

Tribunal de Arbitramento

Lispy S.A.

v.

El Retiro Centro Comercial S.A.

Mayo 19 de 2006

Laudo Arbitral

Bogotá D.C., 19 de mayo de 2006

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha y hora señaladas para llevar a cabo la audiencia de fallo, el tribunal de arbitramento profiere, en derecho, el laudo conclusivo del proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias entre Lispy S.A. parte convocante, y El Retiro centro comercial S.A., parte convocada, surgidas con ocasión de la “promesa de compraventa” suscrita entre las partes el día 16 de mayo de 2003, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

I. Antecedentes

A. Cláusula compromisoria.

Las controversias que se deciden mediante el presente laudo se originan en la “promesa de compraventa”, suscrita entre las partes el día 16 de mayo de 2003, contrato en el que se pactó la siguiente cláusula compromisoria:

“14) Cláusula compromisoria

a) Las diferencias que surjan entre las partes con motivo de la celebración, interpretación y ejecución del presente contrato, con excepción de los procesos ejecutivos, se someterán a la decisión de un tribunal de arbitramento constituido por tres (3) árbitros designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quienes deberán ser ciudadanos colombianos y abogados titulados. El tribunal funcionará en Bogotá en la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y su fallo se proferirá en derecho, de conformidad con las reglas de funcionamiento de dicho centro y las consagradas en la Ley 23 de 1991, el Decreto 2279 de 1989, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998 y demás normas que las modifiquen o adicionen.

b) Igualmente como anexo 12 al presente contrato, se incorporan las comunicaciones suscritas por la sociedad fiduciaria Alianza Fiduciaria S.A., por las cuales se adhiere y ratifica el presente pacto arbitral y se someten a dicha jurisdicción en cuanto se refieran a diferencias con motivo de la celebración, interpretación y ejecución del presente contrato o de aquellos compromisos u obligaciones adquiridas por dichas sociedades fiduciarias ya sea directamente o como administradoras de los patrimonios autónomos fideicomiso de lotes El Retiro.

c) Lo previsto en la presente cláusula se extenderá inclusive a las diferencias que pudieran surgir entre las partes derivadas de la celebración, interpretación y ejecución del contrato de compraventa prometido una vez este se haya celebrado” (fls. 28 y 29 del cdno. pbas. 3).

B. Fase pre-arbitral

1. Con el lleno de los requisitos formales y mediante apoderado, el 4 de noviembre de 2004, la sociedad Lispy S.A. presentó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá el escrito de convocatoria arbitral que dio origen al proceso.

2. Al tenor de lo dispuesto en la cláusula compromisoria citada, el tribunal debía conformarse por tres árbitros designados por la Cámara de Comercio de Bogotá.

3. No obstante lo anterior, las partes obrando de común acuerdo, designaron a los doctores Jorge Cubides Camacho, Mario Gamboa Sepúlveda y Hernando Herrera Mercado para integrar el tribunal de arbitramento, circunstancia que fue informada mediante comunicación de fecha noviembre 2 de 2004 suscrita por las partes, y radicada ante el centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio de Bogotá. Los árbitros nombrados aceptaron la designación en la debida oportunidad.
4. El centro de arbitraje citó a las partes para la audiencia de instalación del tribunal el 18 de noviembre de 2004.
5. En tal oportunidad se llevó a cabo la audiencia de instalación que contó con la asistencia de los árbitros, la parte convocante, su apoderado, la parte convocada y su apoderado, y en la que el tribunal nombró como presidente al doctor Hernando Herrera Mercado y como secretaria a la doctora Gabriela Monroy Torres, declaró legalmente instalado el tribunal, reconoció personería jurídica a los apoderados de las partes, admitió la demanda arbitral, ordenó correr el correspondiente traslado a la parte convocada y se pidió que por secretaría *ad hoc* se notificara tal decisión al apoderado de la parte convocada, notificación y traslado que se surtieron en la misma audiencia (cdno. ppal. 1, fls. 130 a 132).
6. El 2 de diciembre de 2004, la parte convocada presentó al tribunal su escrito de contestación de la demanda y adicionalmente presentó demanda de reconvención contra la sociedad Lispy S.A.
7. Mediante auto 3 de fecha 6 de diciembre de 2004, el tribunal admitió la demanda de reconvención y de ella y sus anexos ordenó correr traslado a la parte convocante, por el término legal, notificación que se surtió en esta misma fecha.
8. Mediante escrito radicado el 21 de diciembre de 2004, la parte convocante presentó su contestación de la demanda de reconvención.
9. El traslado de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y en la contestación de la demanda de reconvención, se surtió mediante auto 4 de fecha enero 12 de 2005.
10. Estando dentro del término de traslado de las excepciones de mérito contenidas en las respectivas contestaciones presentadas por las partes, cada uno de los apoderados de las partes presentó un escrito pronunciándose sobre las citadas excepciones (fls. 220 a 246 del cdno. ppal. 1).
11. El 25 de enero de 2005, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual, por solicitud conjunta de las partes, fue suspendida para reanudarla el 2 de febrero de 2005 a las 2:30 p.m. Sin embargo en tal fecha, los apoderados de las partes presentaron un memorial solicitando aplazar la continuación de la audiencia de conciliación iniciada el 25 de enero de 2005.
12. Mediante auto 6 de fecha marzo 28 de 2005, el tribunal fijó como fecha para la continuación de la audiencia de conciliación, el 5 de abril de 2005 a las 3:00 p.m.
13. En dicha fecha se continuó con la audiencia de conciliación, la cual se declaró fracasada por la imposibilidad de las partes de llegar a una solución y acuerdo directo. Adicionalmente, mediante auto 8, se fijaron los honorarios de los árbitros y de la secretaria, gastos de administración, protocolización y otros gastos y se determinó como fecha para llevar a cabo la primera audiencia de trámite, el día 3 de mayo de 2005.

C. Trámite arbitral

1. El 3 de mayo de 2005, (acta 8) se dio inicio a la primera audiencia de trámite en la que se dio lectura al pacto arbitral acordado en el numeral 14 de la “promesa de compraventa”, a las cuestiones sometidas a decisión arbitral expresadas en las pretensiones de la demanda presentada por la parte convocante (fls. 68 a 79 del cdno. ppal. 1.), en las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención (fl. 176 del cdno. ppal. 1) y en las correspondientes contestaciones presentadas por las partes. Así mismo, mediante auto 10, el tribunal se declaró competente para conocer y decidir en derecho las controversias sometidas a su consideración, y se profirió el auto 11 en el que se decretaron las pruebas del proceso.

2. El presente proceso se llevó a cabo en 36 audiencias, en las cuales se asumió competencia, y se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas por las partes así como aquellas que el tribunal decretó de oficio. En el acta 33 correspondiente a la audiencia en la que se cerró la etapa probatoria, las partes expresaron su conformidad con la actividad procesal desplegada, la duración transcurrida del proceso, la forma en que las pruebas fueron evacuadas, así como respecto del ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales. Por último, las partes expusieron sus alegatos de conclusión, el día 27 de marzo de 2006.

3. Mediante auto 51 proferido el 27 de marzo de 2006, el tribunal citó a las partes para audiencia de fallo el día 11 de mayo de 2006, a las 3:00 p.m., estando dentro del término legal para proferirlo.

D. Las partes

1. Parte convocante.

La parte convocante en el presente trámite arbitral es la sociedad Lispy S.A., quien comparece a través del señor Lucio Bernal Castaño, representante legal de la sociedad, condición que consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, documento que obra a folios 1 y 2 del cuaderno de pruebas 1, quien otorgó poder para la actuación judicial al doctor Luis Carlos Gamboa Morales, según escrito que obra a folio 3 del cuaderno de pruebas 1.

2. Parte convocada.

La parte convocada en el presente trámite arbitral es la sociedad El Retiro centro comercial S.A., que comparece a este proceso a través del señor Mauricio Rachid Garcés, representante legal, condición que consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, documento que obra a folios 139 y 140 del cuaderno principal 1, quien otorgó poder para la actuación judicial al doctor Álvaro Mendoza Ramírez, según escrito que obra a folio 138 del cuaderno principal 1.

E. Hechos en que se basa la demanda principal.

Las pretensiones formuladas por la parte convocante están fundamentadas en los siguientes hechos que fueron clasificados por capítulos según el tema a que se refieren, así:

“A. Antecedentes de Lispy

1. “Lispy es una sociedad de naturaleza comercial propietaria de 47.624.334 acciones de la sociedad Mecanelectro S.A., constituida mediante la escritura pública 3021 del 10 de octubre de 1961 de la Notaría Sexta (6ª) de Bogotá (“Mecanelectro”), según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (documento 4) equivalentes al 94.95% de su capital suscrito y pagado, según aparece en el certificado expedido por su Revisor Fiscal (documento 5). Por consiguiente Lispy ejerce una situación de control en los términos de los artículos 260 y siguientes del Código de Comercio (en adelante “C.Co.”).

2. “Mecanelectro a su turno, es propietaria de las marcas “Sentry” y “Home Sentry” (las “Marcas”) en Colombia según consta en los certificados que como documento 6 acompaño, las cuales sirven para identificar los almacenes Home Sentry, dedicados a la comercialización de productos para el hogar, ferretería, construcción, electrodomésticos, artículos para automóviles, camping, decoración, etc., especialmente en la ciudad de Bogotá.

3. “Mecanelectro posee y tiene en funcionamiento en Bogotá, además de los propiamente denominados Mecanelectro, dos (2) establecimientos de comercio bajo el nombre Home Sentry, ubicados en la Autopista Norte con calle 127 (Av 13 127 A – 13) y en el Centro Comercial Plaza de las Américas (Calle 3 Sur 71 C – 19), conforme consta en el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá que como documento 7 acompaño, abiertos al público desde 1994 y 1999 respectivamente. Son considerados grandes almacenes de cadena de alrededor de 3.000 metros cuadrados de superficie cada uno, con un formato y una distribución predeterminados y cuidadosamente estudiados.

4. “Los almacenes Home Sentry generan una significativa afluencia de público y resultan sumamente atractivos

para el desarrollo y consolidación de un centro comercial. A manera informativa, han recibido en el curso del año corrido de octubre de 2003 a septiembre de 2004, 655.986 visitantes en el local de la Autopista del Norte y 764.650 en el de Plaza de las Américas, para un promedio mensual superior a 50.000 visitantes, tal como consta en el documento 8.

5. “Home Sentry es una marca reconocida internacionalmente y acreditada en el país, instalada hace cerca de 10 años distintiva de uno de los almacenes de cadena más importantes del país conocidos como “destino”, o sea aquellos a los que los interesados acuden por la amplia gama y variedad de productos y ofertas que garantizan, en un solo sitio, un servicio y una solución total e íntegra a sus necesidades en un ramo determinado. En el caso puntual se trata de soluciones de hogar, ferretería y construcción”.

“B. El origen del centro comercial El Retiro y motivos de la participación de Lispy

“Para comprender el alcance del proyecto de construcción conocido como Centro Comercial El Retiro (el “Centro Comercial”), resultan importantes los siguientes antecedentes:

1. “Durante los últimos 10 años y a raíz de la construcción del Centro Comercial Andino (el “Centro Andino”) ha florecido un importante sector dedicado al comercio alrededor de las calles 85 y 80 de Bogotá y entre sus carreras 11 a 15, rodeado de diversos establecimientos, restaurantes, oficinas de servicios financieros al igual que cines, oficinas particulares, etc., que hacen del área una importante zona de comercio en la ciudad.

2. “Cerca del Centro Andino se encuentra otro complejo comercial denominado Centro Comercial Atlantis (“Atlantis”) que aun cuando de menor envergadura, cuenta también con un gran número de locales, restaurantes, cines, etc.

3. “Desde hace algunos años un grupo tuvo la idea de desarrollar un nuevo núcleo comercial en un lote de terreno que se conformaría con varios inmuebles de área reducida y de diferentes propietarios, ubicado en el costado sur del Centro Andino, que sirviera de enlace entre este y Atlantis.

4. “Dicha iniciativa tuvo su lanzamiento en el año 2002, como se puede observar en la publicidad puesta al público, por ejemplo, en la revista “Dinero” del 3 de mayo de 2002 (documento 9) y en el folleto que para promocionarlo se distribuyó (documento 10).

5. “El intento fracasó por lo que el proyecto de levantar un nuevo centro comercial parecía una posibilidad de difícil realización, salvo que se conformara un grupo que contribuyera con significativos recursos frescos y le diera una imagen renovada, procurando atraer, con base en un almacén “ancla”, compradores de pequeños locales. Habiendo sido lanzado con gran propiedad, su anterior fracaso afectaba, por demás, la credibilidad de un proyecto de esta envergadura frente a eventuales compradores y comerciantes interesados en instalar sus negocios en el sector. Se trataba de revivir una iniciativa agonizante.

6. “No obstante lo anterior, y el fracaso que había representado el primer intento, el grupo familiar de apellido Rachid, que había sido el promotor de entonces, insistió en levantar el centro comercial para lo cual conservó vigentes, a través del mecanismo de prórroga y pago de intereses, en algunos casos y en otros por incrementos de precios, diversas promesas de compraventa con los propietarios de los lotes de terreno que englobados permitirían, si ello se alcanzaba y si se obtenían los recursos del caso, acometer la construcción del hasta entonces fallido centro comercial.

7. “Fue así como a través de las empresas World Fashion S.A., World Watches S.A., Global Brands S.A., Swiss Master Pieces S.A., Colombia Artexport S.A. y Swiss Precision S.A., controladas por la familia Rachid, se suscribieron promesas de compraventa sobre doce (12) lotes de terreno, de las cuales se anexan como documento 11 las relativas a los lotes 1 y 2, y como las relacionadas con los lotes 8, 9, 10, 11 y 12 estaban íntimamente vinculadas con el contrato que da origen a este litigio, se anexaron a aquel y pueden observarse en el documento 32. Las restantes reposan en poder de la convocada. Los anteriores documentos fueron suministrados por la convocada y de acuerdo con su expresión estaban completos. De ellas podemos resaltar las siguientes características, sin perjuicio de lo que resulte de la exhibición que se solicitará en el capítulo de pruebas:

Lote	Prometiente Vendedor	Valor Total	Cuota Inicial	Saldo	Fecha Vencimiento Inicial	Número de Prórrogas	Fecha Vencimiento Final
1	Helena María Isabel Plata Tamayo y otra	1.600.000.000	80.000.000	1.520.000.000	Abril 30, 2002	6	Abril 20, 2003(1)
2	Clara Casas Morales	1.700.000.000	100.000.000	1.600.000.000(2)	Abril 30, 2002	6	marzo 4, 2003
3	No existen datos en poder de la convocante						
4	No existen datos en poder de la convocante						
5	No existen datos en poder de la convocante						
6	No existen datos en poder de la convocante						
7	No existen datos en poder de la convocante						
8	Pilar Ortega de Ajkay	535.056.000	10.000.000	525.056.000	junio 13, 2002	5	mayo 16, 2003
9	Roberto Gómez Dávila	524.880.000	10.000.000	514.880.000(3)	Abril 30, 2002	5	junio 27, 2003
10	Patricia Concha de Leyva	623.124.000	73.308.000	549.816.000	junio 15, 2003		junio 15, 2003(4)
11	Gloria Echeverri de Lleras y otra	455.760.000	10.000.000	445.760.000(5)	Abril 30, 2002	5	mayo 16, 2003
12 (1) (6)	Jorge Enrique Becerra H.	200.000.000	40.000.000	160.000.000	Enero 28, 2002	7	mayo 19, 2003(7)
12 (2)	Juan Manuel Orozco y otros	312.000.000	10.000.000	302.000.000(8)	Abril 30, 2002	5	mayo 15, 2003
12 (3)	Luis José Jaramillo	92.000.000	8.000.000	84.000.000(9)	Abril 30, 2002	10	diciembre 16, 2002
12 (4)	Juan Manuel Orozco	160.000.000	16.000.000	144.000.000(10)	Abril 30, 2002	6	mayo 15, 2003
12 (5)	Manuel Ricardo Sepúlveda	110.000.000	5.000.000	105.000.000(11)	Abril 30, 2002	1(12)	mayo 19, 2003

8. “Sin embargo, y como se observa en el documento 34 y en la comunicación de octubre 15, 2003 suscrita por Mauricio Rachid Garcés, así como la enviada por Efraín Izquierdo Izquierdo, abogado del Retiro, acompañando la

certificación de septiembre 30, 2003 de Alianza Fiduciaria S.A. (“Alianza”), las escrituras públicas de transferencia de los lotes se realizaron entre mayo 16, 2003 y septiembre 5, 2003, lo cual es indicativo de sus diversas prórrogas.

9. “Como características comunes a las anteriores promesas de compraventa, se observa que se celebraron con la entrega como cuota inicial de una cifra significativamente reducida con respecto al precio total, y que los pagos de mayor consideración se pactaron con vencimientos en **marzo 30 y abril 30 de 2002**, fechas que coinciden con la época en que se anunció el proyectado centro comercial que fracasó en una primera ocasión. También reflejan la necesidad de contar con recursos para atender los saldos que se adeudaban para adquirirlos, como a la postre se dio con la participación e inyección económica de Lispy, y así mismo **que, luego de varias extensiones, todas ellas expiraban en los meses de mayo y junio de 2003**, época que coincide con la celebración del convenio que ha dado origen a este litigio.

10. “Igualmente, y ello resalta aún más las condiciones bajo las cuales se cerró la negociación de que trata este litigio, se observa que para el primer trimestre de 2003 eran numerosas las prórrogas de las promesas de compraventa, que no podían extenderse indefinidamente y que estaban a punto de extinguirse, con graves riesgos, pues la falta algún lote conllevaría un nuevo fracaso del proyectado Centro Comercial.

11. “En el segundo semestre del 2002, Rodrigo Serna Londoño funcionario de la sociedad Espacios Urbanos Ltda. (“Espacios Urbanos”), entidad encargada de las labores de corretaje y ventas del Centro Comercial, contactó a Lucio Bernal Castaño, Gerente de Mecanelectro, a fin de procurar su vinculación por intermedio de los almacenes Home Sentry mediante la adquisición de un almacén conocido como “ancla”, requisito que resultaba indispensable para atraer compradores de los restantes locales y que representaría un significativo aporte, como a la postre se dio, para atender los compromisos económicos de adquisición de los inmuebles que estaban a punto de vencerse.

12. “Es de suma importancia, para los propósitos y antecedentes de este litigio, hacer referencia al flujo de caja elaborado por el Retiro en abril 11, 2003 (documento 18). Como allí se observa entre los meses de mayo y junio de 2003, la convocada debía realizar un importante desembolso por \$ 9.583.102.000 correspondiente a los pagos de los saldos adeudados para la adquisición de los lotes en los cuales se levantaría el Centro Comercial.

13. “Para lo anterior, resultaban indispensables los ingresos provenientes de las ventas de los almacenes “ancla”, estimados en \$ 8.125 millones, que deberían recaudarse entre mayo y junio de 2003, así como contar con \$ 1.316 millones de preventas con destino a cancelar en su totalidad los terrenos cuyas promesas estaban a punto de expirar, con las consecuencias propias del incumplimiento y de la nueva frustración del proyectado Centro Comercial. Dos frentes debía atender la convocada: primero convencer a Lispy para que se vinculara y segundo atraer a terceros para que se comprometieran a adquirir los locales más pequeños.

“¿Pero cómo obtendría la convocada tales recursos? ¿Cómo entusiasmaría, no solo a Lispy sino a terceros con los locales ofrecidos? La respuesta a esto se verá en el capítulo descriptivo de la campaña de publicidad, para lo cual era indispensable contar con compradores de los almacenes ancla que no solamente aportaran los recursos del caso, como en efecto sucedió en lo que a Lispy se refiere, sino que le dieran credibilidad al Centro Comercial. Ello explica, por demás, la intensiva campaña de publicidad emprendida por la demandada con fundamento en las marcas y particularmente en el nombre Home Sentry.

14. “Para ilustrar la importancia y necesidad de contar con un almacén conocido como “ancla” en un centro comercial, el resumen de factibilidad de enero 28, 2003 elaborado por la convocada es más que elocuente y puede sintetizarse en la respuesta a la siguiente pregunta:

15. “¿Por qué, si la utilidad en la comercialización del Centro Comercial con un almacén “ancla” es inferior a la que se obtiene sin este tipo de establecimiento, los promotores prefieren sacrificar dicha ganancia? Porque sin este local, la venta de los restantes se dificulta en grado sumo, arriesgándose el punto de equilibrio del proyecto y la posibilidad efectiva de levantarlo. En otras palabras, porque el atractivo para los eventuales adquirentes de los locales de área menor para la promoción de sus negocios, es contar con un lugar de significativa afluencia de público, lo que se garantiza con un almacén “ancla” y máxime si este atrae un grueso número de potenciales clientes como es Home Sentry, con más de 50.000 visitantes promedio por mes. Como documento 12 acompaña el

estudio de factibilidad elaborado bajo la dirección de Julián Bonilla Nieto Gerente del proyecto, que incluye una eventual subdivisión en pequeños locales del inmueble prometido a Lispy para entender el ejercicio. Este principio es de elemental lealtad contractual en la comercialización de los centros comerciales.

