

**TRIBUNAL ARBITRAL**  
  
**DE**  
  
**DOPESA S.A.**  
  
**CONTRA**  
  
**GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. CARREFOUR**

**LAUDO ARBITRAL**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil trece (2013)

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en el Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, así como en las demás normas aplicables a este trámite para la debida instrucción del proceso arbitral, y siendo la fecha y hora señaladas para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal Arbitral profiere, en derecho, el Laudo que pone fin al proceso convocado para dirimir las diferencias entre **DOPESA S.A.**, parte convocante, y **GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. CARREFOUR**, parte convocada, con lo cual decide el conflicto planteado en la demanda arbitral, la demanda de reconvenición y en sus respectivas contestaciones.

**CAPÍTULO PRIMERO**

**ANTECEDENTES**

**I. PARTES Y REPRESENTANTES**

La parte convocante y convocada en reconvenición en este trámite arbitral es **DOPESA S.A.** (en adelante la convocante o Dopesa), constituida bajo la forma de sociedad comercial anónima, vigente conforme a las leyes de la República de Colombia, con domicilio en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por el

señor Herbert Dornbusch Gehl, todo lo cual consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.<sup>1</sup>

En el proceso arbitral, Dopesa estuvo representada por la abogada **Carmenza Mejía Martínez**, de acuerdo con el escrito visible a folio 15 del Cuaderno Principal No. 1 y a quien se le reconoció personería mediante Auto No. 1 de fecha 13 de agosto de 2012.<sup>2</sup>

La parte convocada y convocante en reconvención en este trámite arbitral es **GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. CARREFOUR** (en adelante la convocada o Carrefour), constituida bajo la forma de sociedad comercial anónima, vigente conforme a las leyes de la República de Colombia, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., representada legalmente por el señor Nicolás Barón Gómez, lo cual consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.<sup>3</sup>

En este trámite arbitral Carrefour estuvo representada judicialmente por el abogado **Julio César González Arango**, de acuerdo con el poder visible a folio 75 del Cuaderno Principal No. 1 y a quien se le reconoció personería mediante auto No. 1 de fecha 13 de agosto de 2013.<sup>4</sup>

## II. EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral que sirve de fundamento al presente arbitramento se encuentra contenido en el numeral 24.9.2 del "*Contrato de Promesa de Arrendamiento*" de fecha 5 de Diciembre de 2008, cláusula que a la letra dispone:

*"24.9.2. Toda diferencia que surja entre las partes, que tenga relación con la presente Promesa y el Contrato de Arrendamiento, incluyendo las diferencias que resulten acerca de la validez, celebración, ejecución y efectos de la presente Promesa y el Contrato de Arrendamiento, que no suponga el ejercicio de una acción ejecutiva y que por cualquier motivo no pueda arreglarse amigablemente entre las Partes dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha en*

---

<sup>1</sup> Folios 16 y 17 del C. Principal No. 1

<sup>2</sup> Folio 125 del C. Principal No. 1.

<sup>3</sup> Folios 47 a 55 del C. Principal No. 1.

<sup>4</sup> Folio 125 del C. Principal No. 1.

*que la controversia hubiere sido planteada por escrito por una de ellas, será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento designado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante sorteo efectuado entre los árbitros allí inscritos. El Tribunal de Arbitramento se sujetará a lo dispuesto en la Ley y funcionará, de acuerdo con las siguientes reglas:*

- (a) Estará integrado por tres (3) árbitros, quienes serán abogados titulados y en ejercicio, y que decidirán en derecho.*
- (b) La organización interna del tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá.*
- (c) Funcionará en la ciudad de Bogotá D.C., en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio.*
- (d) La decisión de los árbitros será en derecho, definitiva y obligatoria para las partes.<sup>5</sup>*

Posteriormente, mediante escrito radicado el 8 de junio de 2012<sup>6</sup> firmado por los apoderados de las partes debidamente facultados para ello, el contenido de la cláusula 24.9.2. fue modificado "en el sentido de que la integración del referido tribunal se hará conjuntamente por las partes, mediante designación de los árbitros realizada de común acuerdo entre ellas y que solo en el evento de que no se llegue a un acuerdo total o parcial sobre su conformación, la designación que llegare a faltar se hará por sorteo que realice el referido Centro de Arbitraje. En lo demás queda sin modificación alguna el pacto arbitral celebrado con anterioridad por las mismas partes."

### **III. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO**

La integración del Tribunal Arbitral convocado, se desarrolló de la siguiente manera:

- a. Con fundamento en la cláusula compromisoria contenida en el numeral 24.9.2 del "Contrato de Promesa de Arrendamiento" de fecha 5 de Diciembre de 2008, el 13 de abril de 2012 la parte convocante presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de

---

<sup>5</sup> Folios 44 y 45 del C. de Pruebas No. 1.

<sup>6</sup> Folio 85 del C. Principal No. 1.

Bogotá la solicitud de convocatoria de un Tribunal Arbitral para dirimir las diferencias existentes con Grandes Superficies de Colombia S.A. – Carrefour<sup>7</sup>.

- b. El 8 de junio de 2012 los apoderados de las partes presentaron un memorial mediante el cual, debidamente facultados para el efecto, modificaron el texto de la cláusula arbitral inicialmente pactada, y determinaron que la integración del Tribunal se haría de común acuerdo entre las partes.
- c. En la misma fecha informaron que designaban como árbitros principales a los doctores Jorge Cubides Camacho, Luis Hernando Parra Nieto y Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo y como suplentes a los doctores Marcela Castro de Cifuentes, Edgardo Villamil Portilla y Alvaro Isaza Upegui.<sup>8</sup>

El Centro de Arbitraje procedió a informar a los árbitros principales sobre su designación, quienes la aceptaron en la debida oportunidad.

- d. El 13 de agosto de 2012, se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal (Acta No. 1),<sup>9</sup> en la que se designó como Presidente al doctor **Jorge Cubides Camacho**.

Así mismo, mediante Auto No. 1, el Tribunal se declaró legalmente instalado y nombró como Secretaria a la doctora **Gabriela Monroy Torres**, quien posteriormente aceptó la designación y tomó posesión de su cargo ante el Presidente del Tribunal.

De igual forma, se fijó como lugar de funcionamiento y Secretaría del Tribunal, la Sede Salitre del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se reconoció personería a los apoderados de las partes.

---

<sup>7</sup> Folios 1 a 14 del C. Principal No. 1.

<sup>8</sup> Folio 86 del C. Principal No. 1.

<sup>9</sup> Folios 124 y 125 del C. Principal No. 1.

Por último, el Tribunal, en forma previa a su pronunciamiento sobre la admisión y el traslado de la demanda, requirió a la parte convocante para que diera aplicación al artículo 206 y concordantes del Código General del Proceso, ya vigentes.

- e. El 21 de agosto de 2012, la parte convocante radicó un memorial en el que presentó la estimación juramentada del monto de las indemnizaciones y compensaciones pretendidas en la demanda.
- f. El Tribunal, mediante Auto No. 2 (Acta No. 2)<sup>10</sup> de fecha 22 de agosto de 2012, admitió la demanda y ordenó correr traslado a la parte convocada por el término de diez (10) días, haciéndole entrega de la misma y de sus anexos. La notificación del auto admisorio de la demanda se surtió el 30 agosto de 2012.
- g. El 13 de septiembre de 2012, estando dentro de la oportunidad de ley, la parte convocada presentó la contestación de la demanda y adicionalmente, presentó demanda de reconvención contra Dopesa S.A.<sup>11</sup>
- h. El Tribunal, mediante Auto No. 3 (Acta No. 3)<sup>12</sup> de fecha 18 de septiembre de 2012, admitió la demanda de reconvención y ordenó correr traslado a la parte convocada en reconvención por el término de diez (10) días, haciéndole entrega de la misma y de sus anexos. La notificación del auto admisorio de la demanda de reconvención se surtió el 25 de septiembre de 2012.
- i. El 28 de septiembre de 2012, estando dentro del término de ley, la parte convocante interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda de reconvención. De dicho recurso se corrió traslado mediante fijación en lista del 1 de octubre de 2013. En la oportunidad debida la convocada se pronunció oponiéndose a la prosperidad del citado recurso.

---

<sup>10</sup> Folios 140 a 146 del C. Principal No. 1.

<sup>11</sup> Folios 148 a 191 y 192 a 217 del C. Principal No. 1.

<sup>12</sup> Folios 218 y 219 del C. Principal No. 1.

- j. El Tribunal, mediante Auto No. 4 (Acta No. 4)<sup>13</sup>, luego de las consideraciones del caso, confirmó en todas sus partes el auto recurrido.
- k. El 9 de noviembre de 2012, estando dentro de la oportunidad legal, la parte convocante presentó su escrito de contestación de la demanda de reconvencción, solicitando pruebas adicionales<sup>14</sup>.
- l. Mediante fijación en lista del 14 de noviembre de 2012, se corrió traslado de las excepciones propuestas por las partes en la contestación de la demanda principal y en la contestación de la demanda de reconvencción.
- m. El 19 de noviembre de 2012, estando dentro de la oportunidad legal, la parte convocada recorrió el traslado de las excepciones contenidas en la contestación a la demanda presentada por DOPESA, y solicitó pruebas adicionales<sup>15</sup>.
- n. Mediante correo electrónico, el 6 de diciembre de 2012, la apoderada de la parte convocante manifestó que en el mes de enero de 2013, una vez se reanudaran las actividades del Centro de Arbitraje y Conciliación con motivo del cierre de fin de año, presentaría una reforma de la demanda principal.
- o. El 21 de enero de 2013, la apoderada de la parte convocante presentó un escrito de reforma de la demanda principal.<sup>16</sup>
- p. El Tribunal, mediante Auto No. 5 (Acta No. 5)<sup>17</sup> de fecha 29 de enero de 2013, admitió la reforma de la demanda y ordenó correr traslado a la parte convocada por el término de cinco (5) días, haciéndole entrega de la misma y de sus anexos. La notificación del auto admisorio de la reforma de la demanda se surtió el 12 de febrero de 2013.

---

<sup>13</sup> Folios 230 a 239 del C. Principal No. 1.

<sup>14</sup> Folios 242 a 257 del C. Principal No. 1.

<sup>15</sup> Folios 259 y 260 del C. Principal No. 1.

<sup>16</sup> Folios 262 a 298 del C. Principal No. 1.

<sup>17</sup> Folios 299 a 301 del C. Principal No. 1.

- q. El 19 de febrero de 2013, encontrándose dentro de la oportunidad de ley, la sociedad convocada, radicó los siguientes escritos<sup>18</sup>:
- Contestación a la reforma de la demanda.
  - Demanda de reconvención, escrito en el que manifestó que no constituía una reforma de la demanda de reconvención previamente presentada sino un acto procesal que hace parte del ejercicio del derecho de defensa de Carrefour frente a la reforma de la demanda presentada por Dopesa.
- r. Mediante Auto No. 6 (Acta No. 6)<sup>19</sup> el Tribunal admitió dicha reforma y ordenó correr traslado a la convocada en reconvención por el término legal de cinco días, con entrega de copia de la misma y de sus anexos. Advirtió que la manifestación de la convocada en relación con el escrito de demanda de reconvención presentada, solo puede entenderse como una reforma de la demanda de reconvención y que por ello no resulta procedente la presentación de posteriores escritos de reforma de la demanda de reconvención. La notificación del auto admisorio de la reforma de la demanda de reconvención se surtió el 4 de marzo de 2013.
- s. El 11 de marzo de 2013, encontrándose dentro de la oportunidad de ley, la parte convocante radicó su escrito de contestación a la reforma de la demanda de reconvención.<sup>20</sup>
- t. El 12 de marzo de 2013, se corrió traslado de las excepciones respectivamente propuestas por las partes en la contestación de la demanda principal reformada y en la contestación de la demanda de reconvención reformada. El anterior traslado fue descorrido en tiempo oportuno por la parte convocante.
- u. El 5 de abril de 2013 (Acta No. 7),<sup>21</sup> se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual, mediante Auto No. 8, fue declarada fallida. En esa

---

<sup>18</sup> Folios 1 a 67 y 68 a 95 del C. Principal No. 2.

<sup>19</sup> Folios 96 a 100 del C. Principal No. 2.

<sup>20</sup> Folios 101 a 115 del C. Principal No. 2.

<sup>21</sup> Folios 121 a 128 del C. Principal No. 2.

misma fecha, mediante Auto No. 9, se fijaron los honorarios y gastos del proceso, sumas que fueron oportunamente entregadas al Presidente del Tribunal por las partes, en las proporciones que a cada una correspondía.

#### **IV. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES**

##### **1. Primera Audiencia de Trámite, etapa probatoria y alegaciones finales**

El 29 de abril de 2013 se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite, en la que se dio lectura al pacto arbitral y a las cuestiones sometidas a arbitraje, y adicionalmente, mediante Auto No. 10, el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver, en derecho, el litigio sometido a su conocimiento.

En esa misma fecha, siguiendo el trámite previsto en la Ley, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes.<sup>22</sup>

##### **1.1. Pruebas Documentales**

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una corresponda, los documentos enunciados en (i) la demanda inicial, (ii) la demanda reformada (iii) la contestación a la demanda de reconvención inicial, (iv) la contestación a la demanda de reconvención reformada, (v) la contestación a la demanda inicial, (v) la demanda de reconvención inicial y (vi) el escrito de fecha 19 de noviembre de 2012 mediante el cual la parte convocada recorrió el primer traslado de las excepciones.

Adicionalmente se incorporaron al expediente los documentos que fueron remitidos en respuesta a los oficios librados y los entregados por uno de los testigos.

---

<sup>22</sup> Folios 139 a 172 del C. Principal No. 2.



## 1.2. Testimonios y declaraciones de parte

En audiencias celebradas entre el 15 y el 20 de mayo de 2013 se recibieron los testimonios y las declaraciones de parte de las personas que se indican a continuación. Las correspondientes transcripciones fueron entregadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporaron al expediente, luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del C.P.C.

- El 15 de mayo de 2013 se recibieron los testimonios de los señores Gustavo González Artunduaga –este testimonio fue tachado por sospecha por la parte convocante-, y Leonardo Cotrino Ardila<sup>23</sup>.
- El 16 de mayo de 2013 se recibió el testimonio del señor Javier Sarmiento Garzón<sup>24</sup>, quien fue objeto de tacha de sospecha por la parte convocante.
- El 20 de mayo de 2013 se recibió el testimonio del señor Daniel Ricardo Espinosa Cuéllar<sup>25</sup>, así como la declaración del parte del señor Herbert Donrnbusch Gehl<sup>26</sup>, representante legal de la parte convocante.

La parte convocada desistió de la práctica de los testimonios de los señores Isabel Cristina Rojas, Nohora Garzón, Jorge Mario Martínez Ruiz y Arturo Morales.

## 1.3. Dictamen Pericial

Se practicó un dictamen pericial<sup>27</sup> a cargo de un perito experto en temas contables, decretado de conformidad con lo solicitado por las partes. La experticia fue rendida por el perito Jorge Torres Lozano. De dicho dictamen se

---

<sup>23</sup> Folios 181 a 190 y 191 a 196 del C. de Pruebas No. 4.

<sup>24</sup> Folios 197 a 212 del C. de Pruebas No. 4.

<sup>25</sup> Folios 218 a 238 del C. de Pruebas No. 4.

<sup>26</sup> Folios 239 a 241 del C. de Pruebas No. 4

<sup>27</sup> Folios 1 a 166 del C. de Pruebas No. 4.

corrió traslado a las partes. La parte convocante solicitó aclaraciones y complementaciones, las cuales fueron respondidas en tiempo por el señor perito.<sup>28</sup>

#### 1.4. Experticio

En los términos del artículo 116 de la Ley 1395 de 2010, se ordenó tener como experticio el documento denominado "*Avalúo de Renta Corporativo No. AV-250-10 de la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá, de las áreas ocupadas por Carrefour en el Centro Comercial Floresta Outlet, de 29 de octubre de 2010*" y el "*Informe de aclaraciones del Avalúo de Renta Corporativo No. AV-250-10 de la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá, de fecha 9 de mayo de 2012*".

Para los efectos previstos en la norma citada, se ordenó citar a quien la Lonja de Propiedad Raíz dispusiera para efectos de que se surtiera el interrogatorio previsto en la ley.

De acuerdo con lo anterior, el 20 de mayo de 2013 comparecieron los señores Claudia Teresa Zárate Salgado y Carlos Liray Franco Márquez, en representación de la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá.<sup>29</sup> La transcripción de la declaración rendida fue entregada por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporó al expediente luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del C.P.C.

#### 1.5. Oficios

El Tribunal ordenó que por Secretaría se oficiara a las siguientes entidades, para los fines que se indican a continuación.

- a. A la firma **DELOITTE COLOMBIA** quien ejerce la revisoría fiscal de la sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A. – Carrefour, o a quien hiciera sus veces, para que certifique lo siguiente: **(i)** Cómo se lleva la contabilidad de la Tienda de Carrefour que opera en el Centro Comercial Floresta Outlet, en la Carrera 69 No. 98 A-45 de Bogotá, y si en la misma se incluye la totalidad de los ingresos de dicho establecimiento por todo concepto, sea por: ventas directas de contado o con

---

<sup>28</sup> Folios 167 a 177 del C. de Pruebas No. 4.

<sup>29</sup> Folios 213 a 217 del C. de Pruebas No. 4.

tarjetas de crédito; por venta de productos de marcas propias o proveedores externos; por ventas corporativas, al por mayor y al de tal; por precios cobrados por espacios en los mostradores, punta de góndola o cabeza de góndola; por espacios de exhibición en los mostradores adyacentes a las cajas registradoras; por espacios para promociones especiales; por espacios para neveras y productos congelados; por venta de textiles, electrodomésticos y productos de bazar; ingresos por espacios para cajeros electrónicos; por subarriendos; concesiones de espacio y por todo concepto concerniente a la explotación económica de la tienda en mención. **(ii)** Toda la información contable y financiera que tenga relación con la Tienda de Carrefour que opera en el Centro Comercial Floresta Outlet, en la Carrera 69 No. 98 A-45 de Bogotá, desde diciembre de 2008 y hasta la fecha del dictamen, que incluya, entre otros, todos los ingresos de dicho almacén por todo concepto, sea por: ventas directas o con tarjetas de crédito; por venta de productos de marcas propias o proveedores externos; por ventas corporativas, al por mayor y al detal; por espacios en los mostradores, punta de góndola o cabeza de góndola; por espacios de exhibición en los mostradores adyacentes a las cajas registradoras; por espacios para promociones especiales; por espacios para neveras y productos congelados; por venta de textiles, electrodomésticos y productos de bazar; ingresos por espacios para cajeros electrónicos; por subarriendos; concesiones de espacio y por todo concepto concerniente a la explotación económica de la tienda en mención. **(iii)** Si los valores expresados en las certificaciones por ventas netas de la Tienda de Carrefour que opera en el Centro Comercial Floresta Outlet, en la Carrera 69 No. 98 A-45 de Bogotá, expedidas por el contador de Carrefour, por los meses comprendidos entre diciembre de 2008 a enero de 2009, incluyen todos los ingresos mensuales, sea por: ventas directas o con tarjetas de crédito; por venta de productos de marcas propias o proveedores externos; por ventas corporativas, al por mayor y al detal; por espacios de exhibición en los mostradores, punta de góndola o cabeza de góndola; por espacio en los mostradores adyacentes a las cajas registradoras; por espacios para promociones; por espacios para neveras y productos congelados; por venta de textiles, electrodomésticos y productos de bazar; ingresos por espacios para cajeros electrónicos y en general; todo lo concerniente a la explotación económica de la tienda en mención. **(iv)** En el caso de existir diferencia, luego de la verificación del punto anterior, indicar cuáles conceptos quedaron omitidos, sus valores y, en general, todos aquellos concernientes a la explotación económica de la tienda en mención que hayan quedado sin incluir.

La correspondiente respuesta obra a folios 242 y 243 del C. de Pruebas No. 4.

b. A las siguientes **Empresas:**

- LG, Sony, Samsung, Hewlett Packard, Dell, Compact.
- Vestimundo, marcas Punto Blanco y GEf.
- Alpina, Nutresa (y marcas de ese grupo empresarial), Colanta y Parmalat.
- Bancolombia, Citibank y Servibanca.

Se les requirió que indicaran: **(i)** Cuáles son las tarifas o valores que Grandes Superficies de Colombia S.A.- Carrefour cobra por los siguientes conceptos, según el caso, en la tienda que opera en el Centro Comercial Floresta Outlet, en la Carrera 69 No. 98 A-45 de Bogotá: por exhibición en los mostradores punta o cabeza de góndola; por espacio para instalación y funcionamiento de cajeros electrónicos o servicios financieros; por espacios para promociones o para publicidad; por espacio en los mostradores adyacentes a las cajas registradoras y por espacios para neveras, etc. **(ii)** Si el cobro no está referido específicamente a la mencionada tienda, se les solicitó que indicaran las tarifas que Carrefour aplica en general para el cobro por todo concepto asociado a sus establecimientos o tiendas que operan en la ciudad de Bogotá. **(iii)** El promedio anual de los pagos hechos a Grandes Superficies de Colombia S.A. – Carrefour por los años 2009 a 2012, por los mismos conceptos de que trata el punto anterior, relativos a la tienda de Carrefour que opera en el Centro Comercial Floresta Outlet, en la Carrera 69 No. 98 A-45 de Bogotá o, en su defecto, los que correspondan en general a esos mismos conceptos asociados a sus establecimientos o tiendas que operan en la ciudad de Bogotá.

De los oficios remitidos se obtuvo respuesta de:

- Sony, cuya respuesta obra a folios 244 a 248 del C. de Pruebas No. 4.
- Hewlett Packard, cuya respuesta obra a folios 215 a 216 del C. de Pruebas No. 3.
- Vestimundo, marcas Punto Blanco y GEf, cuya respuesta obra a folios 272 a 282 del C. de Pruebas No. 3.
- Alpina, cuya respuesta obra a folio 283 del C. de Pruebas No. 3.
- Nutresa (y marcas de ese grupo empresarial), cuya respuesta obra a folios 249 a 271 del C. de Pruebas No. 3.
- Colanta, cuya respuesta obra a folio 249 del C. de Pruebas No. 4.
- Parmalat, cuya respuesta obra a folios 284 a 285 del C. de Pruebas No. 3.
- Citibank cuya respuesta obra a folios 250 a 252 del C. de Pruebas No. 4.

Respecto a los oficios remitidos a LG, Samsung, Compact, Bancolombia y Servibanca, no fue posible obtener respuesta pese a haberseles requerido.

En cuanto al oficio remitido a Dell, la respuesta se obtuvo después de cerrado el debate probatorio y obra a folio 504 del C. Principal No. 2.

- c. A la **Oficina de Administración del Centro Comercial Floresta Outlet**, para que certificara cuál es el valor de la cuota de administración por los años 2009 a 2012, fijada a Grandes Superficies de Colombia S.A. Carrefour, por las áreas que ocupa en el Centro Comercial Floresta Outlet en la Carrera 69 No. 98 A- 45 de Bogotá.

La correspondiente respuesta obra a folio 214 del C. de Pruebas No. 3.

- d. A la **Notaría 6ª del Círculo de Bogotá**, para que expidiera copia de la Escritura No. 1736 del 7 de abril de 2005 sobre constitución del Fideicomiso de Administración con Fiduciaria de Occidente S.A. de PROMOTORA LOS SAUCES S.A.

La correspondiente respuesta obra a folios 193 a 213 del C. de Pruebas No. 3.

- e. A **Fiduciaria de Occidente S.A.**, para que remitiera el documento que la convocante afirma se encuentra en su poder, por el cual la sociedad Promotora Los Sauces S.A., cedió parcialmente su posición contractual de Fideicomitente a favor de Dopesa S.A. respecto de los inmuebles identificados con las matrículas inmobiliarias 50N-20558120, 50N-20550121 y 50N-20558122 de la Oficina de Registros Públicos de Bogotá.

Así mismo, para que certificara si el Contrato de Fiducia 4-2-1386 fue o no modificado por DOPESA en un fideicomiso de administración para asegurar el cumplimiento y ejecución del Contrato de Promesa de Arrendamiento celebrado el 5 de diciembre de 2008 entre Carrefour y Dopesa, así como para asegurar el cumplimiento y ejecución del Contrato de Arrendamiento objeto de este arbitraje, tal y como fue pactado por las partes en el citado contrato de promesa en sus Cláusulas 1.8 y 9.3 y la "Cuarta" de los Antecedentes y Consideraciones. Al oficio respectivo se solicitó adjuntar copia del Contrato de Promesa de Arrendamiento. Adicionalmente se solicitó remitir copia del otrosí que modificó el Contrato de Fiducia 4-2-1386 en los términos pactados en las cláusula 1.8 y 9.3 y la 4ª de los Antecedentes y Consideraciones del Contrato de Arrendamiento celebrado entre Carrefour y Dopesa.

La correspondiente respuesta obra a folios 217 a 248 del C. de Pruebas No. 3.

- f. A **la sociedad convocada** para que expidiera certificación donde consten los valores percibidos por la tienda ubicada en el Centro Comercial Floresta Outlet, entre junio y septiembre de 2013, correspondientes a la "Cuenta 4135-COMERCIO AL MAYOR Y AL POR MENOR".

La correspondiente respuesta obra a folios 254 a 258 del C. de Pruebas No. 4.

#### 1.6. Inspección judicial con exhibición de documentos

La parte convocada solicitó la práctica de una inspección judicial con exhibición de documentos en las instalaciones de Dopesa S.A., prueba cuyo decreto fue aplazado por el Tribunal de conformidad con lo previsto en el artículo 244 del C.P.C. Sin embargo posteriormente desistió de la práctica de la prueba, manifestación que fue aceptada por el Tribunal, según consta en el Acta No. 15<sup>30</sup>, correspondiente a la audiencia celebrada el 22 de agosto de 2013.

#### 1.7. Alegatos de conclusión

Por encontrar que todas las pruebas decretadas fueron practicadas en forma oportuna, en audiencia celebrada el 10 de septiembre de 2013, las partes declararon su conformidad con el desarrollo del proceso y afirmaron que en el presente trámite arbitral no existe vicio alguno que requiera ser saneado.

