edificio o conjunto sometido al régimen de propiedad horizontal”, entendido como “la forma especial de dominio, denominada propiedad horizontal, en la que concurren derechos de propiedad exclusiva sobre bienes privados y derechos de copropiedad sobre el terreno y los demás bienes comunes, con el fin de garantizar la seguridad y la convivencia pacífica en los inmuebles sometidos a ella, así como la función social de la propiedad” (artículo 1° *ibídem*).

Así, no hay lugar a conclusión diferente a que la cláusula compromisoria estudiada se restringe a solucionar asuntos relacionados con la *seguridad y la convivencia pacífica*, pues además de lo acabado de ver, aparece que acorde con los artículos 38, 55 y 58 (numeral 1°) de la Ley 675 de 2001, así como el canon 78 del reglamento de P.H. suscrito, y en orden al carácter residual otorgado a la misma, se encuentra que de acuerdo al referido reglamento de propiedad horizontal, las funciones de la Asamblea General de Propietarios corresponden a “9. Decidir, salvo en el caso que corresponda al consejo de administración, sobre la procedencia de sanciones por incumplimiento de las obligaciones previstas en la ley, en el presente reglamento de propiedad horizontal con observancia del debido proceso y del derecho de defensa consagrado para el caso en el respectivo reglamento de propiedad horizontal. [...] 13. Conocer y resolver, en fin, todo asunto de interés general de la copropiedad no atribuido a otro órgano, lo mismo que todo acto, contrato o empresa tendiente a asegurar la estabilidad de la edificación o la mayor funcionalidad de los servicios de la misma, reconociendo los derechos de cada propietario, pero haciendo primar el interés general. [...] 15. Dirimir en segunda instancia los conflictos que se presenten entre copropietarios y entre estos y el Administrador, por causa del

⁵ “Por medio de la cual se expide el régimen de propiedad horizontal”.

ejercicio de derechos sobre los bienes privados o comunes, así como los que se originen en la interpretación y aplicación de este reglamento, si el comité de convivencia o el consejo de administración no lo han podido hacer. [...]” (artículo 57 del Reglamento de P.H.); en tratándose del Consejo de Administración “12.) Dirimir, los conflictos que llegaren a surgir entre los copropietarios, o entre estos y el Administrador si no lo hubiere hecho el Comité de Convivencia y decidir si se someten a un Tribunal de Arbitramento. [...]” (artículo 70 del Reglamento de P.H.); y en relación con el Comité de Convivencia “1.) Intentar soluciones a los conflictos o controversias que se presente[n] entre los copropietarios o entre estos y la administración, que puedan surgir con ocasión de la vida en conjuntos de uso residencial; por lo que todas, evidentemente, son funciones que se circunscriben a dirimir “controversia[s] que pueda[n] surgir con ocasión de la vida en edificios de uso residencial” (numeral 1º, artículo 58, Ley 675 de 2001).

3.- Ante este panorama, así como fue anunciado, habrá de revocarse la decisión revisada, pues no se determina acuerdo previo entre los extremos procesales aquí intervinientes, tendiente a someter esta clase de controversias -se itera, de responsabilidad civil contractual- a un Tribunal de Arbitramento, y que de contera les impida acudir a esta jurisdicción para ello.

4.- Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, al estudiar un caso similar al que ahora ocupa la atención de esta Sala Unitaria, precisó que “las autoridades judiciales [allá] accionadas, ciertamente incurrieron en causal de procedencia del amparo con lo resuelto, toda vez que declararon la excepción previa de «*cláusula compromisoria*», sin realizar un examen completo del instrumento contentivo de ésta, quebrantando de esta forma las garantías al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de los accionantes, tal y como pasa a verse: 4.1. En efecto, en el ordinal *k*) del artículo 71 de la escritura pública No. 7373 del 16 de diciembre de 2011, mediante la cual, «*se fusionan o reforman dos propiedades horizontales*», se establece que, entre otras, es función del Consejo de Administración «*dirimir los conflictos que llegaren a surgir entre los copropietarios, o entre éstos con el administrador o con cualquier otro órgano y decidir el*

procedimiento para la solución del conflicto de conformidad con el presente reglamento de propiedad horizontal, según la ley 675/2001». A su vez, el canon 85 del citado instrumento público dispone que: *Arbitramento. Todo conflicto que se presente entre los copropietarios o entre ellos y usuarios, o entre uno y otros con el Administrador y que no sea dirimido por el Consejo de Administración, se procederá conforme a lo dispuesto en el presente reglamento y se actuará según lo dispuesto en la Ley 675 de agosto de 2001. **Si el conflicto persiste se someterá a la decisión de árbitros lo cual se sujetará a lo dispuesto sobre el particular en el Código de Comercio.** Los tres árbitros deberán ser nombrados de común acuerdo por las partes en el litigio, en caso de no lograrse este acuerdo serán nombrados por la Cámara de Comercio de Bogotá, el Tribunal deberá fallar en derecho’.* 4.2. A la luz de lo anterior, se concluye que toda controversia entre los copropietarios o entre éstos con el administrador o con cualquier otro órgano, deberá ser zanjada en principio por el Consejo de Administración de la Propiedad Horizontal, a través de los mecanismos previstos en la Ley 675 de 2001, valga decir, por el comité de convivencia *«cuando se presente una controversia que pueda surgir con ocasión de la vida en edificios de uso residencial»*, o los *«mecanismos alternos de solución de conflictos» (artículo 58 ibídem)*; y, en caso de que aquél cuerpo no logre dirimir el asunto, éste deberá someterse a la justicia arbitral. 4.3. En este orden de ideas, resulta claro que aquella cláusula compromisoria opera de manera residual y solamente para arreglar los desacuerdos surgidos entre los copropietarios en cuanto a la convivencia o entre éstos con el administrador, de manera que, tratándose de la temática que conllevó la iniciación del juicio censurado, esto es, la nulidad absoluta de la escritura pública No. 7373 del 16 de diciembre de 2011, las partes no convinieron que las diferencias originadas en cuanto a su existencia y validez fueran solucionadas por un tribunal de arbitramento, [y] [b]ajo esa perspectiva, [insistió la Corte, en que] los estrados acusados realizaron un estudio exiguo de la cláusula compromisoria contenida en la escritura pública No. 7373 del 16 de diciembre de 2011, lo que los llevó a concluir que ese pacto era aplicable a todo conflicto existente entre los copropietarios y la propiedad horizontal, desconociendo así la voluntad de los contratantes y las garantías superiores de los aquí demandantes”⁶.

En razón de lo anterior, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en Sala Unitaria Civil de Decisión,

⁶ Sentencia STC064 de 16 de enero de 2019. M.P. Dr. Álvaro Fernando García Restrepo.

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el auto objeto de apelación. En su lugar, se **DECLARA NO PROBADA** la excepción previa de “compromiso o cláusula compromisoria”, formulada por la parte demandada, conforme a las razones previamente expuestas.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE,



CARLOS ALBERTO ROMERO SÁNCHEZ
Magistrado