16. “Y también otra conclusión que resulta obvia y leal entre los comerciantes: sabiendo lo anterior y habiendo los promotores optado por contar con un almacén “ancla” como incentivo para su comercialización, pudiendo no haber elegido por él como lo hicieron al lanzar el Centro Comercial por primera vez, no puede el promotor lealmente, cerca de año y medio después, a costa del adquirente del “ancla” y una vez comercializados los locales pequeños, como sucedió en este caso según se observa en el documento 62, pretender recuperar la ganancia sacrificada, convirtiendo el “ancla” en pequeños locales en detrimento de Lispy cuando precisamente las ventas de aquellos obedecieron a la presencia de Home Sentry”.

“C. Las negociaciones con Lispy

1. “En diciembre 23, 2002, Yamal Rachid, miembro de la familia Rachid promotora del proyecto, envió una invitación a Lucio Bernal Castaño para procurar la vinculación de Home Sentry al proyecto El Retiro Centro Comercial. Para ese entonces ofreció el local 212 con un área de 1900 mts², según planos que acompañó, divididos en 1.300 mts² de planta en primer piso y 600 mts² de mezanine por valor de \$ 2.874.000 cada uno, cabida que resultaba un elemento fundamental para la instalación de un almacén Home Sentry que por ser insuficiente, se continuaron adelantando las negociaciones para acordarla en una medida satisfactoria.

2. “En dicha carta se destaca el ofrecimiento a hacerse a un local con frente y acceso a la calle 81 de Bogotá, y con amplia visibilidad sobre los corredores internos del Centro Comercial como aparece en los planos que anexó. Se indicó que “el compromiso de los promotores del proyecto es entregar la totalidad del área aprobada en la licencia de construcción del centro comercial” (documento 13).

3. “En el mismo sentido y siempre con referencia a un local amplio y visible sobre el interior, el Sr. Julián Bonilla Nieto envió con el memorando de enero 29, 2003 una propuesta alternativa para el 2º piso, ampliando el área que refleja el deseo de la convocante de hacerse a un local con la mayor cabida posible que satisficiera sus requerimientos comerciales (documento 13).

4. “Las conversaciones se iniciaron y desarrollaron bajo el entendimiento de Lispy y el ofrecimiento del Retiro a través de Espacios Urbanos, de que se trataba de un local con accesos limpios desde la calle 81 y desde el Centro Comercial, con vitrinas muy amplias en las fachadas internas sobre los pasillos y con un área importante que permitiera instalar un almacén de la naturaleza de los Home Sentry, como figura en los planos elaborados por la demandada y que como documento 15 acompañó.

5. “Las negociaciones se continuaron adelantando en cuanto al precio, área y localización, hasta el punto que en marzo 14, 2003, Julián Bonilla Nieto, envió un “resumen” de las condiciones económicas de la venta del local 135 del cual se destaca el ofrecimiento de un área de 2.577.92 mts², más 60 mts² de oficinas en el piso 3º y un espacio en el sótano, fiel reflejo del interés de Lispy de contar con un amplio local. Este documento fija como parámetros económicos la suma de \$ 1.850.000 por cada metro cuadrado de local; \$ 2.700.000 por metro cuadrado de oficina y \$ 30.000.000 por el espacio en el sótano (documento 16), proceso de negociación que concluyó con las condiciones a que se refiere el documento 31.

6. “Conjuntamente con el anterior, el Sr. Bonilla envió dos textos preparados por la convocada para la firma de la convocante: el primero denominado de oferta mercantil, en el cual la sociedad “Home Sentry S.A.” (sic) formularía una oferta⁽¹³⁾ (???) de adquisición del local 135 con un área de 2.577.92 mts², unas oficinas de 60 mts² y un espacio en el sótano, todo lo anterior por \$ 4.961.152.000 que equivale a las condiciones referidas en el documento de marzo 14, 2003 (documento 15). El segundo denominado contrato de encargo fiduciario de inversión.

7. “El propósito de los dos documentos, en pocas palabras, era que por el primero Lispy presentaría una oferta de adquisición (!!!), que la convocada podía o no aceptar (!) y en el que la demandante se comprometía a adquirir los inmuebles del caso, obligándose a su turno a entregar los recursos para que fueran administrados por medio del

contrato de encargo fiduciario de inversión, o sea, del segundo convenio. Tales documentos se incorporan también en el documento 16 y toda vez que para nada reflejaban el negocio proyectado fueron rechazados.

8. “La referencia al área y valor, se indica también en la lista de precios divulgada por la convocada de abril 4, 2003, en la cual se anuncia como comprador del local 135 a “Sentry” con un área de 2.585,87 mts², a razón de \$ 1.850.000 cada uno, en línea y consistente con lo que se venía discutiendo hasta esa fecha. (documento 17).

9. “Las conversaciones entre las partes siguieron durante el mes de abril de 2003, en torno a la adquisición de un local en el segundo piso del Centro Comercial (local 135) o primero ingresando por la Calle 81 de Bogotá, de aproximadamente 1.208.32 mts², más una segunda planta ubicada en el segundo piso de la calle 81 de 1.188.30 mts², un espacio para oficinas aledaño a las oficinas del 2º nivel de 241.30 mts² y un espacio para bodega, inmuebles que se identifican en los planos que como documento 19 acompañó.

10. “Estas conversaciones culminaron con el contrato que será materia de estudio detenido más adelante”.

“D. La campaña de publicidad

1. “Urgido el Retiro por iniciar las ventas de los locales comerciales con miras a atender el flujo de caja que imponía contar con recursos en los meses de mayo y junio de 2003 por cerca de \$ 10.000.000.000, la convocada inició una agresiva campaña publicitaria desde febrero de 2003, con el decidido apoyo de Lispy, anunciando entre otras cosas la vinculación de Home Sentry y un establecimiento de comercio denominado la Riviera (la “Riviera”), así como porcentajes elevados de ventas y avisos de fechas de iniciación de la construcción en el muy corto plazo.

2. “La campaña contó con el soporte incondicional de la convocante, quien en guarda de la buena fe y lealtad que debe imperar en la etapa precontractual, y con mayor razón en la contractual, y con el clarísimo objetivo de procurar el cumplimiento del objetivo propuesto de levantar un centro comercial, atraer a los terceros, beneficiar a su co-contratante y hacerse a un local, optó por facilitar la utilización de su nombre para colaborarle a la convocada en sus necesidades de contar con los recursos apropiados, creyendo siempre en la bondad del proyecto y que este llegaría a buen puerto. Con base en ello la demandada realizó una campaña publicitaria alrededor del almacén “ancla”⁽¹⁴⁾ y del nombre Home Sentry según se describe a continuación.

3. “A través de Julián Bonilla Nieto, la convocada anunció su interés de publicar un aviso de prensa y destacar la participación de Home Sentry como adquirente del “ancla” y presentó una propuesta del aviso que publicaría (documento 20), del cual se resaltan las siguientes leyendas y la utilización del logotipo Home Sentry:

“El Retiro Centro Comercial lo invita a conocer sus almacenes Anclas Home Sentry ... con una trayectoria de más de 55 años como Comercializadora de Productos”.

Almacenes Ancla que ocupan más del 55 % del área comercial”.

4. “Para refrescar el alcance de esta afirmación y el significado de Home Sentry en el porcentaje anunciado, basta con revisar los planos que como documento 19 se acompañan, en los que se puede observar que, mientras el local de la Riviera contaba con 472.36 mts², el de Home Sentry totalizaba 2.637.92 mts². En otras palabras, del 55% que se anunciaba ocupado por los almacenes ancla, el 46% aproximadamente correspondían a Home Sentry y el 9% a la Riviera. Y con respecto al área comercial anunciada de 6.000 mts²⁽¹⁵⁾, significaba el 44% aproximadamente de toda ella.

5. “En febrero de 2003 el Retiro anuncia que el 55% del área total⁽¹⁶⁾ “estará ocupada por sus almacenes Ancla Home Sentry ...” indicando de manera que a la postre no resultó cierta, que tales almacenes estaban “VENDIDOS”. (documento 21).

6. “En febrero 10 de 2003 en el diario El Tiempo, la convocada publica en la primera página otro aviso con el siguiente texto (documento 22):

“El Retiro Centro Comercial le da la bienvenida a sus almacenes Ancla Home Sentir...” y utilizando este nombre como gancho de ventas agrega: “Compre ya su local: Más información pág. 1 – 22”.

7. “Es evidente que lo importante para la comercialización del Centro Comercial, como quiere que ello era lo llamativo y por lo mismo se anunciaba en lugar privilegiado, no eran propiamente los locales pendientes de enajenar, sino el anuncio de la vinculación de los adquirentes de los almacenes ancla, entre ellos Home Sentry.

8. “En marzo 19, 2003 la convocada anunció al público en el diario La República que había iniciado (!!!!!) en firme la construcción del proyecto el Retiro, agregando que “el proyecto, que ya inició su etapa de ventas, cuenta con un área total de 29.000 metros cuadrados de construcción, **de los cuales 2700 metros cuadrados ya fueron adquiridos por los empresarios de Home Sentry ...**” (subrayado nuestro) (documento 23). Fíjense cómo la publicidad giraba en torno a los almacenes Home Sentry, no obstante que para la fecha no existían sino conversaciones preeliminares. Pero todo ello, bajo el íntimo convencimiento de que los tratos serían serios y se respetarían.

9. “En marzo 31, 2003 en el diario El Tiempo, la demandada, publicó un aviso (documento 24) en el cual resalta la presencia de Home Sentry como establecimiento ubicado en el piso destinado a comidas, y utiliza el logo distintivo de las Marcas. Dicho aviso coincide con el documento 19 que acompañó a esta demanda.

10. “En el aviso de marzo 31, 2003, se informa que se iniciaría “construcción julio 21 de 2003” circunstancia que resultara a la postre incorrecta e inexacta.

11. “Y para rematar, se observa en la misma publicación que la participación de Home Sentry en el segundo nivel sería de 1.118.30 mts² y de oficinas de 241.30 mts², que apunta a las condiciones en las cuales se acordó la promesa de compraventa que más adelante menciono y que coincide con los planos promocionales que acompañó como documento 19.

12. “Y al parecer la utilización del nombre Home Sentry, no obstante que para la época no se había concluido la negociación, surtió los efectos deseados por el Retiro para regularizar sus recursos de caja, pues periódicamente, por no decir que a diario, los porcentajes de ventas según anuncios promovidos por la convocada, se incrementaban significativamente. Veamos:

a) “En abril 2 ó 3⁽¹⁷⁾ de 2003 se anunció que **el 72 % del Centro Comercial se encontraba VENDIDO**, aviso de prensa de primera página del diario El Tiempo, en el cual se ponía de presente una vez más que los almacenes ancla son Home Sentry (documento 25).

b) “Pocos días después se anuncia con gran despliegue, también en la primera página del diario El Tiempo, que el 73% se encontraba VENDIDO y que se iniciaría construcción en julio 21 de 2003. De este aviso, que acompañó como documento 26, vale la pena transcribir la siguiente frase que se repetirá en posteriores avisos.

“Porque (sic) Home Sentry?

Único almacén de redecoración en 50 cuadras a la redonda que ofrecerá: Ferretería, productos de hogar, iluminación, telefonía, equipos de calefacción y enfriamiento, implementos de cuidado personal, automotriz, deportes, mascotas, juguetería equipos y motores a precios bajos: PRECIOS SENTRY.

HOME SENTRY atraerá más de 4.000 personas al día” (subrayado fuera del texto).

c) “Algunos días más tarde, el viernes 11 de abril de 2003 y no obstante no estar aún suscrito el acuerdo entre la convocante y la convocada, al parecer la estrategia de atraer clientes con base en los almacenes “ancla” progresaba, como quiera que la demandada anunció que el 74 % se encontraba VENDIDO, e informó al público que “contamos con 2 almacenes Ancla que atraerán a más de 4000 personas al día”.

d) “No sobra, sin embargo, hacer expresa mención que en el aviso de abril 11, 2003 (documento 27) al igual que los subsiguientes, se anuncia con gran notoriedad la fachada del Centro Comercial ubicada sobre la calle 81 de Bogotá donde se observa en forma llamativa el logotipo de Home Sentry. Es decir la estrategia de ventas seguía girando alrededor de Home Sentry.

e) “El mismo anuncio, en el que se repite la información de haber vendido el 74% apareció en varias ocasiones en

el mes de abril en el diario El Tiempo, con igual texto y realce del logotipo de Home Sentry. Un ejemplar del mismo se anexa en 4 folios como documento 28. Nuevamente se insiste en la fachada con el logotipo de Home Sentry, en la referencia a los dos almacenes “ancla” y en el número de visitantes que se esperan por día.

f) “Sin embargo el programa de conquista de clientes, con apoyo en los almacenes “ancla” parecía no detenerse y que el éxito del Centro Comercial era incontrolable, hasta el punto que el 23 de abril de 2003, y algunos días antes de concretarse la negociación con la convocante, ya las ventas habían pasado del 74% al 77%. De ello da fe el aviso que como documento 29 acompaño, en el cual persiste la visión de la fachada de la calle 81 con el logotipo de Home Sentry.

g) “Lo propio sucedió después cuando se anunció, por la misma vía y con idéntico despliegue, que ya las ventas habían ascendido al 81% repitiendo la referencia a los almacenes ancla y al número de visitantes por día. Para tales efectos acompaño como documento 30 la publicación.

13. “Entonces, pareciera que lo que no se había logrado con la publicidad del año 2002 (ver documento 10), ahora si era un milagro y un triunfo arrollador. Y todo gracias a la publicidad que se había montado fundamentalmente con base en la marca Home Sentry, cimentada en lo básico por las negociaciones que para la fecha se realizaban, más no se finiquitaban. Ello, bajo el postulado de la más absoluta buena fe, confianza y colaboración de que no solamente las negociaciones concluirían próximamente, sino que lo propio sucedería con el Centro Comercial y se contaría con los inmuebles ofrecidos para los almacenes Home Sentry.

14. “El mismo programa se divulgaba en las oficinas del Retiro, distribuyendo material pre-impreso a colores y en grandes cantidades resaltando la vinculación de Home Sentry. El área coincidía en términos generales con las especificaciones que luego fueron acordadas en el convenio de promesa de compraventa a la cual nos referiremos más adelante. Como documento 19 y en 5 folios acompaño la publicidad citada.

15. “Adicionalmente y como parte de la misma campaña publicitaria la convocada dio aviso al público visitante de la zona de la vinculación de los almacenes Home Sentry al Centro Comercial mediante grandes vallas a lado y lado de él”.

“E. Consideraciones iniciales de la promesa de compraventa

1. “Luego de una serie de negociaciones entre las partes y en medio de serias inquietudes para Lispy, especialmente derivadas de la incertidumbre con respecto a la viabilidad del Centro Comercial en razón de la dificultad de adquirir la totalidad de los inmuebles donde habría de desarrollarse, de las expectativas de contar con los recursos para llegar al punto de equilibrio financiero y de la carencia para esa fecha de los permisos de las autoridades distritales para poder adelantar la construcción, se llegó a un acuerdo, que fue resumido pocos días antes en cuanto a sus términos económicos por Julián Bonilla Nieto (documento 31) y que se vertió en el contrato de promesa de compraventa de mayo 16, 2003 (la “promesa de compraventa”), documento que da lugar a este litigio y que como documento 32 anexo, por su importancia, en cuaderno separado.

2. “Como antecedente, que se marcó como segundo⁽¹⁸⁾, se expresó la intención de la convocada de “adelantar la construcción de un centro comercial con un área de construcción aproximada de veintidós mil quinientos metros cuadrados (22.500 mts²) conformado por seis mil metros cuadrados (6.000 mts²) aproximadamente de locales comerciales, mil cuatrocientos metros cuadrados (1.400 mts²) aproximadamente de oficinas y dos sótanos con área para trescientos catorce (314) parqueaderos (en adelante el “proyecto”).

3. “En el mismo antecedente y con respecto a los planos y especificaciones de los inmuebles que conformarían el Centro Comercial las partes dijeron:

“Para tales efectos forman parte del presente contrato de promesa de compraventa como anexo 5 los planos y especificaciones con que contará El Retiro Centro Comercial y que han servido de fundamento para la celebración del presente contrato de promesa de compraventa y los cuales se encuentran debidamente suscritos por las partes” (resaltado nuestro).

4. “En los antecedentes tercero y cuarto⁽¹⁹⁾, se anotó que para la recepción de los dineros, el Retiro había celebrado

un contrato fiduciario de administración y pagos con la sociedad Helm Trust S.A.; y que para mantener separada la propiedad de los inmuebles en los cuales se habría de levantar el Centro Comercial, contaría con la participación de Alianza con quien se había celebrado un contrato de fiducia mercantil que había dado origen a un patrimonio autónomo que se denominó fideicomiso predios El Retiro, en virtud del cual, ostentaría la condición de propietaria fiduciaria de todos los lotes”.

“F. INMUEBLES objeto de la promesa de compraventa

1. “En cuanto al objeto de la venta prometida se acordó que se trataría de unos inmuebles con un área construida (subrayamos) de 2.778 mts², correspondientes a los locales 135 – A, 135 – B, 135 – C y una bodega distinguida como la N° 01 (genéricamente los “inmuebles” e individualmente el “Local 135 A” el “Local 135 B”, el “Local 135 C” y la “Bodega”)⁽²⁰⁾.

2. “En este punto es importante detenerse para explicar algunos aspectos que son de trascendencia a fin de comprender los planos anexos a la promesa de compraventa y el alcance del presente litigio.

a) “En primer lugar que el Centro Comercial tendría 2 accesos: uno por la calle 81 de Bogotá y otro por la calle 82, con la particularidad que, debido al desnivel entre las 2 vías, el acceso por la calle 81 o primer nivel de esta calle, correspondía al segundo piso del Centro Comercial si se ingresara por la calle 82.

b) “En segundo lugar, que los inmuebles conformarían un único establecimiento de comercio dividido en 3 inmuebles, con áreas en el primer piso ingresando por la calle 81 (2° ingresando por la calle 82) y áreas en el 2° nivel ingresando por la calle 81 (3° por la calle 82). El único de los inmuebles que aparece descrito en la promesa de compraventa en 2 niveles es el Local 135 A, como se puntualiza más adelante.

c) “El tercer elemento es el concepto de área construida y área privada que difieren en materia arquitectónica. Mientras que por aquella se entiende la levantada sobre la plancha y por consiguiente comprende tanto el área de uso particular como la utilizada en beneficio común (paredes, ductos, columnas, etc.), por privada se entiende el área construida descontadas todas esas áreas comunes. Ello explica que en la promesa de compraventa en la cláusula 1^a(²¹), se haga referencia a un área construida de 2.778 mts² (sobre los cuales se calcularía adicionalmente el precio final(²²) coincidiendo con el resumen efectuado por Bonilla Nieto), y en la descripción de cada uno de los inmuebles se haga referencia a las áreas privadas.

d) “Consecuentemente con lo anterior la descripción que de los inmuebles se hace en la promesa de compraventa es como sigue, explicación que se impone para el cabal entendimiento de los planos anexos a la misma, anotando que en ellos el área consignada es la construida.

i) “El Local 135 A tiene 2 niveles, los cuales cuentan con un área privada total de 1.533.01 mts² equivalente a 1.582.36 mts² de construida discriminada así: en el primer nivel un área privada de 801.57 mts² que equivalen a 823.26 mts² de construida (plancha denominada “Primer Piso Calle 81” anexa a la promesa de compraventa). En el segundo nivel un área privada de 497.15 mts² equivalente a 518.47 de construida, más 234.29 mts² de área privada correspondiente a la bodega anexa que equivalen a 240.63 mts² de área construida, los cuales se pueden observar en la plancha denominada “Segundo Piso” anexa a la promesa de compraventa.

“Cuenta con el uso exclusivo de una bodega ubicada en el primer sótano de 73.81 mts² de área privada, equivalente a 84.51 mts² de área construida (plancha denominada “Primer Sótano” anexa a la promesa de compraventa).

ii) “El Local 135 B, se encuentra en el 2° nivel del Centro Comercial o 1° ingresando por la calle 81, con un área privada de 388.92 mts², equivalente a 411.17 mts² de construida discriminada así: el área privada del local es de 272.10 mts² lo que equivale a 284 mts² de construida; y el área privada de la bodega es de 116.82 mts² equivalente a 127.17 mts² de construida. Todas ellas se pueden observar en la plancha denominada “Primer Piso Calle 81”.

iii) “El Local 135 C, se encuentra en el 3er nivel del Centro Comercial o 2° ingresando por la calle 81, con un área privada de 447.19 mts² equivalente a 469.39 mts² de construida distribuidos así: el área privada es de 323.78 mts²

correspondiente a 333.83 mts² de construida; y el área privada de la bodega es de 123.41 mts² equivalente a 135.56 mts² de construida que pueden observarse en la plancha denominada “Segundo Piso” anexa a la promesa de compraventa.

iv) “La Bodega localizada en el 3er nivel del Centro Comercial o 2º ingresando por la calle 81, cuenta con un área privada de 316.08 mts² y construida de 315.09 mts², según se observa en la plancha denominada “Segundo Piso” anexa a la promesa de compraventa. Dicho espacio en los planos firmados por las partes se encuentra anexo al Local 135 A.

e) “Toda vez que ni el Centro Comercial ni los inmuebles se encontraban levantados, las partes firmaron varios planos que se incorporaron en la promesa de compraventa, que corresponden a las planchas antes citadas y a las especificaciones con que contaría el Centro Comercial y de manera particular, y a grandes rasgos, las características y áreas de los inmuebles, elaborados por los arquitectos contratados por la convocada Srs. Jaime Bolívar Añez y Hernando Heredia Pérez (documento 37)”.