En la misma fecha, las partes alegaron de conclusión de manera oral y los correspondientes resúmenes escritos fueron incorporados al expediente.<sup>31</sup>

Adicionalmente, se fijó el día 21 de octubre de 2013 para dar lectura del Laudo Arbitral, fecha que mediante Auto No. 22 fue posteriormente modificada para que tuviera lugar el 30 de octubre de 2013 a las 12:00 m.

### **V. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO**

El término de duración del presente proceso es de seis (6) meses por mandato del artículo 14 del Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto. Su cómputo inicia a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, es decir el 29 de abril de 2013, por lo cual dicho plazo vencería el 28 de octubre de 2013.

---

<sup>30</sup> Folios 397 a 399 del C. Principal No. 2.

<sup>31</sup> Folios 405 452 y 453 a 503 del C. Principal No. 2.

Sin embargo, mediante Auto No. 19 de fecha 22 de agosto de 2013, el Tribunal, en uso de las facultades previstas en el artículo 14 del Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, decretó una prórroga del término del trámite arbitral hasta el 27 de abril de 2014.

Por lo anterior, la expedición del presente laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **LA CONTROVERSIA**

#### **I. LA DEMANDA PRINCIPAL, SU CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES**

##### **1. Las Pretensiones**

Con apoyo en los hechos que adelante se transcriben y en la normatividad invocada en la demanda, la parte convocante ha solicitado al Tribunal que en el Laudo se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

##### *"PRETENSIONES PRINCIPALES*

*"PRIMERA: Que se declare la existencia del contrato de arrendamiento entre Dopesa S.A. y la sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A.- Carrefour- en virtud del cual ésta última, en su condición de arrendataria, detenta actualmente el uso y goce de un área de 2.793,71 metros cuadrados, o la mayor que resulte probada en el proceso, en el Edificio Floresta Los Sauces -PH, también denominado CENTRO COMERCIAL FLORESTA OUTLET, ubicado en la Carrera 69 # 98A-45 de Bogotá D.C."*

*"SEGUNDA: Que se declare que desde el 6 de diciembre de diciembre (sic) de 2011 la sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A. – Carrefour- no ha efectuado pago alguno por concepto de los cánones de arrendamiento y se declare, en consecuencia, que ha incumplido el contrato de arrendamiento."*

*"TERCERA: Que se declare que Grandes Superficies de Colombia S.A. – Carrefour incumplió su obligación de ejecutar de buena fe el contrato de arrendamiento celebrado con Dopesa S.A. (Art. 1603 C.C. y 871 C. de Co.).*

*"CUARTA: Que se declare que Grandes Superficies de Colombia S.A. – Carrefour incumplió lo convenido respecto de la destinación y uso del área arrendada."*

*"QUINTA: Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores o de una cualquiera de ellas, se resuelva el contrato de arrendamiento y se ordene la correspondiente restitución del área arrendada."*

*"SEXTA: Que se declare que el canon mensual de arrendamiento que Grandes Superficies de Colombia – Carrefour adeuda a Dopesa S.A. desde el 6 de diciembre de 2011 es por el valor mínimo de \$54.167.000,00 o el mayor que resulte establecido en el proceso."*

*"SÉPTIMA: Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a la sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A. – Carrefour- a pagar a favor de Dopesa S.A. las cantidades correspondientes a los cánones por el uso y goce del área arrendada, a razón de \$54.167.000,00 mensuales o la cantidad mayor que resulte establecida en el proceso, dejados de pagar desde el 6 de diciembre de 2011 y, sucesivamente, hasta la fecha del laudo, junto con (i) los intereses moratorios sobre dichas sumas, desde que se hayan causado y hasta que se produzca la condena, liquidados a la tasa más alta permitida legalmente; o (ii) en su subsidio, los intereses bancarios corrientes sobre dichas cantidades, desde que se hayan causado y hasta que se produzca la condena; o (ii) en su subsidio, esas mismas cantidades actualizadas con el Índice de Variación de Precios al Consumidor –IPC- correspondiente."*

*"OCTAVA: Que se condene a la sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A. – Carrefour- a pagar a favor de Dopesa S.A., la suma correspondiente a la diferencia entre los cánones mensuales pagados en el primer año del contrato de arrendamiento – por el periodo comprendido entre el 6 de diciembre de 2008 y el 5 de diciembre de 2009- y la cantidad de CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO SESENTA Y SITE MIL PESOS (\$54.167.000) correspondiente a los cánones mensuales que Grandes Superficies de Colombia S.A. – Carrefour-reconoció y pagó por el segundo y tercer años del contrato."*

*"NOVENA: Que se condene a la sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A. – Carrefour- a pagar a favor de Dopesa S.A. (i) los intereses moratorios sobre las cantidades que hayan quedado establecidas de acuerdo con la pretensión*



*OCTAVA anterior, desde que se hayan causado y hasta que se produzca la condena, liquidados a la tasa más alta permitida legalmente, o (ii) en su subsidio, los intereses bancarios corrientes desde que se hayan causado y hasta que se produzca la condena; o (iii) en su subsidio, a pagar estas mismas cantidades actualizadas con el Índice de Variación de Precios al Consumidos – IPC- correspondiente.”*

*“DECIMA: Que se condene a Grandes Superficies de Colombia S.A. Carrefour- a pagar la totalidad de costas y agencias en derecho.”*

*“PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DE LAS ANTERIORES”*

*“En subsidio de las pretensiones SEGUNDA, TERCERA, CUARTA Y QUINTA anteriores, esto es, en el caso que el Tribunal no llegare a declarar resuelto el contrato de arrendamiento y a ordenar la restitución del inmueble arrendado, o no llegare a declarar que el canon mensual que adeuda Carrefour a Dopesa S.A. es mínimo por valor de \$54.167.000, formulo las siguientes pretensiones:*

*“PRIMERA: Que, en los términos del artículo 2001 del Código Civil, ordene el Tribunal la determinación del justiprecio del canon mensual de arrendamiento, y del índice de actualización, del contrato de arrendamiento entre Grandes Superficies de Colombia S.A. Carrefour- y Dopesa S.A., en razón a la disputa acerca del monto de la renta por el área del inmueble entregada a Grandes Superficies de Colombia S.A. Carrefour-.”*

*“SEGUNDA: Que, como consecuencia de la pretensión anterior, se condene a la sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A. Carrefour- a pagar a favor de Dopesa S.A., las siguientes sumas: (i) La correspondiente a la diferencia entre los cánones mensuales pagados por ella en el periodo comprendido entre el 6 de diciembre de 2008 y el 5 de diciembre de 2009 y el justiprecio de la renta mensual determinado por el Tribunal y (ii) la correspondiente a la diferencia entre los cánones mensuales pagados entre el 6 de diciembre de 2009 y el 5 de diciembre de 2011 y el justiprecio de la renta mensual determinado por el Tribunal y (iii) los cánones mensuales dejados de pagar a partir del 6 de diciembre de 2011 y hasta la fecha del Laudo, por el justiprecio establecido por el Tribunal.”*

*“TERCERA: Que se condene a la sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A. Carrefour- a pagar a favor de Dopesa S.A., (i) los intereses moratorios sobre las cantidades que hayan quedado establecidas de acuerdo con la pretensión SEGUNDA anterior, desde que se hayan causado y hasta que se produzca la*

*condena, liquidados a la tasa más alta permitida legalmente, o (ii) en su subsidio, los intereses bancarios corrientes sobre dichas cantidades, desde que se hayan causado y hasta que se produzca la condena; o (iii) en su subsidio, a pagar esas mismas cantidades actualizadas con el Índice de Variación de Precios al Consumidor – IPC- correspondiente.”*

*“CUARTA: Que se condene a la sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A. Carrefour- a pagar la totalidad de costas y agencias en derecho.”*

*“SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:*

*“En subsidio de las pretensiones anteriores, esto es, en el caso de que el Tribunal no determine el justiprecio del inmueble arrendado y el índice de actualización, formulo las siguientes pretensiones:*

*“PRIMERA: Que, En virtud de lo dispuesto en los artículos 872 y 920 in fine del Código de Comercio, se reconozca que el precio que ha sido pagado por la Sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A. –Carrefour- como contraprestación por el uso y goce del área arrendada por Dopesa S.A., es irrisorio.”*

*“SEGUNDO: Qué, como consecuencia de la declaración anterior, se reconozca que el contrato es inexistente o, en su subsidio, que se declare nulo.”*

*“TERCERA: Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A. a restituir el inmueble arrendado.”*

*“CUARTA: Que como consecuencia del reconocimiento de la inexistencia del contrato o, subsidiariamente, de su declaratoria de nulidad, según lo determine el Tribunal, se condene a la sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A. – Carrefour- a indemnizar los perjuicios causados a Dopesa S.A. equivalentes a las siguientes sumas: (i) La diferencia entre los cánones mensuales pagados por ella en el periodo comprendido entre el 6 de diciembre de 2008 y el 5 de diciembre de 2009 y el justiprecio de la renta mensual determinado por el Tribunal y (ii) la diferencia entre los cánones mensuales pagados entre el 6 de diciembre de 2009 y el 5 de diciembre de 2011 y el justiprecio de la renta mensual determinado por el Tribunal y (iii) lo cánones mensuales dejados de pagar a partir del 6 de diciembre de 2011 y hasta la fecha del Laudo, por el justiprecio establecido por el Tribunal.”*

*"QUINTA: Que se condene a la sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A. – Carrefour- a pagar a favor de Dopesa S.A.: (i) los intereses moratorios sobre las cantidades que hayan quedado establecidas de acuerdo con la pretensión CUARTA anterior, desde que se hayan causado y hasta que se produzca la condena, liquidados a la tasa más alta permitida legalmente, o (ii) en su subsidio, los intereses bancarios corrientes sobre dichas cantidades, desde que se hayan causado y hasta que se produzca la condena; o (iii) en su subsidio, a pagar esas mismas cantidades actualizadas con el índice de Variación de Precios al Consumidor -IPC- correspondiente."*

*"SEXTA: Que se condene a Grandes Superficies de Colombia S.A – Carrefour- a pagar la totalidad de costas y agencias en derecho."*

*"TERCER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS"*

*"En subsidio de las pretensiones anteriores, esto es, en el caso de que el Tribunal no declare que el precio que ha sido pagado por la sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A. – Carrefour- como contraprestación por el uso y goce del área arrendada por Dopesa S.A. es irrisorio, formulo las siguientes pretensiones:*

*"PRIMERA: Que se declare que la sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A., incumpliendo su obligación de celebrar el contrato de buena fe (art. 871 C. Co.) obtuvo de manera viciada el consentimiento de Dopesa S.A. respecto de las sumas pactadas por los cánones del segundo y tercer año del arrendamiento y se declare en consecuencia la nulidad del contrato celebrado entre ellas."*

*"SEGUNDA: Que, como consecuencia de la declaración de nulidad del contrato, se condene a la sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A. a restituir el área arrendada."*

*"TERCERA: Que, como consecuencia de la nulidad del contrato, se condene a la sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A. – Carrefour- a indemnizar los perjuicios causados a Dopesa S.A. equivalentes al monto de los cánones de arrendamiento que habría recibido si hubiera arrendado el inmueble a través de un contrato válido, por las siguientes sumas: (i) La correspondiente a la diferencia entre los cánones mensuales pagados por ella en el periodo comprendido entre el 6 de diciembre de 2008 y el 5 de diciembre de 2009 y el justiprecio de la renta mensual determinado por el Tribunal y (ii) la correspondiente a la diferencia entre los cánones mensuales pagados entre el 6 de diciembre de 2009 y el 5 de diciembre de 2011 y el justiprecio de la renta*

*mensual determinado por el Tribunal y (iii) los cánones mensuales dejados de pagar a partir del 6 de diciembre de 2011 y hasta la fecha del Laudo, por el justiprecio establecido por el Tribunal.”*

*“CUARTA: Que se condene a la sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A. – Carrefour- a pagar a Dopesa S.A. los intereses moratorios sobre los montos establecidos en la pretensión anterior, desde que se hayan causado y hasta que se produzca la condena, liquidados a la tasa más alta permitida legalmente, o (ii) en su subsidio, los intereses bancarios corrientes sobre dichas cantidades, desde que se hayan causado y hasta que se produzca la condena; o (iii) en su subsidio, a pagar esas mismas cantidades actualizadas con el Índice de Variación de Precios al Consumidor –IPC- correspondiente.”*

*“QUINTA: Que se condene a Grandes Superficies de Colombia S.A. –Carrefour- a pagar la totalidad de costas y agencias en derecho.”*

## **2. Hechos**

Las pretensiones formuladas por la Parte Convocante en la demanda arbitral, están fundamentadas en los siguientes hechos, que fueron presentados organizados por temas, en la siguiente forma:

**Bajo el título de “Antecedentes” la parte convocante plantea lo siguiente:**

En el mes de agosto de 2008, el señor Daniel Espinosa Cuéllar, en representación de Dopesa S.A. entró en conversaciones con Carrefour con la finalidad de que ésta tomara en arrendamiento un área en el denominado Centro Comercial Floresta Outlet, construido sobre las antiguas bodegas de Hilacol y constituido en propiedad horizontal en el Edificio Floresta Los Sauces- PH, ubicado en la Carrera 69 No. 98 A – 45 de Bogotá, para que instalara allí una de sus “Tiendas”.

Indicó que sobre los inmuebles que forman parte del Edificio Floresta Los Sauces – PH, hoy denominado Centro Comercial Floresta Outlet, correspondientes a las Bodegas 4 a 19, la sociedad Promotora Los Sauces S.A. tenía celebrado un contrato de fiducia mercantil de administración con la Fiduciaria de Occidente S.A., mediante Escritura Pública No. 2573 de 10 de septiembre de 2004 de la

Notaría 56 de Bogotá, por el cual se constituyó el Patrimonio Autónomo FIDEICOMISO FA – LOS SAUCES.

Precisó que por documento privado del 5 de diciembre de 2008, la sociedad Promotora Los Sauces S.A. cedió parcialmente su posición contractual de fideicomitente a favor de DOPESA S.A., cediéndose a favor de esta última los derechos fiduciarios respecto de los inmuebles Bodegas 8, 9 y 10 del Edificio Floresta Los Sauces – PH , sobre los cuales se ofreció a Carrefour tomar en arrendamiento el área para la operación de su Tienda.

**En cuanto a la negociación del canon señaló lo siguiente:**

En el transcurso de las negociaciones que tomaron cuatro meses, desde agosto hasta diciembre de 2008, entre el representante de Dopesa y de la sociedad Promotora Los Sauces S.A., señor Herbert Dornbusch y el señor Javier Sarmiento, en nombre de Carrefour, se convino que el valor del canon de arrendamiento mensual no sería inferior a \$54 millones de pesos por un área de aproximadamente 2.000 M2, con incrementos anuales de acuerdo con el IPC del año inmediatamente anterior, y que Carrefour pagaría anticipadamente el equivalente a dos años de arrendamiento por ese valor, esto es la suma de \$1.300.000.000,00.

Afirma la demanda que si bien el precio del arrendamiento según el mercado era para ese momento de \$80.000 por metro cuadrado en el Centro Comercial Floresta Outlet, el representante legal de Dopesa aceptó que el canon mensual fuera por la cantidad mínima de \$54 millones lo cual equivalía apenas a \$27.000 por metro cuadrado y por un área estimada apenas en 2000 M2, bajo la consideración de que se trataba de un “almacén ancla” para el centro comercial. Agregó que la circunstancia de que Carrefour instalara su Tienda en el Centro Comercial evidentemente constituía una ventaja para el desarrollo de este último, de ahí la enorme diferencia frente al precio de mercado que aceptó recibir Dopesa como contraprestación, lo cual representó también un provecho muy significativo para Carrefour.

Plantea que en la comunicación de fecha 26 de julio de 2009, documento que transcribe, quedó evidencia de lo anterior.

Afirma la convocante que luego de cuatro meses de conversaciones, encontrándose ya para su firma el contrato de promesa de arrendamiento que las partes habían acordado celebrar, y a pesar de lo convenido con el señor Javier Sarmiento, un día viernes a altas horas de la noche le indicaron telefónicamente al representante de Dopesa que Carrefour sólo aceptaría como canon mensual el correspondiente al 1.5% de las ventas netas mensuales de la Tienda, pero que, en todo caso, Dopesa podría confiar en que el promedio anual de aplicar dicho porcentaje sería equivalente, cuando menos, al precio pactado de \$54 millones mensuales, tanto así que si llegaba a resultar inferior Carrefour se obligaría a pagar a Dopesa el saldo que resultara a su favor. Señala que tal obligación quedó estipulada en el contrato de promesa -parte final cláusula 12.2- y precisa que al propio tiempo, Carrefour entregaría a Dopesa la suma global de \$1.300 millones para pagar anticipadamente el segundo y tercer años de arrendamiento, por ese mismo precio como mínimo, lo que, afirma, en efecto ocurrió.

Para la convocante de esta manera quedó entendido que el canon de \$54 millones era, en todo caso, un valor mínimo y por eso se estipuló en el contrato de promesa que Carrefour quedaría obligada a pagar a Dopesa la diferencia "que llegare a quedar a su favor" -Cláusula Décima Segunda de la Promesa-.

**En cuanto al CONTRATO DE PROMESA DE ARRENDAMIENTO la demanda indica lo siguiente:**

El 5 de diciembre de 2008, las partes suscribieron el contrato de promesa de arrendamiento, sobre un área de 2.793,71 M2 en el Centro Comercial Floresta Outlet, ubicado en la Carrera 69 #98A-45 de la actual nomenclatura urbana de Bogotá, D.C., para ser usada por Carrefour para la operación de una "Tienda" y para áreas de soporte de la Tienda y su acceso.

Se agrega que la ubicación, descripción y demás especificaciones del área prometida en arrendamiento quedaron detalladas en los anexos 6, 7 y 8 del contrato de promesa.

Plantea la convocante que el texto del contrato fue preparado y redactado por los abogados de la firma PRIETO CARRIZOSA asesores de Carrefour desde su negociación.

Añade que el contrato de arrendamiento prometido era un contrato solemne que nunca se celebró, pues en éste las partes pactaron una solemnidad consistente en que debía constar "en documento privado otorgado ante notario" -Cláusula Décima quinta, 15.1 de la Promesa-, documento que debía ser suscrito inicialmente el 20 de febrero de 2009 a las 10:00 a.m. en la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá.

Señala además que Dopesa y Carrefour acordaron suscribir un otrosí al contrato de promesa prorrogando para el 20 de marzo de 2009 la celebración del contrato solemne de arrendamiento. Para tal efecto el señor Daniel Espinosa Cuellar envió a Carrefour para su firma -el día 12 de marzo de 2009- el texto del otrosí No.1 a la Promesa, pero Carrefour no lo devolvió oportunamente, sino que lo retuvo y sólo lo envió a Dopesa el 25 de marzo de 2009, esto es, cuando ya había pasado la nueva fecha prevista para la firma.

Se expresa que hasta el momento de la demanda la convocante no le había asignado ningún efecto a esa circunstancia, distinto de la simple consideración de que no había quedado convenida la prórroga ante la falta de aceptación previa y expresa por parte de Carrefour, pero que con ocasión de la demanda de reconvenición y con la nota de comparecencia de Carrefour a la Notaría el 20 de marzo de 2009, se hizo evidente que Carrefour se había abstenido de enviar oportunamente a Dopesa el otrosí con su aceptación de la prórroga, no obstante lo cual se presentó a la Notaría para hacer constar su comparecencia a suscribir el contrato de arrendamiento y el aparente incumplimiento de Dopesa. Agrega que cinco días más tarde Carrefour devolvió suscrito el otrosí a Dopesa sin mencionar nada al respecto.

Encuentra la convocante que en todo caso, el efecto práctico es que no quedó convenida oportunamente y por escrito la nueva fecha para suscribir el contrato de arrendamiento y que las partes nunca celebraron el contrato solemne de arrendamiento prometido, pues nunca suscribieron el documento privado ante Notario, solemnidad que ellas mismas habían impuesto como requisito para su celebración.

Precisa que las partes habían acordado que el contrato de Arrendamiento estaría vigente "desde la firma del mismo" y expiraría al vencimiento de los veinte (20) años inmediatamente siguientes a la fecha prevista para la apertura al público de la Tienda.

**En cuanto al área y destinación de la cual Carrefour tiene el uso y goce, la demanda afirma lo siguiente:**

Desde el 5 de diciembre de 2008 Carrefour entró a detentar el uso y goce del área que actualmente ocupa en el Centro Comercial Floresta Outlet, correspondiente a 2.793,71 M2 del Edificio Floresta Los Sauces, también denominado Centro Comercial Floresta Outlet, tal como había sido descrita en los anexos 6, 7 y 8 del contrato de promesa, y precisa las áreas así:

- (i) Un área de 1.588,92 M2 en las Bodegas 8, 9 y 10 y (ii) Un área de 1.204,79 M2 por afectación de zonas comunes a uso exclusivo de la Bodega 9.

Indica que el Edificio Floresta Sauces – PH se encuentra sometido al régimen de propiedad horizontal, constituido mediante escritura pública No. 053 de 15 de enero de 1996, otorgada en la Notaría 49 de Bogotá; reformada mediante Escritura Pública No. 1205 del 27 de mayo de 2008 de la Notaría 49 de Bogotá; aclarada por Escritura Pública No. 1552 del 2 de julio de 2008 de la Notaría 49 de Bogotá y reformada, por último, mediante Escritura Pública No. 9311 del 22 de diciembre de 2008 de la Notaría 6ª de Bogotá.

Agrega que a las bodegas 8, 9 y 10 les corresponden actualmente los siguientes números de matrícula inmobiliaria

- Bodega 8: matrícula 50N-20558120
- Bodega 9: matrícula 50N-20558121 y
- Bodega 10: matrícula 50N-20558122

Adicionalmente afirma que el área arrendada está siendo usada por Carrefour desde el 5 de diciembre de 2008, así: (i) área del primer piso para almacén o “Tienda” (1.836,80 M2), bodega y zona de cargue y descargue (510 M2); (ii) área del segundo piso para oficinas (140 M2) y (iii) área del tercer piso para el cuarto de generadores y tanque y planta (210.80 M2), más áreas de circulación.

Señala que no obstante que en la etapa de negociación el canon mensual había sido calculado en \$54 millones sobre un área estimada de 2.000 M2, el área real tomada en arrendamiento por Carrefour fue de 2.793,71 M2, muy superior a la



estimada, a pesar de lo cual Dopesa mantuvo su palabra y aceptó que le fuera pagada la renta por la suma que había negociado de apenas \$54 millones y que así le fue pagado, a la postre, el equivalente a 24 meses de arrendamiento por el segundo y tercer años. Para la convocante es evidente que esta situación le ha significado a Dopesa una pérdida aún mayor en relación con el área de la cual usa y goza Carrefour para la explotación comercial de su empresa y la contraprestación que ha recibido por ello.

Los hechos se refieren también al **CANON DE ARRENDAMIENTO DEL AREA ARRENDADA** y se cita textualmente la cláusula segunda del contrato de promesa de arrendamiento referida a esta materia.

En este punto se indica que Carrefour pagó anticipadamente a Dopesa la suma de MIL TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$1.300.000.000) correspondiente a los cánones del segundo y tercer año de ejecución del contrato de arrendamiento, entre el 5 de diciembre de 2009 y el 5 de diciembre de 2011, esto es, por 24 meses con un canon mensual de \$54.167.000,00.

Precisa que este pago se hizo por sumas iguales de \$650 millones más IVA, el 17 de diciembre de 2008 y el 5 de enero de 2009, respectivamente.

Añade que en las facturas y recibos de pago consta que el pago se realiza por concepto de "ANTICIPO VR. ARRENDAMIENTO SEGUNDO AÑO BODEGAS Nos. 8, 9 y 10 "FLORESTA OUTLET" COMPRENDIDO ENTRE EL 06 DE DICIEMBRE DE 2009 Y EL 05 DE DICIEMBRE DE 2010" y "ANTICIPO VR. ARRENDAMIENTO TERCER AÑO BODEGAS Nos. 8, 9 y 10 "FLORESTA OUTLET" COMPRENDIDO ENTRE EL 06 DE DICIEMBRE DE 2010 Y EL 05 DE DICIEMBRE DE 2011".

En cuanto al pago del canon de arrendamiento por el primer año afirma que en el primer año de ejecución del contrato de arrendamiento, a partir de la apertura de su Tienda el 6 de diciembre de 2009, Carrefour empezó a pagar a Dopesa un canon promedio mensual aproximado de once millones quinientos mil pesos (\$11.500.000) aparentemente como resultado de aplicar el 1.5% a las cantidades que el propio contador de esa empresa, empleado suyo, dijo corresponder a las ventas netas de la Tienda desde el 6 de diciembre de 2008 hasta el 5 de enero de 2009 y precisa los montos de tales pagos, así:

<b>PERIODO MENSUAL</b>	<b>VALOR SIN IVA</b>
Enero - 2009	\$ 16.404.643
Febreo - 2009	\$ 10.398.025
Marzo -2009	\$ 10.239.224
Abril - 2009	\$ 12.441.518
Mayo - 2009	\$ 10.793.373
Junio -2009	\$ 12.345.049
Julio - 2009	\$ 11.154.566
Agosto - 2009	\$ 11.282.000
Septiembre - 2009	\$ 11.019.000
Octubre - 2009	\$ 10.690.770
Noviembre - 2009	\$ 11.461.519
Diciembre - 2009	\$ 10.640.869

**TOTAL PROMEDIO \$ 11.572.546**

Señala que el concepto de "Tienda" había quedado definido por las partes en el contrato de promesa como aquella destinada por Carrefour a la operación de un almacén por departamentos con una sala de ventas de aproximadamente 1.842 M2 que "incluirá productos de (i) alimentación, (ii) textiles, (iii) bazar y (iv) electrodomésticos, bajo el formato que Carrefour utiliza en la actualidad o que utilice en el futuro", más áreas de soporte y acceso.

Afirma que las partes acordaron que el área arrendada "se destinará por el Prometiente Arrendatario para el funcionamiento y operación de la Tienda dentro de la cual se podrán albergar espacios destinados a la operación de una guardería, una agencia de viajes, un local de servicio técnico, un negocio de revelado de fotos y un banco con sus respectivos cajeros electrónicos".

Plantea que el área destinada a la Tienda ha sido utilizada por Carrefour para la explotación económica de tales espacios junto con “multiplicidad de productos integrados por (i) alimentación (ii) textiles, (iii) bazar y (iv) electrodomésticos”, y también para la instalación y operación de cajeros electrónicos de diversos bancos.

Afirma la demanda que es evidente que la noción de “Tienda” en este caso está lejos de corresponder a una simple tienda de abarrotes, encontrándose espacios del área arrendada destinados a la explotación económica de múltiples negocios, marcas y operaciones comerciales y financieras. Afirma que a todo ello deben corresponder los ingresos por ventas netas de la “Tienda” para la ejecución de buena fe del contrato por parte del arrendatario.

Agrega que las partes acordaron en el contrato de promesa que dentro del área arrendada se podrían destinar espacios para la operación de “un banco con sus respectivos cajeros electrónicos”. Observa que sin embargo, el área no ha sido destinada para que un banco opere allí con sus respectivos cajeros, sino que Carrefour ha permitido que se instalen y operen allí -de manera independiente- los cajeros automáticos de Citibank, Bancolombia y Servibanca, y cobra por ello.

En concepto de la convocante, de esa manera Carrefour ha dado al área arrendada una destinación diferente de la prevista en el contrato, incumpliendo así la estipulación contractual contenida en la cláusula 2.1 de la promesa de arrendamiento.

**Al referirse a lo que considera incumplimiento de Carrefour, mora en el pago de los saldos a favor de Dopesa por los cánones del primer año de arrendamiento, afirma lo siguiente:**

La suma de \$54 millones fue la cantidad mínima reconocida y garantizada por Carrefour como canon mensual de arrendamiento y conforme a la cláusula 12.2 del contrato de promesa de arrendamiento, Carrefour se obligó a pagar a Dopesa los saldos a favor, para el evento en que los cánones resultaran inferiores a esa suma.

Plantea que frente a los valores pagados por Carrefour en el primer año de arrendamiento, los siguientes son los saldos a favor de Dopesa que Carrefour está obligado a pagar:

<b>PAGADO en el 1º año</b>	<b>VALOR (sin incluir IVA)</b>	<b>CANON PAGADO 2º y 3º AÑOS sin incluir IVA</b>	<b>SALDO</b>	<b>MÁS IVA</b>	<b>TOTAL</b>
ene-09	\$ 16.404.643	\$ 54.167.000	\$ 37.762.357	\$ 3.776.236	\$ 41.538.593
feb-09	\$ 10.398.025	\$ 54.167.000	\$ 43.768.975	\$ 4.376.898	\$ 48.145.873
mar-09	\$ 10.239.224	\$ 54.167.000	\$ 43.927.776	\$ 4.392.778	\$ 48.320.554
abr-09	\$ 12.441.518	\$ 54.167.000	\$ 41.725.482	\$ 4.172.548	\$ 45.898.030
may-09	\$ 10.793.373	\$ 54.167.000	\$ 43.373.627	\$ 4.337.363	\$ 47.710.990
jun-09	\$ 12.345.049	\$ 54.167.000	\$ 41.821.951	\$ 4.182.195	\$ 46.004.146
jul-09	\$ 11.154.566	\$ 54.167.000	\$ 43.012.434	\$ 4.301.243	\$ 47.313.677
ago-09	\$ 11.282.000	\$ 54.167.000	\$ 42.885.000	\$ 4.288.500	\$ 47.173.500
sep-09	\$ 11.019.000	\$ 54.167.000	\$ 43.148.000	\$ 4.314.800	\$ 47.462.800
oct-09	\$ 10.690.770	\$ 54.167.000	\$ 43.476.230	\$ 4.347.623	\$ 47.823.853
nov-09	\$ 11.461.519	\$ 54.167.000	\$ 42.705.481	\$ 4.270.548	\$ 46.976.029
dic-09	\$ 10.640.869	\$ 54.167.000	\$ 43.526.131	\$ 4.352.613	\$ 47.878.744
<b>TOTAL</b>			\$ 511.133.444	\$ 51.113.344	\$ 562.246.788

Afirma la demanda que en ese primer año Dopesa envió a Carrefour las facturas de cobro por concepto de los cánones mensuales equivalentes al 1.5% de las cantidades que el contador de Carrefour certificó como correspondientes a las ventas netas de la Tienda, pero en modo alguno porque aceptara que ese fuera el precio total del canon y en repetidas oportunidades su representante legal, se dirigió a Carrefour para reclamarle por la diferencia entre lo que estaba pagando en ese primer año de arrendamiento –un promedio mensual de 11.5 millones de pesos- y el mínimo pactado de \$54 millones mensuales, tal como habían sido pagados los cánones del segundo y tercer años (comunicación del 26 de julio de 2009).

Señala la demandante que a los requerimientos de Dopesa, Carrefour respondió que no reconocería un canon mayor por cuanto éste había sido el comportamiento de las ventas (comunicación de 29 de octubre de 2009) y nada dijo acerca de su obligación de reconocer y pagar a Dopesa los saldos a su favor y hasta la fecha no ha reconocido ni pagado suma alguna por ese concepto.

**En cuanto a lo que considera incumplimiento de Carrefour, mora en el pago del arrendamiento desde diciembre de 2011 se señala lo siguiente:**

A partir del vencimiento del tercer año de ejecución del contrato, esto es desde el 5 de diciembre de 2011, y hasta el día de hoy, Carrefour tampoco ha pagado a Dopesa suma alguna por concepto del precio del arrendamiento del área arrendada, de la cual ha disfrutado para la próspera explotación de su empresa.

Indica que Dopesa envió a Carrefour las facturas Nos. 016 y 018 por los cánones correspondientes a diciembre de 2011, enero y febrero de 2012, por valor de \$54.167.000 cada una, pero que Carrefour las devolvió con nota de rechazo argumentando que "Los cánones de arrendamiento de estos períodos ya fueron pagados a Ustedes, en el momento en que recibieron de manera anticipada la suma de \$1.300.000.000, a título de Cánones anticipados" (Carta de Carrefour de 26 de abril de 2012).

Para la convocante, de esta manera, Carrefour no sólo se ha negado a reconocer y pagar los saldos a favor de Dopesa en exceso de los \$11.5 millones mensuales pagados en promedio por el primer año, sino que aduce ahora que el pago anticipado de los \$1.300 millones no era el pago en firme del segundo y tercer año del contrato, sino un anticipo contra el cual deben ser amortizados los cánones mensuales a partir del cuarto año, a razón de \$11.500.000 mensuales en promedio.

Y agrega que si ello fuera así, significaría que el contrato no se celebró de buena fe y que se habría inducido al arrendador a confiar que se le estaba pagando el segundo y tercer años de arrendamiento por el valor mínimo de \$54 millones y que por eso se obligó Carrefour a pagar a Dopesa la diferencia que resultara a favor de esta última, todo lo cual ahora Carrefour desconoce, incurriendo en contradicción con su propia conducta, incumpliendo su propia estipulación y vulnerando gravemente la justicia contractual y la confianza que generó en Dopesa.

Se afirma en la demanda que de ningún modo el canon corresponde simplemente al 1.5% de las ventas, y que es cierto que tal fue el canon variable que se indicó en el contrato de promesa de arrendamiento pero, en todo caso, la

cantidad de \$54 millones mensuales sería el valor mínimo de referencia. Para la demandante fue esa la razón por la cual Carrefour reconoció a ese precio el segundo y tercer año del contrato, cuyo pago anticipó. Fue esa también la manera como Carrefour le garantizó a Dopesa que el canon mínimo sería por esa cantidad. Y fue también la razón por la cual Carrefour se obligó a pagar a Dopesa el saldo a su favor en el evento en que el canon variable resultara inferior a dicho valor.

En este punto destaca la convocante que en el contrato solamente se previó que quedarán saldos "a favor" de Dopesa y en ningún caso que se produjeran saldos o sumas a cargo suyo. Agrega que un saldo a favor sólo puede resultar si está en función de una cantidad mínima.

Afirma que ningún sentido tendría la obligación de Carrefour de reconocer saldos a favor de Dopesa, si no fuera por los que resulten de confrontar el porcentaje del canon variable, con el valor de \$54 millones mensuales que Carrefour aseguró que sería el mínimo. Y pregunta que si tal no hubiese sido el entendimiento de las partes, ¿cómo se explica que hubieran previsto -únicamente- la eventualidad de que se produjeran saldos "a favor" de Dopesa, nunca a cargo, "Saldos a favor" en exceso de qué cantidad?

Y continua preguntándose cómo entender, si no fuera así, que Carrefour se hubiese obligado a pagar a Dopesa un saldo a sabiendas de que este nunca se produciría?, o ¿cómo entender que sus asesores hayan redactado una estipulación que no habría de producir efecto alguno? De los anteriores cuestionamientos la demanda concluye que no puede ser ése, desde luego, el sentido en que debe interpretarse esa estipulación (art. 1620 C.C).

Plantea que el hecho cierto es que desde el 6 de diciembre de 2011 Carrefour no ha pagado suma alguna por concepto de cánones de arrendamiento –por ningún monto- incumpliendo así la prestación principal del contrato de arrendamiento y que, de conformidad con lo estipulado en la cláusula 12.3 del contrato de promesa, deberá pagar además de los cánones adeudados, intereses moratorios sobre esas cantidades a la tasa máxima legal comercial.

**En cuanto al justiprecio de renta del área arrendada a Carrefour plantea lo siguiente:**

Argumenta que la actual posición de Carrefour implica que el valor del canon mensual habría sido siempre de \$11.5 millones en promedio por los tres años transcurridos y sucesivamente hasta su compensación total, a lo cual se opone rotundamente, y que en tal caso la determinación del precio habría quedado siempre a merced de lo que el propio arrendatario establezca (cláusula 12.4). Indica que el Avalúo de Renta Corporativo de la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá de fecha 29 de octubre de 2010, que aporta con la demanda, es un peritaje de máxima jerarquía puesto que es certificado por la Corporación en pleno, que se realiza mediante un proceso colegiado de un número plural de tres peritos evaluadores, designados por la Lonja de entre sus miembros en forma anónima. Agrega que la discusión y certificación se realiza por el Comité o Junta Técnica de Avalúos de la Lonja de Propiedad Raíz, encargado de verificar el justiprecio que han establecido los peritos designados, y debe ser aprobado por unanimidad para que sea un dictamen certificado por la Corporación misma.

Añade que conforme al dictamen de la Lonja el precio de renta mensual de las áreas ocupadas por Carrefour es de noventa y cuatro millones doscientos veintitrés mil ochocientos pesos (\$94.223.800,00), para el año 2010.

**Al referirse al precio irrisorio, señala lo siguiente:**

Frente al precio justo de renta de \$94.223.800 mensuales, Carrefour ha pagado una renta promedio mensual de \$11.500.000 por un área de 2.793,71 M2, es decir, a razón de tres mil pesos (\$3.000) aproximadamente por metro cuadrado, que resulta un precio irrisorio, equivalente a menos del 10% del precio de mercado, es decir que Dopesa ha recibido y recibiría de Carrefour, mes a mes, aproximadamente un 90% menos de lo que recibiría de cualquier otro arrendatario.

Agrega que Dopesa reiteró sus reclamos a Carrefour, como se evidencia en la comunicación de 10 de julio de 2011, que se cita, la cual recibió respuesta el 6 de diciembre del mismo año y Dopesa reiteró su disputa del precio o renta pagados por Carrefour en cartas de 7 de diciembre de 2011 y 14 de febrero de 2012.

Afirma que en las condiciones que ha mencionado, Carrefour ha mantenido y pretende seguir manteniendo indefinidamente el uso y goce de un área de la magnitud de la que actualmente explota económicamente, pagando por ella una

renta irrisoria, situación que considera a todas luces, desmesurada y que no puede ser cohonestada por el derecho.

Afirma que es tan protuberante la desproporción que si el canon mensual de 11.5 millones en promedio fuera el valor total del canon que debe pagar Carrefour, éste resulta casi igual a la cuota de administración que el propio Carrefour paga por el local al centro comercial, pues según estipularon las partes en el contrato de promesa, para el primer año del contrato la cuota de administración era de siete millones doscientos mil pesos (\$7.200.000).

**En cuanto al Pacto Arbitral se indica lo siguiente:**

Mediante comunicación del 7 de diciembre de 2011, conforme a lo previsto en la cláusula compromisoria, el representante legal de Dopesa S.A. invitó a Grandes Superficies de Colombia S.A.- Carrefour- a arreglar amigablemente la controversia allí planteada respecto de los hechos enunciados, sin haber recibido respuesta alguna.

Agrega que Dopesa S.A. envió adicionalmente a Carrefour dos comunicaciones, con fechas 14 de febrero de 2012 y 20 de marzo de 2012, en las cuales se refirió a las discrepancias derivadas del contrato de arrendamiento y le formuló requerimiento ante la mora en el cumplimiento del pago de los cánones a partir de diciembre de 2011, sin que haya recibido respuesta alguna.

**3. La contestación de la demanda por parte de Carrefour y formulación de excepciones**

Frente a las pretensiones aducidas, la parte convocada aceptó aquella contenida en la primera principal y se opuso a las restantes. Así mismo, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

Adicionalmente, en un planteamiento defensivo formuló las siguientes excepciones de mérito con el ánimo de enervar las pretensiones de la demanda:

1. El canon de arrendamiento pactado por las partes es variable.
2. El contrato es ley para las partes: Artículo 1602 del Código Civil.



3. Inexistencia de incumplimiento en el pago de los cánones de arrendamiento reclamados por la parte demandante.
4. Una de las partes no puede crear obligaciones a su antojo y en contravía del acuerdo contractual.
5. Aplicación del principio *venire contra factum proprium*.
6. La prestación convenida por las partes como remuneración por el arrendamiento no es irrisoria.
7. Inexistencia de vicios del consentimiento en la celebración de los Contratos de Promesa y Arrendamiento.
8. Improcedencia de la aplicación del justiprecio invocado por la parte convocante.
9. Compensación.
10. Inexistencia de causa jurídica para responsabilizar civilmente a Carrefour y consecuentemente reclamar indemnización por perjuicios.
11. La actuación surtida por Carrefour está ajustada a derecho. Cumplimiento de las obligaciones contractuales que le correspondían.
12. La interpretación y aplicación práctica dada por las partes al contrato conlleva forzosamente al fracaso de las pretensiones formuladas por la sociedad convocante.
13. Indebida interpretación del Contrato de Arrendamiento por parte de la sociedad convocante.
14. Inexistencia de los perjuicios reclamados.
15. Excepción basada en el principio general de derecho *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. A nadie le está permitido alegar su propia torpeza, negligencia, culpa o incuria en su favor.

16. Ausencia de legitimación en la causa por pasiva.
17. Ausencia de legitimación en la causa por activa.
18. Incumplimiento de la demandante a sus obligaciones contractuales.
19. La parte convocante pretende una remuneración ajena al contrato a partir de la reclamación de un canon de arrendamiento que no fue el expresamente convenido por las partes.
20. Inexistencia de causa jurídica para demandar la declaración de inexistencia o nulidad del Contrato de Promesa y/o el Contrato de Arrendamiento.
21. Carrefour ha ejecutado los Contratos de Promesa y Arrendamiento de buena fe.
22. La demanda interpreta indebida y arbitrariamente las distintas estipulaciones contractuales contenidas en los Contratos de Promesa y Arrendamiento.
23. Carrefour ha destinado el espacio arrendado de conformidad con lo que fue convenido por las partes en el Contrato de Arrendamiento.
24. Prescripción.
25. Excepción genérica.

## **II. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN, SU CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES**

### **1. Pretensiones**

En la demanda de reconvencción, Carrefour ha solicitado que en el laudo se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

**"PRIMERA:** *Que se declare la existencia del contrato de arrendamiento celebrado entre CARREFOUR y DOPESA en virtud del cual mi representada es arrendataria desde el día 6 de diciembre de 2008 de un área de 2.793,71 metros cuadrados, o la menor o mayor área que resulte probada en el proceso, ubicada en el Centro Comercial Floresta Outlet, ubicado en la Carrera 69 No. 98 A – 45 de Bogotá."*

**"SEGUNDA:** *Que se declare que de acuerdo con el Contrato de Promesa es obligación de DOPESA modificar el Fideicomiso de Garantía 4-2-1386 de Fiduciaria de Occidente en un Fideicomiso de Administración."*

**"TERCERA:** *Que se declare que de acuerdo con el contrato de arrendamiento descrito en la pretensión "PRIMERA" de este capítulo – el "Contrato de Arrendamiento" - es obligación de DOPESA modificar el Fideicomiso de Garantía 4-2-1386 de Fiduciaria de Occidente en un Fideicomiso de Administración."*

**"CUARTA:** *Que se declare que DOPESA ha incumplido su obligación de modificar el Fideicomiso de Garantía 4-2-1386 de Fiduciaria de Occidente en un Fideicomiso de Administración, según lo convenido por las Partes en los Contratos de Promesa y de Arrendamiento."*

**"QUINTA:** *Que de conformidad con lo previsto en los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, se ordene a DOPESA dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria del Laudo, o el menor o mayor término que fije el Tribunal, modificar el Fideicomiso de Garantía 4-2-1386 de Fiduciaria de Occidente en un Fideicomiso de Administración que se ajuste a lo convenido por las Partes en los Contratos de Promesa y de Arrendamiento."*

**"SEXTA:** *Que se condene a DOPESA a cancelar a CARREFOUR las sumas que finalmente resulten establecidas por concepto de la sanción legal sobre la diferencia que resulte de la estimación contenida en el juramento estimatorio presentado por DOPESA con su reforma de demanda, lo anterior de conformidad con lo previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso ó en el artículo 116 de la Ley 1395 de 2010 (cualquiera de las dos normas citadas que el Tribunal estime aplicable al momento de proferir el Laudo)."*

**"SÉPTIMA:** *Que se condene a DOPESA a pagar la totalidad de costas y agencias en derecho del presente proceso."*

## 2. Hechos

Las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención, están fundamentadas en los siguientes hechos, que se presentan agrupados en diferentes temas, clasificación que se mantiene en este laudo para efectos de claridad.

### **“Antecedentes y génesis del contrato de promesa de arrendamiento celebrado el 5 de diciembre de 2008 entre Carrefour y Dopesa.**

Afirma la demanda de reconvención que la sociedad demandante desarrolló un proyecto inmobiliario en las antiguas bodegas de “Hilacol – Azúcar” en la zona industrial de La Floresta en Bogotá, conocido como el Edificio Floresta Los Sauces, ubicado en la carrera 69 No. 98A – 45, proyecto que consta de aproximadamente 45.000 m<sup>2</sup> de construcción, en donde se ubicaban almacenes de marca, plazoleta de comidas, oficinas, bodegas, entre otros establecimientos de comercio.

Plantea que las tiendas CARREFOUR generan una significativa audiencia de público y resultan sumamente atractivas para el desarrollo y afianzamiento de un centro comercial en tanto que miles de personas asisten mensualmente a cada una de sus tiendas en la ciudad de Bogotá, y que es por esa razón que la vinculación de un Hipermercado como CARREFOUR al proyecto mencionado resultaba muy atractiva dada su condición de “Almacén Ancla”.

Para la convocada es un hecho notorio que CARREFOUR es una marca reconocida mundialmente y que se encuentra totalmente posicionada y consolidada en Colombia, ya que tiene presencia en 30 países y en Colombia viene operando desde 1998 y actualmente cuenta con más de 70 tiendas lo que la convierte en una de las grandes superficies de cadena más importante y reconocida del país. Precisa que en las Tiendas de CARREFOUR se ofrecen una amplia variedad de servicios y productos, desde comestibles hasta ropa y electrodomésticos, y en ellas se brinda al consumidor la posibilidad de obtener en el mismo lugar una solución integral a la gran mayoría de sus necesidades. Por ello, afirma la demanda de reconvención, CARREFOUR es un punto obligado de referencia para el público en general y la afluencia de éste a sus tiendas no sólo es masiva sino que está asegurada, situación que significa que la visita masiva de público a sus tiendas garantice al comercio adyacente una demanda potencial de

consumidores difícil de encontrar en otros lugares. Agrega que por ello la participación de Carrefour en proyectos inmobiliarios como el de La Floresta, tanto desde el punto de vista estratégico como económico, resulta fundamental.

Señala que los beneficios que para este tipo de proyectos inmobiliarios se derivan de contar con un ancla como Carrefour son, además de numerosos, muy importantes, y menciona la ocupación de un porcentaje bastante amplio del espacio del inmueble. Agrega que en la etapa inicial del desarrollo del proyecto la participación de un almacén ancla es no sólo fundamental sino esencial pues el proyecto se beneficia de manera directa de la marca, prestigio y reconocimiento del Almacén Ancla, comoquiera que su sola presencia atrae el interés de potenciales arrendatarios que quieran espacios en el inmueble, lo cual garantiza, entre otras, la viabilidad financiera del proyecto.

Afirma la demanda de reconvención que en el año 2008 el señor Daniel Espinosa Cuellar, en ese entonces representante legal de Dopesa, realizó varios acercamientos a Carrefour con el fin de explorar la posibilidad de lograr su vinculación con una de sus tiendas como Almacén Ancla del Proyecto. Considera que esta vinculación resultaba fundamental para posicionar el Proyecto y obtener con ello que otros potenciales compradores, atraídos por el gancho de un almacén ancla de la importancia de Carrefour, se decidieran a participar y con ello garantizar el éxito económico e inmobiliario del Proyecto.

Para la convocada los aspectos señalados constituyeron el móvil o motivo que llevó a Dopesa a contactar a Carrefour para la celebración de los contratos de promesa de arrendamiento y de arrendamiento.

**“De las negociaciones adelantadas entre las partes y la celebración del contrato de promesa de arrendamiento suscrito el 5 de diciembre de 2008.”**

Se afirma en la demanda de reconvención que la sociedad demandante contactó a Carrefour en el año 2008 con el propósito de vincularla como arrendataria al Proyecto dadas sus condiciones de Almacén Ancla, vinculación que implicaba la celebración de un contrato de promesa de arrendamiento.

Plantea que las bodegas objeto de los contratos arriba mencionados son las bodegas Nos. 8, 9 y 10 del Edificio Floresta Los Sauces (actualmente Centro

Comercial Floresta Outlet), identificadas con los siguientes folios de matrícula inmobiliaria:

<b>BODEGA</b>	<b>NÚMERO DE MATRÍCULA</b>
Bodega 8	50N – 20558120
Bodega 9	50N – 20558121
Bodega 10	50N – 20558122

Afirma que al mismo tiempo que se adelantaban las negociaciones previas a la celebración del contrato de promesa de arrendamiento, Carrefour realizó visitas a las bodegas mencionadas, con el propósito de revisar y evaluar los requerimientos técnicos y de obras civiles y arquitectónicas para la instalación de su Tienda. Precisa que de estas visitas pudo establecerse que tanto el área a arrendar como algunas zonas comunes del proyecto exigían previamente una gran cantidad de modificaciones y adecuaciones para poder hacer aptos estos espacios físicos tanto para la tienda como para el centro comercial.

Señala que durante las negociaciones del Contrato de Promesa Carrefour le expresó a Dopesa la imperiosa necesidad de que, de un lado, el contrato de arrendamiento se celebrara por escrito y, de otro lado, que el fideicomiso en garantía al cual habían sido transferidos los inmuebles que Carrefour tomó en arrendamiento, fuera transformado en un fideicomiso de administración.

Señala la convocada que una vez las Partes estuvieron de acuerdo en los elementos esenciales que regularían el contrato de arrendamiento, el 5 de diciembre de 2008 suscribieron el Contrato de Promesa de Arrendamiento y cuyos términos pactados en tal contrato son los que efectivamente han regulado el contrato de arrendamiento.

Agrega que para efectos de definir en el Contrato de Promesa el canon que se cobraría por el arrendamiento, las Partes, después de discutir y revisar diferentes esquemas de remuneración, acordaron una renta variable que estaría determinada por las ventas netas mensuales de la Tienda a las que se les aplicaría el porcentaje del 1.5%. Afirma que este esquema recogió el entendimiento de las partes y su "apuesta" conjunta porque el éxito del Proyecto, que según la demandante estaba plenamente asegurado, beneficiaría a ambas gracias a la afluencia de clientes a la Tienda, afluencia que a su vez se vería reflejada en las ventas y por ende en la remuneración que por concepto de

canon de arrendamiento recibiría el arrendador. Advierte la convocada que para la definición de la renta se tuvo en cuenta que Carrefour no era un simple arrendatario, pues además de ser el Almacén Ancla del Proyecto y entregar a Dopesa un anticipo de \$1.300.000.000, tuvo que hacer millonarias inversiones en adecuaciones y obras arquitectónicas y de ingeniería no sólo en el área arrendada, sino también en las zonas comunes del centro comercial, tales como baños públicos, tanques de agua de reserva y sistemas hidráulicos, oficinas administrativas, cerramientos, etc.

Plantea la demanda de reconvención que durante la negociación del Contrato de Promesa Dopesa le planteó a Carrefour pactar una contraprestación por el canon de arrendamiento mensual consistente en un canon mínimo garantizado o una suma fija propuesta que no fue aceptada según varias manifestaciones expresas de Carrefour. Agrega que finalmente las partes acordaron el esquema de remuneración de canon variable por el arrendamiento, que recogía no sólo la apuesta de las Partes por el éxito del Proyecto, sino también las otras particularidades de la negociación, en especial, la decidida y activa participación financiera, logística y técnica de Carrefour.

Se indica que paralelamente con la negociación, estructuración y definición del Contrato de Promesa, Carrefour adelantó las obras requeridas para la adecuación e instalación de la Tienda invirtiendo para ello importantes sumas de dinero.

**“Del contrato de promesa de arrendamiento celebrado entre Carrefour y Dopesa el 5 de diciembre de 2008 y algunas de sus cláusulas más importantes.”**

Se plantea que una de las consideraciones de mayor importancia e interés que Carrefour tuvo en cuenta como condición para celebrar el contrato de arrendamiento, fue la de que el fideicomiso al cual se habían transferido los inmuebles que tomó en arrendamiento dejara de ser un fideicomiso en garantía y se transformara en un fideicomiso de administración. Tal condición era absolutamente indispensable por lo cual Dopesa adquirió la obligación de transformar la naturaleza del Fideicomiso, y así quedó plasmado en el Contrato de Promesa.

Expone la convocada que las razones para pedir a Dopesa la transformación del fideicomiso fueron, entre otras, las siguientes: “(i) se trataba de un contrato de

larga duración – 20 años – con posibilidad de renovación por un tiempo igual al inicialmente convenido; **(ii)** la adecuación de las bodegas donde Carrefour instalaría su tienda demandaban cuantiosas inversiones de dinero e involucrar (sic) importantes recursos humanos y logísticos. Igualmente Carrefour tuvo que realizar adecuaciones en zonas comunes del centro comercial que también demandaron millonarias inversiones; **(iii)** Carrefour debía entregar – como en efecto lo hizo – una importante suma de dinero como anticipo (\$1.300.000.000).”