“G. El precio de los inmuebles y la forma de pago

1. “En cuanto al precio de los inmuebles y no obstante que se fijó en función de su cabida construida final según fuera certificada por el interventor del proyecto, se acordó que se calcularía a razón de \$ 1.850.000 por metro cuadrado, o sea \$ 5.139.318.500 más la cantidad de \$ 30.000.000 por el espacio de parqueadero, para un total de \$ 5.169.318.500 (cláusula 2ª)⁽²³⁾. Por consiguiente la cabida de los inmuebles era de la esencia del negocio, de manera que sus modificaciones debían ser previamente acordadas.

2. “El precio se convino pagarlo en tres (3) rubros que también resulta oportuno clarificar: el primero con destino a la adquisición final de algunos de los lotes en los cuales se levantaría el Centro Comercial; el segundo, durante el tiempo de su construcción y a partir del cumplimiento de la obligación de la convocada de entregar cierta y detallada documentación; y el tercero a la conclusión del Centro Comercial y entrega de los inmuebles a satisfacción de la convocante.

3. “El primero se fijó en \$ 2.161.328.367 que la convocante se comprometió a atender, y efectivamente así lo hizo, en las siguientes cuantías y para los siguientes beneficiarios, todos ellos propietarios de varios lotes en cuales se habría de edificarse el Centro Comercial:

a) “A favor de la señora María del Pilar Ortega, a fin de adquirir el Lote 8, la cantidad de \$ 561.809.000.

b) “A favor de Gloria Echeverri y Silvia Echeverri, \$ 484.683.611 a fin de cancelar el saldo del precio del Lote 11.

c) “A favor de quien genéricamente se denominó Familia Concha, \$639.955.759 para atender el saldo adeudado para adquirir el Lote 10; y

d) “A favor de Roberto Gómez Dávila y Gustavo González Rozo, \$474.880.000 con el fin de atender el pago del saldo correspondiente a la adquisición del lote 9.

4. “Dichos pagos, fueron adecuada y oportunamente hechos por Lispy según aparece en la copia de los cheques entregados a los 2 primeros grupos y en el recibo expedido por los 2 últimos (documento 33), solucionándose de esta manera y a lo menos en forma parcial, el compromiso de adquisición de algunos lotes de terreno, y satisfaciéndose los requerimientos del flujo de caja que aparecían en el documento de abril 11, 2003 (documento 18). Además, coinciden con la primera fecha de cumplimiento de las promesas prorrogadas, con lo cual se dio inicio a la posibilidad real de adquisición de los lotes.

5. “El segundo de los rubros en los cuales se dividió el pago del precio, corresponde a la cantidad de \$ 2.196.000.000 que debía pagarse por Lispy en 18 instalamentos mensuales a partir de la entrega por la convocada de varios documentos cuya obtención era su compromiso, cláusula a la cual nos referiremos más adelante en forma particular.

6. “Y el tercero equivale al saldo del precio, o sea a la cantidad de \$ 811.990.133 que debía atenderse contra la

firma de la escritura pública de compraventa, sujeto al ajuste en razón del área construida final”.

H. Requisitos para el pago de la segunda (2ª) cuota, la conducta de la convocada y modificaciones a aquellos.

1. “Como se indicó, el pago de las cuotas por \$ 2.196.000.000 se realizaría previa la presentación de alguna documentación, cuya elaboración, gestión y obtención quedó a cargo de la convocada.
 2. “Como preámbulo de la justificación de esta cláusula recordemos que el Centro Comercial no contaba para la fecha de conclusión de la negociación con los lotes en el cual habría de levantarse; tampoco con la licencia de construcción que permitiera llevar a cabo el proyecto en la forma como era ofrecida a la convocante, a terceros y al público, ni tenía los recursos que permitieran acometer la construcción sin inconveniente financiero alguno. Todas estas eran labores debían adelantarse por quien estaba vendiendo pues, por su propia naturaleza, ellas estaban asignadas a la sociedad promotora. Se trataba de obligaciones que debían ser ejecutadas, bajo los más estrictos parámetros de la buena fe en la ejecución de los contratos y fiel al principio de compromiso con la finalidad del contrato⁽²⁴⁾, con miras a alcanzar el objetivo final de la promesa de compraventa, que era la transferencia del derecho de dominio de los locales ofrecidos en los términos publicitados masivamente.
 3. “En otras palabras, era la obligación de la convocada adelantar todas las gestiones para la oportuna obtención de la documentación que soportaría técnica y económicamente el proyecto, pero ya no solo en procura de salvaguardar sus exclusivos intereses de lucro, sino también los de terceros a quienes había ofrecido diversos inmuebles y ya eran, de una u otra forma y por estar vinculados contractualmente, interesados en sus resultados. No se trataba, pues, de esperar en forma pasiva el advenimiento de una documentación, sino de efectuar diligente y prudentemente todas las gestiones tendientes a obtenerla, con el beneficio, de que si luego de desplegar en forma profesional tal esfuerzo, como se demanda y exige en la conducta de un comerciante⁽²⁵⁾, no la alcanzaba en un plazo prudencial prefijado, Lispy estaba dispuesta a aceptar la resolución de la promesa de compraventa. No estaba en capacidad, ni mucho menos obligada, a hacerlo si la gestión no había sido cuidadosamente adelantada. Y ello obedecía, como es apenas natural, al reflejo de su interés en contar, nada más pero tampoco nada menos, con un local en donde desarrollar su actividad comercial o instalar otro almacén Home Sentry.
 4. “Con dicha introducción agreguemos que el pago de \$ 2.196.000.000, que debía hacerse en 18 instalamentos, se sujetó a que previamente la demandada diligenciara, obtuviera y entregara la siguiente documentación:
 - a) “Copia de la licencia de construcción, “debidamente expedida por las autoridades distritales competentes, en la cual se evidencie la autorización de estas para iniciar la construcción del proyecto en la totalidad de Los Lotes, en los términos fijados en los planos que como anexo 5 forman parte del presente contrato, salvo cambios que eventualmente pudieran ser requeridos por las autoridades distritales, los cuales deberán ser previamente aceptados y acordados entre las partes”⁽²⁶⁾, requisito apenas razonable y de elemental precaución para efectos de adquirir un inmueble aún sin construir (subrayamos).
 - b) “Una certificación del interventor del proyecto en la cual se atestiguará que el punto de equilibrio financiero había sido alcanzado y por lo tanto con los recursos disponibles se podía adelantar la construcción del Centro Comercial.
 - c) “La exhibición y entrega de las escrituras públicas de transferencia a favor de Alianza, un certificado de tradición y libertad de cada uno de los lotes y una certificación de que los inmuebles estaban en poder de la sociedad fiduciaria. Cualquier persona prudente en sus negocios, cuando pretende adquirir un inmueble, exige de su vendedor la presentación de la documentación del caso.
- “De acuerdo con lo previsto en la cláusula 4ª de la promesa de compraventa se fijó un plazo que expiraba en septiembre 20, 2003⁽²⁷⁾ para atender lo aquí dicho, lo cual se produjo tan solo con la comunicación de octubre 15, 2003, la cual estuvo precedida de las de octubre 9, 2003, octubre 3, 2003, septiembre 30, 2003, septiembre 19, 2003 y septiembre 8, 2003, pero en todo caso, cerca de un (1) mes después de la fecha convenida.
- “Obsérvese cómo, no obstante que el plazo se excedió, Lispy pudiendo no hacerlo, prefirió admitir la entrega extemporánea de la documentación y darle curso a la ejecución del contrato, como lo hizo en la comunicación de octubre 31, 2004 de Gamboa, Chalela, Gamboa & Useche, y no solicitar como hubiera sido posible la

restitución de algunos de los lotes con lo cual el Centro Comercial nuevamente habría sido un descalabro y un serio inconveniente para el Retiro frente a terceros. Ello en aplicación del deber de colaboración y buena fe en la ejecución de los contratos, a diferencia de lo que sucedió con la actitud de la convocada que más adelante se describe (documento 34 en 15 fls.).

d) “La documentación debería completarse con la elaboración de un estudio acerca de la tradición de los inmuebles. ¿Quién, que vaya a adquirir un inmueble no lo exige? En el presente caso se solicitó dicho análisis y para el efecto, se llegó al extremo de admitir, en gracia de la ejecución del contrato, que fueran los propios abogados de la convocada, la firma Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda, quienes emitieran esa opinión. Hasta ese punto facilitó Lispy la obtención de los documentos y se plegó a los requerimientos de la demandada para bien del futuro Centro Comercial y de la ejecución contractual.

e) “Y finalmente Lispy exigió que el Fideicomiso de Parqueo, representado por Alianza, futura propietaria de los lotes y por consiguiente de lo que en ellos se levantara, se comprometiera a transferir el derecho de dominio sobre los inmuebles en los términos, plazos y condiciones fijados en la promesa de compraventa. Esta salvaguardia era más que prudencial, pues sabiendo que los lotes y los inmuebles estarían en cabeza de Alianza y no de la convocada, era elemental que se obtuviera su ratificación al amparo de lo previsto en el artículo 1507 del Código Civil (“C.C.”)⁽²⁸⁾ .

“Esta cláusula tuvo un inmenso rechazo de la convocada, quien expresó su reticencia para firmarla, lo cual se entiende ahora que ha acudido a la figura del retracto: si se satisfacía tal requisito el convenio sería, por decir lo menos, vinculante entre el propietario fiduciario y Lispy, con lo cual se generaría una traba para la convocada en su designio de aprovecharse de los dineros y nombre de Home Sentry, para luego prescindir de su contratante. Por el contrario, si se suprimía, como era el deseo y la insistencia del Retiro, este contaría con el camino allanado para ejecutar sin limitación alguna, su perversa intención de aprovecharse de su contratante y luego de haber usufructuado su dinero y lucrado de su nombre, despacharlo por la puerta de atrás.

5. “Para obtener toda la documentación se concedió un plazo que expiraba en enero 30 de 2004, término más que prudencial para obtenerla y máxime cuando la publicidad emitida, la demandada anunciaba que iniciaría construcción en julio 21, 2003 (!) y los avisos indicaban ventas superiores al 81%, noticias que posteriormente parecen desmentidas por el propio interventor según aparece en el documento, tan solo conocido en junio 30, 2004 por Lispy cuando fue remitido por Juan Carlos Castilla Martínez, en el que informa que a febrero 4, 2004 “los recursos recibidos y que se prevén recibir provenientes de las ventas ya realizadas de los locales comerciales y de las oficinas, **cubren un setenta por ciento (70 %) de los egresos previstos en el presupuesto (!)**” (documento 35).

6. “En las conversaciones llevadas a cabo y simplemente haciéndolo pasar como un asunto de menor monta, el Retiro informó que para obtener la licencia de construcción era necesario contar con un plan de implantación (el “plan de implantación”)⁽²⁹⁾ que debía expedir el Departamento Administrativo de Planeación Distrital – DAPD (el “DAPD”), cuya trascendencia más adelante se descubrió, anotando que tal asunto ya estaba bajo su control y que no tendría implicaciones significativas sobre los inmuebles, consecuencia además que no podía inferirse ni de lo manifestado a Lispy ni mucho menos de lo avisado al público, cuando anunciaba que iniciaría construcción pocos días después de firmada la promesa de compraventa.

7. “Tan solo después se vino a conocer la trascendencia del plan de implantación como se analizará más adelante, hasta el punto que únicamente con el memorando de marzo 24, 2004 (documento 38) y no antes, se abrió una posibilidad de que pudiera ser expedido, recurso que fue utilizado por el Retiro para solicitar la extensión de los plazos pactados en la promesa de compraventa, a lo cual accedió Lispy. En pocas palabras, sin el plan de implantación el Centro Comercial no podía levantarse y no sería una realidad, viéndose avocada la convocada a las consecuencias de restituir los lotes o gruesas sumas de dinero lo que también motivó las extensiones y modificaciones de los requisitos previos al pago de la segunda (2ª) de las cuotas que venimos desarrollando.

8. “En razón a que no estaban satisfechos los requerimientos pactados para enero 30, 2004, la forma de pago de \$ 2.196.000.000 fue modificada mediante el otro si 1º de enero 30, 2004 en el sentido de reducir de 18 a 13 cuotas. Lo anterior porque de acuerdo con las informaciones recibidas de la demandada la licencia de construcción, sería

próximamente expedida en los términos pactados. Igualmente se modificó el plazo para entregar la documentación a que hemos hecho mención extendiéndolo hasta marzo 31, 2004.

9. “Nuevamente llegó marzo 31, 2004 y como la convocada no había gestionado la documentación, pero se tenía la esperanza de que el plan de implantación se expediría con base en la información enviada por el Sr. Julián Bonilla Nieto (documento 38), se suscribió ese día un nuevo otro si a la promesa de compraventa, que se marcó como 2, del cual se resalta lo siguiente:

a) “El número de cuotas a pagar se mantuvo en 13, pero con la variación de que con la primera se entregarían los recursos que bajo el otrosí 1 se hubieren causado desde abril 1º, 2004. En la práctica significaba una reducción en el número de ellas.

b) “Se anotó, al igual que en el texto original de la promesa de compraventa, que el incumplimiento a lo pactado en tal cláusula daría lugar al ejercicio de cualquiera de las acciones previstas en el artículo 1546 del C.C.⁽³⁰⁾. En otras palabras, la falta de entrega de los documentos citados, entre ellos la licencia de construcción en los términos acordados, abría la posibilidad de invocar la aplicación de la norma en cuestión, tal como ha sucedido en el presente litigio en el cual por la decisión propia de la convocada se han modificado los planos, de manera que fueron las partes quienes regularon los efectos del incumplimiento, sustrayéndolo de la aplicabilidad de la cláusula 3ª correspondiente al pacto de arras.

10. “El nuevo plazo para entregar la documentación expiraba en mayo 31, 2004 y se agregó que, como el aspecto de mayor trascendencia era la obtención de la licencia de construcción y naturalmente detrás de ella el plan de implantación, existiría una prórroga automática hasta diciembre 31, 2004 si las autoridades no se habían pronunciado con respecto a una solicitud que apuntara a cumplir los términos acordados. No se autorizó para modificar las condiciones de los inmuebles sino se reiteró la necesidad de atender los requerimientos pactados. Es decir, si habiendo sometido a consideración de las autoridades una solicitud de licencia de construcción y con ella el plan de implantación en los términos acordados no había pronunciamiento alguno. Pero no, si dicho silencio obedecía a la ausencia de entrega de documentación a órdenes de la curaduría urbana o de las autoridades correspondientes, o a la entrega en forma desviada de lo acordado, caso en el cual lo aplicable era el artículo 1546 del C.C.

11. “De esta facultad hizo uso la convocada en documento de mayo 31, 2004 firmado por Efraín Izquierdo Izquierdo, abogado de la demandada (documento 36):

“Como lo informé telefónicamente, la licencia de construcción a que se refiere el literal b) de la cláusula segunda del contrato de promesa de compraventa, aún no ha salido. Por lo anterior se da aplicación al literal B) de la cláusula tercera del otrosí 2 al contrato de promesa de compraventa, celebrado el día 31 de marzo de 2004”.

12. “De ella se infiere, que la solicitud de licencia de construcción ya había sido presentada y no obstante lo anterior, no había “salido”. Como se verá para esa época no existía petición alguna de licencia de construcción en los términos acordados elevada por el Retiro ante una curaduría urbana, por cuanto el trámite relativo al plan de implantación no había culminado, no obstante la información de su abogado.

13. “Dicho literal B) que en el caso de que no existiera pronunciamiento oficial permitía la extensión hasta diciembre 31, 2004 y que también otorgaba el derecho a su contraparte a invocar la aplicación del artículo 1546 del C.C. como se acordó en la promesa de compraventa (página 21) y se reiteró en el otro si en comentario (página 2 del otrosí 2), está precedido del A), del cual no se puede hacer caso omiso y que de manera expresa indica:

“Tercera: con relación a la licencia de construcción a que se refiere la cláusula 2ª), literal b) i), las partes acuerdan:

“A) Que la prometiente vendedora continuará adelantando **todas las gestiones que resulten pertinentes para la obtención de la licencia de construcción**, de manera tal que únicamente se considerará que el evento de la condición resolutoria ha sucedido si se niega dicha licencia” (subrayamos).

14. “La intención de las partes era clara: la convocada **debía presentar y tramitar** para efectos de entregar a Lispy previamente al pago, no cualquier licencia sino una que reflejara el convenio vertido en la promesa de

compraventa. Sin lugar a dudas, el compromiso de la convocada era continuar adelantando, como su texto lo indica, “todas las gestiones que resulten pertinentes para la obtención de la licencia de construcción”, compromiso que se refiere a llevar a cabo las diligencias ante un curador urbano y ante el DAPD para que fuera aprobada una licencia de construcción y un plan de implantación en los términos que reflejan los planos firmados por las partes e incorporados en la promesa de compraventa, y no una licencia de construcción ni un plan de implantación que afectara gravemente a los adquirentes, modificada según su exclusivo criterio, como finalmente lo hizo la demandada.

15. “Las modificaciones ya fuera ante la curaduría urbana o ya ante el DAPD debían consultarse y acordarse. No era pues un compromiso de tramitar y entregar cualquier licencia de construcción, sino una que reflejara los acuerdos firmados y la confianza depositada. **Su incumplimiento, como en efecto sucedió conduce a la aplicación del artículo 1546 del C.C. como se pactó en el otro si mencionado y originalmente en la promesa de compraventa.**

16. “Y finalmente, como una muestra adicional de colaboración por parte de Lispy, se varió el aspecto que tanta incomodidad causaba a la convocada de obtener el compromiso de Alianza, de transferir los inmuebles, para lo cual se incorporó el mismo 31 de marzo de 2004, una instrucción especial como reforma al documento denominado instrucciones particulares emitidas por un fideicomitente aportante del fideicomiso predios El Retiro como se puede ver en los documentos anexos a la promesa de compraventa del siguiente tenor:

“Tercera. Por medio del presente documento El Retiro Centro Comercial S.A. como Fideicomitente del contrato de fiducia celebrado entre tal sociedad y Alianza Fiduciaria S.A., de fecha 14 de mayo de 2003, designa irrevocablemente a la sociedad Lispy S.A. con efectividad a partir de la protocolización del reglamento de propiedad horizontal del El Retiro Centro Comercial, como beneficiaria de los inmuebles descritos en el antecedente cuarto (4º) de las instrucciones impartidas el día 16 de mayo de 2003, y por tal motivo El Retiro Centro Comercial S.A. instruye a Alianza Fiduciaria S.A. para que en nombre del fideicomiso predios El Retiro y de acuerdo con lo previsto en la cláusula 2.1 del contrato de fiducia mercantil antes citado, transfiera el derecho real de dominio a favor de Lispy S.A. sobre los Locales 135 – A, 135 - B, 135 – C y la bodega 01 del El Retiro Centro Comercial en el mismo documento por el cual El Retiro Centro Comercial S.A. transfiera tales inmuebles a Lispy S.A. a título de venta en cumplimiento del contrato de promesa de compraventa y siempre que El Retiro Centro Comercial S.A. manifieste previamente haber recibido el precio a su entera satisfacción”.

17. “Naturalmente y para todos los efectos legales a que haya lugar, la demandante reitera ante el tribunal arbitral, su intención de atender la totalidad de los pagos oportunamente y que está dispuesta a cumplir en la forma convenida.

18. “Por otra parte y de manera especial en la promesa de compraventa, se regularon dos aspectos de particular significación para el presente litigio: el primero, que refleja el pacto de arras previsto en la cláusula 3ª que se fijó en la cantidad de \$ 900.000.000. Y el segundo relativo a las obligaciones de procurar la expedición de la licencia de construcción acorde con el objeto pactado.

“En cuanto el primero se acordó que podía hacerse uso hasta la fecha en la cual se cancelara la primera de los instalamentos en los cuales se dividió la segunda (2ª) cuota, **la que a su turno estaba supeditada a la entrega de la documentación que la convocada debía y se comprometió a tramitar oportunamente y por cuyas dilaciones y demoras era responsable.**

“De manera particular y por constituir la causa de esta acción nos detendremos en estudio del segundo según fue pactado”.