Afirma que para Carrefour resultaba de la mayor importancia garantizar, de un lado, la ejecución del Contrato de Arrendamiento y, de otro lado, asegurar la estabilidad, protección y continuidad de sus derechos como arrendataria. Circunstancias que explican por qué en el Contrato de Promesa se incluyeron una serie de declaraciones, obligaciones y prohibiciones que Dopesa debía observar y respetar en cuanto a la enajenación, titularidad y demás actos dispositivos de los bienes objeto del fideicomiso – Cláusulas 8.1, 8.3, 8.4.1, 8.4.2, 8.4.3, 8.4.4. y 9.5-.

Precisa que mediante el Contrato de Promesa – Consideración Cuarta y Cláusula 1.8 - DOPESA se obligó a transformar el citado fideicomiso en garantía en un fideicomiso de administración, y que en la Cláusula 9.3 se obligó a “Efectuar a más tardar el día quince (15) de Diciembre de 2008 la Modificación del Fideicomiso”.

Argumenta que la obligación de modificar el fideicomiso fue consagrada por las Partes como un presupuesto básico para la celebración del posterior Contrato de Arrendamiento, pero que Dopesa incumplió tal obligación contractual.

Señala que el hecho de que Carrefour haya ejecutado de buena fe tanto el Contrato de Promesa como el Contrato de Arrendamiento a pesar del incumplimiento de Dopesa de su obligación de modificar el fideicomiso, no significa que haya tolerado dicho incumplimiento y mucho menos puede entenderse como una modificación tácita a lo convenido por las Partes, pues Carrefour ha requerido en numerosas oportunidades a Dopesa para que cumpla con la citada obligación.

Agrega que las partes acordaron que la celebración del contrato de arrendamiento prometido se haría mediante escrito privado otorgado ante Notario, tal como consta en la Cláusula 15.1. del Contrato de Promesa, no



obstante lo cual el contrato de arrendamiento no se suscribió en la fecha indicada porque para ese momento el fideicomiso seguía siendo un fideicomiso en garantía. Plantea que por ello Dopesa le pidió a Carrefour una extensión del plazo para obtener dicha modificación.

Agrega que para el 20 de febrero de 2009 la Tienda ya estaba operando y Carrefour no sólo había incurrido en unas muy importantes inversiones para lograr su adecuación, sino que también había entregado un anticipo de \$1.300.000.000 por concepto de cánones de arrendamiento, con lo cual había cumplido con sus obligaciones y confiaba de buena fe en que Dopesa modificaría el fideicomiso. Precisa que suspender la actividad comercial que desarrollaba Carrefour en el local comercial por no haberse dado de manera oportuna la modificación al fideicomiso por parte de Dopesa no era una opción para la primera, pues ello hubiera acarreado grandes perjuicios a las dos partes, razón por la cual Carrefour decidió continuar ejecutando el Contrato de Arrendamiento a la espera de que la obligación de modificar el Fideicomiso se llevara a cabo lo más pronto posible.

Indica que en la etapa de negociación previa a la celebración del Contrato de Promesa Carrefour advirtió a Dopesa sobre la necesidad de que el Contrato de Arrendamiento quedara por escrito y así fue finalmente convenido en el Contrato de Promesa, condición ésta que según se afirma se torna en esencial, no obstante el carácter consensual propio del contrato de arrendamiento. Plantea que para Carrefour era de la mayor importancia asegurar y garantizar que sus derechos como arrendataria fueran respetados no sólo por Dopesa sino también por terceros ajenos a la relación contractual con su arrendador, de allí que requiriera la transformación del fideicomiso y la celebración del contrato de arrendamiento por escrito.

Afirma que Carrefour, actuando en buena fe y con el ánimo de facilitar y posibilitar la ejecución del contrato de arrendamiento accedió a suscribir el "Otrosí número 1 al Contrato de Promesa de Arrendamiento suscrito el día 5 de diciembre de 2008" cuyo objeto era prorrogar la fecha prevista en la cláusula 15.1 del Contrato de Promesa para el 20 de marzo de 2009 a las 10:00 a.m. en la Notaría Sexta de Bogotá.

Señala que una vez convenida por las partes la fecha en que se firmaría el Contrato de Arrendamiento (20 de marzo de 2009), el día 12 de marzo de 2009

Dopesa le envió a Carrefour dos ejemplares del texto acordado del Otrosí No. 1 para su firma, con la prórroga convenida. Carrefour suscribió los ejemplares remitidos y regresó uno de ellos a Dopesa el día 25 de marzo de 2009. Afirma que entre tanto Carrefour continuaba requiriendo a Dopesa para que ésta cumpliera su obligación de modificar el fideicomiso antes de que se cumpliera la nueva fecha acordada por las partes para celebrar por escrito el Contrato de Arrendamiento. Según la convocada, de lo anterior da buena cuenta el cruce de correos entre los señores Javier Sarmiento de Carrefour y Daniel Espinosa de Dopesa, correos que se citan.

A continuación se afirma que en atención a la fecha convenida por las partes para celebrar el Contrato de Arrendamiento, sobre lo cual no había duda alguna, para tal efecto el señor Franck Michel Pierre en su condición de Representante Legal de Carrefour, se presentó en la Notaría Sexta de Bogotá el 20 de marzo de 2009 a las 10:00 am.

Agrega que Dopesa no concurrió no obstante que, de un lado, fue ella misma quien envió a Carrefour el Otrosí No. 1 en el que se fijó la fecha y hora de celebración del Contrato de Arrendamiento y, de otro lado, había sostenido los días previos a la celebración del Contrato de Arrendamiento un nutrido cruce de comunicaciones con Carrefour a ese respecto. Indica que Dopesa no justificó su inasistencia al cumplimiento de esta obligación contractual, y que lo relatado consta en el "Acta de comparecencia No. 99" expedida por la Notaría Sexta de Bogotá.

La convocante en reconvención plantea que desde la etapa precontractual y con posterioridad a la firma del Contrato de Promesa, Carrefour realizó una serie de adecuaciones y mejoras sobre las "áreas arrendadas" - Bodegas 8, 9 y 10 -, con el propósito de adaptarlas a los requerimientos técnicos y arquitectónicos necesarios para la instalación de su Tienda, y de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 6.2 del Contrato de Promesa de Arrendamiento, Dopesa se obligó a reembolsar a Carrefour el 40% del costo de dichas mejoras.

Precisa que para efectos de dar cumplimiento a ciertas obligaciones pactadas en el Contrato de Promesa las partes convinieron determinadas fechas límites, a saber:

Diciembre 15 de 2008: Fecha límite para que DOPESA procediera a modificar el fideicomiso No. 4-2-1386 FG LOS SAUCES – el “Fideicomiso” -, lo cual no se ha hecho.

Febrero 20 de 2009: Fecha estipulada por las Partes para la firma del Contrato de Arrendamiento en la Notaría Sexta de Bogotá. A solicitud de DOPESA esta fecha fue prorrogada para el día 20 de marzo de 2009.

Marzo 20 de 2009: Fecha estipulada por las Partes para la firma del Contrato de Arrendamiento en la Notaría Sexta de Bogotá, obligación que se afirma, DOPESA incumplió.

### **“Del contrato de arrendamiento celebrado entre Carrefour y Dopesa.”**

Se afirma en la demanda de reconvención que si bien el Contrato de Arrendamiento no fue instrumentado por escrito, comenzó a ejecutarse a partir del 6 de diciembre de 2008, fecha en que la Tienda fue abierta al público.

Agrega que los derechos y obligaciones que regulan el Contrato de Arrendamiento fueron convenidos por las Partes en el Contrato de Promesa tal como se establece en el texto integral del mismo y a partir de la conducta desarrollada por las Partes en su ejecución.

Precisa que las partes nunca realizaron por escrito modificación alguna a las Clausulas consagradas en el Contrato de Promesa, con excepción de la modificación convenida para suscribir el Contrato de Arrendamiento el día 20 de marzo de 2009.

Se indica que Carrefour, en cumplimiento de lo estipulado en la Cláusula Décima Segunda del Contrato de Promesa, en particular de la Cláusula 12.2, entregó a Dopesa en las fechas convenidas el anticipo de mil trescientos millones de pesos (\$1.300.000.000) más IVA, el cual debería ser amortizado contra los cánones que se causaran a partir del segundo año de ejecución del Contrato de Arrendamiento.

Añade que de igual forma Carrefour realizó el pago de los cánones por el primer año de arrendamiento en la forma establecida en la Cláusula 12.1. del Contrato de Arrendamiento.

Asimismo se precisa que en ejecución del Contrato de Arrendamiento Carrefour realizó adecuaciones y mejoras al área arrendada y a las zonas comunes de uso exclusivo de la Bodega 9, cuyo uso exclusivo le fue asignado a Carrefour, según consta en la modificación al Reglamento de Propiedad Horizontal de la Copropiedad protocolizado mediante Escritura Pública No. 9311 del 22 de diciembre de 2008 otorgada en la Notaría Sexta de Bogotá.

### **De algunas de las cláusulas más importantes del contrato de promesa de arrendamiento y del contrato de arrendamiento.”**

La demanda de reconvenición se refiere expresamente a la Cláusula Décima Segunda del Contrato de Promesa relativa al canon de arrendamiento y afirma que la simple lectura de los seis numerales que la componen revela una intención expresa e inequívoca de las Partes en fijar como canon de arrendamiento un canon mensual variable sin mínimo garantizado. Precisa que Dopesa ha ejecutado este clausulado de manera libre y espontánea, y menciona como conductas y hechos que lo demuestran, los siguientes: “(i) DOPESA recibió la información remitida por el contador de CARREFOUR respecto de las ventas mensuales de la Tienda y con base en dicha información emitió las facturas por los cánones de arrendamiento del primer año de ejecución del contrato según lo previsto en las cláusulas 12.1, 12.3 y 12.4; (ii) DOPESA emitió dos facturas para cobrar a CARREFOUR el anticipo previsto en la cláusula 12.2; (iii) DOPESA recibió el citado anticipo de CARREFOUR, sin presentar objeción o reclamó alguno a este respecto (cláusula 12.2).” Afirma que en razón a lo anterior, no hay explicación ni justificación alguna para que ahora DOPESA pretenda renegar y desconocer el acuerdo que lo vincula como arrendador de CARREFOUR en los términos arriba descritos.

### **“De las cláusulas más relevantes en relación con la importancia de la modificación del Fideicomiso en Garantía a un Fideicomiso de Administración.”**

Al referirse a la importancia que tiene para Carrefour la modificación del Fideicomiso (que actualmente es en garantía) en un fideicomiso de administración, considera necesario remitirse a las Cláusulas 8.1., 8.3., 8.4.1., 8.4.2., 8.4.3., 8.4.4. y 9.5., mediante las cuales las Partes definieron ciertas

obligaciones y prohibiciones en cuanto a la enajenación, titularidad, y demás actos dispositivos respecto de las "áreas arrendadas".

Señala que el Fideicomiso en Garantía fue constituido por la sociedad Promotora Los Sauces S.A. y posteriormente fue cedido a Dopesa - quien tiene la calidad de fideicomitente sobre el mismo - con el propósito de garantizar obligaciones a favor de terceros.

Reitera que la obligación a cargo de Dopesa de modificar el Fideicomiso en un fideicomiso de administración, no fue cumplida dentro de los plazos fijados contractualmente, entre otras razones, porque la devolución de los certificados de garantía por parte de los acreedores del Fideicomiso fue parcial, circunstancia que impedía la transformación del Fideicomiso hasta que las obligaciones garantizadas por el mismo no se encontraran a paz y salvo.

Precisa que Carrefour en numerosas oportunidades requirió a Dopesa para que realizara la modificación al Fideicomiso, pero que no obstante lo anterior, todavía no lo ha hecho.

Agrega que la no modificación del Fideicomiso significa que los derechos de Carrefour como arrendataria de Dopesa no cuentan con las garantías y seguridades que su arrendador se comprometió a otorgarle.

Para la convocada, consecuencia forzosa de lo anterior es que DOPESA tampoco haya cumplido con su obligación de instrumentar por escrito el Contrato de Arrendamiento.

Señala que los derechos que tiene Carrefour sobre las áreas arrendadas están en constante riesgo por la conducta negligente y culposa de Dopesa, no obstante que en el Contrato de Promesa la demandada en reconvención se obligó a las siguientes Obligaciones:

Cláusula 8.1: "(...) entregar a Carrefour el Área Arrendada y a mantenerla durante toda la vigencia de esta Promesa y del Contrato de Arrendamiento y sus renovaciones, libre de todo tipo de gravámenes o limitaciones, y sin reserva o limitación de ninguna especie."

Cláusula 8.3: "(...) garantiza que las Bodegas serán de la única y exclusiva propiedad del Fideicomiso, quien no tendrá facultades ni atribuciones para realizar operaciones de transferencia o disposición del derecho de dominio de las Bodegas que impliquen la enajenación, arrendamiento o explotación a cualquier título del Área Arrendada por persona diferente de Carrefour o que limiten el derecho de dominio sobre las Bodegas."

Cláusula 8.4.1: "(...) no modificar en ningún sentido las estipulaciones de la Modificación del Fideicomiso, relacionadas con la protección de los derechos de Carrefour como arrendatario del Área Arrendada, y a no adicionar o incluir estipulaciones que puedan afectar, disminuir o desconocer los derechos de Carrefour de conformidad con lo señalado en este Contrato, salvo que para el efecto cuenten con la autorización previa, expresa y por escrito de Carrefour."

Cláusula 8.4.2.: "(...) no enajenar las participaciones o derechos fiduciarios radicados en el Fideicomiso a ninguna persona, y a no pignorarlos, gravarlos, limitarlos, cederlos, conceder opciones o de cualquier forma participar en operaciones que puedan suponer un cambio del fideicomitente o del beneficiario, salvo por lo contemplado en el numeral 1.8 anterior, o salvo en otros casos en que para el efecto obtengan la autorización previa de Carrefour. (...)"

Cláusula 8.4.3: "(...) no constituir usufructos, hipotecar y en general participar en operaciones que supongan obligaciones de transferencia voluntaria o forzada de las Bodegas, salvo que para el efecto obtengan la autorización previa de Carrefour."

Cláusula 8.4.4: "(...) mantener, durante toda la vigencia del Contrato de Arrendamiento, la titularidad sobre las Bodegas en el Fideicomiso o en otro que llegue a formarse para sustituirlo, dada la limitación temporal que por ley tienen los contratos de fiducia mercantil, todo de conformidad con lo que más adelante se contempla en ese sentido."

Para la convocada los derechos consagrados a favor de Carrefour en relación con los bienes objeto del Fideicomiso solo pueden materializarse a través de la constitución de un fideicomiso en administración y mientras subsista el

fideicomiso en garantía Carrefour no puede ser considerado como un interlocutor válido frente al mismo, ya que los beneficiarios de dicho instrumento son los acreedores del fideicomiso en garantía y en consecuencia Carrefour no ha podido hacer valer los derechos citados.

Se indica que Carrefour nunca ha tolerado el incumplimiento de Dopesa ni ha renunciado a su derecho contractual de exigir el cumplimiento de la obligación de modificar el Fideicomiso y en múltiples oportunidades ha exigido el cumplimiento de esta obligación sin que hasta la fecha se haya dado cumplimiento.

Para la convocada la conducta negligente y culposa de Dopesa que la ha llevado a no cumplir con su obligación de modificar el Fideicomiso, constituye un incumplimiento grave no sólo del Contrato de Promesa sino también del Contrato de Arrendamiento que desconoce abiertamente los derechos de la arrendataria sobre las áreas arrendadas.

**“De la importancia de celebrar un contrato de arrendamiento por escrito y su relación frente a los derechos y obligaciones del fideicomiso en administración.”**

En la demanda de reconvención se afirma que en la Cláusula Décima Quinta del Contrato de Promesa las Partes convinieron que el Contrato de Arrendamiento debía constar por escrito, “solemnidad” que constituía causa jurídica para que Carrefour celebrara el Contrato de Arrendamiento.

Se afirma que la Cláusula 15.2. es muy elocuente en calificar el incumplimiento del Contrato de Promesa por no celebrar el Contrato de Arrendamiento por escrito, y que solo mediante la suscripción de un contrato de arrendamiento por escrito Carrefour podía materializar los derechos que adquiriría en relación con el Fideicomiso. Plantea que por esa razón, como condición para la firma del Contrato de Arrendamiento las partes establecieron que previamente las Bodegas sobre las cuáles recaería el Contrato de Arrendamiento fueran parte del fideicomiso en administración, y decidieron aplazar la fecha para la firma del Contrato de Arrendamiento con el propósito de que DOPESA cumpliera con su obligación de constituir el fideicomiso en garantía, obligación que afirma, era esencial.

Argumenta que ni las áreas arrendadas fueron transferidas al fideicomiso en administración ya que este nunca ha existido, ni el Contrato de Arrendamiento prometido fue suscrito en la forma prevista en el Contrato de Promesa, todo ello por causas imputables a Dopesa. Agrega que el hecho de tener un contrato de arrendamiento por escrito no solamente implicaba para Carrefour ser considerado como un interlocutor válido frente al Fideicomiso y hacer valer sus derechos como arrendatario sobre los bienes fideicomitados, sino que le permite contar con una herramienta jurídica fundamental para poder hacer valer el Contrato de Arrendamiento y los derechos que de él se derivan frente a cualquier tipo de perturbación proveniente de terceros o de la propia Dopesa.

**“Del comportamiento de Dopesa en la ejecución del contrato de arrendamiento.”**

En la demanda de reconvención se asegura que Dopesa aceptó en el Contrato de Promesa que los cánones de arrendamiento se regularían de conformidad con lo previsto en dicho contrato – Cláusula Décima Segunda -. Reitera que el canon del Contrato de Arrendamiento convenido por las Partes es variable.

Explica que para el primer año de ejecución del Contrato de Arrendamiento – año 2009 – CARREFOUR pagó y DOPESA aceptó dicho pago, los cánones de arrendamiento que se causaron mes a mes y cuya cuantía fue definida de conformidad con la fórmula prevista en la Cláusula 12.1 del Contrato de Promesa. Agrega que en ejecución de lo convenido por las Partes DOPESA facturó mensualmente a CARREFOUR la renta causada durante ese primer año.

Precisa que durante el segundo y tercer año de ejecución del Contrato de Arrendamiento las Partes convinieron que el anticipo de \$1.300.000.000 entregado por CARREFOUR a DOPESA debía ser amortizado contra los cánones que mensualmente se fueran causando según la fórmula convenida en la Cláusula 12.1.

Expone que a comienzos del año 2012 – cuarto año de ejecución del Contrato de Arrendamiento - CARREFOUR recibió dos facturas por concepto de los cánones de arrendamiento de los meses de diciembre de 2011 y enero de 2012 cada una por valor de \$54.167.000 más IVA, las cuales fueron rechazadas expresamente en tanto que la cuantía de los cánones cobrados no correspondía con la que fue convenida expresamente por las Partes.



Para Carrefour Dopesa ha pretendido en diferentes ocasiones desconocer el expreso acuerdo de las Partes en cuanto al canon de arrendamiento de la Tienda, alegando para ello argumentos que son por completo ajenos al Contrato y al entendimiento logrado de manera conjunta por las Partes durante la etapa precontractual. Plantea que Carrefour siempre ha sido categórica en rechazar estas conductas de Dopesa y le ha instado para que actúe de buena fe en la ejecución del mismo.

Añade que no existe justificación alguna para que más de tres años después de haberse suscrito el Contrato de Promesa y estar en ejecución el Contrato de Arrendamiento, Dopesa alegue un supuesto incumplimiento de Carrefour por no pagar un canon de arrendamiento que ahora, según la demandante, está definido en la suma fija de \$54.167.000. Precisa que Dopesa suscribió con Carrefour un contrato en el que de manera inequívoca se define un esquema variable de retribución por el arrendamiento. Indica que durante el primer año de ejecución del citado contrato DOPESA recibió de CARREFOUR el pago de los cánones mensuales por concepto de la Tienda y nunca los rechazó, ni presentó objeción alguna a dichos pagos. Indica que igualmente DOPESA ha conservado durante todo este tiempo el anticipo que le entregó su arrendataria.

Afirma que DOPESA nunca ha rechazado de manera expresa y categórica el canon variable pactado por las Partes, sino que lo ha consentido. Y si bien es cierto que en diversas oportunidades ha enviado comunicaciones a Carrefour sobre el particular, dichas comunicaciones tienen como contexto revisar o analizar conjuntamente el canon de arrendamiento por los resultados de la Tienda. Y se pregunta la convocada por qué, si el canon de arrendamiento – según lo alegado por la demandada en reconvención – es una suma no inferior a los 54 millones de pesos, DOPESA no demandó a CARREFOUR durante el primer año de ejecución del contrato, periodo durante el cual se causaron cánones en promedio de 12 millones de pesos. Se cuestiona por qué en lugar de demandar como en derecho corresponde – que es lo que cualquier parte frente a una obligación incumplida o un derecho contractual violado debería hacer - DOPESA optó por facturar cánones variables y aceptar los consecuenciales pagos que hizo CARREFOUR? Por qué DOPESA en sus diferentes comunicaciones en lugar de invocar el incumplimiento de CARREFOUR o requerirla para que cumpla según el contrato, la invita a evaluar y analizar los resultados de los cánones causados?

Afirma que con lo plateado en la demanda reformada, olvida DOPESA, sin reato alguno: *"1. que fue ella quien buscó a CARREFOUR para celebrar el contrato de arrendamiento, 2. los decisivos e indiscutibles beneficios que el Proyecto recibió para consolidar el centro comercial gracias al almacén Ancla de CARREFOUR, 3. Las importantes inversiones y actividades que realizó CARREFOUR para adecuar las zonas comunes y los espacios físicos donde fue ubicada la Tienda, 4. el anticipo entregado por mil trescientos millones, aún sin tener su contrato de arrendamiento por escrito y, en fin, 5. la apuesta seria y decidida que hizo CARREFOUR en el éxito del proyecto."*

Concluye afirmando que es inadmisibles que DOPESA, en una conducta que atenta contra la buena fe contractual y que va en contravía de las cláusulas establecidas por las Partes en el Contrato, pretenda obtener a costa de Carrefour un provecho económico con el pago de unos supuestos cánones fijos que nunca han existido y que sorpresivamente después de más de cuatro años de estarse ejecutando el Contrato de Arrendamiento, ahora pretende hacer exigibles.

### **3. La contestación de la demanda de reconvención por parte de Dopesa y formulación de excepciones**

Frente a las pretensiones aducidas, la parte convocada en reconvención se opuso a todas y cada una de ellas. Así mismo, aceptó algunos hechos como ciertos y rechazó los restantes.

Adicionalmente, en un planteamiento defensivo formuló las siguientes excepciones de mérito con el ánimo de enervar las pretensiones de la demanda de reconvención:

1. Cumplimiento de Dopesa.
2. Excepción de Mutuo Disenso en cuanto a la modificación formal del Fideicomiso.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **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, esto es, los requisitos indispensables para la validez del proceso, que permitan proferir decisión de fondo.

Al respecto el Tribunal encuentra que tales presupuestos están dados. En efecto, las partes son plenamente capaces y están debidamente representadas. De conformidad con las certificaciones que obran en el expediente, tanto Dopesa S.A. como Grandes Superficies de Colombia S.A. – Carrefour-, son sociedades comerciales, legalmente existentes, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá. Igualmente, los representantes legales de las partes son mayores de edad, como se acreditó con el reconocimiento de los respectivos poderes y las dos partes actuaron por conducto de sus apoderados reconocidos en el proceso.

Mediante Auto No. 10 proferido en la Primera Audiencia de Trámite que tuvo lugar el día 29 de abril de 2013, el Tribunal reiteró esa capacidad, así como la debida representación de las partes; advirtió que el Tribunal había sido debidamente integrado y que se encontraba instalado; que se había efectuado la consignación oportuna de los gastos y de los honorarios; que las controversias planteadas son susceptibles de transacción y que las partes tienen capacidad para transigir; que el pacto arbitral reúne los requisitos legales y que las controversias se encuentran comprendidas en el pacto arbitral. Todas las anteriores consideraciones llevaron al Tribunal a concluir que el Tribunal es competente para tramitar y decidir el litigio que ha sido sometido a su consideración.

El proceso se adelantó con el cumplimiento de las normas procesales previstas sin que obre causal de nulidad que afecte la presente actuación.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **CONSIDERACIONES**

#### **I. LA TACHA POR SOSPECHA FORMULADA CONTRA LOS TESTIGOS GUSTAVO GONZÁLEZ ARTUNDUAGA y JAVIER SARMIENTO GARZÓN**

Tal como ha quedado dicho en los antecedentes de este laudo, los testimonios de los señores Gustavo González Artunduaga y Javier Sarmiento Garzón, rendidos en audiencias que se llevaron a cabo en los días 15 y 16 de mayo de 2013, fueron tachados por la parte convocante por sospecha.

Los artículos 217 y 218 del Código de Procedimiento Civil, disponen, en su orden, lo siguiente:

***"Artículo 217.- Testigos Sospechosos.** Son sospechosos para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas."*

***"Artículo 218.- Tachas.** Cada parte podrá tachar los testigos citados por la otra parte o por el juez. La tacha deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella, presentando documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de pruebas relativas a éstos, que se practicarán en la misma audiencia. Si el testigo acepta los hechos, se prescindirá de toda otra prueba."*

*"Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio; en los casos de inhabilidad, el juez resolverá sobre la tacha en la audiencia, y si encuentra probada la causal, se abstendrá de recibir la declaración."*

*"El juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso."*

En primer término ha de precisarse que la versión que rinde el testigo sobre el cual recae algún viso de sospecha, no tiene por qué desecharse de entrada, sino que se le impone al juzgador un mayor cuidado en su valoración, para determinar su causa y el valor del testimonio.

A este respecto conviene mencionar el pronunciamiento del Consejo de Estado, Sección Primera, en Sentencia del 2 de septiembre de 2010<sup>32</sup>, con ponencia del Dr. Marco Antonio Velilla Moreno, en la que se estableció lo siguiente:

*"Respecto del tema de "testigo sospechoso", dentro del sistema que adopta el C.P.C. para la valoración de la prueba, no existe descalificación legal de un testigo que se pueda calificar de "sospechoso", ya que ello sería incompatible con el principio de la sana crítica que gobierna todo el régimen probatorio en nuestro medio, sin embargo, las razones por las cuales un declarante puede tildarse de sospechoso (amistad, enemistad, parentesco, subordinación, etc.), deben ser miradas por el juzgador como aquellas que pueden colocar al testigo en capacidad de engañar a la justicia; pero para ello, el juez debe hacer uso del análisis de la prueba, en su conjunto, a fin de llegar a una convicción aplicando las reglas de la sana crítica de la prueba. Y **no resulta procedente desestimar de plano un testimonio, porque el artículo 218 del C.P.C. establece como norma de conducta para el juez apreciar los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, y no desecharlos de plano.** El calificar como sospechoso un testigo no implica necesariamente que este haya incurrido en un falso testimonio, pues, en la práctica, respecto de testigos que en principio puedan ser calificados sin tacha de sospecha, no puede presumir el juez que siempre dicen la verdad; su dicho, como todo medio probatorio, debe evaluarse en conexidad con todos los demás medios de prueba aportados dentro de un proceso."<sup>33</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

---

<sup>32</sup> Consejo de Estado- Sección Primera. Sentencia de septiembre 2 de 2010. Exp. 2007-00191

<sup>33</sup> Expediente Rad. núm. 2003-01445, Actor: Carlos Campos Martínez, Consejero ponente: OLGA INES NAVARRETE BARRERO, Sección Primera, Consejo de Estado.

Y agregó:

*"En igual sentido, esta Sección ha manifestado que:*

*«**"La ley no impide que se reciba la declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un matiz más denso que aquel por el que deben pasar personas libres de sospecha". "El valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se halla contrarrestado por la suposición de que sus afirmaciones no son verídicas y por consiguiente, por sí solos, jamás pueden producir certeza en el juez. Lo cual autoriza a decir que lo más aconsejable es que el testimonio sospechoso deba analizarse de cara a los demás medios de convicción, para así establecer si éstos, ofreciéndole respaldo, hacen evanescente la incredibilidad".**»<sup>34</sup>*

*"En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que:*

*(...)*

*« Conforme a la doctrina constitucional **el juez no tiene facultad para abstenerse de valorar un testimonio que considere sospechoso.** En su lugar, debe efectuar una práctica más rigurosa del mismo y una evaluación detallada de cada una de las afirmaciones que lo compongan. En conclusión el juez, como director del proceso, debe asumir la responsabilidad de valorar bajo parámetros objetivos todas las pruebas allegadas a la investigación. **Sólo puede descartar aquellas respecto de las cuales compruebe su ilegalidad o que se han allegado indebida o inoportunamente y, en todo caso, cualquiera que se haya obtenido con la vulneración del debido proceso**".<sup>35</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto)"*

---

<sup>34</sup> Expediente Rad. núm. 2006-02791, Actor: Tiberio Villareal Ramos, Consejero ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON Sección Primera, Consejo de Estado.

<sup>35</sup> Referencia Expediente T-1132315, Actor: Johana Luz Acosta Romero, Sentencia T-1090/05, Magistrado Ponente: CLARA INES VARGAS HERNANDEZ, Sala Novena Corte Constitucional, Sentencia T-1090/05.

Apreciaciones jurisprudenciales similares han sido reiteradas por la Sala de Casación Civil y Agraria de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias del 19 de septiembre de 2001, 29 de abril y 16 de mayo de 2002 (Exp. No. 6228), en las cuales se señaló lo siguiente:

*"(...) el recelo o la severidad con que el fallador debe examinar estos testimonios, no lo habilita para desconocer, a priori, su valor intrínseco, debido a que la sospecha no descalifica de antemano –pues ahora se escucha al sospechoso– sino que simplemente se mira con cierta aprehensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece".*

Como quiera que el citado artículo 218 del C.P.C., en su inciso tercero ordena que los motivos y pruebas de la tacha se deben apreciar en la sentencia, procede el Tribunal a resolver sobre lo indicado, no sin antes advertir que, de acuerdo con lo previsto en el último inciso de la norma citada, el juez debe apreciar los testimonios sospechosos *"de acuerdo con las circunstancias de cada caso"* y acorde con las reglas de la sana crítica.

En lo que tiene que ver con el testigo González Artunduaga la tacha tuvo como fundamento su vinculación con Carrefour como arquitecto especializado en gerencia de negocios y representante legal de la firma Inter Arquitectura Ingenierías Ltda., la cual actuó como administradora delegada para la construcción y diseño de la tienda Floresta Outlet, ello sumado a su participación en innumerables proyectos de esta sociedad, tal como lo expuso el testigo en los siguientes términos:

*"(...) hemos trabajado para Carrefour, no tengo presente pero le puedo hablar que a nivel de supervisión e interventoría general de contratos puede haber más de 50 tiendas a nivel nacional, les hemos hecho mucha estructuración de pliegos para procesos de contratación de ellos y en igual forma fuimos de los primeros en tener la traducción de los diseños oficiales de Francia, para lo cual nos habilita en amplia experiencia a saber qué es lo que hay que hacer, cómo hay que hacerlo, los tiempos de ejecución de estas tiendas son record todas, y creo que tenemos todas las credenciales para poder ejecutar cualquier tipo de proyecto en este momento con ellos."*

En cuanto al testigo Javier Sarmiento Garzón, la tacha fue motivada en la relación laboral existente de vieja data con Carrefour, donde desempeña el cargo de Gerente de Expansión o de finca raíz. Sobre el particular el testigo indicó que cuando ingresó a la empresa, ésta tenía siete tiendas y que en la actualidad, con su gestión, ahora tienen más de 100 tiendas en funcionamiento.

Como punto de partida de este análisis el Tribunal considera necesario destacar la posición relevante que tienen los testigos frente a la relación comercial objeto del trámite arbitral, lo que sin duda alguna les permite tener una apreciación directa de los hechos para exponerlos ante el Tribunal, como en efecto lo hicieron. Si bien es cierto que existe un vínculo de dependencia de los testigos con la parte demandada que podría llegar a afectar su imparcialidad al declarar, es claro que no es razonable que por tal circunstancia o condición deban desecharse sus declaraciones que resultan ilustrativas para el esclarecimiento del conflicto sometido a composición judicial.

En el presente caso, el Tribunal ha realizado una detenida valoración de todas las pruebas allegadas, y en particular del contenido de los testimonios tachados en relación con las demás pruebas del proceso, y no encuentra elementos que le permitan desconocer la credibilidad de los citados testigos. La anterior circunstancia llevará a que se despachen negativamente las tachas formuladas por la parte convocante y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

## **II. DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Habiendo quedado expuestas en el capítulo anterior las pretensiones de las partes, consignadas tanto en la demanda como en la demanda de reconvenición, y las excepciones propuestas por la demandada reconviniente y por la demandante reconvenida, ha de proceder el Tribunal al análisis de la controversia sometida a su conocimiento y decisión, con origen en la interpretación, alcance y ejecución del Contrato de Promesa de Arrendamiento suscrito entre las partes el día cinco (5) de diciembre de 2008, en razón de lo cual procede a continuación el examen de los diferentes elementos integradores de la relación contractual que finalmente se formalizó entre las partes.



## **1. De la Existencia de un Contrato de Arrendamiento**

### **1.1. Antecedentes, Alcance y Naturaleza del contrato traído a arbitraje - Contrato de Promesa de Arrendamiento -**

Las partes reconocen en sus escritos de demanda, hecho primero, y contestación a la misma respecto del mencionado hecho, que iniciaron conversaciones desde el mes de agosto del año 2008 tendientes a la celebración de un contrato de arrendamiento comercial sobre un inmueble integrado a la operación del Centro Comercial denominado *La Floresta Outlet*, ubicado en la ciudad de Bogotá. Estas conversaciones fueron conducentes a la suscripción de un contrato de promesa de arrendamiento sobre el citado inmueble, el día cinco (5) de diciembre del año 2008, contrato que obra en el expediente a folios 22 a 94 del Cuaderno de Pruebas número Uno (1).

El contrato de promesa corresponde, en cuanto a su naturaleza se refiere, a una de las figuras propias de los llamados negocios preparatorios o de formación, entre otras denominaciones, del cual sólo emerge para las partes una obligación de hacer, que no es otra distinta de la de celebrar un contrato futuro. En el caso que ocupa la atención de Tribunal, la celebración de este tipo comercial obedeció a la necesidad de regular la personería jurídica de quien habría de fungir como arrendador, con el propósito de atribuirle en el contrato prometido a un fideicomiso de administración, que para entonces ostentaría bajo esa calidad la titularidad del inmueble objeto de arrendamiento. [*Consideraciones tercera, cuarta y séptima del contrato de promesa de arrendamiento, cláusula novena del mismo*].

### **1.2. No Celebración formal del Contrato de Arrendamiento Prometido y sus efectos**

La existencia de un contrato preparatorio no impide a las partes anticipar los efectos del contrato prometido, de suerte que por medio de su comportamiento contractual pueden ajustar válidamente el negocio proyectado, tanto más cuando este último no requiera de formalidad alguna para su reconocimiento legal, pues resulta suficiente para ello el asentimiento convergente de las partes traducido en simples actos o hechos de ejecución que inequívocamente revelan esa intención.

Las partes en esta controversia, pese a advertir la ausencia de suscripción documental del contrato de arrendamiento prometido, coinciden en reconocer la existencia del contrato de arrendamiento celebrado entre ellas, pues la convocante en la Pretensión Primera Principal de la demanda, al solicitar al Tribunal declarar la existencia de un contrato de arrendamiento con la convocada, encuentra como réplica expresa de esta última, su manifestación según la cual, *"...es cierto que entre las partes existió un contrato de arrendamiento..."*.

Lo propio hacen los testigos, quienes ponen de presente que a pesar de la no celebración de un contrato de arrendamiento por escrito, las partes ejecutaron la relación de arrendamiento propiamente dicha, mediante actos inequívocamente dirigidos a permitir que los efectos de tal arrendamiento tuvieran lugar. Así, por ejemplo, dan cuenta de la ejecución de toda una serie de adecuaciones sobre el local comercial en el que se ubicaría la tienda de Carrefour, lo que es indefectible señal de que entendían que el contrato se ejecutaría y, de contera, que estaba celebrado. Ese es el dicho, a modo de ilustración, del señor Gustavo González Artunduaga, quien pone de presente que *"5.500 es el recurso invertido para la adecuación de las obras necesarias en materia civil, para que la tienda funcione, no incluye lo que corresponde a los activos, es decir, las cajas registradoras, la estantería de la tienda, máquinas por ejemplo las cortadores, los cuchillos especiales, las batidoras, elementos propios de los activos, las estibas, pero lo que es obra es de una intervención aproximadamente de ese monto que acabo de decir, \$5.256 millones"*<sup>36</sup>. Posteriormente, teniendo en cuenta la mención del testigo cerca de que la inmensa mayoría o la totalidad de las obras fueron precisamente para poder adecuar el establecimiento a las necesidades de la tienda de Carrefour como gran superficie, el Tribunal le solicitó señalar de ese monto, cuantitativamente qué correspondía a las exigencias propias de Carrefour como usuario o beneficiario de esas obras, a lo cual el señor González contestó: *"El presupuesto se hace con base en unos diseños que cumplen el todo de lo que una tienda necesita para que funcione, por tanto los números y la cuantificación de esos diseños es respuesta a esa necesidad, para mí el 100% de lo que está en número se requiere, si ya sale un poco más económico o un poco más costoso hace parte de su gestión, mi gestión, pero los \$5.200 millones fueron destinados*

---

<sup>36</sup> Reverso folio 186 del C. de Pruebas No. 4

*para que la tienda pudiera ser tienda ...”<sup>37</sup>. Nótese cómo el testigo es claro en cuanto a que Carrefour inició las adecuaciones de la tienda por cuantiosas sumas de dinero; además, se indica que lo hizo con la aquiescencia de Dopesa, lo que es indicativo de que para las partes era clara la existencia del contrato de arrendamiento.*

Este aspecto es corroborado por el testimonio del señor Leonardo Cotrino Ardila, quien se refiere a toda una serie de complejas gestiones que debieron realizar para efectos de adecuar el local comercial a las necesidades de Carrefour. En ese sentido al responder la pregunta referida a “ qué encontró que echara de menos, qué había que hacer que ya estaba hecho, qué hacía falta, qué no hacía falta?”, contestó:

*“SR. COTRINO: Voy a hacerle una descripción de todo lo que se tuvo en cuenta para este proyecto, como le comenté el tema del piso, hicimos un análisis y un estudio de lo que había en ese local de piso y en nuestro análisis y estudio fue necesario hacer una demolición de todo ese piso porque lo encontramos en varios niveles porque se venía que se habían manejado como varios locales, era necesario primero por el tema de cargas, segundo porque era una construcción ya con cierto tiempo entonces de pronto el piso que tenía no brindaba las necesidades de nosotros de cargas y fu necesario reforzarlo, esa fue una de las primeras actividades que llegamos nosotros a intervenir.*

*“Segundo, el tema eléctrico que es muy importante, la subestación que ellos tenían no daba la necesidad para las necesidades de la tienda, qué fue necesario hacer, una subestación para nosotros propia, qué pasas cuando nosotros hacemos una subestación, el área no daba para nosotros en esa misma área, en ese mismo espacio montar otra subestación, entonces fue necesario mover la de ellos y trasladarla, no recuerdo si fue segundo o tercer piso, la verdad no me acuerdo, la subestación fue de las cosas más complicadas que tuvimos allá porque como funcionaba el resto del centro comercial nosotros no podíamos en ningún momento hacer cortes de luz prolongados y sin previa sincronización porque allá había un tema de un*

---

<sup>37</sup> Folios 188 y 189 del C. de Pruebas No.4.

*banco que manejaba una base de datos, no recuerdo, era un call center, algo así creo que funcionaba entonces no podíamos quitarle la energía a ellos, fue bien complicado ese tema por la parte de energía de la subestación, nosotros la subimos al tercer piso y llegamos a montar una subestación propia, exclusiva para Carrefour.*

*“El otro tema fue la planta de emergencia de energía de ellos que también la tenían en esa área de nosotros, en el local, también fue necesario subirla al tercer piso, fue otro tema como complicado, en esas áreas montamos nuestra subestación y nuestra planta de energía.*

*“En el tema hidrosanitario no fue muy complicado porque todas las instalaciones fueron nuevas, básicamente lo que existía no utilizamos nada y todo fue nuevo, eso estaba amarrado al tema de la red contra incendio, qué pasa con la red contra incendio, es una norma, es por ley que nosotros tenemos que hacer el tema de la red contra incendio, no teníamos espacio donde colocar ese gran tanque, era un tanque aproximadamente de, no recuerdo ahorita la capacidad del tanque, el tanque era suministro de la red contra incendio y suministro de agua potable para la tienda, como no había una zona donde poder nosotros ubicarnos dentro de esa área fue necesario hacer el tanque en uno de los accesos del centro comercial, hicimos toda una gran demolición, muros, pantallas, todo el tanque, y de ahí salió toda la red de incendio para el local y el suministro de agua potable de la tienda.*

*“Tuvimos en cuenta todo el tema de la iluminación, obviamente arranca uno desde ceros, todo el tema del muelle de recibo porque o que tenía en ese momento no daba con las necesidades de la tienda entonces fue necesario hacer todo el tema de un muelle de recibo para que los camiones pudieran descargar la mercancía, hacer unos pisos especiales para todo el tema de los laboratorios, son pisos dentro de los cuartos técnicos que manejan ciertas normas que nos exige Secretaría de Salud, eso fue algo complicado, qué otra actividad hicimos, los baños de la tienda como tal para empleados, los hicimos nosotros pero con una modificación de los que ellos tenían, ellos tenían unos baños en el primer piso y fue necesario hacer la adecuación de los baños de ellos, se los cambiamos totalmente y de ahí sacamos unos baños para empleados de nosotros, digo nosotros de Carrefour.*

*"Y las oficinas administrativas del centro comercial que estaban en el segundo piso las trasladamos, si no estoy mal, al tercer piso para nosotros poder utilizar las del segundo piso, por temas de área no nos daba en el primer piso y fue necesario en el segundo piso.*

*"Otro tema relevante fue el tema de la red de frío, cuando le hablo de la red de frío es todo el tema que tiene que ver con neveras y los cuartos congelados y refrigerados, el espacio era tan pequeño del local que fue necesario utilizar, creo que fue el cuarto piso, para poder montar todo el tema de rag y condensadores para poder manejar todo eso, ahí hubo compliques en todo el tema de la red como tal para poderla descolgar desde el cuarto piso y poder llegar a la sala de ventas, básicamente es eso"*

<sup>38</sup>

Como ya lo ha puesto de presente en varias ocasiones este Tribunal, ello era claramente indicativo de que para las partes el contrato de arrendamiento se había celebrado y estaba en ejecución, toda vez que, de lo contrario, no habría existido razón ni fundamentación alguna para realizar estas gestiones.

Así las cosas, la existencia del contrato de arrendamiento, a pesar de no estar instrumentado por escrito, era inequívoca.

Ahora bien, aunque la demanda de reconvención será tratada en capítulo posterior de este laudo, resulta pertinente mencionar en este punto que la pretensión primera de dicho libelo busca también la declaratoria de la existencia del contrato de arrendamiento que vincula a las partes. Este mutuo reconocimiento de las partes en la dirección ya señalada le permitirá al Tribunal pronunciarse positivamente sobre la existencia del contrato de arrendamiento en la parte resolutive del presente Laudo, con lo cual han de prosperar las pretensiones primera principal de la demanda y primera de la demanda de reconvención.

---

<sup>38</sup> Folios 192 a 193 y reversos del C. de Pruebas No.4.

### 1.3. De la solemnidad del Contrato de Arrendamiento

Las partes en la cláusula décima quinta del contrato de promesa de arrendamiento en mención, estipularon que el contrato de arrendamiento prometido sería solemne, por cuanto debía constar "*en documento privado otorgado ante notario.*"

Huelga asumir por parte del Tribunal el estudio de la naturaleza absolutamente consensual del contrato de arrendamiento, por tratarse de una temática definida y consolidada por la ley<sup>39</sup>, y por la jurisprudencia. Sin embargo, cuando quiera que las partes convengan en adoptar alguna solemnidad para el contrato de arrendamiento que se proponen celebrar, como la de su incorporación en un escrito otorgado ante notario, dicha solemnidad generalmente no asume la condición de esencial o *ad substantiam actus* sino de solemnidad tan solo *ad probationem*, es decir, para propósitos especialmente orientados a brindar oponibilidad de dicho contrato respecto de terceros.

No obstante, ya respecto del caso sometido a análisis, aún si la solemnidad hubiese sido convenida como requisito esencial, los hechos ostensibles y evidentes de haber entregado el inmueble y haberlo abierto al público, y de otro lado haber empezado a pagar los precios del alquiler por la vía del anticipo, ambos hechos cumplidos antes de la solemnidad, y no haber reclamado después ninguna de las partes el cumplimiento de la solemnidad, permiten asumir que las partes por su conducta concluyente prescindieron de ella, lo cual resulta enteramente válido.

## **2. Del canon del arrendamiento pactado**

En el contrato de promesa de arrendamiento celebrado por las partes que conforman los extremos de esta relación procesal, se pactó en la cláusula décima segunda, con relación al canon, lo siguiente:

---

<sup>39</sup> Artículo 1973 Código del Código Civil: <DEFINICION DE ARRENDAMIENTO>. El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.

"Cláusula Décima Segunda.- Canon De Arrendamiento Del Área Arrendada:

"El precio o canon por el arriendo del Área arrendada, se causará y someterá a las siguientes reglas:

"12.1 Carrefour cancelará al Prometiente Arrendador a partir de la fecha de apertura al público de la Tienda **un canon mensual variable**, equivalente al uno punto cinco por ciento (1.5%) de las ventas netas mensuales de la Tienda (que corresponden a las ventas mensuales totales de la Tienda menos el impuesto a las ventas) (en adelante el "Canon") más el IVA.

"Cuando quiera que se produzcan ventas en la Tienda que sean canceladas mediante tarjetas de crédito, débito, medios electrónicos o similares, para efectos de determinar el Canon se descontarán los valores correspondientes a las comisiones de los intermediarios y el impuesto al valor agregado.

"12.2 Carrefour **cancelará de manera anticipada al Prometiente Arrendador la suma de mil trescientos millones de pesos m/cte (\$1.300.000.000)** antes de IVA, la cual se pagará al Prometiente Arrendador así: (i) la suma de seiscientos cincuenta millones de pesos (\$650.000.000) dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de apertura de la Tienda bajo el entendido que para esa fecha el Prometiente Arrendador ya habrá efectuado la Modificación al Fideicomiso, y (ii) la suma de seiscientos cincuenta millones de pesos (\$650.000.000) dentro de los treinta (30) días corrientes siguientes a la fecha de apertura de la Tienda. **La suma total mencionada en este numeral 12.2 se compensará en cuotas mensuales iguales contra los cánones que se causen y generen durante el segundo y tercer años de ejecución del Contrato de Arrendamiento**, bajo el entendido que Carrefour cancelará en la forma dispuesta en el numeral siguiente y durante el segundo y tercer años de ejecución del Contrato de Arrendamiento, al Prometiente Arrendador la diferencia que llegare a quedar a su favor luego de efectuada la mencionada compensación y liquidará y cancelará el IVA que corresponda.

"12.3 Durante el primer año de ejecución del Contrato de Arrendamiento y a partir de la finalización del tercer año de ejecución del mencionado contrato, Carrefour cancelará el Canon **por mensualidades vencidas y dentro de los primeros veinte (20) días calendario del mes inmediatamente siguiente previa presentación de la factura o**

***cuenta de cobro correspondiente al mes inmediatamente precedente.*** En caso de mora en el pago de arrendamiento en la forma y tiempos consagrados en esta cláusula, Carrefour reconocerá y pagará intereses moratorios por el término de la mora, a la tasa máxima legal comercial de mora establecida por las normas aplicables, sin necesidad de requerimientos de ninguna naturaleza para la constitución en mora y sin que la mera tolerancia del Arrendador de aceptar el pago con posterioridad a la fecha establecida pueda interpretarse como intención de modificar el Contrato.

*"12.4 Para efectos de la determinación del Canon, Carrefour entregará mensualmente al Prometiente Arrendador, una certificación suscrita por su contador público dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la finalización del respectivo mes, la cual dará cuenta de las ventas netas efectuadas en el curso del mes calendario inmediatamente anterior, para que sobre dicho valor se calcule y determine el porcentaje arriba indicado y el Prometiente Arrendador emita la respectiva factura o cuenta de cobro.*

*"12.5 Durante la vigencia de la presente Promesa y hasta la apertura de la Tienda, no se causarán ni pagarán cánones de arrendamiento ni cuotas de administración por parte de Carrefour, bajo el entendido que durante ese periodo se adelantarán las adecuaciones para el funcionamiento de la Tienda en el Área Arrendada y en las Zonas Comunes Requeridas.*

*"12.6. En el evento que el Prometiente Arrendatario decida de manera unilateral (y sin que medien circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor) cerrar temporalmente la Tienda de tal manera que no se efectúen ventas en el Área Arrendada, Carrefour pagará al Prometiente Arrendador durante el período en el cual permanezca cerrada la Tienda un canon mensual equivalente al canon mensual pagado en el mes inmediatamente anterior a la fecha en la cual se produzca el cierre de la Tienda". (Negritas fuera del texto original)*

El análisis particular de esta cláusula le permite al Tribunal apreciar que las partes, en ejercicio de su autonomía privada, dispusieron desde el mismo contrato de promesa, y con efectos plenos hacia el negocio prometido y finalmente ejecutado por sus comportamientos concordantes en el perfeccionamiento de tal negocio, que el canon de arrendamiento aplicable al área arrendada sería gobernado bajo las siguientes seis (6) regulaciones cuantitativas y temporales, claramente consignadas en el texto contractual:



- i. Canon no fijo o determinado, sino mensualmente determinable y por ende variable: en efecto, el canon mensual pactado sería determinable mediante la aplicación de un porcentaje del uno punto cinco por ciento (1.5%) sobre el valor de las ventas netas mensuales de la tienda, entendiendo como valor neto de ellas, el resultado de restar del valor bruto de ventas el monto del IVA correspondiente y las comisiones de los intermediarios financieros con ocasión de la utilización de medios electrónicos de pago.
- ii. Forma de acreditar el neto de ventas para determinar el canon: la certificación del contador público de la arrendataria entregada dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la finalización del respectivo mes y relativa al monto de ventas netas en el mes inmediatamente anterior, obraría como soporte de la liquidación del canon variable, para que sobre dicho monto el arrendador, una vez aplicado el porcentaje acordado sobre dichas ventas, remitiere la factura correspondiente al canon mensual a pagar.
- iii. Modalidad de causación y pago del canon durante el primer año del contrato y replicable a partir del cuarto y siguientes de vigencia del mismo: para el primer año de vigencia (diciembre de 2008 a diciembre de 2009), cuarto y siguientes, el canon se causaría mediante la aplicación del porcentaje del 1.5% sobre ventas netas, bajo la modalidad de mes vencido, y sería pagadero dentro de los primeros veinte (20) días del mes inmediatamente siguiente, con efectos determinados por las partes sobre el eventual estado moratorio de dicho pago.
- iv. Modalidad de causación y pago del canon, sólo durante el segundo y tercer año de vigencia del contrato: el canon para este periodo de dos (2) años se causaría de manera anticipada y se pagaría dentro de los treinta (30) días siguientes a la apertura de la tienda. Dicho anticipo, reza el contrato, *"se compensará en cuotas mensuales iguales contra los cánones que se causen y generen durante el segundo y tercer años de ejecución del Contrato de Arrendamiento, bajo el entendido que Carrefour cancelará en la forma dispuesta en el numeral siguiente y durante el segundo y tercer años de ejecución del Contrato de Arrendamiento, al Prometiente Arrendador la diferencia que llegare a quedar a su favor luego de efectuada la mencionada compensación y liquidará y cancelará el IVA que corresponda"*. Este anticipo alcanzó un valor de mil trescientos millones de

pesos m/cte (\$1.300.000.000) antes de IVA, y fue efectivamente pagado en dos instalamentos iguales: el primero el día veintitrés (23) de diciembre de 2008 y el segundo, el veintiuno (21) de enero de 2009<sup>40</sup>, pese a que para el pago del primer instalamento se había establecido como condición la modificación del fideicomiso, lo que no ocurrió.