“I. Los planos como elemento esencial de la promesa de compraventa

1. “Como ha quedado relatado, el objetivo de la demandante era hacerse a los inmuebles para la instalación de un almacén Home Sentry. Para ello negoció un precio, una importante área, una ubicación y unas características que constituyeron **el motivo o causa de la negociación.** A fin de corroborar lo anterior transcribimos los diversos apartes de la promesa de compraventa que lo evidencian:

a) “Antecedente Segundo: “Que sobre los lotes la prometedora pretende adelantar... Para tales efectos forman parte del presente contrato de promesa de compraventa como anexo 5 los planos y especificaciones con que contará El Retiro Centro Comercial y **que han servido de fundamento para la celebración del presente contrato de promesa de compraventa** y los cuales se encuentran debidamente suscritos por las partes”.

b) “Cláusula 1ª literal f): “Como se dijo anteriormente, ...**Las partes de común acuerdo declaran que las modificaciones que puedan ser introducidas al proyecto por las autoridades respectivas en los trámites Distritales, serán previamente acordadas entre ellas y que su desarrollo se hará según los respectivos permisos**”.

c) “Cláusula 2ª ordinal b): “ ... la primera de ellas en el plazo de diez (10) días calendario siguientes a la fecha en la cual, la prometedora presente a la prometedora compradora a entera satisfacción de esta, los siguientes documentos:

“Copia de la licencia de construcción debidamente expedida por las autoridades distritales competentes, en la cual se evidencie la autorización de estas para iniciar la construcción del proyecto en la totalidad de Los Lotes, **en los términos fijados en los planos que como anexo 5 forman parte del presente contrato, salvo cambios que eventualmente pudieran ser requeridos por las autoridades distritales, los cuales deberán ser previamente aceptados y acordados entre las partes**”.

d) “Cláusula 10ª literal c): Obligaciones Especiales de la prometedora.

“c) Toda vez que los inmuebles a los cuales se refiere la presente promesa de compraventa no se encuentran levantados en la fecha de suscripción de este contrato, **la prometedora se obliga a no modificar en forma alguna y sin el previo visto bueno y por escrito de la prometedora compradora ninguno de los planos que como anexo 5 forman parte de este contrato y que han servido de causa para la celebración del mismo**”.

2. “Y finalmente en las modificaciones introducidas a la promesa mediante los otrosí 1 y 2, en particular este último, se dijo con respecto a la licencia de construcción:

“... la prometedora continuará adelantando **todas las gestiones que resulten pertinentes para la obtención de la licencia de construcción**, de manera tal que únicamente se considerará que el evento de la condición resolutoria ha sucedido si se niega dicha licencia.

3. “Con tal entorno, resulta que no solamente en una sino en varias ocasiones, se hizo expresa mención de la trascendencia de los planos y de la licencia de construcción; que ellos eran la causa o móvil determinante de la celebración de la promesa de compraventa, que además era conocida por el Retiro, y que aquella debía solicitarse y procurarse en forma tal que satisficiera los ofrecimientos realizados por la convocada y aceptados por la convocante. En tales condiciones se culminó la negociación de la promesa de compraventa en la cual se incorporaron los planos del Centro Comercial elaborados por los arquitectos Srs. Jaime Bolívar Añez y Hernando Heredia Pérez, que si bien forman parte integrante de la promesa de compraventa los acompañó nuevamente como documento 37 en 6 folios”.

“J. Necesidad del plan de implantación, la licencia de construcción, su trámite y su expedición irregular, y la obtención del plan de implantación

1. “Entre los requisitos a cumplir para obtener la licencia de construcción, está el de contar con el plan de implantación. Tal requerimiento surge de lo siguiente: el artículo 459 del Decreto Distrital 619 de 2000 ya citado, conocido como Plan de Ordenamiento Territorial – POT (“POT”) del Alcalde mayor de Bogotá, fue reglamentado por Decreto 1119 de diciembre 28, 2000 e impuso la obligación de contar con un plan de implantación para los desarrollos de edificaciones destinadas a comercio metropolitano y comercio urbano⁽³¹⁾. Tal reglamentación repite la del cuadro anexo 2 – Clasificación de Usos del Suelo incorporado en el POT que define como “Comercio Metropolitano” aquel que supere la cantidad de 6.000 mts² de ventas y como “Comercio Urbano” el que exceda de los 2.000 mts² de ventas⁽³²⁾. En el mismo anexo 2 del POT se consigna la obligación de contar con el plan de implantación.

2. “Por consiguiente siendo el Centro Comercial un edificio de más de 2.000 mts² destinados a comercio, que por ello era considerado como Comercio Urbano, la convocada conocía de la necesidad de obtener el plan de implantación, amén de que así fue informada por el DAPD en oficio 2 – 2002 – 07392 del 10 de abril de 2002⁽³³⁾, aspecto que no transmitió en toda su magnitud a la demandante.

3. “Si el Retiro hubiera tenido alguna reserva con respecto a la licencia de construcción en razón de la obtención del plan de implantación, ha debido ponerla en conocimiento a Lispy desde el ofrecimiento inicial, para saber si ello podía afectar los inmuebles y naturalmente su decisión. Ni a través de la gerencia del proyecto, ni de ninguno de los funcionarios de la convocada se puso de manifiesto la posibilidad de tener tropiezos al respecto y por el contrario todos ellos, expresaron, como también lo hicieron saber al público, y los avisos de periódico así lo reiteran, —en julio 21 de 2003 iniciaría la construcción—, que en el corto plazo ya contaría el Retiro con la licencia respectiva y obviamente con un plan de implantación⁽³⁴⁾.

4. “No obstante que la convocada conocía de la necesidad de contar con el plan de implantación, para tratar de tapar lo que para ese entonces ya era un incumplimiento de “iniciar construcción en julio 21”, la demandada presentó una solicitud de licencia de construcción ante la Curaduría Urbana 4 de Bogotá a cargo de Germán Ruiz Silva y dio aviso al público en general. De dicha solicitud y aviso de prensa, que la acompañó como documento 39, se resalta la petición para levantar tan solo 1966.96 mts² de comercio (curiosamente 33.04 mts² menos de los 2.000 mts² de que habla la norma) y 6231.24 mts² de oficinas. ¿Por qué, Srs. árbitros, tal disparidad cuando en la promesa de compraventa se hablaba de 6.000 mts² de comercio? ¿Por qué si se había anunciado al público en general un área superior para comercio? ¿Se trataba de un error involuntario de la convocada? Categórica y definitivamente NO.

5. “El propósito de pedir dicha autorización era evidente: por una parte, evitar de forma deliberada y a sabiendas, el trámite del plan de implantación, dando la apariencia frente a terceros y ante quienes ya participaban en el proyecto, engañosa por demás, de que la construcción del Centro Comercial se había iniciado. Esto no era cierto, porque como se vino a saber, la solicitud presentada difiere notoriamente de la ofrecida y no existía el plan de implantación. Ello contó con el concurso de Alianza que la firmó como propietaria y de los profesionales Hernando Heredia Pérez, Jaime Bolívar Añez, Armando Palomino Infante y Alfonso Uribe, quienes a sabiendas de que existían notorias discrepancias entre la petición de licencia y lo ofrecido a terceros, suscribieron la documentación para obtener una licencia en contravía de lo ofrecido a Lispy y a estos.

6. “El otro objetivo era dar la impresión ante el público y terceros que en efecto la construcción del Centro Comercial, tal como se había promocionado, se había iniciado cuando a sabiendas el Retiro conocía que no era cierto. Y frente a la administración distrital, el objetivo era dar la apariencia de que se trataba de una construcción que se enmarcaba dentro de los lineamientos del POT y sus decretos reglamentarios, que en razón del área del comercio proyectada (1.966.96 mts²) estaba exenta del plan de implantación.

7. “Lo anterior fue advertido por el interventor en su informe 1 de febrero de 2004 (documento 40) donde dijo:

“3.1. Licencia de construcción

La gerencia adelantó los trámites de la licencia de construcción ante la curaduría 4, la cual fue otorgada el 29 de diciembre de 2003 bajo el número 3-4-1681.

Sin embargo debe anotarse que esta licencia permite construir el edificio proyectado pero no usarlo como centro comercial en toda su área, la licencia prevé el uso comercial en el primer piso, entrando por la calle 82 y uso de oficinas para el resto del edificio. El cambio de uso, a centro comercial, está condicionado a la expedición de la resolución del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, que acepte el Plan de implantación propuesto, según información suministrada por la gerencia el proceso técnico de soporte de la resolución está completo y en el curso de sesenta días máximo será expedida la resolución aprobatoria”.

8. “Sobra resaltar las discrepancias de la solicitud elevada a la Curaduría 4 frente a lo ofrecido a Lispy y a lo que ya era de público conocimiento como quiera que a través de la publicidad y en los volantes entregados, se hablaba de un área destinada a comercio significativamente superior a la que figuró en la solicitud de licencia de

construcción.

9. “No sobra recordar que para la época en que elevó la petición de noviembre 21, 2003 Alianza tenía pleno conocimiento de la existencia de la promesa de compraventa y su alcance como quiera que en el documento denominado “Instrucciones Particulares Emitidas por un Fideicomitente Aportante del Fideicomiso Predios El Retiro” de mayo 16, 2003 que forma parte de aquella y fue aceptado por Alejandro Gartner Escobar en representación de Alianza, se informó en el considerando 4 que “El Retiro Centro Comercial S.A. ha suscrito una promesa de compraventa con la sociedad Lispy S.A, con fecha 16 de mayo de 2003, según la cual la primera promete vender a la segunda, los siguientes inmuebles que harán parte de El Retiro Centro Comercial: los inmuebles tendrán un área construida total de aproximadamente dos mil setecientos setenta y ocho metros cuadrados (2.778 mts²) que formarán parte del proyecto así: ...”. Lo anterior ya era suficiente para conocer que el área de comercio era superior a los 2.000 mts² exigidos por el POT.

10. “En otras palabras, a ciencia y conciencia de Alianza, de los contratistas del Retiro y de la convocada, y conociendo el alcance de la promesa de compraventa, suscribieron una solicitud de licencia de construcción completamente ajena al convenio celebrado, que no coincidía con los planos incorporados en la promesa de compraventa, ni mucho menos con los que sirvieron de soporte a la publicidad del Centro Comercial. Acompañó como Prueba 41 el juego de planos puestos en manos de la Curaduría Urbana 4 en 11 folios.

“En ellos puede apreciarse cómo aparecen, una guardería y una sala cuna en el primer nivel ingresando por la Calle 82 (plancha 3); o cómo en el primer piso, justo en el área del local ofrecido y comprometido con Lispy, figura un vacío rodeado de oficinas (plancha 4) al igual que en el segundo piso (plancha 5), cuando en las ofertas al público se menciona una amplia zona de comidas, según aparece en la plancha 6.

11. “La intención de el Retiro resultaba a todas luces contraria ya que ni de lejos existía el propósito de levantar un proyecto en la forma en que solicitó la licencia de construcción y tan solo procuraba inducir al curador urbano, a quien se le ha asignado el ejercicio de una función pública, a expedir una licencia de construcción que a sabiendas era completamente diferente de la perseguida, naturalmente dando la apariencia de que la construcción del publicitado Centro Comercial era un hecho, cuando en realidad para esa época era un imposible jurídico y constructivo por no contar con el plan de implantación.

12. “Los anteriores planos aparecen aprobados por la arquitecta Silvia López Macía, con matrícula 25202-29272 en nombre de la Curaduría Urbana 4.

13. “Y por lo que toca a las modificaciones, así fueran provisionales y para efectos simplemente de aparentar la existencia de una licencia de construcción, nunca le fueron consultadas a Lispy como era su obligación de conformidad con la promesa de compraventa, ni se obtuvo su previo consentimiento escrito para reformar el diseño, con lo cual se configura un claro incumplimiento de la convocada.

14. “Presentada así la solicitud de licencia de construcción, la Curaduría Urbana 4 a cargo del Dr. Germán Ruiz Silva, la expidió en diciembre 29, 2003 bajo el LC – 03 – 4 – 1681⁽³⁵⁾ y autorizó levantar un área de comercio de 1966.96 mts² - que ni siquiera cubrían el área de los inmuebles -, y de 6.231.24 mts² para oficinas la cual acompañó como documento 42.

15. “Sobra reiterar que la licencia de construcción ofrecida por la convocada para enero 30, 2004 en los términos acordados en la promesa de compraventa no la obtuvo, por lo que la convocada solicitó una prórroga a la promesa de compraventa que se reflejó en el otrosí 1 y en el que se extendió la fecha de entrega de la licencia de construcción hasta marzo 31, 2004.

16. “Y que ya acercándose la nueva fecha acordada en el otrosí 1 (marzo 31, 2004), Julián Bonilla Nieto envió el memorando CCER – 0496 que acompañó como documento 38, en el cual anexa la última respuesta entregada por el DAPD con respecto al trámite del plan de implantación, agregando que esperaba contar con él a finales de abril de 2004, documento que sirvió de justificación para solicitar la prórroga de que da fe el otrosí 2 de marzo 31, 2004, el cual fue autorizado por Lispy nuevamente, en el mejor de los ánimos de colaboración y no obstante que para esa fecha la convocada no había ni siquiera presentado la solicitud de licencia de construcción, con excepción

de la espuria de diciembre de 2003, a la cual ya nos hemos referido. En él se mantuvo nuevamente la misma redacción con respecto a la aplicabilidad del artículo 1546 del C.C. ya transcrita.

17. “Recuérdese que los planos anexos a la promesa de compraventa, únicamente podían modificarse previo el visto bueno de Lispy, ya fuera por exigencia de las autoridades distritales o ya por requisición de la convocada, pues como allí se indicó, los planos, sus dimensiones, su ubicación, etc., constituyeron la causa o el motivo de la negociación. En otras palabras, no podían cambiarse unilateralmente por la demandada. Y si se cambiaban, sin el mutuo consentimiento la promesa de compraventa se estaba incumpliendo⁽³⁶⁾. Y si se estaba incumpliendo no podía protegerse tal conducta con la figura del retracto.

18. “Por otra parte y con el fin de obtener el plan de implantación, la convocada, a través del arquitecto Jaime Bolívar Añez, con radicación 1-2003-10000 de abril 14 de 2003 dio inicio ante el DAPD a la etapa de formulación del plan de implantación, para lo cual acompañó entre otros documentos los esquemas arquitectónicos que contienen la especificación de usos (programa), servicios complementarios, volumetría, alturas, áreas finales, antejardines, aislamientos, índices de ocupación y construcción y etapas de desarrollo.

19. “Contraviniendo lo acordado en la promesa de compraventa, los planos presentados se modificaron y presentaron a consideración del DAPD conjuntamente con el documento de junio 2, 2004 que fue radicado con el 1-2004-16010⁽³⁷⁾ por el arquitecto Jaime Bolívar Añez, sin aprobación de Lispy y al parecer para atender algunas exigencias del DAPD, cuando radicó nuevamente los planos urbanísticos y arquitectónicos definitivos para que le fuera autorizado el plan de implantación del Centro Comercial, según aparece en la Resolución 0342 de junio 24 de 2004 del DAPD que acompañó como documento 43 y que corresponden a los que aprobó finalmente el DAPD.

20. “Con respecto al trámite anterior resulta oportuno recordar una vez más, que los cambios que eventualmente pudieran ser requeridos por las autoridades distritales, deberían ser “previamente aceptados y acordados entre las partes” de manera tal que, afectaran o no los inmuebles, las exigencias de las autoridades distritales debieron consultarse necesariamente con la demandante. Y con mayor razón, si ellas incidían en los inmuebles. Lo anterior NUNCA sucedió. Es decir, la convocada nunca puso en conocimiento de Lispy las modificaciones que en diversas oportunidades sometió, unilateralmente, a estudio del DAPD para obtener la aprobación del plan de implantación, quebrantando deliberadamente sus obligaciones contractuales.

21. “El plan de implantación finalmente fue adoptado por el DAPD por la Resolución 0342 del 24 de junio de 2004. (documento 43) la cual incorporó en 3 planchas los planos presentados por la convocada que forman parte de tal resolución (documento 44)”.

“K. La reforma a los planos, la reforma a la licencia de construcción, el retracto o desenlace de esta historia de incumplimientos reiterados y la conducta abusiva de la convocada.

1. “Y a partir de aquí, cuando se revive un proyecto de construcción que había estado ad portas del fracaso por carencia del plan de implantación, lo que parecía que iba a conducir a un final satisfactorio es cuando se devela el plan que sin lugar a dudas planeó la convocada desde un comienzo: utilizar el nombre de Home Sentry para cautivar clientes y los recursos de Lispy para asegurar la adquisición de los lotes y ahora si, una vez sobrepasados las dificultades económicas y constructivas, prescindir de su comprador al amparo de la cláusula 3ª de la promesa de compraventa, invocando la figura del retracto, destruyendo el principio de confiabilidad y buena fe que debe existir en la ejecución de la contratos y sin legitimidad alguna porque como se ha visto, los planos fueron modificados en forma significativa, y lo continuarán siendo en los próximos días según se advierte a continuación. Veamos.

2. “En el informe de la interventoría de junio de 2004, entregado el 15 de julio de 2004 (subrayamos) al arquitecto Manuel Sarmiento que acompañó como documento 45, se indica:

“Licencia de construcción

Como se anotó en el informe anterior el DAPD solicitó unos aislamientos contra la parte posterior de los predios vecinos al igual que una zona o patio de maniobra de cargue y descargue en la esquina sur oriental, como condición para otorgar el plan de implantación, **el diseñador realizó y presentó las modificaciones**

correspondientes atendiendo y ajustándose a los requerimientos solicitados por la entidad”.

La gerencia recibió el 29 de junio de 2004, la Resolución 0342 del 24 de junio de 2004, por la cual se adopta el plan de implantación al Centro Comercial el retiro (sic) por parte del DAPD (anexo 1), **se procedió a la modificación de los planos generales para ajustarlos a lo dispuesto en la resolución, una vez completos estos planos se procederá a solicitar la modificación de la licencia de construcción ante la Curaduría 4”** (negrilla).

4.1. Diseños.

De acuerdo con el plan de implantación, el Diseñador presentará [en futuro y como un hecho cumplido] los respectivos planos arquitectónicos ante la Curaduría 4 para la licencia de construcción, por lo que siguen estando pendientes los diseños”.

3. “Como se lee la convocada no solo modificó sin el concurso de Lispy los planos para obtener el plan de implantación, sino también los particulares de los inmuebles, cuando era conocido que unos y otros debían ser discutidos y acordados con la demandante. Pero lo que es más grave: las modificaciones a los planos particulares de los inmuebles como se verá sobrepasaron las afectaciones derivadas de los requerimientos impuestos por el DAPD, ya que estas tan solo incidían en algunas zonas menores como puede observarse en el documento 51, en el cual se ajustan los planos incorporados en la promesa de compraventa descontando las áreas afectadas por el DAPD a través del plan de implantación. Al comparar los planos (en verde los originales y en amarillo las incidencias de la decisión del DAPD) puede verse que son mínimas pues únicamente afectan los inmuebles en la necesidad de un vacío de aproximadamente 50 mts² en una de sus esquinas. Nada más.

4. “Pero si lo anterior no fuere suficiente, la convocada ha aducido que el DAPD impuso las variaciones que condujeron a la convocada a modificar, también unilateralmente, los planos particulares de los inmuebles⁽³⁸⁾, cuando era evidente que el procedimiento estaba viciado desde su origen y había sido incumplido por la demandada. Nunca las variaciones impuestas por el DAPD afectaron los inmuebles en forma significativa.

5. “Ahora bien, mientras el interventor enviaba su informe de julio 15, 2004, a espaldas de la demandante y como aparece en la solicitud de Licencia SLCO – 04 – 4 – 1396 que acompaño como documento 46, el día anterior, ello es el 14 de julio de 2004 la convocada, nuevamente con la firma de Alianza, Hernando Heredia Pérez, Jaime Bolívar Añez, Armando Palomino y Alfonso Uribe, radicó ante la Curaduría 4 de Bogotá, una solicitud de modificación, ampliación y adecuación a licencia de construcción expedida en diciembre, 2003, acompañando unos planos significativamente diferentes (documento 47) a los que habían dado lugar a la celebración de la promesa de compraventa con los cambios sustanciales que se pueden observar en el documento 50 consistentes en suprimir grandes áreas de los inmuebles en los dos pisos que aparecen marcadas en rojo, comparadas con los originales.

6. “De la anterior solicitud, la convocada dio aviso a los vecinos y al público en general mediante comunicaciones enviadas a aquellos, y notificada a este a través del diario La República de julio 27 de 2004. Esta fecha resulta importante pues simultáneamente, el mismo día se invocaba por la convocada el retracto como respuesta al aviso de incumplimiento que ya estaba anunciado por Lispy. Los acompaño a este escrito en 7 folios como documento 48.

7. “Pero concomitantemente con lo anterior, en julio 16, 2004 los funcionarios de Lispy fueron invitados a una reunión a la cual asistieron por parte de esta sociedad María Patricia Bernal y Lucio Bernal Castaño, y por parte de la demandada los señores Julián Bonilla Nieto, Abel Rachid y Yamal Rachid.