- v. Causación de cánones desde la celebración de la promesa hasta la apertura de la tienda: las partes convinieron que no habría lugar a la causación y pago de cánones de arrendamiento en este periodo, para compensar así las adecuaciones que efectuaría el arrendatario a su propio costo. Lo evidente por reconocimiento expreso de la partes, es que el contrato de promesa de arrendamiento se suscribió el día cinco (5) de diciembre de 2008 y la tienda fue abierta al público el día siguiente.
- vi. Cierre temporal de la tienda y pago del canon: en caso de presentarse esta circunstancia, el canon de arrendamiento pagadero sería el equivalente al pagado en el mes inmediatamente anterior.

Estas eran, en términos generales, las estipulaciones en relación con el pago del canon derivado del contrato de arrendamiento. A partir de estas estipulaciones, pueden inferirse varios aspectos relacionados con el objeto de esta controversia, como sigue.

#### 2.1. Canon mensual variable con un mínimo establecido vs. canon mensual variable

Ni de la simple lectura de la cláusula Décima Segunda del contrato, ni de ningún otro elemento probatorio admitido dentro del proceso puede deducir el Tribunal la existencia de un monto mínimo como canon del arrendamiento celebrado por las partes, pues dicha expresión es ajena del todo al tenor literal del clausulado dispuesto por las partes, y tampoco resulta de posible configuración por el acervo probatorio conformado dentro del presente proceso arbitral. Lo propio puede decirse de la referida conducta de los contratantes.

---

<sup>40</sup> Dictamen pericial recibos de caja No. RC00008 y No. RC00011, páginas 2-5 y 2-6.

Ha de poner de presente el Tribunal que las dos partes que comparecen a este arbitramento pusieron en evidencia por sus declaraciones y su actuación procesal, su amplia experiencia en actividades comerciales, cada una en su propia órbita, motivo por el cual ambas estaban llamadas a atender las cargas de diligencia, conocimiento, cuidado, y aún sagacidad o destreza propias de quien realiza profesionalmente operaciones mercantiles -entre las cuales las inmobiliarias- como actividad propia de su objeto social<sup>41</sup>.

No menos dicente resulta la afirmación de la propia convocante sobre la naturaleza variable del canon, consignada en la comunicación del 10 de julio de 2011, dirigida a la convocada e incorporada al expediente junto con el escrito de contestación de la demanda, en la cual se afirma por ella que "*(...) Durante la firma del contrato, un viernes a altas horas de la noche un ejecutivo de su empresa manifestó que no firmaban este sino con un valor como resultado del 1.5.% de las ventas y que el promedio anual sería el mismo del precio pactado. Esto, para no alargar las cosas se firmó así*".

---

<sup>41</sup> Como es bien sabido, la condición de profesional impone el cumplimiento de ciertas cargas especiales en materia contractual. Ciertamente, la trayectoria del profesional y su amplio conocimiento del mercado al que se dedica, suponen que no le es dable desatender ciertas exigencias más rigurosas de conducta, como la sagacidad o la *diligencia especial*. De allí se han acuñado criterios más exigentes como el de culpa profesional, respecto del cual ya ha tenido ocasión de referirse en varias ocasiones la doctrina. Así, por vía de ejemplo, como bien lo explicó el profesor William Salazar Luján, "... puede afirmarse, desde un punto de vista histórico, que la primera aproximación al concepto de culpa profesional se logró sustituyendo el viejo paradigma del *buen padre de familia* por el del *buen profesional*. Pero ello no fue suficiente. La verdad es que la creciente necesidad de tutela de los intereses del cliente y de construir la responsabilidad profesional a la luz de las nuevas realidades, hizo indispensable adoptar un modelo más exigente, un modelo distinto: el de una atención que, si bien no pueda calificarse siempre de excepcional, se traduzca, sin embargo, en un esfuerzo adecuado al resultado querido. El criterio de cumplimiento no será, ya, el del hombre medio diligente, sino el del modelo profesional o técnico apropiado para la prestación debida, todo ello de acuerdo con el nivel de la ciencia y el saber. No se parte, así, de un modelo de *diligencia previo*, sino que se alude a las condiciones en que el profesional presta sus servicios en el mundo de hoy, tomando en consideración las particularidades del caso concreto. El estándar no será ya, únicamente, el del profesional prudente y diligente de la misma especialidad, sino el de ese mismo modelo ideal, *colocado en las mismas circunstancias externas del caso que se evalúa ...*" (Salazar Luján, William. Apuntes sobre una teoría general de la responsabilidad profesional, en *La responsabilidad profesional y patrimonial y el seguro de la responsabilidad civil*. Acoldece y Aida. Bogotá. 2005. pp. 40-41). Pues bien, en tratándose en este caso de comerciantes con suficiente y reconocida trayectoria, es evidente que las cargas de sagacidad y de diligencia que debían observar en el desarrollo contractual eran mayores, lo que debe tenerse en cuenta al analizar el contenido contractual.

Lo propio hicieron varios de los testigos que rindieron su declaración en el proceso. Así, por vía de ejemplo, el señor Javier Sarmiento Garzón indicó lo siguiente:

*"Dentro de la propuesta que ellos habían inicialmente presentado [en referencia a Dopesa] hablaban de un canon mínimo garantizado el cual por modelo financiero nosotros le explicamos y le dijimos al señor Daniel no era posible ni viable pagarlo, por miles de razones, recuerdo que en una conversación de las tantas que tuvimos en negociación llegamos al acuerdo que finalmente era un tema de riesgo de las partes, nosotros íbamos igual a hacer una inversión superior a los \$5.000 y ellos dijeron: creemos y consideramos que el 1.5% sobre las ventas va a superar lo que ellos pretendían como mínimo garantizado porque ellos decían que era el sitio de mayor por metro cuadrado que existía en Bogotá a nivel comercial.*

*"Creo que la pretensión de ellos iba un poco comparada a los locales comerciales que tenían, locales comerciales como Mario Hernández, Náutica, Sebastiano y otros proyectos, que venden ropa, digamos que es diferente definir un metro cuadrado o un valor de metro cuadrado o unas ventas brutas de una tienda en donde un vestido le cuesta \$300.000 a un sitio en donde por área y tamaño de adecuación simplemente íbamos a vender productos de la canasta familiar y de primera... leche, huevos y arroz, uno tiene que entrar a visualizar y entender todo ese tema a nivel comercial, digamos que nosotros con el aval de la compañía a riesgo nos dijeron: aceptamos la inversión siempre y cuando las condiciones sean el 1.5% sobre las ventas.*

*"Palabras tal vez textuales con él en esa reunión es: vamos a riesgo las dos partes, así nos fuimos, dentro de las otras condiciones que estaban o pretendían, Daniel Espinosa o Dopesa en este caso, era un anticipo sobre los cánones que tenían, y era cerca a los \$2.600 millones, esa fue la segunda causal de observación por parte de la casa matriz y dijeron: alcanzamos a hacer un anticipo máximo de 1.300 y algo millones, esa fue*

*como la parte más complicada, fue la que ellos aceptaron, eso fue a nivel de negocio como tal.*"<sup>42</sup> (Paréntesis no originales)

Ulteriormente el mismo testigo, al ser preguntado si había negociado un canon de arrendamiento de \$54 millones, contestó:

*"No, vuelvo y le digo, con Daniel Espinosa y más exactamente la oferta venía por Outlets de la Floresta y si mal no recuerdo también venía formada por la gerente en ese momento, tal vez a Adriana si mal no recuerdo es la persona que representa Outlets la Floresta o la gerente del centro comercial, con una presentación en PowerPoint de las marcas que tenían y las ventajas del proyecto en un centro comercial que me ofrecía, en ese momento la oferta decía \$54 millones pero en algún momento después de la negociación y pasos de aprobación por parte de casa matriz me dieron: no es posible pagar un canon fijo porque el proyecto no es posible, esto es un tema netamente de riesgo, nos dijeron: si el tema es de riesgo y ustedes se quieren arriesgar arriésguense, pero Carrefour dice es 1.5 y no podemos pagar un mínimo garantizado porque no era viable para el proyecto con las pretensiones de inversión de cerca de \$7 mil millones en el primer año.*"<sup>43</sup>

A continuación el apoderado de la parte convocada le formuló preguntas adicionales sobre esta materia, las cuales, junto con las respectivas respuestas se transcriben a continuación:

*"DR. GONZÁLEZ: Los señores de Dopesa tuvieron la oportunidad de conocer la posición de Carrefour frente a lo que usted acaba de mencionar en cuanto al precio antes de celebrar el contrato?"*

*"SR. SARMIENTO: Antes de celebrar el contrato y en la conversación que tuvimos decidimos de riesgo de parte y parte avanzar en la puesta en marcha de ese proyecto, tanto así que debe hacer información en los correos que circulamos y en los borradores de contrato que hicimos donde era claramente 1.5% sobre las ventas de canon, en ningún momento se*

---

<sup>42</sup> Folios 198 y reverso del C. de Pruebas No. 4.

<sup>43</sup> Reverso folio 202 del C. de Pruebas No. 4.

*citó en el contrato \$54 millones porque eso ya se había negociado y pactado en el momento de la aprobación del proyecto por Francia.*

*"DR. GONZÁLEZ: Durante la negociación y cuando usted le pone en conocimiento a Dopesa la posición de Carrefour en cuanto al canon de arrendamiento, es decir, que estaba atado a un porcentaje sobre ventas, qué le manifestó Dopesa, le dijo algo al respecto, se opuso, se negó, qué le dijo?"*

*"SR. SARMIENTO: Obvio hubo un desconcierto por parte de Daniel en su momento pero él aseguró que él creía tanto en su centro comercial y en el sitio que ese porcentaje de 1.5 o ese mínimo que él pedía iba a ser superado porque él aseguraba que íbamos a vender más de \$70 mil millones anuales en ese proyecto, si uno hace el ejercicio de dividir eso en doce meses y sacar el 1.5 obvio, íbamos a pasar esa meta de 54, por eso asumo que él como un hombre de negocios a sabiendas y que él arriesgo y que el sitio era un sitio súper, y él consideró en ese momento que iban a superar esas ventas él tenía claro que no había un mínimo garantizado ..."*<sup>44</sup>

Este aspecto fue reiterado varias veces por el testigo.

Nótese entonces cómo el testimonio antes citado es claro: da cuenta de que la negociación, que posteriormente se reflejó en la cláusula contractual, efectivamente concluyó que el canon de arrendamiento a pagar era un canon variable, que se tasaría sobre el porcentaje de las ventas efectivas, de modo tal que las partes asumían un riesgo atado al resultado del negocio.

Por lo anterior, no resulta comprensible que si el canon convenido hubiera estado sometido a un valor mínimo, ninguna referencia al mismo se hubiere consignado en las estipulaciones expresas de las partes, y por el contrario, se hubiere invocado en esas mismas disposiciones de manera inequívoca la aplicación de un canon variable, pues por ejemplo, en el aparte 12.6<sup>45</sup> de la cláusula Décima

---

<sup>44</sup> Reverso folio 202 y folio 203 del c. de Pruebas No. 4.

<sup>45</sup> "12.6. En el evento que el Prometiente Arrendatario decida de manera unilateral (y sin que medien circunstancias de caso fortuito o fuera mayor) cerrar temporalmente la Tienda de tal manera que no se efectúen ventas en el Área Arrendada, Carrefour pagará al Prometiente

Segunda, al referirse las partes a las consecuencias de un cierre eventual de la tienda durante un espacio prolongado de tiempo, se hizo referencia al pago en ese periodo, del mismo canon mensual cancelado en el mes inmediatamente anterior, cuando hubiese sido mucho más sencillo invocar allí el pago del mínimo acordado, si así se hubiese dispuesto efectivamente.

Por lo demás, como ya se dijo, deben tenerse presentes las citadas expresiones de testigos llamados por las dos partes en el sentido de que si bien en los tratos previos se planteó por la convocante un canon fijo, ante la definición de la convocada de no admitir canon fijo sino variable sobre ventas, se trataba entonces de ir a riesgo, de estimar si el variable se acercaba a la cifra que se planteó en las discusiones previas, de calcular las ventas en los años segundo y tercero del contrato para efectuar el anticipo. Y así se suscribió el contrato.

## 2.2. El anticipo de los cánones de diciembre de 2009 a diciembre de 2011

Como quiera que toda pretensión de condena lleva implícito el reconocimiento de la fuente obligacional que obra como sustento de aquella, el Tribunal ha de ocuparse de la interpretación de las estipulaciones de las partes que sirvieron de contenido al negocio que lo ocupa. Así las cosas, el pago anticipado de los cánones de arrendamiento fue regulado en el contrato y ejecutado mediante el inequívoco comportamiento de las partes, reflejado entre otras cosas en sus registros contables y financieros, de manera tal que dicho anticipo lo entiende el Tribunal como aplicable única y exclusivamente a los cánones causados durante los 24 meses comprendidos entre el 6 de diciembre de 2009 y el 5 de diciembre de 2011, pues con absoluta precisión consignaron las partes una llamada "compensación", que no es otra cosa que la "amortización" de dicho anticipo, mediante cuotas iguales durante ese espacio temporal, es decir, con exclusión de toda variabilidad, pero con asunción de un riesgo a cargo de la convocada Carrefour, pues ésta última asumió dentro de ese mismo periodo la contingencia de pagar la diferencia que llegare a causarse a favor del arrendador luego de surtida dicha "compensación", cuando la aplicación del porcentaje del 1.5% sobre las ventas fuere superior a la alícuota del resultado de dividir el valor del anticipo por los 24 meses de "compensación" del mismo.

---

*Arrendador durante el periodo en el cual permanezca cerrada la Tienda un canon mensual equivalente al canon mensual pagado en el mes inmediatamente anterior a la fecha en la cual se produzca el cierre de la Tienda." Folio 36 del C. de Pruebas No. 1.*

Así pues, es entonces el carácter de “iguales” atribuido por las partes a las cuotas de “compensación” lo determinante del régimen asumido por las partes para esta fase del contrato, pues dicha igualdad excluyó de suyo la variabilidad, pero sólo respecto de dicho periodo, sin que el mencionado acuerdo de alcance temporal - *diciembre de 2009 a diciembre de 2011*- tuviere la vocación de mutar a un mínimo valor de canon para los periodos futuros, pues ni siquiera se admitió tal calidad para el primer año de vigencia del contrato, en los términos de la cláusula Décima Segunda del mismo.

Para el Tribunal, es evidente que las partes otorgaron a ese anticipo un régimen propio y particular para un periodo de vigencia del contrato, y el riesgo de un mayor valor por la aplicación del porcentaje acordado, frente a la alícuota del mes, fue atribuible contractualmente sólo a la convocada, habida cuenta que nada se dispuso para el evento en que el valor “*compensado mensualmente*” resultare superior al que arrojare la aplicación del porcentaje mensual variable (1.5%) al volumen de ventas mensuales netas de la tienda, circunstancia en la cual habría surgido una obligación restitutoria a favor del arrendatario, ausente del todo de la disposición de las partes, pero por ende indicativa de su verdadera intención.

También ha de señalarse que durante los años segundo y tercero de vigencia del contrato, el contador público no emitió la certificación mensual sobre ventas netas de que trata la cláusula Décimo Segunda (4) del contrato, base de la aplicación del porcentaje acordado para definir el canon, argumento adicional que permite apreciar el marginamiento del régimen de la variabilidad que adoptaron las partes para el periodo contractual referido a los años segundo y tercero de vigencia del contrato.

Ahora bien, es importante señalar que esta es, por lo demás, la interpretación que en lo pertinente mejor se acompasa con la regla de razonabilidad, cada vez de mayor penetración en el ámbito judicial y comparado. Sobre el particular, en efecto, cumple expresar que en los tiempos que corren, existe una regla, pauta o canon de interpretación de especial trascendencia: se trata de la razonabilidad o estándar del hombre razonable (*reasonable man*, por su denominación inglesa).

De acuerdo con dicho criterio interpretativo, al dilucidar el sentido de una estipulación contractual, se debe considerar el entendimiento “*que normalmente*



*le daría toda persona razonable de igual condición que las partes, en caso de encontrarse en idénticas circunstancias"* (Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Art. 5:101), a lo que cabe agregar que en desarrollo de lo estipulado por el art 1.302 de los señalados principios, se tiene establecido que "*(...) el carácter razonable debe juzgarse de acuerdo con los que considerarían personas que actúan de buen fe en la misma situación de las partes. En concreto, para determinar lo que es razonable, se deben tener en cuenta la naturaleza y el fin del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de los ramos de negocios profesionales involucrados"*.

Así, el criterio en comento se cimenta en el sentido que se atribuiría a una estipulación en particular, *por parte de una persona razonable que analizara la cuestión*; puesto en otros términos, se trata de abordar el texto contractual y, ante la eventual dificultad de hallar cabalmente la *voluntas spectanda*, recurrir al sentido que *razonablemente* se puede atribuir a la estipulación, esto es, al sentido que una persona *razonable*, en análogas circunstancias, le atribuiría<sup>46</sup>.

Como se anticipaba, se trata de una regla hermenéutica que, por su gran utilidad práctica, ha logrado amplia recepción en diversos foros jurídicos, muy especialmente en el escenario europeo, en el que se acude a ella para solucionar diversas hipótesis de contratación masiva o de otros géneros, en las que los criterios subjetivos no son suficientes; por ello se ha tornado en criterio hermenéutico de protagónica figuración y utilidad, entre otras, por su precisión en lo que se refiere a negocios jurídicos complejos, como es, por vía de ejemplo, el contrato de seguro.

Por lo demás, cumple destacar que se trata de un criterio de interpretación que determina el contenido contractual a partir de la *razonabilidad*, es decir,

---

<sup>46</sup> El autor Carlos Vattier explica que "*(...) la interpretación literal se ha sustituido, en los últimos años, por el canon objetivo del hombre razonable. En lugar de acudir al texto literal, el acento se desplaza aquí, con apoyo en la buena fe, al sentido que habrían dado al contrato en igual situación unas personas prudentes, razonables u honestas de la misma condición de las partes, atendiendo a todas las circunstancias del caso. Procedente del Derecho estadounidense, esta regla de interpretación rige en Inglaterra a través del test llamado officious bystander desde hace medio siglo y se ha consagrado, no sólo en los textos uniformes, tanto en la Convención de Viena como en los Principios de Unidroit y en los de la Comisión Lando, sino que también late en el Código Civil de Québec ..."* (Vattier Fuenzalida, Carlos. Interpretación del contrato, en Vattier Fuenzalida, Carlos y Soto Coaguila, Carlos. *Libertad de contratar y libertad contractual*. Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2010. pp.345-346).

asignando el sentido que razonablemente se puede atribuir a la cláusula. Ello, como es natural, conduce a preguntarse por lo que se debe entender como *razonable* para efectos de la actividad del intérprete.

Dicho criterio de razonabilidad es, en lo esencial, el que orienta, en general, la regla de la interpretación más razonable; efectivamente, como bien lo indican los profesores Díez Picazo, Encarna Roca a M. Morales, "*(...) el carácter razonable se refiere a lo que dos personas de buena fe colocadas en la misma situación que las partes, consideran como tal. Se añade que, en particular, se debe tener en cuenta la finalidad del contrato, las circunstancias del caso y los usos y las prácticas de los profesionales de los ramos de la actividad concernidos. Por tanto, la objetividad viene referida a reglas standard de conducta, cláusulas abiertas que deben ser analizadas por el juez en cada una de las situaciones en que se encuentre. Y aunque primariamente no tiene que ver con los usos, se acabarán refiriendo a los mismos. Por tanto, incluirá dos criterios: por una parte, la buena fe, y por otra, una regla estándar que aparece construida sobre la base de elementos generales del uso y giro de los negocios y actitudes de una determinada profesión o ramo de actividad (...).*"<sup>47</sup> (Se subraya).

La Corte Constitucional colombiana, por su parte, no sólo ha acogido expresamente este criterio, sino que también ha realizado importantes reflexiones en relación con el alcance de la consabida *razonabilidad*. Es así como ha dicho que "*(...) no basta que el juez apoye una interpretación determinada. La conclusión del ejercicio hermenéutico, para que se estime válido, y sin considerar que se apoye en tesis de únicas respuestas correctas o diversas respuestas correcta, demanda que sea producto de un razonamiento jurídico que respete condiciones propias de la razón práctica. En este orden de ideas deben satisfacerse condiciones de justificación interna y externa, lo que permiten controlar la decisión judicial. Sólo con la satisfacción de tales elementos es posible que se arribe a la conclusión de que es racional y razonable aceptar que la norma N como parte del derecho válido, donde la norma N es el producto final del ejercicio hermenéutico (...)*"<sup>48</sup> (se subraya). En otra ocasión, el mismo Tribunal sostuvo que "*esta Corte ha señalado que la autonomía que la Carta*

---

<sup>47</sup> Díez Picazo, Luís. Roca, Encarna. Morales, Antonio M. Los principios del derecho europeo de contratos, Civitas, Madrid, 2002. p.256.

<sup>48</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 688 de 2003. Exp. T-731444.

*'reconoce a la interpretación legal o judicial tiene como límite la arbitrariedad y la irrazonabilidad de sus respectivos resultados' (sentencia C-301/93); esto es, los frutos del ejercicio hermenéutico deben ser razonables (...)<sup>49</sup> (se subraya). Y respecto del concepto de razonabilidad, la Corporación sostuvo que "hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad"<sup>50</sup>.*

Por consiguiente, la Corte Constitucional ha sido entonces enfática en que, en la labor de interpretación, las autoridades públicas –jueces, órganos de la administración, entre otros-, deben observar el criterio de razonabilidad, referido, en esencia, a los resultados de su hermenéutica, en términos de conveniencia y necesidad<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1026 de 2001. Exp. D-3468. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-301 de 1993.

<sup>50</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-530 de 1993.

Del mismo modo, en torno a la noción y alcance de lo que considera *'razonable'*, en lo aplicable, puede verse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 16 de diciembre de 2010

<sup>51</sup> Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-1009 de 2000; C-926 de 2000; C-842 de 2010 y T-717 de 2011

Del mismo modo, importa traer a colación el parecer del profesor Alejandro Borda, que resulta también elocuente sobre el particular. Al respecto, indica que "...Para interpretar un contrato resulta necesario conocer el fin práctico y económico tenido en cuenta por las partes. Ello es así pues el contrato es el medio adecuado para que las partes alcancen el fin querido, con lo que se advierte que teniendo en cuenta el fin querido podremos dar el significado adecuado al contrato. Por otra parte, este tener muy en cuenta el fin querido por las partes nos conecta con la llamada teoría de la causa que ha tendido a imponerse en el derecho comparado. El neocausalismo, hoy sostenido mayoritariamente, hace referencia a un fin económico, objetivo, y a otro fin subjetivo o motivo determinante. En este caso, resulta esencial el fin económico, que demuestra que todo contrato persigue el objetivo de producir la circulación de bienes. De acuerdo con lo expuesto, para los Principios de Unidroit, la finalidad del contrato es una circunstancia relevante (art. 4.3.). Ahora bien, este fin económico no puede estar dissociado de la justicia. Las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil señalaban –en el año 1991– que el contrato como instrumento para la satisfacción de las necesidades del hombre debe conciliar la utilidad con la justicia, el provecho con el intercambio equilibrado (comisión 9). En otras palabras, el Derecho no puede desentenderse de las desigualdades económicas. Y dos años antes, las IV Jornadas sanjuaninas de Derecho Civil (comisión no 4) indicaban que los operadores jurídicos deben armonizar lo jurídico con lo económico, el contrato como concepto jurídico con el contrato como operación económica, y la justicia con la utilidad. Y añadían que el régimen contractual debe realizar el valor utilidad, que le es propio, pero siempre en miras a la realización de la justicia y a su principio supremo, la personalización del hombre. Pero, sin perjuicio de lo expuesto, no olvidaron señalar (i) que en la realidad presente se destaca el contrato como instrumento económico, como un

En este orden de ideas, si se analiza el aspecto relativo a la amortización del anticipo en el contrato de arrendamiento celebrado entre Dopesa y Carrefour, se evidencia que la referida razonabilidad refrenda aquel entendimiento según el cual, la mencionada amortización, debía circunscribirse a un espacio limitado de tiempo, y no extenderse en el tiempo en forma prolongada. En efecto, desde la óptica de la rentabilidad y equilibrio del contrato (justicia contractual), es palmario que para el arrendador carecía de toda razonabilidad económica permitir que el anticipo se amortizara ilimitadamente durante el plazo de vigencia del negocio jurídico, como quiera que el impacto sobre su flujo de caja habría sido sumamente negativo. Ciertamente, la amortización ilimitada del anticipo implicaba, para Dopesa, enfrentar la contingencia de no recibir sumas de dinero periódicas por el arrendamiento del local o de recibir una suma en demasía reducida, por fuera de las previsiones de rentabilidad del negocio, por lo que no es razonable pensar, además contra el texto contractual, que las partes habilitaron la amortización del consabido anticipo sin una cortapisa o limitación temporal.

Puesto en otros términos, analizado desde el criterio de la razonabilidad, esto es, desde la óptica del observador imparcial (hombre razonable), no luce atendible aquella interpretación según la cual Carrefour podía amortizar el anticipo pagado, sin una restricción o lapso temporal dentro del cual debiera hacerlo; y considera el Tribunal que ello no luce razonable como quiera que, de haberlo permitido así, Dopesa se habría expuesto a la absoluta discrecionalidad de Carrefour, en el sentido de que ésta última compañía habría podido abstenerse de desembolsar dinero efectivo a la arrendadora, sin un margen de control, decisión o acción por parte de la misma.

En efecto, si la amortización del anticipo no tenía un periodo de tiempo dentro del cual debía hacerse, ello implicaba entonces que Dopesa podía dejar de recibir dinero por el arrendamiento, dentro de un lapso prolongado de tiempo, so

---

elemento objetivo y funcional en la operación de los mercados, y (ii) que es fundamental que la contratación, como instrumento de hechos económicos, cumpla una finalidad teleológica en la comunidad conforme a pautas valorativas establecidas por esta última (...)” (Borda, Alejandro. Contratos. Reflexiones sobre cuestiones particulares. Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2012. pp. 258-259). Cfr. Etcheverry, Raúl. Interpretación de los contratos innominados y de los contratos atípicos. Op.Cit., p. 63.

pretexto de que se amortizaba el anticipo; ello, desde la óptica del flujo de caja del arrendador, resultaba irrazonable y contrario a toda lógica. Por eso es por lo que el propio contrato fue explícito en señalar que el anticipo debía amortizarse, en *cuotas iguales*, dentro de los años dos y tres de vigencia del contrato, lo que, a la par que en una interpretación textual, se acompasa en una interpretación razonable del acuerdo negocial, por cuanto se itera, si se analiza la situación y la estipulación a la luz de lo que habría convenido un hombre razonable, de las condiciones de Dopesa y situado en una situación análoga a la de esta sociedad, se encuentra que no tendría mayor sentido (buen sentido) el que hubiese permitido la consabida amortización sin límites.

Ahora bien, para el Tribunal resulta importante poner de presente que, en lo que tiene que ver con la aplicación del criterio de razonabilidad, ha de tenerse en cuenta que la interpretación que debe primar no es solamente la que resulta, per se, razonable, sino aquella que luce *más razonable*. Ciertamente, entre diferentes alternativas de interpretación de una cláusula, el intérprete debe guiarse por aquella que potencializa, en mayor grado, la razonabilidad; de este modo, si en el ejercicio hermenéutico surgen varios entendimientos que cumplen con algún grado de razonabilidad, el hermeneuta debe optar por aquel de todos ellos que, en estrictez, resulte ser el más razonable, toda vez que es ese el que debe imperar, a la luz del criterio de la señalada razonabilidad.

Pues bien, en este caso, esa mayor razonabilidad es la que se verifica o confirma en la interpretación según la cual la amortización del anticipo estaba limitada a un periodo de tiempo y a unas cuotas determinadas, toda vez que, como ya se señaló, aferrarse a la naturaleza del anticipo para permitir su amortización ilimitada en el tiempo suponía librar a Dopesa, a la absoluta discrecionalidad de Carrefour y a la completa ausencia de flujo de caja en relación con el arrendamiento, lo cual, sumado al riesgo asumido en el canon variable, como ya se ha señalado, no luce razonable.

En suma, a la luz de la literalidad del propio contrato y del indiciado criterio de la razonabilidad, es preciso concluir que no era atendible aquella interpretación según la cual el anticipo podía amortizarse sin una cortapisa temporal, razón por la cual puede concluirse que el anticipo debía cubrirse dentro de los años dos y tres de vigencia del contrato, mediante cuotas iguales, y por ello dicha facultad no fue atribuida en el contrato a la convocada, ni tampoco puede deducirse del

comportamiento contractual interpretado bajo la perspectiva consignada en líneas precedentes.

### 2.3. Conducta contractual desplegada por las partes

#### 2.3.1. Generalidades en materia de interpretación derivada de la conducta contractual (regla de interpretación práctica)

Dada la controversia jurídica que se somete al escrutinio del Tribunal, resulta diáfano que el aspecto medular que debe analizarse en el presente Laudo, tiene que ver con la interpretación que han planteado las partes en relación con el pago del precio o del canon de arrendamiento. En efecto, para dilucidar si ha existido o no un incumplimiento en cabeza de alguno de los sujetos contratantes, entre otros aspectos, es preciso develar cuál fue la genuina directriz que orientó al referido contrato en relación con el pago del canon, particularmente en lo que concierne a la amortización del anticipo a lo largo de la vigencia del negocio jurídico.

Para estos efectos, como es lo procedente, un primer aspecto que resulta ilustrativo es el que tiene que ver con el tenor literal del acuerdo mismo. Ciertamente, el texto del contrato se erige como un vertebral criterio orientador de la labor del intérprete, en la medida en que consigna el entendimiento primigenio o inicial de las partes en torno a un asunto específico. Por esa razón, es la regla; es la primera fuente que se debe auscultar a la hora de determinar cuál es el entendimiento que le han dado las partes a una previsión negocial en particular, como de antaño se ha reconocido en sede judicial y doctrinal<sup>52</sup>.

Sin embargo, como también es bien sabido, la labor del intérprete no se agota en la simple revisión del texto contractual. Por el contrario, su gestión requiere, a menudo, que se acuda a otros elementos subjetivos y objetivos que le permitirán dilucidar, con mayor precisión, cuál es el alcance de ciertas estipulaciones

---

<sup>52</sup> Cfr. Bianca, Cesare Massimo. Derecho Civil. El contrato, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.41; Betti, Emilio. Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico, en Teoría general del negocio jurídico, 4 estudios fundamentales, obra colectiva, Ara Editores, Lima, 2001, pp. 65 y ss.; Lehmann, Heinrich. Tratado de derecho civil. Parte general, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 305.

(elementos extratextuales), según cada caso individual. En este contexto, uno de los cánones o directrices hermenéuticas que, en la hora de ahora, surge con indubitable fuerza, es el que atañe a la denominada *interpretación práctica, conductual o aplicativa*, que tiene en cuenta el comportamiento específico de los sujetos contratantes en las fases anteriores y posteriores a la celebración del contrato, para determinar cuál es el verdadero sentido de una estipulación particular. Puesto en otros términos, se trata de evaluar los actos anteriores, coetáneos y posteriores al contrato, para examinar, a partir de los mismos, qué contenido o inteligencia se le atribuyó a una cláusula determinada, en función de las demás (lectura integral).

Como lo ha corroborado la doctrina en general, incluida la nacional, la valía de la conducta inter-partes en el examen de cualquier negocio jurídico es cardinal. Al fin y al cabo, como bien lo puso de presente a la sazón el profesor Fernando Hinestrosa, “(...) *el acto dispositivo, sobra decirlo, es conducta, es una manifestación unipersonal o pluripersonal, unilateral, bilateral o colectiva, o sea, es la actuación de quien sea, por medio de signos, llamados a ser recibidos, conocidos por otro u otros, en cuya memoria, como también en el ambiente social, dejan rastro*”<sup>53</sup>. De allí se colige que en materia negocial, el estudio reservado a la conducta ocupa un sitio de privilegio, respecto a todas y cada una de las fases atinentes a un contrato, en sentido lato, esto es, en la preparatoria o de gestación, en la de desarrollo o ejecución y en la post-contractual.

Lo anterior, como se esbozó, se hace especialmente patente en la órbita de la hermenéutica contractual. Ciertamente, si el contrato es entendido como un acto de sustrato volitivo, fruto de una determinada negociación, en ocasiones más o menos prolongada, es evidente que el estudio del comportamiento negocial es medular para establecer cómo se estructuró o configuró el contenido del negocio jurídico.

El intérprete debe apoyarse entonces, conforme a las circunstancias de cada asunto, en las diversas herramientas que se encuentren a su disposición, con el inequívoco propósito de lograr su cometido esencial, cual es el de develar la

---

<sup>53</sup>- Fernando Hinestrosa F. Interpretación de la conducta concluyente negocial, en *La interpretación del contrato en América Latina*, T. II, Grijley, Lima, 2007, p. 787.

común intención de los sujetos contratantes, a términos de la ley patria, y comparada, en especial del artículo 1618 del Código Civil.

El acto hermenéutico debe pues aproximarse con el mayor grado de verosimilitud, al querer real de las partes, para lo cual el análisis plurifásico del negocio jurídico resulta determinante, como se ha anticipado<sup>54</sup>. La conducta, tanto en la esfera previa a la celebración del negocio jurídico, como durante dicha celebración y con posterioridad a la misma (actos anteriores, coetáneos y posteriores), es de importancia capital en el ámbito de la hermenéutica contractual.

Al fin y al cabo, la doctrina y la jurisprudencia es conteste en señalar la trascendencia de evaluar los momentos anteriores y posteriores a la celebración del contrato, para determinar la común intención de los sujetos contratantes. Así, por vía de ilustrativo ejemplo, el profesor Ricardo Lorenzetti indica que *"la interpretación es una reflexión sobre un texto previo para determinar su sentido, y por ello, es una mirada hacia el pasado, intentando reconstruir lo originariamente pactado"*<sup>55</sup>. Don Luis Díez-Picazo, por su parte, indica que *"Una interpretación histórica de los contratos es no sólo posible, sino en ocasiones estrictamente necesaria. Para determinar la significación que un contrato tiene, el intérprete debe conocer y valorar la situación jurídica, económica o social en que las partes se encontraban en el momento de celebrar el contrato (antecedentes), la manera como el contrato fue elaborado (trabajos preparatorios) y la conducta seguida por las partes en la ejecución del contrato"*<sup>56</sup>.

En similar sentido, el profesor Erich Danz anota que *"(...) la doctrina general enseña y fundamenta que para interpretar una declaración de voluntad se han de tener en cuenta siempre 'las circunstancias' del caso concreto...Es imposible, naturalmente, dar una definición de estas circunstancias del caso concreto, porque se resiste a ello la infinita e incesante variedad que la vida le ofrece....Un rasgo que las caracteriza es que -al menos en los negocios del comercio jurídico-*

---

<sup>54</sup> Cfr. De Castro y Bravo, Federico. El negocio jurídico. Civitas, 2002, p.77. Cfr. Lliota, Guisepp. Interpretazione del contratto e comportamento compresivo delle parti, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1977, p. 1008.

<sup>55</sup> Lorenzetti, Ricardo. Interpretación del contrato en el derecho argentino, en Tratado de la interpretación del contrato en América Latina, T. I, Grijley, Lima, 2007, p. 8.

<sup>56</sup>- Díez-Picazo, Luís. Fundamentos de derecho civil patrimonial, T. I, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, p. 502.



*sólo pueden tomarse en cuenta aquellas 'circunstancias' del caso que fuesen notorias a la otra parte al celebrarse el negocio jurídico, y que en las declaraciones de voluntad consistentes en palabras no sólo han de tenerse presentes para la interpretación como tales 'circunstancias' las palabras empleadas al celebrar el negocio jurídico, por ej., el contrato, sino también las negociaciones precedentes y así mismo las manifestaciones consiguientes de las partes sobre el negocio jurídico celebrado". Por ello concluye el mismo autor que "(...) en esto consiste el arte de la interpretación, en tener en cuenta todas estas 'circunstancias del caso'; sólo el que de este modo, penetrando en los más finos matices del caso concreto investigue el sentido de la declaración de voluntad estudiada, podrá llegar a un resultado justo y en consonancia con el sentimiento general del Derecho"<sup>57</sup>.*

La profesora Aida Kemelmajer refrenda la misma idea, al señalar que "*Dada la importancia de las 'circunstancias', el comportamiento de las partes -anterior, concomitante o posterior a la celebración del contrato- debe ser considerado en la interpretación de una convención*"<sup>58 y 59</sup>.

Recapitulando, como lo expresara la H. Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 3 de junio de 1946, "*La intención de las partes al celebrar los contratos puede desentrañarse tomando en consideración la naturaleza del contrato y las cláusulas claras y admitidas del mismo que sirvan para explicar las dudosas; las circunstancias que influyeron en su celebración determinando la voluntad de las partes para consentir en él; los hechos posteriores de las mismas, que tienen relación con lo que se disputa; las costumbres de los contratantes y los usos del lugar en que han pactado; la aplicación práctica que del contrato hayan hecho*

---

<sup>57</sup> Danz, Erich. La interpretación de los negocios jurídicos, op.cit, p. 52 y ss.

<sup>58</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aida. Reflexiones sobre la interpretación de los contratos, en *La interpretación del contrato en América latina*, T. I, Grijley, Lima, 2007, p. 260.

<sup>59</sup> En sentido análogo, Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo II. Doctrinas Generales*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa - América. Buenos Aires. 1954. p. 483; Scognamiglio, Renato. *Teoría General del Contrato*. Publicación de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1983; Doménico Barbero, Sistema del derecho privado, Vol I., EJEA, Buenos Aires, 1967, p.p. 602 y 603. Federico Videla Escalada. La interpretación de los contratos civiles, Buenos Aires, 1964. José Leyva Saavedra. Interpretación de los contratos, en *Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM*. Vol. 65 (Nº 1 - Nº 2). Lima, 2008, Juan Espinoza Espinoza. Interpretación del negocio jurídico, en *Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo*, Universidad de La Sabana y Diké, Medellín, 2010, p.211. Jorge López Santamaría. Los contratos, Editorial Jurídica de Chile, p. 346, y René Abeliuk. Las obligaciones, T.I, Temis y Editorial Jurídica de Chile, Bogotá, 1993, p. 92.

*ambas partes o una de ellas con aprobación de la otra, y otras convenciones o escritos emanados de los contratantes. En una palabra, el Juez tiene amplia libertad para buscar la intención de las partes y no está obligado a encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato para apreciar su sentido".*

Así las cosas, es evidente entonces que una guía fundamental, al mismo tiempo que una preciada fuente para el intérprete de un contrato, es la que suministra el comportamiento de los sujetos contratantes y, particularmente, los actos anteriores, coetáneos y posteriores a la celebración del negocio jurídico, según se ha reseñado.

El caso que se somete a consideración de este Tribunal no es la excepción a dicha regla: en aras de dilucidar cuál fue el alcance y la común intención de las partes en lo tocante con el pago del canon de arrendamiento, es particularmente revelador estudiar y valorar el comportamiento o la conducta ulterior que observaron dichos sujetos en la ejecución del acuerdo y que, como ya se anticipó, muy seguramente permitirá determinar cuál era el entendimiento que se había dado a la estipulación particular, en asocio de las demás que integraron el tejido negocial.

### 2.3.2. La interpretación práctica en el caso bajo examen del Tribunal

Pues bien, la solución de la controversia sometida a consideración del Tribunal se refrenda a partir de la conducta o aplicación práctica que las partes han hecho del contrato. Ciertamente, existen varios actos anteriores, coetáneos y posteriores a la celebración del acuerdo de arrendamiento que refrendan la interpretación que ha hecho este Tribunal en segmentos precedentes, en punto tocante con la existencia del contrato de arrendamiento, la prescindencia de la formalidad pactada, el carácter variable del canon y la forma de amortización del anticipo. Dentro de tales actos vale la pena destacar los siguientes que, se insiste, evidencian que (I) en efecto existió arrendamiento; (II) que las partes prescindieron de la formalidad del escrito; (III) que pactaron con canon variable, equivalente al 1.5% de las ventas netas de cada mensualidad; y, (IV) que la amortización del anticipo debía hacerse en los años dos y tres de vigencia del contrato, como se explica a continuación:

1. Las partes optaron por omitir la solemnidad prevenida para el contrato de arrendamiento consistente en documento privado otorgado ante notario, pues la apertura de la tienda ocurrió, se reitera, el día seis (6) de diciembre de 2008, es decir, un día después de la suscripción de la correspondiente promesa, habiéndose surtido en el mismo mes el pago de uno de los instalamentos del anticipo correspondiente al año segundo y tercero de la vigencia del contrato, sin que se hubiese acreditado en el expediente el cumplimiento por parte de la convocante de la condición referida a la modificación del fideicomiso correspondiente. Así las cosas, el Tribunal deduce de dicho comportamiento contractual, la determinación de las partes de dar inicio al arrendamiento prometido con prescindencia de las solemnidades inicialmente convenidas por ellas para su formalización. Del mismo modo, de este comportamiento puede inferirse la existencia del contrato de arrendamiento, máxime si se tiene en cuenta su naturaleza consensual.
2. En cuanto al pago del canon se refiere, el dictamen pericial rendido dentro del proceso evidencia claramente el pago de un canon variable –y no la garantía de una suma mínima- correspondiente al 1.5% de las ventas netas, desde diciembre de 2008 hasta diciembre de 2009, al poner de presente los certificados del contador público sobre dichas ventas mensuales, las facturas correspondientes y los respectivos recibos de caja<sup>60</sup>.
3. Por otra parte, también en relación con el canon variable, aparece acreditado en el expediente que desde el mes de julio de 2009<sup>61</sup>, la

---

<sup>60</sup> Dictamen pericial folios 88 a 166 del C. de pruebas No.4.

<sup>61</sup> Carta de fecha 26 de julio de 2009: "...Tenemos entonces que para nosotros no existe controversia alguna en lo que corresponde a los cánones de los años 2010 y 2011, los cuales ya fueron cancelados bajo el criterio matemático que ya expliqué, más sin embargo tenemos una muy seria preocupación por cuanto las expectativas de cánones para el primer año han sido francamente decepcionantes, toda vez que el promedio recibido en los primeros siete meses, entre diciembre del 2008 y junio de 2009, es de \$12.260.000.- en promedio, lo cual da un valor por metro cuadrado para un área de 2.084.33 metros cuadrados de \$5.883.-. Esto significa en la práctica que , con respecto al promedio de los locales comerciales, Carrefour cancela por metro cuadrado el equivalente al 7,35% aproximadamente del canon que normalmente se cobra en los locales circundantes, situación financiera que es inaceptable para nosotros toda vez que implica un desequilibrio enorme con la realidad convenida. Consideramos esta situación debe ser evaluada conjuntamente para encontrar una fórmula que permita solucionar este impase." Folio 9 del C. de Pruebas No. 1.

convocante expresó su preocupación sobre el comportamiento de la variable determinante del canon de arrendamiento, inquietud que solo vino a reiterar nuevamente en comunicación de 10 de julio de 2011<sup>62</sup>, haciendo referencia en esta oportunidad a la existencia de un canon de cincuenta y cuatro millones de pesos mensuales (\$54.000.000.00), con incremento del IPC del año inmediatamente anterior.

A su turno, el señor Daniel Espinosa, accionista y representante legal de DOPESA S.A. entre los años 2007 a 2013, afirmó haber manifestado a la convocada a lo largo del año 2011 su perplejidad por cuanto las ventas no estaban alcanzando las expectativas convenidas. La convocada insistió en el carácter eminentemente variable del canon pactado, y la exclusión de cualquier suma fija como componente del mismo, circunstancia que además exteriorizó mediante comunicaciones del 29 de octubre de 2009<sup>63</sup> y de 24 de abril de 2012<sup>64</sup>. Dentro de estas comunicaciones, se observa

---

<sup>62</sup> Carta de Julio 10 de 2011: "(...) De la manera más cordial solicitamos de ustedes analizar la situación en que se encuentra el canon de arrendamiento del local que ocupan en el Centro comercial la Floresta de esta ciudad, la cual exponemos a continuación." (...)

"Teniendo en cuenta la conveniencia que el Centro Comercial obtiene al considerar a Carrefour como ancla, se convino un valor de \$54.000.000.- mensuales. Lo que realmente recibimos fue \$11.572.546.- lo que equivale al 21,43% de lo convenido y al 8,15% del conceptuado por la Junta Técnica de Avalúos de la Lonja de Propiedad de Bogotá."

"Por todo lo indicado anteriormente y teniendo además en cuenta que hemos cumplido estrictamente con lo convenido con ustedes y que el Centro comercial está ocupado en un 97% y que los resultados de ventas de todos los inquilinos son de los mejores de la ciudad, muy cordialmente les solicitamos un pago mensual justo por el alquiler de los 2.729 m2 que ocupan. Solicitamos que éste sea el inicialmente convenido para los años 2012 y sucesivos, esto es la suma de \$54.000.000.- mensual." Folios 14 y 15 del C. de Pruebas No. 1.

<sup>63</sup> Carta de Octubre 29 de 2009: "(...) Si bien es cierto que durante las negociaciones entre Dopesa y Carrefour se buscó establecer el valor del canon mensual en una suma fija, posteriormente se determinó por mutuo acuerdo fijar un canon equivalente al uno punto cinco por ciento (1,5%) del valor de las ventas netas mensuales del hipermercado, lo cual quedó plasmado en el numeral 12.1 de la Cláusula Décima Segunda del Contrato de Promesa de Arrendamiento suscrito el día cinco (5) de diciembre de 2008 entre Grandes Superficies de Colombia S.A. y Dopesa S.A." Folio 88 del C. de Pruebas No. 2.

<sup>64</sup> Carta de Abril 24 de 2012: "(...) Es verdad que en varias ocasiones ustedes han manifestado su inconformidad con el monto del canon de arrendamiento que se paga en desarrollo del contrato y una vez más les reiteramos que el mismo se ajusta a lo pactado en el mismo."

"El canon de arrendamiento, tal como se evidencia en el contrato, y como lo han manifestado ustedes en las diversas comunicaciones, fue acordado entre las partes en una suma mensual variable equivalente al 1.5% de las ventas netas mensuales. En ningún momento se pactó la suma de \$54.167.000 y a la fecha no nos encontramos en mora con el pago del mismo." Folio 91 del C. de Pruebas No. 2.

que la afirmación sobre la existencia de un canon fijo es marginal, mientras que el entendimiento predominante es que existía un canon variable que había materializado un riesgo connatural al mismo, lo cual, en todo caso, no lo desnaturalizaba como variable.

4. Esto también se puede observar en los correos cruzados entre las partes en momentos previos a la celebración del contrato. En ellos se da cuenta de que en el trámite de negociación, después de algunas ofertas y contraofertas, se llegó al entendimiento de que la remuneración por el arrendamiento era variable, a riesgo de las partes, y de que solo restaba alcanzar acuerdo sobre algunos otros puntos como el fideicomiso.
5. En lo que tiene que ver con la amortización del anticipo durante los años dos y tres, debe señalarse que la restricción temporal aparece en los registros contables y financieros de este aspecto de la ejecución del contrato de arrendamiento. En efecto, en tanto la convocante por su parte registró un anticipo por valor de mil trescientos millones de pesos (\$1.300.000.000) "*correspondiente a arriendo segundo y tercer año, bodegas 8, 9 y 10 Floresta Outlet, periodo comprendido entre el 6 de diciembre de 2009 al 6 de diciembre 2011*"<sup>65</sup>, la convocada procedió a su pago bajo el mismo concepto, y sin reserva alguna al respecto, según se acreditó en el mismo dictamen pericial<sup>66</sup>. Con ello fue claro entonces que la amortización sí estaba sujeta a la restricción de tiempo antes anotada y, de contera, que no era ilimitada como pretende hacerlo ver la convocada.

Estos aspectos del comportamiento de las partes, corroboran entonces que (I) en efecto existió arrendamiento; (II) que las partes prescindieron de la formalidad del escrito; (III) que pactaron con canon variable, equivalente al 1.5% de las ventas netas de cada mensualidad; y, (IV) que la amortización del anticipo debía hacerse en los años dos y tres de vigencia del contrato, lo que sumado a la literalidad del contrato y la interpretación razonable, evidencian que este era el entendimiento al que se debía llegar y que efectivamente subyacía al contrato específico mencionado.

---

<sup>65</sup> Pregunta 4, cuestionario convocante, perito Torres.

<sup>66</sup> Ver Dictamen pericial, sellos de autorización de pago, facturas Nos. 001 y 003 presentadas por Dopesa a Carrefour, folios 161 a 166 del C. de pruebas No.4.

### 3. Del incumplimiento del contrato de arrendamiento

Ahora bien, a partir de las previsiones contractuales encuentra entonces el Tribunal que las partes ciertamente concentraron el efecto de amortización del anticipo tan sólo a los años segundo y tercero de vigencia del contrato y nada dispusieron sobre la aplicación de un régimen distinto como hubiese sido la amortización del anticipo con extensión a anualidades diferentes, por ejemplo, a los años cuarto, quinto y siguientes de vigencia del mismo contrato. Por tanto, una actuación en este último sentido resulta contraria, a juicio del Tribunal, al convenio comercial estructurado por las partes, y por tanto lesiva del interés de la convocante en su condición de arrendadora.

Como quiera que la actuación de la convocada se orientó en el sentido que precisamente acaba de censurar el Tribunal, al haber ejercido una facultad sin origen contractual, como fue la de extender la amortización del anticipo a los años subsiguientes al tercero, lo consecuente resulta ser que el ejercicio de dicha facultad derivó a la postre en una conducta omisiva en cuanto al pago de cánones mensuales se refiere, pues luego de extinguido el término al cual restringieron las partes la amortización del anticipo, la convocada se abstuvo de cancelar canon alguno subsiguiente, amparada en la supuesta amortización extendida del anticipo.

Es bien indicativa de la ausencia de regularidad de la conducta de la convocada, que se tornó en omisiva, la clara disparidad planteada en su alegación final frente al tenor literal del contrato en lo que hace a la amortización del anticipo. En efecto, mientras el contrato prevé que el anticipo de los \$1.300 millones "*se compensará en cuotas mensuales iguales contra los cánones que se causen y generen durante el segundo y tercer años de ejecución del Contrato*" (se subraya), en el alegato<sup>67</sup>, así como en la contestación a la reforma de la demanda<sup>68</sup>, se pretende plantear que tal suma se pagó como anticipo de los cánones que habrían de causarse "*a partir del segundo año de Contrato (...)*" (se subraya).

---

<sup>67</sup> Página 37 del Alegato de Conclusión de la convocada.

<sup>68</sup> Páginas 5 y 26 del escrito de contestación de la reforma de la demanda.

Con sustento en lo antes anotado, el Tribunal reconoce que el no pago de los cánones pactados constituye un incumplimiento de las prestaciones esenciales del contrato de arrendamiento, suficiente para declarar la terminación del mismo y la consecuente restitución del área arrendada, dentro del término y con las formalidades que se dispongan en la parte resolutive del presente Laudo. Como consecuencia de este reconocimiento se declararán prósperas las pretensiones segunda y quinta de la demanda principal.

En consonancia con lo anterior, el Tribunal habrá de condenar a la convocada al pago de los cánones causados desde el 6 de diciembre de 2011 hasta la fecha del laudo, así: aquellos causados desde la primera fecha mencionada hasta el momento de la notificación del auto admisorio de la demanda (30 de agosto de 2012), actualizados monetariamente en términos del IPC; los cánones causados desde la citada notificación hasta la fecha del laudo (30 de octubre de 2013) adicionados con los intereses moratorios liquidados a la tasa máxima legal permitida, todo conforme con la preceptiva incorporada en el artículo 90 del C.P.C., con lo cual prospera parcialmente la pretensión séptima de la demanda principal.