“En ella los encargados de la convocada le presentaron a los delegados de Lispy, no para su discusión y aprobación como era su compromiso contractual, sino como definitivos, diez (10) planchas de los planos del Centro Comercial en los cuales se hacían severas y significativas reformas a los planos ofrecidos a Lispy. Es decir le “notificaron” el cambio a Lispy como un “hecho cumplido”. Como documento 49 acompaño los mencionados ejemplares y como documento 50 acompaño en 4 folios las implicaciones de las variaciones más significativas y supresiones “dispuestas” por la convocada.

8. “En esa ocasión Abel Rachid indicó que la razón de las variaciones provenían de la imperiosa necesidad de

mantener una utilidad cercana a los \$ 8.000 millones y que en particular ello no se alcanzaba en razón de las modificaciones dispuestas por el DAPD, que como anotamos nunca se sometieron a la aprobación previa de Lispy y que tampoco la justificaba pues las variaciones del DAPD afectaron en muy poco los inmuebles como se ven en los planos que como documento 51 acompaño. Y en cuanto a las afectaciones sobre el Centro Comercial en general también en el documento 51 se pueden observar sus implicaciones en los cambios marcados para ilustración del tribunal arbitral sobre las planchas 4 y 5, las cuales podían incidir en otros locales pero no en los inmuebles.

9. “Dicha reunión no procuró alcanzar un mutuo entendimiento con respecto a los cambios sugeridos por el DAPD, ni tampoco la discusión armoniosa tendiente a acordar la modificación en los planos sino la imposición unilateral por parte de una de ellas con el exclusivo propósito de salvaguardar sus exclusivos intereses económicos consistentes en mantener, a costa de Lispy, una utilidad proyectada por las ventas del Centro Comercial.

“Nótese por demás que los restantes locales de alguna envergadura no se afectaron. Y lo más importante es que, dándolo por descontado, los planos ya habían sido presentados ante la Curaduría Urbana 4 de Bogotá desde julio 14, 2004 con miras a la obtención de la licencia de construcción, diseños que corresponden a los que aparecen elaborados en agosto 11, 2004 (documento 52). En fin, en tal reunión se anotó, por parte de los funcionarios de la convocada que esos eran los planos que Lispy tenía que aceptar si o si, agregando por demás, que ya habían sido radicados ante los funcionarios encargados de otorgar la licencia de construcción.

10. “La licencia de construcción fue expedida por la Curaduría 4 de Bogotá en agosto 31, 2004 y aparece como una modificación a la 034 1681 de diciembre 29, 2003 (documento 53).

11. “Conocidos los planos presentados en la reunión de julio 16, 2004, Lispy redactó la comunicación que fechó el 23 de ese mismo mes, y que entregó a su destinatario Julián Bonilla Nieto en julio 26 del año que corre (documento 54). Allí la convocante anotó que le resultaban inaceptables las variaciones incorporadas en los planos y que ellas no podían ser unilateralmente impuestas por una de las partes con desconocimiento de los términos acordados, máxime cuando convertían un local de 2 pisos en uno de 3, reduciendo en 20% el área comercial de primer piso, suprimiendo las fachadas internas sobre los corredores y el área de descargue, entre otros motivos de inconformidad que se puntualizaron en un memorando entregado a la convocada.

“Agregó que “les solicitamos requerir al arquitecto diseñador alternativas que tengan como parámetro básico el contrato ya firmado y no ejercicios libres donde no se respetan compromisos adquiridos y donde pareciera se hacen modificaciones donde no se miden los derechos y los perjuicios de Home Sentry/Lispy. Con base en alternativas que respeten los compromisos básicos que pactamos, estaríamos atentos para discutir modificaciones que sean necesarias”.

12. “Y para sorpresa de Uds., tan solo unas pocas horas después de recibida la nota de insatisfacción de Lispy, Mauricio Rachid Garcés, remata lo que tan finamente se venía tejiendo desde el primer trimestre de 2003 y envía la nota de julio 27, 2004, en la que anuncia que “El Retiro Centro Comercial S.A., en su condición de prometiente vendedora, ha resuelto hacer uso del derecho de retracto” (documento 55) cuando ya el incumplimiento de la convocada era un hecho consumado: ya se habían modificado los planos en reiteradas ocasiones sin el consentimiento de la demandante de manera que el ejercicio del retracto no podía tener cabida pues no puede utilizarse este mecanismo para encubrir un incumplimiento que se había puesto de manifiesto por anticipado por la otra parte⁽³⁹⁾.

13. “Adicionalmente la utilización de la cláusula contractual resulta más que abusiva y desviada de su fin y ha sido provocada por los actos propios de la demandante ya que si bien en la cláusula 3ª de la promesa de compraventa se acordó que de ella podía hacerse uso hasta cuando se cancelara el primero de los instalamentos en los cuales se sub dividió la segunda (2ª) cuota, esos pagos quedaron condicionados a la entrega de una detallada documentación a cargo de la convocada y por cuya ausencia se prorrogó en 2 ocasiones, de manera tal que la extensión de los plazos se debió exclusivamente a la responsabilidad de la convocada y su aprovechamiento, a través del retracto, resulta entonces a todas luces abusivo y desviado de la finalidad propia señalada en la ley, que no pueden tener amparo judicial. La actitud de la convocada, que se ha explicado, resulta semejante a la conducta descrita en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1937 que al señalar algunos ejemplos de abuso del derecho indica que incurre

en él “el litigante que confiando su causa menos en el examen cauteloso de su derecho que en el albur de todo pleito, promueve temeraria controversia judicial, **y después de someter al adversario a larga, costosa y reñida lucha, inesperadamente desiste de ella atento a eludir inminente fallo adverso** , que le diese a la contraparte la victoria judicial”⁽⁴⁰⁾.

14. “Tal proceder fue repudiado por Lispy por apartarse de los cánones de ejecución de buena fe, colaboración, confianza, verosimilitud de los contratos⁽⁴¹⁾, en la comunicación de agosto 6, 2004 la cual acompañó como documento 56, en la que rechazó la utilización del retracto pues, como ha quedado evidenciado en el recuento anterior y se confirmará en el curso del proceso, con ella se pretendió ocultar o desconocer el incumplimiento que se había presentado cuando la convocada (i) obtuvo una licencia de construcción con unos planos que nunca fueron debatidos con la convocante y que para nada reflejan la intención de las partes, (ii) presentó a consideración de las autoridades distritales para la aprobación del plan de implantación unos planos del Centro Comercial, diferentes de los convenidos cuando tenía obligación de haberlos consultado, (iii) presentó a consideración de la Curaduría 4 unos planos que afectaban severamente a Lispy, modificados unilateralmente los que habían dado origen a la promesa de compraventa y eran su causa, con el fin de obtener una licencia de construcción que se alejaba de las condiciones bajo las cuales se había negociado y (iv) trató de imponer unos planos a Lispy, en la reunión de julio 16, 2004 también diferentes de los acordados.

15. “Pero no obstante lo anterior, a instancias de Lucio Bernal Castaño se promovió una nueva reunión que se llevó en las oficinas de la sociedad Aldea proyectos Inmobiliarios Ltda. a la cual asistieron por parte de Lispy, Lucio Bernal Castaño y sus asesores legales, y por la convocada, Julián Bonilla Nieto y Rodrigo Serna Londoño, funcionario de Espacios Urbanos. En ella, la convocante reafirmó su intención de evitar una confrontación judicial y presentó algunas propuestas de construcción alternativas a las recibidas en julio 16, 2004. Nada de ello tuvo eco como quiera que Bonilla Nieto, como vocero de la convocada, reiteró que los cambios resultaban indispensables toda vez que era la única manera de conservar la utilidad del proyecto e inmodificables por cuanto ya estaban a consideración de la Curaduría Urbana 4, de manera que reiteró la decisión de los promotores del proyecto de utilizar la figura del retracto ya comunicado en julio 27, 2004.

16. “Como lo anterior significaba un rechazo de marca mayor a la posibilidad de alcanzar un entendimiento que evitara llegar a las instancias judiciales, la convocante envió una nueva comunicación en agosto 12, 2004 en la que ponía de presente la inconveniencia de esa determinación. Tal documento lo acompañó como documento 57 y allí se invita nuevamente a la convocada a la reflexión. Fue contestada por la de agosto 17 de 2004, que acompañó como documento 58, donde el Retiro afirma:

“La sociedad que represento siempre se manifestó atenta a sus observaciones. Infortunadamente, su posición radical **frente a las modificaciones que debieron efectuarse a los locales prometidos en venta obligó a esta sociedad a ejercer el derecho de retracto en los términos previstos en el contrato**”.

17. “Sin lugar a dudas los términos son elocuentes: ¿Cuáles eran las modificaciones que ‘debieron efectuarse’? ¿Cuáles eran ellas que en forma imperativa hacían variar el diseño, ubicación y área de los locales prometidos en venta? Cuáles de todas ellas eran impuestas por alguna autoridad? Ninguna. Como se observa en el documento 51, el impacto de los requerimientos impuestos por el DAPD, no conllevaban a la modificación sustancial de los planos incorporados en la promesa de compraventa.

18. “Los motivos reales que condujeron a invocar el retracto no fue el libre y leal ejercicio de un derecho, sino el abuso del mismo para anteponer una cortina de humo al incumplimiento previo de la convocada, puesto de presente y rechazado por la sociedad Lispy. Las variaciones, como se acreditará en el curso del proceso, no obedecieron, salvo algunas menores, a exigencias de las autoridades distritales (que por demás eran indispensables acordarlas previamente entre las partes), sino a cambios con miras a conservar las proyectadas utilidades. Nótese por ejemplo cómo el otro local que sirvió de gancho para las ventas, el de la Riviera, ni siquiera se afectó con los nuevos planos. El único significativamente variado era el del almacén Home Sentry. Por qué?

19. “Sin embargo y en aras de alcanzar un entendimiento entre las partes, la convocante aceptó la celebración de la reunión ofrecida en la comunicación de agosto 17 (documento 58) y a ella asistieron por la convocada los señores Yamal y Mauricio Rachid, Efraín Izquierdo y sus asesores legales, y por la demandante el Sr. Lucio Bernal

Castaño, María Patricia Bernal Castaño y sus asesores legales. Nuevamente se invitó por Lispy a la cordura en la ejecución de la promesa de compraventa llegando inclusive a expresar su voluntad de acogerse íntegramente a los planteamientos arquitectónicos propuestos en la reunión de julio 16, 2004 con el fin de permitirle a la convocada hacerse a las utilidades que tanto anhelaba.

20. “Cual no sería la sorpresa cuando en agosto 23, 2004 y no obstante lo expuesto en la reunión del 19 de ese mes, Lispy recibió una nueva comunicación de ese día que acompañó como documento 59 en la cual la demandada insiste una vez más en su decisión, dejando entrever que la propuesta no pretendía cosa distinta de justificar un retracto a todas luces abusivo. ¿Por qué ahora lo planteado por la convocada en la reunión de julio 16, 2004 no resultaba admisible para esa sociedad si era aceptado íntegramente por Lispy? ¿Acaso con ello no se dejaba de lado la “radical posición” que en la carta de agosto 17 se invocaba como causa eficiente de la decisión de la convocada? Porque con lo anterior se perseguía a todas luces apear a Lispy a como diera lugar, luego de la colaboración prestada y porque otras eran las intenciones como la de hacerse a unas utilidades que habían sido promovidas en primera instancia con los recursos e imagen de Home Sentry quien ahora resultaba un “socio” que estorbaba.

21. “La extrañeza frente a tal determinación fue puesta de presente por Lispy en la comunicación de agosto 26, 2004 que anexo como documento 60, la cual fue contestada por la demandada en agosto 27, 2004 que igual anexo como documento 61, en la que, cual contorsionista, varía ahora su justificación para hacer uso del retracto con la siguiente frase:

“... Sobre el particular, nos permitimos reiterarle que la decisión de El Retiro centro comercial S.A. de retractarse de la celebración del contrato de compraventa prometido a Lispy S.A. se adoptó en atención a las varias y severas comunicaciones de esta sociedad anunciando medidas judiciales por un supuesto incumplimiento”.

22. “Para rebatir lo anterior (aun cuando la frase es demostrativa de su preocupación frente al descubrimiento puesto de presente pro Lispy), basta con leer la comunicación de agosto 17, 2004 en la cual se justificaba su decisión en la posición radical de Lispy ante las modificaciones a los locales. Ahora el soporte de la determinación se achaca a las severas comunicaciones anunciando un supuesto incumplimiento. La verdad monda y lironda es que la convocada pretendió bajo el manto del retracto ocultar un innegable incumplimiento y unas ansias de lucro, para hacerse a unas utilidades que fueron, en su parte más que significativa, el fruto del compromiso y aporte de Lispy con un proyecto comercial que a la sazón era un verdadero fracaso y con miras a cumplir un contrato que celebró de buena fe y ejecutó. Tanto es así que “lanzó nuevamente” al comercio los locales sobre el área comprometida con Lispy, ahora subdividiéndolo en pequeños locales para procurar las utilidades de las cuales había prescindido desde el inicio (documento 62)”.

“L. Perjuicios

1. “El proceder e incumplimiento de la demandada ha generado innumerables perjuicios a la convocante como quiera que la ha privado de contar con los inmuebles en forma oportuna dejando de percibir unas utilidades mensuales de aproximadamente \$ 425.000.000. Como documento 63 acompañó las proyecciones de ingresos y egresos de un almacén de esta naturaleza en el cual se observa su término de maduración, sus ingresos esperados y demás condiciones financieras, así como sus fundamentos técnicos.

2. “Por otra parte en caso de que no se obtenga la entrega y transferencia de los inmuebles, ello obedece a la exclusiva culpa y responsabilidad de la demandada quien de esta manera ha generado perjuicios, adicionales a los anteriores, equivalentes al valor de los inmuebles a título de daño emergente de acuerdo con la valoración que para tal efecto debe realizar el perito que para dicho propósito se designe en la etapa probatoria.

3. “Igualmente, se han generado perjuicios y enriquecimientos indebidos en las arcas de la convocada con motivo de la utilización de las Marcas y en especial del nombre Home Sentry como eje central de las ventas del Centro Comercial, y por el abuso que ha representado la invocación de la figura del derecho de retracto, así como de la ejecución alejada de los parámetros de la buena fe que al igual deberán ser valorados por expertos.

4. “Para finalizar su imagen comercial se ha visto deteriorada como quiera que creyendo en que el Centro

Comercial sería un hecho, ha generado expectativas entre sus clientes quienes ahora estiman que han faltado a la seriedad propia de los almacenes Home Sentry”.

“M. Síntesis

1. “A manera de síntesis podemos decir entonces que la promesa de compraventa se incumplió por la convocada por cuanto en ninguna de las ocasiones en las cuales presentó modificaciones a los planos del Centro Comercial y a los particulares de los inmuebles, ya fuera ante el DAPD ante la Curaduría 4 de Bogotá o ante el propio Lipsy, solicitó ni obtuvo el previo consentimiento escrito de la demandante como estaba pactado.

2. “Dichos incumplimientos fueron puestos de presente a la convocada de manera tal que no podía, puesto que ya había sido incumplida la promesa de compraventa, sanear su conducta mediante el uso de la figura del retracto para abstenerse de atender sus obligaciones.

3. “Por demás apelar a la figura del retracto por la convocada corresponde a una ejecución apartada de la buena fe que debe primar en el cumplimiento de los contratos y con un evidente abuso del derecho, y obedeció a una maniobra diseñada desde el primer trimestre del año 2003 por el Retiro que debe ser proscrita por el juez con la consecuente indemnización de perjuicios”⁽⁴²⁾.

F. Pretensiones de la demanda principal

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

“A. Pretensiones principales – incumplimiento, ejecución de la promesa de compraventa, declaratoria de abuso del derecho e indemnización de perjuicios por incumplimiento y abuso del derecho.

1. “Se declare que El Retiro Centro Comercial S.A., incumplió el contrato de promesa de compraventa celebrado con Lipsy S.A. en mayo 16, 2003 relativo a los locales 135 A, 135 B, 135 C y Bodega 01 de El Retiro Centro Comercial junto con sus enmiendas y modificaciones.

2. “Se declare que El Retiro Centro Comercial S.A. se encuentra obligado a cumplir y ejecutar íntegramente el contrato de promesa de compraventa suscrito entre El Retiro Centro Comercial y Lipsy S.A., en mayo 16, 2003 y por ende, a transferir en favor de Lipsy S.A. dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga, o en subsidio, en el término que señale el tribunal de Arbitramento, el derecho de dominio y posesión material sobre los locales 135 A, 135 B, 135 C y Bodega 01 de El Retiro Centro Comercial en los términos, condiciones, linderos, cabida y especificaciones señalados en tal promesa de compraventa junto con sus enmiendas y modificaciones, ajustándolas a las exigencias y modificaciones impuestas por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital - DAPD.

3. “Se declare que el retracto planteado por El Retiro Centro Comercial S.A., mediante la comunicación de julio 27, 2004 al contrato de promesa de compraventa celebrado con Lipsy S.A. en mayo 16, 2003 relativo a los locales 135 A, 135 B, 135 C y Bodega 01 de El Retiro Centro Comercial junto con sus enmiendas y modificaciones, constituye un acto abusivo del derecho y por consiguiente, carente de eficacia legal.

4. “Se condene a El Retiro Centro Comercial S.A. a pagar a Lipsy S.A. dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga, la totalidad de los perjuicios en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante derivados del incumplimiento contractual de El Retiro Centro Comercial S.A. y del abuso del derecho, junto con sus correspondientes actualizaciones por pérdida del valor adquisitivo, intereses corrientes y ajustes monetarios, así como al pago de los intereses de mora a la máxima tasa permitida por la ley colombiana a partir de la fecha de su vencimiento de conformidad con la estimación que se realice en el curso del proceso.

5. “Se condene a El Retiro Centro Comercial S.A. al pago de la totalidad de las costas y agencias en derecho”.

“B. Pretensiones subsidiarias de primer grado – incumplimiento, ejecución de la promesa de compraventa e indemnización de perjuicios por incumplimiento.

“En el evento en que las pretensiones principales no prosperen, atentamente solicito al honorable tribunal de arbitramento se sirva acceder a las siguientes:

1. “Se declare que El Retiro Centro Comercial S.A., incumplió el contrato de promesa de compraventa celebrado con Lispy S.A. en mayo 16, 2003 relativo a los locales 135 A, 135 B, 135 C y Bodega 01 de El Retiro Centro Comercial junto con sus enmiendas y modificaciones.

2. “Se declare que El Retiro Centro Comercial S.A. se encuentra obligado a cumplir y ejecutar íntegramente el contrato de promesa de compraventa suscrito entre El Retiro Centro Comercial y Lispy S.A., en mayo 16, 2003 y por ende, a transferir en favor de Lispy S.A. dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga, o en subsidio, en el término que señale el tribunal de Arbitramento, el derecho de dominio y posesión material sobre los locales 135 A, 135 B, 135 C y Bodega 01 de El Retiro Centro Comercial en los términos, condiciones, linderos, cabida y especificaciones señalados en tal promesa de compraventa junto con sus enmiendas y modificaciones, ajustándolas a las exigencias y modificaciones impuestas por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital - DAPD.

3. “Se condene a El Retiro Centro Comercial S.A. a pagar a Lispy S.A. dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga, la totalidad de los perjuicios en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante derivados del incumplimiento contractual de El Retiro Centro Comercial S.A., junto con sus correspondientes actualizaciones por pérdida del valor adquisitivo, intereses corrientes y ajustes monetarios, así como al pago de los intereses de mora a la máxima tasa permitida por la ley colombiana a partir de la fecha de su vencimiento de conformidad con la estimación que se realice en el curso del proceso.

4. “Se condene a El Retiro Centro Comercial S.A. al pago de la totalidad de las costas y agencias en derecho”.

“C. Pretensiones subsidiarias de segundo grado – declaratoria de abuso del derecho en el ejercicio del retracto, ejecución de la promesa de compraventa e indemnización de perjuicios.

“En el evento en que las anteriores pretensiones principales y subsidiarias no prosperen, atentamente solicito al honorable tribunal de arbitramento se sirva acceder a las siguientes:

1. “Se declare que el retracto planteado por El Retiro Centro Comercial S.A., mediante la comunicación de julio 27, 2004 al contrato de promesa de compraventa celebrado con Lispy S.A. en mayo 16, 2003 relativo a los locales 135 A, 135 B, 135 C y Bodega 01 de El Retiro Centro Comercial junto con sus enmiendas y modificaciones, constituye un acto abusivo del derecho y por consiguiente carente de eficacia legal.

2. “Se declare que El Retiro Centro Comercial S.A. se encuentra obligado a cumplir y ejecutar íntegramente el contrato de promesa de compraventa suscrito entre El Retiro Centro Comercial y Lispy S.A., en mayo 16, 2003 y por ende, a transferir en favor de Lispy S.A. dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga, o en subsidio, en el término que señale el tribunal de arbitramento, el derecho de dominio y posesión material sobre los locales 135 A, 135 B, 135 C y Bodega 01 de El Retiro Centro Comercial en los términos, condiciones, linderos, cabida y especificaciones señalados en la promesa de compraventa junto con sus enmiendas y modificaciones, ajustándolas a las exigencias y modificaciones impuestas por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital - DAPD.