Con base en el dictamen pericial complementado, en los índices de precios al consumidor (series de empalme)<sup>69</sup> y las informaciones de la Superintendencia Financiera<sup>70</sup> se han elaborado los siguientes cálculos de la actualización con base en el IPC y los intereses de mora de los cánones causados a partir de la admisión de la demanda:

**A - Actualización cánones de diciembre de 2011 a agosto 30 de 2012 (IPC)**

	<b>Canon mensual</b>	<b>Indice DANE para cada mes</b>	<b>Indice DANE a 30 de agosto de 2012</b>	<b>Canon actualizado</b>
Diciembre 2011	12.114.280	109,16	111,37	12.359.540
Enero 2012	19.438.838	109,96	111,37	19.688.099
Febrero 2012	12.205.210	110,63	111,37	12.286.850

---

<sup>69</sup> V.dane.gov.co/index

<sup>70</sup> V.superfinanciera.gov.co/cifras/información/mensual/interés.xls

Marzo 2012	12.774.221	110,76	111,37	12.844.574
Abril 2012	13.283.481	110,92	111,37	13.337.372
Mayo 2012	12.736.495	111,25	111,37	12.750.233
Junio 2012	13.842.391	111,35	111,37	13.844.877
Julio 2012	13.640.779	111,32	111,37	13.646.906
Agosto 2012	13.241.243	111,37	111,37	13.241.243

<b>Total</b>	<b>123.999.694</b>
--------------	--------------------

**B - Intereses de mora del saldo a agosto 30 de 2012 más los cánones siguientes**

	Cánones mensuales	Saldo Cánones	Interés bancario corriente (efectivo anual)	Interés de mora (efectivo anual)	Tasa de mora mensual	Intereses de mora mensuales (\$)
ago-12		123.999.694				
sep-12	12.585.029	136.584.723	20,86	31,29	2,2945	288.763
oct-12	13.958.087	150.542.810	20,89	31,34	2,2978	320.729
nov-12	12.632.037	163.174.847	20,89	31,34	2,2978	290.259
dic-12	11.050.479	174.225.326	20,89	31,34	2,2978	253.918
ene-13	17.087.858	191.313.184	20,75	31,13	2,2841	390.304
feb-13	10.439.401	201.752.585	20,75	31,13	2,2841	238.446
mar-13	10.572.011	212.324.596	20,75	31,13	2,2841	241.475
abr-13	12.117.068	224.441.664	20,83	31,25	2,2919	277.711
may-13	10.565.073	235.006.737	20,83	31,25	2,2919	242.141
jun-13	12.858.869	247.865.606	20,83	31,25	2,2919	294.712
jul-13	12.056.769	259.922.375	20,34	30,51	2,2438	270.530
ago-13	11.563.279	271.485.654	20,34	30,51	2,2438	259.457
sep-13	11.089.262	282.574.916	20,34	30,51	2,2438	248.821
oct-13	12.227.995	294.802.911	19,85	29,78	2,1960	268.527

<b>Totales</b>	<b>294.802.911</b>	<b>3.885.793</b>
----------------	--------------------	------------------



Conforme a los cuadros anteriores, los cánones no pagados hasta el 30 de octubre de 2013 ascienden a la cantidad de doscientos noventa y cuatro millones ochocientos dos mil novecientos once pesos (\$294.802.911), cifra que incluye la actualización con el IPC de los cánones causados entre el 6 de diciembre de 2011 y el 30 de agosto de 2012. Los intereses de mora se calculan sobre los cánones debidos al 30 de agosto de 2012 y sobre los cánones causados desde esta última fecha y hasta la emisión del presente Laudo, los cuales ascienden a tres millones ochocientos ochenta y cinco mil setecientos noventa y tres pesos (\$3.885.793)

Ahora bien, en cuanto al incumplimiento del contrato alegado por la convocante con sustento en el supuesto cambio de destinación de las áreas objeto de arrendamiento, por no haber dispuesto en ellas el funcionamiento de un banco, según lo acordado en la cláusula Segunda- 2.1 del contrato, y haber optado solo por la instalación de varios cajeros electrónicos, al rompe descarta el Tribunal la configuración del pretendido incumplimiento, pues la cláusula en mención dispuso que el área arrendada se destinaría al funcionamiento de la tienda, "*dentro de la cual se **podrán** albergar espacios destinados a la operación de una guardería, una farmacia, una agencia de viajes... un banco con sus respectivos cajeros electrónicos (...)*" es decir que fue eminentemente indicativa la referencia a los negocios que podían funcionar dentro de la tienda, mas nunca imperativa de todos ellos, como para que la ausencia de alguna modalidad de estos negocios en el espacio arrendado pudiera traducirse en incumplimiento contractual. Por lo anterior la pretensión cuarta de la demanda principal no prospera.

#### **4. De la Ausencia de Buena Fe en la celebración del Contrato**

No aparece acreditado en el expediente elemento alguno que excluya la buena fe en la etapa de formación del negocio, la que por canon constitucional debe presumirse (art. 83), ni configuradores de vicio alguno en el consentimiento de la parte convocante, pues se reitera la condición versada de ambas partes en actividades mercantiles, y por ende, no puede predicarse de ninguna de ellas la calidad de profana en materia de operaciones comerciales, con todo lo que la exclusión de dicha calidad implica en la esfera jurídica.

La anterior consideración llevará al Tribunal a declarar no probada la pretensión tercera de la demanda principal.

## **5. Prescendencia de considerar el Primero, Segundo y Tercer grupo de pretensiones subsidiarias**

Como colorario de lo antes expuesto, el Tribunal ha de proceder entonces al reconocimiento de las pretensiones principales denominadas en la demanda como primera, segunda, quinta y séptima, ésta última parcialmente.

Habida cuenta de que según lo ha reconocido la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, *"el juez solamente puede entrar a estudiar la pretensión subsidiaria, para resolverla, en el único evento en que, previamente, haya desestimado la principal (...)"*<sup>71</sup>, el Tribunal, como consecuencia del reconocimiento consignado en líneas precedentes, está relevado del pronunciamiento sobre los grupos de pretensiones subsidiarias primero, segundo y tercero consignados en el libelo mediante el cual se promovió el presente proceso arbitral.

## **6. Excepciones**

En un todo de acuerdo con las consideraciones que anteceden, el Tribunal declara probadas entonces las siguientes excepciones, denominadas y formuladas por Carrefour en la contestación a la reforma de la demanda así: *"El canon de arrendamiento pactado es variable"; "El contrato es ley para las partes"; "Carrefour ha ejecutado los contratos de promesa y arrendamiento de buena fe"; "Carrefour ha destinado el espacio arrendado de conformidad con lo convenido por las partes en el contrato de arrendamiento"*.

En efecto, el carácter esencialmente variable del canon, salvo el anticipo para los años segundo y tercero del contrato, fue analizado por el Tribunal al estudiar el alcance de la cláusula décima segunda del contrato traído a arbitraje y la evidencia probatoria del mismo fue puesta de presente en la misma ocasión, con lo cual, de suyo, se hizo patente además que el propio tenor literal del contrato debió ser, como fue, la ley básica para los contratantes. Idéntico fue el tratamiento otorgado por el Tribunal a los aspectos relativos a la ejecución del

---

<sup>71</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia de fecha 19 de octubre de 1994 (expediente 3972), reiterada el 23 de abril de 2002, y 24 de noviembre de 2003 (expediente 7497).

contrato de buena fe y a la destinación del espacio arrendado acorde al tenor contractual. Así pues, el soporte demostrativo de las excepciones reconocidas por el Tribunal ha quedado también consignado en el presente Laudo. Del mismo modo su efecto desestimatorio respecto de las pretensiones principales tercera, cuarta, sexta, octava, novena y décima, identificadas así en el escrito de la demanda.

Ahora bien, con el ánimo de enervar las pretensiones de la demanda principal relacionadas con el incumplimiento del contrato de arrendamiento por el no pago de los cánones, la parte convocada formuló diversas pretensiones que identificó como *"Inexistencia de incumplimiento en el pago de los cánones de arrendamiento reclamados por la parte demandante"*, *"Una de las partes no puede crear obligaciones a su antojo y en contravía del acuerdo contractual"*, *"Inexistencia de causa jurídica para responsabilizar civilmente a Carrefour y consecuentemente reclamar indemnización por perjuicios"*, *"La actuación surtida por Carrefour está ajustada a derecho. Cumplimiento de las obligaciones contractuales que le correspondían"*, *"La interpretación y aplicación práctica dada por las partes al contrato conlleva forzosamente al fracaso de las pretensiones formuladas por la sociedad convocante"*, *"Inexistencia de los perjuicios reclamados"*, *"La parte convocante pretende una remuneración ajena al contrato a partir de la reclamación de un canon de arrendamiento que no fue el expresamente convenido por las partes"*, *"Inexistencia de causa jurídica para demandar la declaración de inexistencia o nulidad del Contrato de Promesa y/o el Contrato de Arrendamiento"* y *"La demanda interpreta indebida y arbitrariamente las distintas estipulaciones contractuales contenidas en los Contratos de Promesa y Arrendamiento"*. A partir del análisis que ha hecho el Tribunal respecto de lo pactado por las partes en materia de los cánones de arrendamiento y teniendo en cuenta que se ha concluido que Carrefour, al no haber pagado los cánones establecidos desde el 6 de diciembre de 2011 incumplió el contrato, es claro que ninguno de tales argumentos exceptivos ha de prosperar.

De otro lado, al contestar la demanda, la parte convocada formuló otras excepciones que no fueron objeto de desarrollo posterior a lo largo del proceso, y que tampoco lograron su cometido de enervar las pretensiones que a la postre el Tribunal encontró probadas. Tales excepciones fueron denominadas como *"Compensación"*, *"Excepción basada en el principio general de derecho Nemo auditur propriam turpitudinem allegans. A nadie le está permitido alegar su propia"*

*torpeza, negligencia, culpa o incuria en su favor”, "Ausencia de legitimación en la causa por pasiva” y "Ausencia de legitimación en la causa por activa”.*

En lo tocante con la 'excepción' que la parte convocada denominó '*Aplicación del principio venire contra factum proprium*', debe señalar el Tribunal, en primera medida, que este medio de defensa fue fundamentado, esencialmente, en la supuesta falta de coherencia en que incurrió Dopesa al pretender el pago de un canon de arrendamiento fijo, cuando era ostensible, en su entender, que se había pactado un canon variable o a riesgo, equivalente al 1.5% de las ventas. Este proceder, reflejado en las pretensiones de la convocatoria, fue, a juicio de Carrefour, constitutivo de una actuación contraria a la regla del *venire contra factum proprium non valet*, motivo por el cual se imponía su pleno rechazo y su absoluta desestimación.

Esta excepción, sin embargo, no está llamada a prosperar. Como ya lo indicó este Tribunal en aparte precedente, revisadas las diferentes piezas procesales que obran en el expediente, surge que el problema jurídico sometido a su evaluación, en rigor, es un problema de interpretación negocial. Así las cosas, es a través de los cánones y reglas llamadas a regir la hermenéutica de los contratos que se debe resolver la controversia *sub examine*, toda vez que, en estricto rigor, la disparidad de criterios de las partes tiene que ver con su propio entendimiento respecto del negocio jurídico que en su momento celebraron.

Por eso es por lo que, para llegar a una decisión, se tuvo en cuenta y en consideración lo establecido por el texto contentivo del contrato y todo aquello que se podía inferir de la conducta de los sujetos contratantes y, más particularmente, de sus actos anteriores, coetáneos y posteriores, inequívoco reflejo de que este era un asunto de interpretación del referido acuerdo.

Por esa misma razón, no se hace estrictamente necesario acudir a figuras como el *venire contra factum proprium*, o a la doctrina de los actos propios, como una de sus manifestaciones individuales, que han sido estructuradas para hipótesis de otra naturaleza. Se reitera que, como lo explicó el Tribunal en párrafos precedentes, la cuestión que debía desatar el Tribunal concernía al instituto de la interpretación y era justamente por esta vía que se debían considerar aspectos como el del alcance de la conducta de las partes, en aras de determinar, en

efecto, cuál fue el sentido que se le atribuyó al contrato y en concreto a las declaraciones de voluntad pertinentes.

De ahí que se exprese que la doctrina de los actos propios, en concreto, no sea entonces la figura que mejor se acompace con la problemática bajo análisis, por lo menos en la presente *litis*, máxime si se tiene en cuenta, de una parte, que la jurisprudencia y la doctrina tienen confirmado que su aplicación es subsidiaria, a la vez que residual (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de enero de 2011; De La Puente y Lavallo, Manuel. La doctrina de los actos propios, en Estudios de Derecho civil, obligaciones y contratos. Libro en homenaje a Fernando Hinestrosa. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003. p.304; Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto. Actos propios y responsabilidad civil. Medellín. 1995. p. 48).

Se comprende entonces, desde la señalada perspectiva, por qué no es procedente enrostrar un comportamiento contradictorio o incoherente con las secuelas atribuidas a la *regla venire contra factum proprium*, habida cuenta, entre otros argumentos, que el Tribunal ha concluido que el comportamiento de las partes resultó expresivo de diversos momentos y acuerdos puntuales que explican los cambios y modificaciones comportamentales ya indicadas con antelación.

En consecuencia, se despachará negativamente esta pretendida excepción, por los motivos ya expresados.

El Tribunal estima que la excepción "*inexistencia de vicios del consentimiento*" prosperaría en la medida en que no hubo error, y menos fuerza o dolo, sino más bien interpretación dispar de la preceptiva del contrato. Sin embargo, echa de menos el Tribunal un adecuado y más preciso desarrollo de esta defensa exceptiva que le permita declarar su prosperidad.

Por lo demás, ningún desarrollo dio la convocada a la excepción de "*prescripción*", ni mencionó términos que hubieran hecho caducar la acción que originó la presente actuación arbitral.

En cuanto a las excepciones referidas al canon irrisorio y al justiprecio, el Tribunal considera que dado que las pretensiones correspondientes no fueron

objeto de estudio por haber sido formuladas como subsidiarias, tampoco tales excepciones han de prosperar.

### **III. DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

#### **1. Incumplimiento de la Convocada por no haber procedido a la modificación del Fideicomiso.**

Si bien la obligación de la convocante de modificar el fideicomiso de garantía en uno de administración, puede ser declarada con origen en el contrato, con lo cual prosperarían las pretensiones segunda y tercera de la demanda de reconvencción, su incumplimiento no se suscitó efectivamente, pues la misma convocada pretermitió la exigibilidad de este hecho condicional al realizar el pago del anticipo sin la evidencia del cumplimiento de dicha modificación, tal y como quedó demostrado al analizar la forma como fue efectivamente pagado el anticipo por parte de la convocada. Ello llevará al Tribunal a declarar la prosperidad de la excepción denominada "*Mutuo Disenso en cuanto a la modificación formal del fideicomiso*". No obstante, resultando procedente declarar la terminación del contrato y la consecuente restitución del inmueble arrendado al arrendador, carece de teleología jurídica reconocer la existencia de la pretendida obligación, como para ordenar a DOPESA S.A. la modificación del fideicomiso de garantía para adoptar la modalidad de administración. Por ello la pretensión cuarta de la demanda de reconvencción no está llamada a prosperar.

#### **2. El Juramento Estimatorio**

Desde la audiencia de instalación del Tribunal se le solicitó a la convocante dar aplicación al artículo 206 del Código General del Proceso que regula el juramento estimatorio. Así lo hizo. A su turno la convocada, dentro del término del traslado, objetó la cuantía jurada especificando razonadamente la inexactitud de la estimación.

Primeramente el Tribunal considera que habiendo sido objetada la cuantía del juramento, el monto reclamado no "hará prueba", expresión que a pesar de su indeterminación indica que dicho monto debe demostrarse a través de los medios de prueba que resulten apropiados.

De otro lado, en sentir del Tribunal la condena prevista en la citada norma, como lo fue sin duda la similar contemplada en el Código de Procedimiento Civil (artículo 211) está inspirada en la plausible necesidad de evitar demandas temerarias, de mala fe, o cuyas cuantías sean calculadas en forma notoriamente injusta, ilegal, o sospechosa de fraude o colusión. Esas expresiones, utilizadas por el propio texto legal para imponer al juzgador, aún si no hubiere objeción, la obligación de buscar la adecuada valoración probatoria de la cuantía reclamada, son bien indicativas del sentido y la finalidad de la norma que se comenta. No puede entenderse entonces que lo que quiso el legislador fue un cálculo matemático frío, desligado o independiente de las pretensiones de la demanda, de la buena fe con que éstas fueron propuestas, de la argumentación empleada, de lo razonable de la posición sostenida por el demandante, por supuesto antagónica u opuesta a la de su contraparte, todo en función de un juicio de valor tan propio de la actividad hermenéutica y analítica a él atribuida, nada menos que en calidad de 'director del proceso', y de agente de la sana crítica, entre otras manifestaciones corroborantes de que del juzgador se espera un razonamiento y una ponderación especiales en consonancia con cada caso en particular, en principio ajeno a cálculos numéricos que no consultan la realidad del proceso, que en sí mismo es vivo y en tal virtud se desdobra en diversos actos y actuaciones que ameritan escrutinio. Lo contrario, sería tanto como estimular condenas que, por su etiología, serían trasunto de una responsabilidad indefectiblemente objetiva, como se sabe excepcional, que por lo demás requiere explícita consagración normativa, la que se echa de menos en la normatividad *sub examine*.

Conviene mencionar además, por *su* clara conexión y pertinencia, la reciente sentencia de la Corte Constitucional<sup>72</sup> que declaró la exequibilidad del parágrafo del citado artículo 206 del Código General del Proceso, que prevé la condena en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios, pero dispuso que "no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado".

No advierte el Tribunal ni temeridad, ni mala fe, ni sospecha de fraude o colusión en las cuantías juradas en el presente proceso, que si bien resultaron superiores

---

<sup>72</sup> Sentencia C-157/13 del 2 de marzo de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo)

a las que acogió el Tribunal lo fueron porque el concepto que originó el cálculo del valor reclamado fue diferente y no por la cuantía en sí.

Es de anotar por último que el citado artículo 206, como el 211 del Código de Procedimiento Civil, refieren el juramento estimatorio solamente a las pretensiones alusivas al reconocimiento de una "indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras". En el marco de la interpretación restrictiva que se impone tratándose de normas que establecen penas o condenas, el alcance del artículo que se comenta no puede ser diferente a que solo rige para las cuatro pretensiones indicadas -indemnización, compensación, pago de frutos y pago de mejoras- y cualquier otra, como sería, por ejemplo, el cumplimiento del contrato, el pago de cánones de arrendamiento, la entrega de la cosa debida o la devolución de un depósito, no originarían juramento, o en gracia de discusión por lo menos condena.

En la demanda de DOPESA solamente las pretensiones sobre el pago de intereses o sobre la actualización monetaria de sumas reclamadas, podrían hipotéticamente ser objeto de juramento dado el carácter que puede darse a los intereses de ser frutos del dinero, o a la actualización monetaria mediante el índice de precios de ser una forma de resarcimiento por el demérito de la moneda. Sin embargo para el Tribunal estas pretensiones de intereses o de actualización monetaria mediante índices preestablecidos, tampoco quedan sujetas al juramento en razón de la regulación precisa, autónoma, con claros límites, que tienen en la ley, que por su propia función y finalidad excluyen y previenen cualquier exceso, o temeridad o abuso en su reclamo.

Por lo expuesto no habrá lugar a condena alguna por razón de la preceptiva del artículo 206 del Código General del Proceso.

#### **IV. COSTAS**

Tanto en razón de que prosperaron parcialmente las pretensiones principales de la demanda y parcialmente las excepciones propuestas por la convocada frente a las mismas, como también, en atención a la actuación procesal diligente y respetuosa de las partes, el Tribunal no proferirá condena en costas ni agencias en derecho.



## **CAPÍTULO QUINTO**

### **PARTE RESOLUTIVA**

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver las diferencias surgidas entre DOPESA S.A. y GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. CARREFOUR, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

### **RESUELVE**

**Primero:** Declarar que no prosperan las tachas formuladas por la parte convocante contra los testigos Gustavo González Artunduaga y Javier Sarmiento Garzón.

**Segundo:** Declarar la existencia de un contrato de arrendamiento celebrado entre DOPESA S.A. y la sociedad GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. – CARREFOUR, en virtud del cual esta última detenta actualmente el uso y goce de un área de 2.793.71 metros cuadrados en el Centro Comercial La Floresta Outlet, a partir del día seis (6) de diciembre de 2008. Con lo anterior prosperan la pretensión primera de la demanda principal y la pretensión primera de la demanda de reconvenición.

**Tercero:** Declarar que desde el día seis (6) de diciembre de 2011, GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. –CARREFOUR no ha efectuado pago alguno de los cánones de arrendamiento y por consiguiente ha incumplido el contrato, en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia.

**Cuarto:** Como consecuencia de lo anterior, declarar terminado el contrato de arrendamiento a partir de la fecha del presente Laudo, y en consecuencia, ordenar la restitución del área arrendada dentro de un término de sesenta (60) días calendario.

**Quinto:** Condenar a GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A.-CARREFOUR a pagar a DOPESA S.A., dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este Laudo, la suma de doscientos noventa y ocho millones seiscientos ochenta y ocho mil setecientos cuatro pesos (\$298.688.704) por concepto de cánones de

arrendamiento adeudados desde el seis (6) de diciembre de 2011 hasta la fecha del presente Laudo arbitral, así:

- a. Los causados desde el 6 de diciembre de 2011 hasta la notificación del auto admisorio de la demanda (30 de agosto de 2012), actualizados monetariamente en términos del IPC;
- b. Los causados desde la citada notificación y hasta la fecha del Laudo, junto con los acumulados de que da cuenta el literal anterior, adicionados con los intereses moratorios liquidados a la tasa máxima legal permitida, todo conforme con la preceptiva incorporada en el artículo 90 del C.P.C.

Con lo anterior prospera parcialmente la pretensión séptima principal de la demanda.

**Sexto:** Declarar no probadas las pretensiones principales tercera, cuarta, sexta, octava, novena y décima de la demanda.

**Séptimo:** Declarar probadas las excepciones formuladas por GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. –CARREFOUR en la contestación a la demanda principal denominadas: *“El canon de arrendamiento pactado es variable”*; *“El contrato es ley para las partes”*; *“Carrefour ha ejecutado los contratos de promesa y arrendamiento de buena fe”*; *“Carrefour ha destinado el espacio arrendado de conformidad con lo convenido por las partes en el contrato de arrendamiento”*.

**Octavo:** Denegar por las razones expuestas en la parte motiva del presente Laudo, las demás excepciones propuestas en la contestación de la demanda principal.

**Noveno:** Declarar probada la excepción formulada por DOPESA S.A. en la contestación a la demanda de reconvencción denominada *“Mutuo disenso en cuanto a la modificación formal del fideicomiso”*.

**Décimo:** Denegar la excepción propuesta en la contestación a la demanda de reconvencción denominada *“Cumplimiento de Dopesa”*.

**Décimo Primero:** Declarar no probadas las pretensiones de la demanda de reconvencción.

**Décimo Segundo:** Por las razones expuestas en la parte motiva del presente Laudo no habrá condena en costas, ni condena por lo referente al juramento estimatorio regulado por el artículo 206 del Código General del Proceso.

**Décimo Tercero:** Ordenar que, por Secretaría, se expidan copias auténticas de este Laudo con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes, a cada uno de los árbitros, y a la Fiduciaria de Occidente. (Artículo 115, numeral 2 del C. de P.C.).

**Décimo Cuarto:** Disponer que se entregue a los árbitros y a la Secretaria del Tribunal, el saldo de sus honorarios.

**Décimo Quinto:** Una vez ejecutoriado el Laudo, por Secretaría remítase el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su archivo, de conformidad con el artículo 17 del Reglamento de Procedimiento de dicho centro de arbitraje.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**JORGE CUBIDES CAMACHO**  
Presidente

**CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO**  
Árbitro

**HERNANDO PARRA NIETO**  
Árbitro

**GABRIELA MONROY TORRES**  
Secretaria

## INDICE

<b>CAPÍTULO PRIMERO</b>	1
<b>ANTECEDENTES</b>	
I. PARTES Y REPRESENTANTES	1
II. EL PACTO ARBITRAL	2
III. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO.	3
IV. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES	8
1. Primera Audiencia de Trámite, etapa probatoria y alegaciones finales	8
1.1. Pruebas Documentales	8
1.2. Testimonios y declaraciones de parte	9
1.3. Dictamen pericial	9
1.4. Experticio	10
1.5. Oficios	10
1.6. Inspección judicial con exhibición de documentos	14
1.7. Alegatos de conclusión	14
V. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO	14
<b>CAPÍTULO SEGUNDO</b>	15
<b>LA CONTROVERSIA</b>	
I. LA DEMANDA PRINCIPAL, SU CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES	15
1. Las Pretensiones	15
2. Hechos	20

3.	La contestación de la demanda por parte de Carrefour y formulación de excepciones	32
II.	LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN, SU CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES	34
1.	Pretensiones	34
2.	Hechos	36
3.	La contestación de la demanda de reconvencción por parte de Dopesa y formulación de excepciones	50
	<b>CAPÍTULO TERCERO</b>	51
	<b>PRESUPUESTOS PROCESALES</b>	
	<b>CAPÍTULO CUARTO</b>	52
	<b>CONSIDERACIONES</b>	
I.	LA TACHA POR SOSPECHA FORMULADA CONTRA LOS TESTIGOS GUSTAVO GONZÁLEZ ARTUNDUAGA y JAVIER SARMIENTO GARZÓN	52
II.	DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA	56
1.	De la Existencia de un Contrato de Arrendamiento	57
1.1.	Antecedentes, Alcance y Naturaleza del contrato traído a arbitraje - Contrato de Promesa de Arrendamiento.	57
1.2.	No Celebración Formal del Contrato de Arrendamiento Prometido y sus Efectos.	57
1.3.	De la solemnidad del Contrato de Arrendamiento	62
2.	Del canon de arrendamiento pactado	62

2.1. Canon mensual variable con un mínimo establecido vs. Canon mensual variable.	66
2.2. El anticipo de los cánones de diciembre de 2009 a diciembre de 2011.	71
2.3. Conducta contractual desplegada por las partes.	78
2.3.1. Generalidades en materia de interpretación derivada de la conducta contractual (regla de interpretación práctica)	78
2.3.2. La interpretación práctica en el caso bajo examen del Tribunal.	82
3. Del incumplimiento del contrato de arrendamiento.	86
4. De la Ausencia de Buena Fe en la celebración del Contrato	89
5. Prescendencia de considerar el Primero, Segundo y Tercer grupo de pretensiones subsidiarias	90
6. Excepciones	90
III. DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	94
1. Incumplimiento de la Convocada por no haber procedido a la modificación del Fideicomiso.	94
2. El juramento estimatorio.	94
IV. COSTAS	96
<b>CAPÍTULO QUINTO</b>	97
<b>PARTE RESOLUTIVA</b>	