3. “Se condene a El Retiro Centro Comercial S.A. a pagar a Lispy S.A. dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga, la totalidad de los perjuicios en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante derivados del abuso del derecho de El Retiro Centro Comercial S.A., junto con sus correspondientes actualizaciones por pérdida del valor adquisitivo, intereses corrientes y ajustes monetarios, así como al pago de los intereses de mora a la máxima tasa permitida por la ley colombiana a partir de la fecha de su vencimiento de conformidad con la estimación que se realice en el curso del proceso.

4. “Se condene a El Retiro Centro Comercial S.A. al pago de la totalidad de las costas y agencias en derecho”.

“D. Pretensiones subsidiarias de tercer grado – declaratoria de abuso del derecho en el ejercicio del retracto e indemnización de perjuicios.

“En el evento en que las anteriores pretensiones principales y subsidiarias no prosperen, atentamente solicito al honorable tribunal de arbitramento se sirva acceder a las siguientes:

1. “Se declare que el retracto planteado por El Retiro Centro Comercial S.A., mediante la comunicación de julio 27, 2004 al contrato de promesa de compraventa celebrado con Lispy S.A. en mayo 16, 2003 relativo a los locales 135 A, 135 B, 135 C y Bodega 01 de El Retiro Centro Comercial junto con sus enmiendas y modificaciones, constituye un acto abusivo del derecho.

2. “Se condene a El Retiro Centro Comercial S.A. a pagar a Lispy S.A. dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga, la totalidad de los perjuicios derivados del acto abusivo de El Retiro Centro Comercial S.A. en sus dos modalidades de daño emergente y lucro cesante, en particular pero no limitados a reconocer el monto equivalente a contar con un local de las características, valor, dimensiones y ubicación de los prometidos en venta, los dineros invertidos en profesionales, estudios, etc. para la adecuación de los locales a los cuales se refiere el contrato de promesa de compraventa más los ocasionados a título de lucro cesante por haber dejado de usufructuar dichos inmuebles, junto con sus correspondientes actualizaciones por pérdida del valor adquisitivo, intereses corrientes, y ajustes monetarios, así como al pago de los intereses de mora a la máxima tasa permitida por la ley colombiana a partir de la fecha de su vencimiento de conformidad con la estimación que se realice en el curso del proceso.

3. “Se condene a El Retiro Centro Comercial S.A. al pago de la totalidad de las costas y agencias en derecho”.

“E. Pretensiones subsidiarias de cuarto grado – nulidad de la promesa de compraventa por el vicio de dolo de la convocada e indemnización de perjuicios.

“En el evento en que las anteriores pretensiones principales y subsidiarias no prosperen, atentamente solicito al honorable tribunal de arbitramento se sirva acceder a las siguientes:

1. “Se declare que el contrato de promesa de compraventa celebrado entre El Retiro Centro Comercial S.A. y Lispy S.A. en mayo 16, 2003 relativo a los locales 135 A, 135 B, 135 C y Bodega 01 de El Retiro Centro Comercial junto con sus enmiendas y modificaciones es nulo por haberse celebrado con dolo por El Retiro Centro Comercial S.A.

2. “Se condene a El Retiro Centro Comercial S.A. a restituir a Lispy S.A., dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga, la cantidad de dos mil ciento sesenta y un millones trescientos veintiocho mil trescientos sesenta y siete pesos moneda corriente (\$ 2.161.328.367 m/cte) correspondiente al monto de las sumas entregadas como cuota inicial, junto con sus correspondientes actualizaciones por pérdida del valor adquisitivo, intereses corrientes y ajustes monetarios, más sus intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley colombiana. En el evento de mora en el pago de las sumas anteriores, la condena deberá extenderse al pago de los intereses de mora sobre las sumas adeudadas a la máxima tasa permitida por la ley colombiana hasta cuando el pago se verifique.

3. “Se condene a El Retiro Centro Comercial S.A. a pagar a Lispy S.A. dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga, la totalidad de los perjuicios derivados de la nulidad proveniente del dolo de El Retiro Centro Comercial S.A. en sus dos modalidades de daño emergente y lucro cesante, en particular pero no limitados a reconocer el monto equivalente a contar con un local de las características, valor, dimensiones y ubicación de los prometidos en venta, los dineros invertidos en profesionales, estudios, etc. para la adecuación de los locales a los cuales se refiere el contrato de promesa de compraventa más los ocasionados a título de lucro cesante por haber dejado de usufructuar dichos inmuebles, junto con sus correspondientes actualizaciones por pérdida del valor adquisitivo, intereses corrientes, y ajustes monetarios, así como al pago de los intereses de mora a la máxima tasa permitida por la ley colombiana a partir de la fecha de su vencimiento de conformidad con la estimación que se realice en el curso del proceso.

4. “Se condene a El Retiro Centro Comercial S.A. al pago de la totalidad de las costas y agencias en derecho”.

“F. Pretensiones subsidiarias de quinto grado – nulidad de la promesa de compraventa por el vicio de error generado por la convocada e indemnización de perjuicios.

“En el evento en que las anteriores pretensiones principales y subsidiarias no prosperen, atentamente solicito al honorable tribunal de arbitramento se sirva acceder a las siguientes:

1. “Se declare que el contrato de promesa de compraventa celebrado entre El Retiro Centro Comercial S.A. y Lispy S.A. en mayo 16, 2003 relativo a los locales 135 A, 135 B, 135 C y Bodega 01 de El Retiro Centro Comercial junto con sus enmiendas y modificaciones es nulo por estar viciado el consentimiento de Lispy S.A. por el vicio de error inducido por El Retiro Centro Comercial S.A.

2. “Se condene a El Retiro Centro Comercial S.A. a restituir a Lispy S.A., dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga, la cantidad de dos mil ciento sesenta y un millones trescientos veintiocho mil trescientos sesenta y siete pesos moneda corriente (\$ 2.161.328.367 m/cte) correspondiente al monto de las sumas entregadas como cuota inicial, junto con sus correspondientes actualizaciones por pérdida del valor adquisitivo, intereses corrientes y ajustes monetarios, más sus intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley colombiana. En el evento de mora en el pago de las sumas anteriores, la condena deberá extenderse al pago de los intereses de mora sobre las sumas adeudadas a la máxima tasa permitida por la ley colombiana hasta cuando el pago se verifique.

3. “Se condene a El Retiro Centro Comercial S.A. a pagar a Lispy S.A. dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga, la totalidad de los perjuicios derivados de la nulidad proveniente del error generado por El Retiro Centro Comercial S.A. en sus dos modalidades de daño emergente y lucro cesante, en particular pero no limitados a reconocer el monto equivalente a contar con un local de las características, valor, dimensiones y ubicación de los prometidos en venta, los dineros invertidos en profesionales, estudios, etc. para la adecuación de los locales a los cuales se refiere el contrato de promesa de compraventa más los ocasionados a título de lucro cesante por haber dejado de usufructuar dichos inmuebles, junto con sus correspondientes actualizaciones por pérdida del valor adquisitivo, intereses corrientes, y ajustes monetarios, así como al pago de los intereses de mora a la máxima tasa permitida por la ley colombiana a partir de la fecha de su vencimiento de conformidad con la estimación que se realice en el curso del proceso.

4. “Se condene a El Retiro Centro Comercial S.A. al pago de la totalidad de las costas y agencias en derecho”.

“G. Pretensiones subsidiarias de sexto grado – incumplimiento de la promesa de compraventa, resolución de la promesa de compraventa e indemnización de perjuicios.

“En el evento en que las anteriores pretensiones principales y subsidiarias no prosperen, atentamente solicito al honorable tribunal de arbitramento se sirva acceder a las siguientes:

1. “Se declare que El Retiro Centro Comercial S.A., incumplió el contrato de promesa de compraventa celebrado con Lispy S.A. en mayo 16, 2003 relativo a los locales 135 A, 135 B, 135 C y Bodega 01 de El Retiro Centro Comercial junto con sus enmiendas y modificaciones.

2. “Se decrete la resolución del contrato de promesa de compraventa celebrado entre El Retiro Centro Comercial S.A. y Lispy S.A. en mayo 16 de 2003 por el incumplimiento de El Retiro Centro Comercial S.A.

3. “Se condene a El Retiro Centro Comercial S.A. a restituir a Lispy S.A., dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga, la cantidad de dos mil ciento sesenta y un millones trescientos veintiocho mil trescientos sesenta y siete pesos moneda corriente (\$ 2.161.328.367 m/cte) correspondiente al monto de las sumas entregadas como cuota inicial, junto con sus correspondientes actualizaciones por pérdida del valor adquisitivo, intereses corrientes, y ajustes monetarios, más sus intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley colombiana. En el evento de mora en el pago de las sumas anteriores, la condena deberá extenderse al pago de los intereses de mora sobre las sumas adeudadas a la máxima tasa permitida por la ley colombiana hasta cuando el pago se verifique.

4. “Se condene a El Retiro Centro Comercial S.A. a pagar a Lispy S.A. dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga, la totalidad de los perjuicios derivados de la nulidad proveniente del error generado por El Retiro Centro Comercial S.A. en sus dos modalidades de daño emergente y lucro cesante, en particular pero no limitados a reconocer el monto equivalente a contar con un local de las características, valor,

dimensiones y ubicación de los prometidos en venta, los dineros invertidos en profesionales, estudios, etc. para la adecuación de los locales a los cuales se refiere el contrato de promesa de compraventa más los ocasionados a título de lucro cesante por haber dejado de usufructuar dichos inmuebles, junto con sus correspondientes actualizaciones por pérdida del valor adquisitivo, intereses corrientes, y ajustes monetarios, así como al pago de los intereses de mora a la máxima tasa permitida por la ley colombiana a partir de la fecha de su vencimiento de conformidad con la estimación que se realice en el curso del proceso.

5. “Se condene a El Retiro Centro Comercial S.A. al pago de la totalidad de las costas y agencias en derecho”.

H. Pretensiones subsidiarias de séptimo grado – enriquecimiento sin causa

“En subsidio de las anteriores pretensiones principales y subsidiarias, atentamente solicito se sirva al Honorable tribunal de Arbitramento acceder a las siguientes:

1. “Se declare que en la celebración y ejecución del contrato de promesa de compraventa suscrito en mayo 16, 2003 entre El Retiro Centro Comercial S.A. como prometiende vendedor y Lispy S.A. como prometiende comprador relativo a los locales 135 A, 135 B, 135 C y Bodega 01 de El Retiro Centro Comercial junto con sus enmiendas y modificaciones, existió un enriquecimiento sin justa causa a favor de El Retiro Centro Comercial S.A. como resultado de la comercialización de El Retiro Centro Comercial y la utilización y aprovechamiento del nombre Home Sentry y las marcas Sentry y Home Sentry.

2. “Se condene a El Retiro Centro Comercial S.A. a pagar a Lispy S.A. dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga, la totalidad de los perjuicios en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante derivados enriquecimiento sin justa causa con el cual se benefició El Retiro Centro Comercial S.A. junto con sus correspondientes actualizaciones por pérdida del valor adquisitivo, intereses corrientes, y ajustes monetarios, así como al pago de los intereses de mora a la máxima tasa permitida por la ley colombiana a partir de la fecha de su vencimiento hasta cuando el pago se realice de conformidad con la estimación que se realice en el curso del proceso.

3. “Que se condene a El Retiro Centro Comercial S.A. al pago de la totalidad de las costas y agencias en derecho”.

G. Excepciones contenidas en la contestación a la demanda principal.

En la contestación de la demanda principal la parte convocada propuso las siguientes excepciones:

1. Inexistencia de los derechos reclamados.

2. Dolo.

3. Compensación entre cualquier suma que la convocada llegare a pagar a la convocante por sobre el capital recibido en desarrollo de la promesa de compraventa, y cualquier derecho que eventualmente le fuere reconocido a la demandante.

H. Hechos en que se basa la demanda de reconvención

La demanda de reconvención se fundamenta en los siguientes hechos:

1. “Con fecha 16 de mayo del año 2003, entre la parte demandada en reconvención y la demandante, se suscribió la promesa de contrato de compraventa. En desarrollo de dicha promesa, la convocante en reconvención recibió dos pagos, así: el primero el día 16 de mayo del año 2003, por la suma de mil cuarenta y seis millones cuatrocientos noventa y dos mil seiscientos once pesos (\$1.046.492.611), y el segundo por la suma de mil ciento catorce millones ochocientos treinta y cinco mil setecientos cincuenta y seis pesos (\$1.114.835.756), el día 15 de junio del mismo año 2003. los dos anteriores suman la cantidad de dos mil ciento sesenta y un millones trescientos veintiocho mil trescientos sesenta y siete pesos (\$2.161.328.367).

2. “La citada promesa fue prorrogada dos veces, mediante los otrosí número uno y otrosí número dos, firmados respectivamente los días 30 de enero y 31 de marzo del año en curso, sin que en estos documentos de prórroga de

algunos términos pactados en la promesa de compraventa se hubieran modificado las condiciones económicas de esta.

3. “En el texto de la promesa, literal “a” de la cláusula tercera, se pactó expresamente el derecho de retracto, derivado de otra parte del artículo 866 del Código de Comercio, tratándose de una operación mercantil, tanto por la calidad de los suscriptores (art. 21, ibídem), como por las finalidades pretendidas por las dos partes, a saber: la prometiente vendedora, una actividad de construcción (art. 20, num. 15 ibídem), y la prometiente compradora, al menos aparentemente, la adquisición de un local para un establecimiento de comercio (art. 20, num. 4º ibídem). Precisa que es verdad que el derecho de retracto se refirió en la promesa a los artículos 1859 y 1860 del Código Civil, siendo en verdad las normas aplicables los artículos 861 y 866 del Código de Comercio. Argumenta que para los fines relacionados con este derecho de retracto, se estipuló en la promesa, como arras, la cantidad de novecientos millones de pesos (\$900.000.000), que la prometiente vendedora (El Retiro centro comercial S.A.) debería pagar a la prometiente compradora (Lispy S.A.), en caso de ejercitar, dentro de los términos resolutorios previstos en la promesa, el referido derecho de retracto legal y contractualmente previsto.

4. “En la misma cláusula de la promesa se pactó que, en caso de ejercicio del derecho de retracto, la prometiente vendedora, es decir, El Retiro centro comercial S.A., debería devolver a la prometiente compradora, Lispy S.A., el valor de las arras, más intereses a la tasa del uno por ciento (1%) mensual, causados durante el plazo, es decir, a partir del recibo de las respectivas sumas de dinero. Los intereses, liquidados hasta el día veintiuno (21) del pasado mes de septiembre, fecha cercana a la prevista en la promesa de compraventa (sesenta días contados a partir del ejercicio del derecho de retracto), alcanzan a la suma de trescientos ochenta y ocho millones seiscientos sesenta y cuatro mil doscientos treinta y cinco pesos (\$388.664,235). la cantidad anteriormente expresada, si se suma al valor de las arras, arroja una suma total de mil doscientos ochenta y ocho millones seiscientos sesenta y cuatro mil doscientos treinta y cinco pesos (\$1.288.664.235) que, según los términos de la promesa, mi poderdante debería pagar a la firma Lispy S.A. por el uso transitorio de su dinero.

5. “El derecho de retracto fue ejercido por la parte convocante en reconvencción con fecha 27 de julio de 2004, dentro de los plazos contractualmente previstos.

6. “En la forma anterior, lo establecido en la promesa vulnera la prohibición de intereses superiores al límite legalmente establecido, que se contiene en el ya mencionado artículo 884 del Código de Comercio y la sanción prevista es la pérdida total de los intereses.

7. “Tal como se mencionó en las pretensiones, el artículo 68 de la Ley 45 de 1990 establece perentoriamente que cualquier suma que se reciba o que se pretenda recibir por concepto de préstamo de dinero, cualquiera sea la denominación que se adopte, se reputará como intereses. Por consiguiente, en el caso que nos ocupa, tanto las arras como los intereses en estricto sentido, son partidas que se reciben en virtud del uso del dinero por mi poderdante y, por ende, deben computarse como intereses. Añade que no cabe aquí distinguir entre las arras, como sanción, y otros rendimientos financieros, porque ambas partidas derivan del uso de un dinero por un tiempo y este es, precisamente, el concepto de intereses. Agrega que para enfrentar expresiones que tendieran a disfrazar esta circunstancia, se consagró expresamente la ya citada regla del artículo 68. Advierte que conforme al texto del artículo, los dineros que, según los términos de la promesa, la convocante en reconvencción debe restituir a la demandada en reconvencción, no tienen otra contraprestación que el uso del dinero de dicha demandada por mis clientes. Consecuencialmente, deben ser tenidas todas las partidas pretendidamente causadas como intereses y quedar sujetas a la regla ya mencionada del artículo 884 del Código de Comercio. Afirma que si se repasa la parte motiva del artículo 68 de la Ley 45 de 1990, así como las exposiciones del gobierno para sustentar la norma, se encuentra que se quiso evitar que bajo la capa de sanciones penales, como podrían ser las arras retractatorias, de comisiones o de gastos de administración del crédito, el acreedor pudiera recibir más del límite legalmente establecido.

8. Estudiada la promesa de contrato, aparece evidente que, al pactarse el retracto, las partes establecieron una suerte de obligaciones alternativas, de aquellas reguladas por los artículos 1546 y siguientes, aplicables a esta materia específicamente mercantil en virtud de la remisión general que se hace en el artículo 822 del Código de Comercio para todos los temas relacionados con las obligaciones y contratos que no estén expresamente regulados

en el régimen de comercio. En el caso que nos ocupa, la prometedora vendedora, según los términos del contrato, podía solucionar sus obligaciones de tres maneras distintas, a saber: 1) Ejerciendo el derecho de retracto, con las consecuencias señaladas en el punto cuarto de estos hechos y en el inmediatamente anterior; 2) Entregando unas áreas dentro del Centro Comercial El Retiro, y 3) Devolviendo el dinero recibido con sus intereses, en caso de que se hubieren dado los términos resolutorios pactados en la promesa. Afirma que al escogerse uno de los extremos de estas obligaciones alternativas, es claro que las partes configuraron una relación jurídica concreta, la propia del contrato de mutuo, toda vez que se dan todos los elementos esenciales propios de este contrato, según la definición que de él da el artículo 2221 del Código Civil, a saber: (i) la entrega de unos bienes fungibles, en este caso dinero, que Lispy entregó a El Retiro centro comercial; (ii) la obligación de restituir bienes del mismo género, es decir, dinero, y (iii) un plazo en que el deudor, en este caso El Retiro centro comercial S.A., hace uso de los bienes recibidos, vale decir, del dinero. Precisa que a los anteriores, aún cuando en este caso se trataría de un elemento natural del contrato, por admitir pacto en contrario, en materia de mutuo comercial, es preciso agregar en el terreno mercantil los intereses y todo cuanto la ley reputa como tales, según las voces del artículo 1163 del Código de Comercio y el ya citado artículo 68 de la Ley 45 de 1990. Ahora bien, en la medida en que se encuentren reunidos todos los elementos de un contrato, según se afirma, es preciso tenerlo como tal, de conformidad con la aplicación indirecta de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil.

9. “No cabe duda de que en el caso que nos ocupa la operación terminó siendo un uso del dinero por parte de El Retiro centro comercial, dentro de un plazo derivado de las estipulaciones del contrato y de la aplicación del derecho de retracto, causándose durante dicho término unos costos financieros que, como ya se afirmó, la ley reputa como intereses, con independencia de la denominación que se les de. En estas condiciones, no pueden dejar de aplicarse al contrato realmente ejecutado las normas que le corresponden y, entre estas, el ya mencionado artículo 884 del Código de Comercio, con las consecuencias previstas en dicha disposición para el caso de que los rendimientos financieros superen el límite máximo en ella establecido. Dicho límite, como es forzoso, debe cotejarse con el plazo de uso del dinero. Por tal razón, la Ley 45 de 1968 estableció en su artículo 64, parágrafo 2º, la regla general de que toda tasa de interés que no se pacte expresamente de manera distinta, debe entenderse expresada en términos efectivos anuales, porque solamente estos miden adecuadamente los tres factores que determinan el verdadero costo del dinero: la cantidad usada por el mutuario, el valor pagado por este uso y el tiempo del mismo. Afirma que por tal razón, en la liquidación que adjuntó a la demanda de reconvencción, se presenta una tabla calculada hasta el día 21 de septiembre de este año, en términos de interés corriente. Explica que la liquidación se hizo hasta la citada fecha, por ser ella la correspondiente a la oferta de pago rechazada por la entidad acreedora.

10. “A todo lo anterior debe agregarse que, una lectura atenta a los términos complejos de la promesa de compraventa, así como a las instrucciones dadas a la entidad Alianza Fiduciaria S.A., en respaldo de las estipulaciones de la promesa, indica que la verdadera intención de la sociedad demandada en reconvencción era un préstamo con garantía de unos lotes de valor muy superior, ya que, según confesión de su apoderado, no tenía confianza en el resultado de la operación comercial de construcción y de venta del Centro, con lo cual se apuntó preferentemente a adquirir estos lotes a menosprecio, si el dinero no se le podía restituir en virtud del retracto y con todas las consecuencias previstas para este, aún cuando eventualmente pudiera soñarse con el éxito del Centro y, entonces, con la posibilidad de adquirir unas zonas comerciales en términos excesivamente favorables. Sostiene que la lectura de las piezas citadas permite invocar, además de todo lo anteriormente expresado, la regla del artículo 1618 del Código Civil, según la cual, conocida la intención de los contratantes, es preciso atenderse más a ella que a las expresiones usadas.

11. “Debo añadir que, con fecha 21 de septiembre de este año, la parte convocante en reconvencción hizo oferta formal de pago a Lispy de las sumas debidas por concepto de capital, arras e intereses, oferta que fue expresamente rechazada, como consta en dicho proceso. En tales condiciones, se vio obligada a entablar un proceso de pago por consignación. Expone que estas circunstancias se hicieron necesarias por carecerse de las condenas que se solicitan mediante esta demanda de reconvencción y en espera de ellas. Y concluye que por consiguiente, no puede tenerse la demanda presentada como una renuncia a hacer valer los derechos derivados del artículo 884 del Código de Comercio, ya que toda remisión o condonación debe ser expresa, como lo establece el artículo 1711 del Código Civil, al referir dicho fenómeno a las reglas de la donación entre vivos y, dentro de estas, al artículo 1450.

12. “Por último, plantea que en razón de lo expresado sobre la renuencia a recibir por parte de Lispy las sumas ofrecidas por la parte convocante en reconvencción, el tribunal deberá tener en cuenta los efectos previstos para la llamada “mora creditoris”, que exige al deudor de las consecuencias, entre ellas de los costos financieros, derivadas del retardo en el pago, si bien lo mantiene obligado a cubrir lo debido”.

I. Pretensiones de la demanda de reconvencción.

En la demanda de reconvencción se formulan las siguientes pretensiones:

1. “Que, en razón de lo previsto en el artículo 884 del Código de Comercio, modificado por el artículo 111 de la Ley 510 de 1999, la sociedad demandada en reconvencción, Lispy S.A., no tiene derecho a ninguna clase de intereses, en virtud de la devolución de las sumas entregadas por dicha sociedad a la demandante en reconvencción con motivo de promesa celebrada entre ellas con fecha 16 de mayo del año 2003. Esta declaración deberá comprender, no solamente los intereses entendidos en un sentido estricto, sino cualquier aprovechamiento derivado de la entrega de dineros por la razón anotada, cualquiera sea la denominación que haya recibido o pueda recibir dicho aprovechamiento, de conformidad con el artículo 68 de la Ley 45 de 1990.
2. “En subsidio de lo anterior, que se declare que la sociedad que represento no debe cubrir ningún costo financiero, desde la oferta de pago de que se da cuenta en los hechos, en virtud de la denominada “mora creditoris”, cuyos efectos adversos deben recaer solamente sobre el acreedor que se niega a recibir.
3. “Que en caso de que la entidad que represento hubiere pagado cualquier suma de dinero por el ejercicio del derecho de retracto derivado de la promesa que se indica en el numeral anterior, se condene a dicha sociedad a restituir lo pagado, con el ajuste monetario y los intereses remuneratorios que correspondan, dentro de los cinco días inmediatamente siguientes a la condena, debiendo causarse intereses de mora, a la tasa más alta prevista por el Código de Comercio, artículo 884, a partir del vencimiento de dichos cinco días.
4. “Que en caso de que exista oposición a las anteriores pretensiones, se condene a la parte demandada en reconvencción a pagar las costas y las agencias en derecho derivadas de esta demanda”.

J. Excepciones de la parte convocante respecto de la demanda de reconvencción.

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

1. Dolo
2. Nulidad de la promesa de compraventa por dolo
3. Nulidad de la promesa de compraventa por error
4. En caso de decretarse la nulidad de la cláusula de retracto, ella no afecta la validez de la promesa de compraventa.
5. Inexistencia de la obligación.
6. Incumplimiento de la promesa de compraventa.
7. Enriquecimiento sin causa.
8. Genérica.

K. Pruebas practicadas

Como prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus respectivas pretensiones y excepciones, las partes aportaron varios documentos, solicitaron la recepción de testimonios, la práctica de tres inspecciones judiciales, al igual que dos dictámenes periciales. Adicionalmente el tribunal, de oficio, decretó pruebas documentales, testimoniales así como la rendición de un dictamen pericial.

Todas las pruebas practicadas obran en el expediente y fueron aportadas en los términos de las solicitudes formuladas por las partes.

Según consta en el acta 8, que obra a folios 274 a 302 del cuaderno principal 1 del expediente, en audiencia que tuvo lugar el 3 de mayo de 2005, el tribunal decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron en la forma que se explica a continuación.

1. Testimonios.

Durante los días 11 y 23 de mayo de 2005 se recibió el testimonio del señor Julián Bonilla. Las correspondientes transcripciones obran en el cuaderno de pruebas 7 a folios 1 a 148.

El 25 de mayo de 2005 se recibieron los testimonios de los señores Yamal Rachid, Carlos García y José Ignacio Pérez. Las correspondientes transcripciones obran en el cuaderno de pruebas 7 a folios 149 a 197, 198 a 216 y 217 a 230 respectivamente.

El 1º de junio de 2005 se recibieron los testimonios de los señores Rodrigo Serna, Oscar David Rodríguez y Efraín Izquierdo, cuyas transcripciones obran en el cuaderno de pruebas 7 a folios 247 a 273, 231 a 246 y 274 a 329 respectivamente.

El día 10 de junio de 2005 se recibieron los testimonios de los señores Alejandro Gartner Escobar y Ana Isabel Cuervo. Las correspondientes transcripciones obran en el cuaderno de pruebas 8 a folios 110 a 120 y 121 a 138 respectivamente.

El día 14 de junio de 2005 se recibió el testimonio del señor Manuel Sarmiento, cuya transcripción obra a folios 243 a 307 del cuaderno de pruebas 8.

El 15 de junio de 2005 se recibió el testimonio del señor Juan Carlos Castilla. La correspondiente transcripción obra a folios 1 a 26 del cuaderno de pruebas 18.

El 23 de junio de 2005 se recibieron los testimonios de los señores Yamile Pérez y Gerardo Ortíz. Las correspondientes transcripciones obran en el cuaderno de pruebas 18 a folios 27 a 42 y 43 a 80, respectivamente.

El 26 de julio de 2005 se recibieron los testimonios de los señores Luís Jaime Bolívar y Juan B. Gómez Rodríguez. Las transcripciones correspondientes obran a folios 440 a 479 del cuaderno de pruebas 18 y folios 265 a 302 del cuaderno de pruebas 19, respectivamente.

El 8 de agosto de 2005 se recibieron los testimonios de los señores María Patricia Bernal, Carlos Alberto Serna y Hernando Heredia Pérez. Las correspondientes transcripciones obran en el cuaderno de pruebas 19 a folios 73 a 90, 91 a 114 y 115 a 137, respectivamente.

Durante los días 9 y 30 de agosto y 5 de septiembre de 2005 se recibió el testimonio del señor Lucio Bernal. Las correspondientes transcripciones obran en el cuaderno de pruebas 19, folios 303 a 327 y 417 a 467, respectivamente.

El día 7 de septiembre de 2005 se recibió el testimonio del señor Mauricio Rachid. La correspondiente transcripción obra en el cuaderno de pruebas 19 a folios 328 a 416.

El tribunal de oficio decretó la recepción de los testimonios de los señores Jaime Bolívar, Manuel Sarmiento, Julián Bonilla y Hernando Heredia, los cuales fueron rendidos el día 14 de octubre de 2005. Las correspondientes transcripciones obran en el cuaderno de pruebas 21 a folios 159 a 161, 162 a 166, 167 a 170 y 171 a 173, respectivamente.

Los testimonios de los señores Abel Rachid, Hernán Rojas, Alberto Veloza, Armando Palomino, Mauricio Gómez, Álvaro Tovar, Carlos Liévano, Pablo Trujillo, Carlos Sierra, Liliana León, Germán Ruiz Silva y Alejandra Botero, fueron desistidos por las partes.

2. Documentales.

Se ordenó tener como pruebas documentales las enunciadas en el acápite de pruebas documentales del escrito de demanda y de la demanda de reconvención, aquellas enunciadas en las respectivas contestaciones, así como los documentos aportados al descender el traslado de las excepciones de mérito. Adicionalmente se tuvieron como pruebas documentales, aquellas aportadas por las partes en desarrollo de las inspecciones judiciales llevadas a cabo en las oficinas de Alianza Fiduciaria S.A., en el Departamento Administrativo de Planeación Distrital y en la Curaduría Urbana 4, así como aquellas decretadas de oficio por el tribunal.

3. Oficios.

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

- Alcaldía mayor de Bogotá
- Curaduría Urbana 4.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DAPD-
- Helm Trust S.A.
- Superintendencia de Industria y Comercio.
- Juzgado 31 Civil del Circuito.
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-

La parte convocada desistió de la solicitud de oficio al Consejo de Estado.

4. Dictámenes periciales.

Se recibieron tres dictámenes periciales.

1. Dictamen pericial rendido por el perito Carlos José Espinosa el día 9 de agosto de 2005, practicado en los términos solicitados por la parte convocante, documento que obra a folios 1 a 69 del cuaderno de pruebas 19.

La parte convocada desistió de las preguntas que inicialmente había formulado para ser absueltas por este perito.

Las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones al dictamen en mención, las cuales fueron rendidas el día 19 de septiembre de 2005 y obran a folios 468 a 480 del cuaderno de pruebas 19.

2. Dictamen pericial rendido por la sociedad Constructora Colpatria S.A. el día 13 de octubre de 2005, practicado en los términos solicitados por la parte convocante, documento que obra a folios 1 a 62 del cuaderno de pruebas 20.

La parte convocada desistió del cuestionario que había formulado para ser absuelto por este perito.

Las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones al dictamen en mención, las cuales fueron rendidas el día 5 de diciembre de 2005 y obran a folios 5 a 79 del cuaderno de pruebas 22.

Adicionalmente, el tribunal dispuso que la Constructora Colpatria S.A., respondiera una pregunta adicional, cuyo informe obra a folios 386 a 389 del cuaderno de pruebas 22.

La parte convocante solicitó aclaraciones y complementaciones al informe en mención, las cuales obran a folios 390 a 397 del cuaderno de pruebas 22.

2. Dictamen pericial rendido por el señor Sergio Mutis Caballero el día 27 de diciembre de 2005, practicado en los términos solicitados de oficio por el tribunal, documento que obra a folios 1 a 62 del cuaderno de pruebas 20.

5. Inspecciones judiciales con intervención de perito.

El tribunal decretó la práctica de una inspección judicial solicitada por la parte convocante a las oficinas de la sociedad Alianza Fiduciaria S.A., diligencia que se llevó a cabo el día 15 de septiembre de 2005.

De otra parte, de oficio el tribunal decretó y llevó a cabo dos inspecciones judiciales con intervención de perito a las siguientes entidades:

- a) A las oficinas del Departamento Administrativo de Planeación Distrital –DAPD-, diligencia que se llevó a cabo el 15 de septiembre de 2005.
- b) A las oficinas de la Curaduría Urbana 4, diligencia que se llevó a cabo el día 15 de septiembre de 2005.

L. Alegatos de conclusión

Agotada la etapa probatoria, el 27 de marzo de 2006, en cumplimiento de lo previsto por el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998, las partes, por conducto de sus respectivos apoderados, expusieron oralmente sus alegatos finales, los cuales fueron resumidos en escritos que se allegaron al expediente y obran a folios 1 a 203 del cuaderno principal 3.

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

M. Presupuestos procesales

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

Revisado el expediente y con base en las certificaciones que obran en el mismo, confirma el tribunal que las partes en el presente proceso, Lispy S.A. como convocante, y El Retiro Centro Comercial S.A., como convocada, son personas jurídicas con capacidad para transigir. Igualmente se confirma que ambas estuvieron legalmente representadas en este trámite arbitral.

En cumplimiento de lo previsto en la cláusula compromisoria suscrita por las partes y tal como se expuso atrás, el tribunal se integró en debida forma, se instaló, y en las oportunidades que establece la ley, las partes consignaron la totalidad de los gastos y honorarios del tribunal.

Al no haber señalado las partes un término para la duración del proceso, conforme al artículo 103 de la Ley 23 de 1991 este es de seis meses contados desde la primera audiencia de trámite, la cual se llevó a cabo el día 3 de mayo de 2005. Por solicitud formulada de común acuerdo entre las partes se decretaron las siguientes suspensiones del término del trámite arbitral: entre los días 24 de junio y 25 de julio de 2005, ambas fechas inclusive (acta 16 correspondiente a la audiencia celebrada el 23 de junio de 2005); entre los días 27 de julio y 7 de agosto de 2005, ambas fechas inclusive (acta 17 correspondiente a la audiencia celebrada el 26 de julio de 2005); entre los días 12 y 25 de agosto de 2005, ambas fechas inclusive (acta 19 correspondiente a la audiencia celebrada el 9 de agosto de 2005); entre los días 8 y 14 de septiembre de 2005, ambas fechas inclusive (acta 23 correspondiente a la audiencia celebrada el 7 de septiembre de 2005); entre los días 16 de septiembre y 2 de octubre de 2005, ambas fechas inclusive (acta 24 correspondiente a la audiencia celebrada el 15 de septiembre de 2005); entre los días 4 y 13 de octubre de 2005, ambas fechas inclusive (acta 25 correspondiente a la audiencia celebrada el 3 de octubre de 2005); entre los días 15 y 30 de octubre de 2005, ambas fechas inclusive (acta 26 correspondiente a la audiencia celebrada el 14 de octubre de 2005); entre los días 4 de noviembre y 11 de diciembre de 2005, ambas fechas inclusive (acta 27 correspondiente a la audiencia celebrada el 3 de noviembre de 2005); entre los días 17 de diciembre de 2005 y 22 de enero de 2006, ambas fechas inclusive (acta 29 correspondiente a la audiencia celebrada el 16 de diciembre de 2005); entre los días 22 de febrero de 2006 y 26 de marzo de 2006, ambas fechas inclusive (acta 33 correspondiente a la audiencia celebrada el 21 de febrero de 2006); entre los días 28 de marzo y

10 de mayo de 2006, ambas fechas inclusive (acta 34 correspondiente a la audiencia celebrada el 27 de marzo de 2006), para un total de 168 días hábiles.

Adicionados los días hábiles de suspensión del proceso a los seis meses de ley, el término vence el 8 de julio de 2006 y, por tanto, el tribunal se encuentra en la oportunidad legal para proferir el fallo.

II. Consideraciones del tribunal

A. La naturaleza de la relación contractual

En su tratado clásico de derecho privado el profesor Danz dice sobre la interpretación de los contratos, al comenzar la parte introductoria, lo siguiente:

“De todas las normas que el juez tiene que aplicar en la práctica de su profesión para dirimir los litigios de derecho, las más importantes son las reglas de interpretación de los negocios jurídicos”⁽⁴³⁾.

Este principio resulta incuestionablemente cierto cuando se trata de dilucidar, como en el caso presente, temas atinentes a la responsabilidad contractual. Para entender el contenido y alcance de las obligaciones convenidas por las partes en el contrato resulta indispensable, en primer término, entender apropiadamente la naturaleza del contrato celebrado. En muchos litigios la naturaleza del negocio no es objeto de particular estudio porque se muestra clara para todos, tanto para el juez como para las partes por lo que no suscita discusión. Si se trata, por ejemplo, de un contrato comercial ordinario de compraventa que se celebra con acuerdo sobre la cosa y el precio y se ejecuta inmediatamente con la expedición de una factura y el pago correspondiente, o de un contrato de arrendamiento celebrado con el acuerdo consensual sobre la cosa y el canon, no habrá que hacer indagaciones sobre la naturaleza del contrato, porque se conoce; las consecuencias jurídicas aplicables vendrán de esa naturaleza indiscutida.

Agrega Danz en su advertencia introductoria lo siguiente:

“Todo aquel que ejerza el derecho o se haya asomado a las colecciones de jurisprudencia sabe que hay un sinnúmero de litigios que solo versan sobre el modo de interpretar el negocio jurídico o el contrato litigioso: interpretado el negocio jurídico, interpretado el contrato, queda resuelto el litigio”.

Es claro que el caso que nos ocupa no versa únicamente sobre la interpretación del contrato pero, tal como ya se mencionó, el entendimiento del alcance de las obligaciones a cargo de las partes, el sentido de sus cláusulas y su interrelación en la totalidad del negocio solo tendrán cabal y total entendimiento con la interpretación del contrato, de la cual, la parte primera, la piedra angular, es la naturaleza del contrato.

Se pregunta el tribunal si la naturaleza del contrato celebrado entre las partes, origen de esta controversia, es o no problemática. Las partes en sus planteamientos sobre el negocio no han formulado inquietudes al respecto. Sin embargo, el tribunal cree que la naturaleza del contrato celebrado puede no ser solamente una simple promesa de compraventa pues existen elementos que hacen del contrato un negocio jurídico complejo, que excediendo los lineamientos de la pura promesa, vienen a determinar ciertos derechos y obligaciones de las partes. Esta apreciación conlleva una labor de búsqueda de la voluntad de las partes cuyo alcance quedó definido por la Corte Suprema de Justicia con las siguientes palabras:

“Cuando quiera que en el sendero de su investigación fluyen para el juzgador varias interpretaciones de ese acto jurídico, y todas se muestran verosímiles, se ha dicho que el juzgador goza de cierta discrecionalidad o autonomía, que encuentra su límite en la arbitrariedad, la que debe hallarse sin hesitación alguna en el juicio emitido por el juzgador en la sentencia, y que aparece notoriamente absurdo o contraevidente. Pero esta conclusión solo es predicable cuando la interpretación solo ofrece una vía, una salida, mas no cuando pueden presentarse dos o más interpretaciones, pues en tal caso el juzgador puede inclinarse por una de ellas, sin cometer exabruptos. Su racional discrecionalidad, evidentemente justificable por la índole de la labor que ejecuta, cual es la de desentrañar qué quisieron y acordaron las partes en un contrato o convenio, trae como corolario el de que la sentencia arribe a la Corte protegida por una presunción de acierto, solo desvirtuable cuando, como ya se indicó, se evidencia a simple vista lo absurdo de la interpretación adoptada”⁽⁴⁴⁾.

Incuestionablemente el contrato celebrado entre las partes el día 16 de mayo de 2003 es un contrato de venta de cosa futura en la modalidad de venta por cabida y con pacto de arras retractatorias. A ello estaría circunscrita la naturaleza del negocio si no estuviera involucrado un elemento que las partes designan en el contrato como “el proyecto”. Aunque en el contrato no se encuentre definido lo que se entiende exactamente por “proyecto” este surge de varias cláusulas del contrato.

Se trata entonces de saber si ese elemento, “el proyecto”, encierra alguna realidad contractual distinta o más allá de la pura promesa de compraventa, en virtud de la cual surjan, como se ha dicho, verdaderos derechos y obligaciones a cargo de las partes o de alguna de ellas.

“El proyecto”, examinado el clausulado, podría definirse como la construcción de un centro comercial que debería tener una superficie de aproximadamente veintidós mil metros cuadrados (22.000 m²) dentro de los cuales Lispy adquiriría un local con “un área construida total de aproximadamente dos mil setecientos setenta y ocho metros cuadrados (2.778 m²) que formarán parte del proyecto”. (cláusula 1^a, objeto del contrato)⁽⁴⁵⁾, local que tendría la condición de “Ancla”, por lo cual Lispy tendría un tratamiento especial en el régimen de contribuciones en el reglamento de propiedad horizontal (literal c, cláusula 10 – obligaciones especiales de la promitente vendedora)⁽⁴⁶⁾ y tendría derecho a intervenir en el nombramiento y en la remoción del interventor del proyecto.

¿Qué significado real tenía para Lispy en el “proyecto” su condición de Ancla? El tribunal observa que el valor del metro cuadrado del local que Lispy iba a adquirir era la suma de un millón ochocientos cincuenta mil pesos (\$1.850.000), cantidad que resulta exigua en comparación con el valor del metro cuadrado convenido para cualquiera de los demás locales, incluida La Riviera que se obligó a comprar a dieciocho millones de pesos (\$18.000.000) cada metro cuadrado construido, según consta en el contrato de promesa que para el efecto celebró con El Retiro el día 23 de mayo de 2003⁽⁴⁷⁾.

La parte convocada ha reclamado de manera insistente que el precio pactado con Lispy vendría a ser un precio irrisorio o gravemente lesivo para El Retiro.

Se pregunta el tribunal sobre la razón para que se hubiera producido una diferencia tan grande entre los precios pactados por metro cuadrado de los dos almacenes “ancla”. El tribunal solicitó en su momento, de oficio, que se trajera al expediente el contrato de promesa con La Riviera precisamente para determinar si las alegaciones de la convocada sobre el precio podían tener fundamento. Adicionalmente a la indagación del tribunal fueron surgiendo elementos indicativos de que el contrato suscrito entre las partes no era una simple promesa de compraventa. Fueron las mismas partes las que se encargaron de explicar las razones por las cuales el precio especial concedido por El Retiro a Lispy, tenía varias contraprestaciones que no estuvieron manifestadas expresamente en el contrato, pero que fueron reales y tuvieron efecto y cumplimiento.

El precio fue el resultado de largas conversaciones entre las partes. Así se desprende, tanto de la prueba documental que obra en el proceso, como de la prueba testimonial recogida en la que concuerdan testigos de una y otra parte.

El testigo Yamal Rachid explicó las razones por las cuales, a pesar de ser muy barato el precio convenido con Lispy, en su concepto finalmente lo aceptaron porque “necesitábamos echar adelante el proyecto y decidimos aceptar eso que eran unas condiciones demasiado difíciles, pero lo que siempre se habló con él era, yo pago ese precio pero yo voy a ayudar en el proyecto, yo soy como una especie de socio para ustedes, si ustedes me dan ese precio yo voy de la mano con ustedes, entonces decidimos aceptarlo” (negrillas del tribunal)⁽⁴⁸⁾. Surge aquí diáfana la razón por la cual aceptaron ese precio, no de manera inadvertida, sino negociada y conciente: por razón de la ayuda que iba a prestar al proyecto, como una especie de socio, circunstancia que en palabras del señor Rachid fue determinante de su aceptación. ¿En qué podrían consistir esas ventajas? Sin duda alguna las derivadas de su condición de “ancla”, que involucraba el uso de las marcas de Lispy para la publicidad destinada al mercadeo del centro. La autorización para el uso de las marcas de Lispy, aún desde antes de firmarse el contrato de promesa, dan testimonio de ciertos aspectos asociativos en la relación que venían negociando. No ha de creerse que el uso de las marcas de Lispy para que el proyecto pudiera venderse rápidamente, tal como en efecto ocurrió, era gratuito o sin consideración de valor; ese uso era la contraprestación del precio especial que se concedía a Lispy.

No cabe ninguna duda de esto cuando el mismo señor Yamal Rachid después de expresar que escogieron a Lispy “porque creímos en Home Sentry como Ancla en ese momento” y habiendo sido interrogado sobre el significado de esta última frase, expresó:

“Un Centro Comercial en teoría, la teoría de los Centros Comerciales requiere anclas. Nosotros toda la argumentación de precio que hizo el señor Lucio para un precio tan bajo por el local, él ha querido hacer un ancla e iba a traer una gran cantidad de flujo de personas al Centro Comercial. Nosotros entendimos esa argumentación **y por eso fue que accedimos a negociar con él en esas condiciones que hacían que el proyecto tuviera que ceder una gran parte de sus utilidades a Home Sentry con tal de que estuviera ahí**”⁽⁴⁹⁾.

Pronuncia aquí el señor Rachid una palabra usual en todo negocio asociativo, el de utilidades, que, para este caso, por razón de la colaboración de una parte (Lispy), la otra (El Retiro) le cedía.

Lo anterior concuerda en todo con las declaraciones de Lucio Bernal, representante de Lispy. Veamos algunos apartes de ellas:

En la audiencia de 9 de agosto de 2005 el señor Bernal dijo:

“el proyecto”...“era un proyecto de muchísimo riesgo, era un proyecto que no tenía licencia, era”...“poder ir adelante en una cosa que parecía ser un acuerdo ganador para todas las partes y era que nosotros poníamos nuestro nombre, poníamos nuestros recursos, les permitíamos utilizar nuestra marca para hacer publicidad, todo se daba para que”... “ellos pudieran proceder adelante y creo que era una cosa de mutuo beneficio”⁽⁵⁰⁾.

En la audiencia de 5 de septiembre de 2005 manifestó:

“...ellos se mostraban muy contentos de que el proyecto estaba despegando, que la estrategia de publicidad y tener el local ancla y todo esto estaba funcionando muy bien **y lo que había era un ambiente que la asociación que habíamos hecho era una asociación que estaba produciendo los resultados esperados** ...” (Las negrillas son del tribunal)⁽⁵¹⁾.

Y más adelante, para contestar otra pregunta del apoderado de Lispy relacionada con la contribución económica de su cliente al proyecto y si era una colaboración con el mismo, contestó:

“Desde luego que si,”... “como hablábamos sin ser socios capitalistas y como tal en el proyecto, socios de la sociedad promotora, nos considerábamos socios en ese emprendimiento, entonces el tema era un tema de facilitar, de ayudar que las cosas se dieran, nosotros sabíamos que el problema de la licencia de construcción era un problema de tramitología y un problema de tiempo y nosotros solidariamente con ellos dábamos al (sic) espera”⁽⁵²⁾.

Así pues, el ánimo asociativo en la relación comercial entre las dos partes quedó firmemente establecido en las declaraciones de los representantes legales de ambas partes, por lo que considera el tribunal innecesario acudir a más elementos para establecerlo. Aplicará entonces, para señalar la naturaleza del contrato, la primera de las reglas de interpretación de los contratos que ordena a los jueces tener en cuenta preferentemente la intención de las partes claramente conocida, incluso contra el tenor literal del clausulado formalmente pactado.

Para el tribunal es claro que el uso de las marcas, así como la capacidad de Lispy de atraer una gran afluencia de público, fueron causa determinante del precio especialísimo que se le dio, precio que no puede resultar, por tal motivo, como lo alega la parte convocada, lesivo o irrisorio puesto que todos esos aportes tenían una consideración de valor, no cuantificada pero muy importante en sentir de los mismos representantes de El Retiro, en el momento de convenirse el precio.

No tenía pues el contrato un carácter puramente conmutativo, en el que una de las partes estaba enfrentada a la otra, sino que había un convenio cierto y real que obligaba a ambas partes a colaborar para el buen éxito del proyecto. Ninguna de las dos partes podía desatender ese convenio sin incurrir en violación del principio que ordena ejecutar el contrato de buena fe. El artículo 1603 del Código Civil establece que la buena fe demanda ejecutar los contratos no solo atendiendo las obligaciones expresamente pactadas, sino que obliga a todas las cosas que emanen de su naturaleza. Este principio ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia y la doctrina y

se conoce como el deber de colaboración que debe existir entre las partes. Este deber existe siempre que en un contrato exista una finalidad común a ambas partes, y se manifiesta aún en contratos que no son o no tienen naturaleza asociativa. Esto último llega a darse con alguna frecuencia en contratos de ejecución sucesiva tales como el contrato de suministro (compraventa continuada), el de arrendamiento en el que arrendador y arrendatario deben colaborar de manera permanente para todo lo relacionado con el goce del inmueble, su conservación, reparaciones locativas, etc., el de agencia comercial que supone colaboración esmerada por la particular condición de ser el agente representante o distribuidor de un empresario, y así en muchos otros contratos.

Para comprender mejor las profundas implicaciones del elemento asociativo de ambas partes en el proyecto, conviene recordar algunas de las conclusiones del perito Constructora Colpatria, en su dictamen en materia de arquitectura y comercialización de finca raíz. Sobre la incidencia de contar con un almacén ancla para la comercialización de un Centro Comercial, y si ello facilitaba, y porqué, la enajenación de los inmuebles, respondió lo siguiente:

“La estrategia de venta de un Centro Comercial se fundamenta en garantizarle a los inversionistas un alto tráfico de clientes potenciales para lo cual hoy en día es muy importante la vinculación de almacenes denominados “Anclas” que por su tamaño, estrategia de venta, inversión publicitaria, segmento de mercado y posicionamiento ante los consumidores garantizan un desarrollo de tráfico natural que, a su vez, es compartido con el Centro Comercial generando ese importante valor agregado”⁽⁵³⁾.

A la pregunta para el caso particular del Centro Comercial El Retiro sobre la incidencia que tuvo el contar con los almacenes Home Sentry como “Ancla” en las utilidades proyectadas por el Centro Comercial El Retiro, contestó:

“Como perito, consideramos que el efecto **en utilidades**, derivado de tener un almacén ancla como Home Sentry, **sería neutro** de llegarse a concretar el proyecto en las condiciones pactadas, eso **debido a que es usual entre los promotores de centros comerciales que el precio por metro cuadrado al cual se hace la venta al almacén ancla, esté diseñado en concordancia con el efecto multiplicador en las ventas. El precio de venta del metro cuadrado para un almacén ancla en muchas ocasiones está por debajo del costo**, en consideración a los beneficios que se obtiene en la comercialización de los demás locales comerciales” (las negrillas son del tribunal)⁽⁵⁴⁾.

Y agregó enseguida:

“Sin embargo, en nuestro criterio se presenta un desequilibrio si se hace uso del nombre comercial del almacén ancla como beneficio para la comercialización sin que finalmente se concrete la negociación de dicho local”.

Aunque probablemente el hecho de haber alcanzado el Centro Comercial el punto de equilibrio financiero no se haya debido exclusivamente al uso de las marcas comerciales de Lispy, pues la ubicación del Centro Comercial resultaba estratégica al encontrarse entre el Centro Comercial Andino y Atlantis Plaza “lo que podría convertirlo en un ‘corredor comercial’ con mayor capacidad de tránsito para posibles compradores”, es un hecho incontrovertible que la utilización de las marcas resultó decisiva en lo relativo al incremento de las ventas.

Pero no solo fue la utilización de las marcas y la presencia en sí de un almacén “ancla”. Desde el principio de la relación se aprecia con claridad el ánimo asociativo de las partes. Para ilustrar y abundar, pueden señalarse cinco eventos o actuaciones que lo evidencian y que ciertamente hicieron de este contrato de promesa un convenio especial de colaboración, con presencia de *affectio societatis*, aunque que por supuesto ni configura ni deviene en una sociedad comercial típica, con los efectos específicos de esta.

1. Suscripción de contrato. A partir del día 16 de mayo de 2003, cuando las partes celebraron el contrato de promesa de compraventa, todas las actividades de las partes estuvieron dirigidas a la concreción conjunta del proyecto, es decir, a la construcción de un centro comercial. Esta realidad incontrovertible permitió esparcir bilateralmente las aportaciones y los riesgos, y, dentro de la importancia relativa que cada una tenía en el proyecto, permitió llegar a un precio especial por el local prometido en venta.

2. Aportaciones pecuniarias mutuas. Aquí media también la colaboración en la explotación económica, ya que se integró una especie de fondo con miras a cumplir con el fin planteado y relacionado con la construcción del

proyecto, e inclusive con actuaciones anteriores, como fueron los pagos directos de Lispy a algunos dueños de lotes en que se levantaría la construcción.

3. La promoción del proyecto. En diversas piezas probatorias se ha verificado en el presente trámite cómo se efectuaron actividades publicitarias de promoción del proyecto en las cuales se diseñaron y publicaron avisos por parte de El Retiro Centro Comercial con figuración de Home Sentry como comprador principal de espacios en el centro.

4. La constitución e integración conjunta de comités. En el expediente reposan documentos que acreditan la existencia y configuración por las partes de dos organismos denominados comité de obra y comité técnico, a los cuales ambas concurrían con atribuciones propias y suficientes para la naturaleza de los temas objeto de cada uno, de importancia grande para el avance del proyecto puesto que en su seno se adoptaban todas las decisiones relativas a la construcción.

5. La designación del interventor del proyecto. En forma inusual en las promesas de compraventa, pero al mismo tiempo adecuada y concordante con esta promesa en particular dado su ambiente de concurrencia asociativa, Lispy intervino en la escogencia del interventor, el que, no sobra recordarlo, fue inclusive escogido por sugerencia de Manuel Sarmiento, cuñado del representante legal de Lispy.

Por todo lo anterior estima el tribunal que el contrato celebrado fue un contrato de promesa de compraventa, con precio establecido de acuerdo con su cabida o extensión, celebrado con pacto de arras retractatorias pero sobre todo con asociación de las partes para la culminación exitosa del Centro Comercial El Retiro, para mutuo beneficio.

B. La esencia de la relación respecto del local prometido en venta

Buen camino ofrece para encontrar la esencia de la relación entre las partes, que a su turno permita la mejor interpretación del contrato, considerar y compaginar tres estipulaciones aparentemente contrarias: la obligación especial de El Retiro de no modificar ninguno de los planos que formaban parte del contrato de promesa como anexos, el derecho de retracto, y la venta por cabida.

Como uno de los puntos centrales del debate, la convocante argumenta que El Retiro incurrió en grave violación del contrato al haber modificado los planos de la promesa sin previa consulta con Lispy, tal como estaba pactado en el contrato, a lo cual ha respondido El Retiro señalando que no modificó los planos, pero que si lo hubiera hecho, ello tampoco implicaría un incumplimiento del contrato sino una simple manifestación anticipada del uso del derecho de retracto. Y sobre la venta por cabida, ¿cómo podrá existir, pregunta el tribunal, al mismo tiempo y en el mismo contrato, la posibilidad del vendedor, sin incumplir el contrato, de entregar la cabida pactada con más o menos un 10%, mientras que de acuerdo con la cláusula décima del contrato de promesa no puede variar una sola pulgada cuadrada de la extensión contenida en los planos sin la aprobación de Lispy?

Habría, en principio, una contradicción en el contrato entre dos de sus elementos esenciales, el objeto —el local prometido en venta por cabida— y la causa, puesto que los planos incorporados a la promesa, servían de causa del contrato como lo dice perentoriamente el contrato⁽⁵⁵⁾. Y ¿cómo, pregunta además el tribunal, podrá compaginarse todo esto, con el pacto de arras retractatorias, incluidas en el contrato como cláusula tercera?

No duda el tribunal de que estas cláusulas no fueron introducidas al contrato de manera inopinada sino que forman un todo coherente que, debidamente entendido, establece y da cuenta del verdadero sentido del contrato. Sabe el tribunal que las partes que convinieron el articulado son experimentados comerciantes y que los abogados que lo redactaron son competentes profesionales.

La construcción de un centro comercial de la magnitud, condiciones y características del Centro Comercial El Retiro no hubiera sido posible si los contratos de promesa de venta fueran rígidos o inmodificables. Tal como lo declararon los arquitectos del proyecto son usuales las modificaciones de los planos. No puede entonces entenderse de manera rígida e inflexible la cláusula sobre no modificación de los planos. Las partes no pactaron un proyecto imposible y por eso lo pactaron con arras retractatorias que permitían a cualquiera de las partes retirarse del negocio, pagando el precio de la retractación. El Retiro en cuanto quisiera introducir cambios a los planos de la

promesa debía ponerlos en conocimiento de Lispy y pedir su aprobación. De no llegarse a un acuerdo sobre las modificaciones, el proyecto no se detendría por ello; cualquiera de las partes, podría echar mano del derecho de retracto con las consecuencias legales y contractuales previstas en la cláusula de arras. Ni El Retiro vería marchitar el proyecto porque Lispy no aceptara modificaciones que El Retiro considerara necesarias, ni Lispy se vería en ningún momento obligada a aceptar modificaciones que no fueran de su gusto o fueran en contravía de sus expectativas comerciales.

Observa sí el tribunal que los cambios que podrían proponerse debían ser razonables, y dentro del propósito común de sacar adelante el proyecto para mutuo beneficio. Para el tribunal es claro que ambas partes tenían la obligación de negociar de buena fe las modificaciones que se pudieran introducir a los planos de la promesa, según las causas que las hicieran necesarias o aconsejables, y dentro de esos límites cada parte podía, a falta de acuerdo, ejercer el retracto.

De igual forma habría operado la cláusula de venta por cabida. Unos metros de más o de menos, dentro de los límites admisibles, habrían sido tolerados por las partes ante la necesidad razonable de hacerlo, impuesta por el diseño o por las variaciones exigidas por las autoridades.

Salta a la vista que la esencia de la relación contractual que se analiza está en el acuerdo de las partes para las actuaciones que constituyen la ejecución del convenio, y en primerísimo lugar, por haberlo pactado diáfananamente en el contrato, para cualquier modificación de los planos del local objeto del mismo. Cualquier variación resultaba posible, cualquier exigencia podría ser acogida, cualquier aumento o disminución de área sería aceptable, con la premisa del acuerdo de las partes. No se oculta al tribunal que lograr el acuerdo no siempre debió ser tarea fácil, ni menos que la paciencia de las partes pudo en ocasiones flaquear; pero el acuerdo era esencial para mantener el contrato y para hacer compatibles y coherentes estipulaciones contradictorias como las mencionadas. El acuerdo fue, o debió ser en todo momento, la condición básica del desarrollo de la promesa que se estudia, en especial en lo tocante con los planos del local. No es esta conclusión, por lo demás, difícil de alcanzar: estuvo pactada así en la promesa y constituye, como en todos los contratos, la que permite su ejecución ordenada y eficaz.

C. Casos de incumplimiento

En su primera pretensión principal la parte convocante solicita la declaración del incumplimiento del contrato de promesa por parte de El Retiro al modificar los planos del local prometido en venta sin el acuerdo o aceptación de Lispy como estaba previsto en el contrato.

Esta previsión contractual está contenida, con diferente redacción pero un mismo significado, en la parte final del literal f) de la cláusula 1), en el ordinal b) de la cláusula 2, y en el literal c) de la cláusula 10 del contrato de promesa, cuyos textos son los siguientes:

Literal f) de la cláusula 1): “Las partes de común acuerdo declaran que las modificaciones que puedan ser introducidas al proyecto por las autoridades respectivas en los trámites Distritales, serán previamente acordadas entre ellas y que su desarrollo se hará según los respectivos permisos”⁽⁵⁶⁾.

Ordinal b) de la cláusula 2), que menciona entre los documentos que debe presentar la prometiente vendedora a la prometiente compradora “copia de la licencia de construcción debidamente expedida por las autoridades distritales competentes, en la cual se evidencie la autorización de estas para iniciar la construcción del proyecto en la totalidad de Los Lotes, **en los términos fijados en los planos que como anexo 5 forman parte del presente contrato**, salvo cambios que eventualmente pudieran ser requeridos por las autoridades distritales, **los cuales deberán ser previamente aceptados y acordados entre las partes**”⁽⁵⁷⁾.

Literal c) de la cláusula 10: “Toda vez que los inmuebles a los cuales se refiere la presente promesa de compraventa no se encuentran levantados en la fecha de suscripción de este contrato, la prometiente vendedora se obliga a no modificar en forma alguna y sin el previo visto bueno y por escrito de la prometiente compradora ninguno de los planos que como anexo 5 forman parte de este contrato y que han servido de causa para la celebración del mismo”⁽⁵⁸⁾.

El tribunal analizará en seguida los tres casos que en la demanda de Lispy, y en su alegato de conclusión, aparecen

como los causantes del incumplimiento del contrato, siempre considerando la esencia de la relación contractual, cual fue el acuerdo de las partes en relación especialmente con la modificación de los planos del local prometido en venta.

1. La licencia de construcción de fecha 29 de diciembre de 2003

El eje de la acusación de Lispy de haber obrado El Retiro “*ab initio*” de mala fe, se centra en que El Retiro para obtener la licencia de construcción de 29 de diciembre de 2003 de la Curaduría Urbana 4, sin haber informado a El Retiro ni mucho menos haber pedido su autorización, proyectó la construcción de un centro comercial completamente distinto al comprometido con Lispy en el contrato de promesa; que El Retiro mantuvo a Lispy en completa ignorancia del contenido de dicha licencia; que Lispy presumía de buena fe que era concordante con dicho contrato, pero que posteriormente vino a saber que era una licencia espuria, un fraude a la ley, puesto que se había obtenido sin la intención de construir lo que en dicha licencia se autorizaba; que ello se hizo, después de utilizar el nombre y la marca de Lispy en el incremento de las ventas y la obtención del punto de equilibrio, para presentar otros planos que excluían el local de Lispy, y que luego de obtener la exclusión de Lispy el Retiro aplicaría el derecho de retracto.

El Retiro ha contestado enfáticamente a eso que Lispy conocía el contenido de esa licencia y que sabía que era una licencia provisional, según práctica usual en el gremio de la construcción para poder adelantar, con significativos ahorros de costo, las labores de demolición, excavación y cimentación, mientras se obtenía la aprobación del plan de implantación que permitiera construir el Centro Comercial constitutivo del proyecto. Que eso fue de conocimiento de Lispy, que el Arquitecto Manuel Sarmiento estaba al tanto de dicha estrategia, tanto como el interventor, Ingeniero Juan B. Gómez, y que El Retiro, si hubiera tenido los siniestros propósitos que le endilga Lispy, habría simplemente dejado pasar el vencimiento del plazo para obtener los permisos y autorizaciones de los que dependía la condición resolutoria del contrato. Que, por el contrario, entendiéndolo que la colaboración de Lispy en el contrato merecía respeto, habían descartado la sugerencia de sus asesores comerciales, Espacios Urbanos, de no renovar el contrato para sacar a Lispy limpiamente del proyecto.

Será pues necesario indagar si efectivamente Lispy sabía del contenido y alcances de la licencia de 29 de diciembre de 2003 de la Curaduría 4, llamada por el tribunal “licencia puente”; si como asociada en el proyecto sabía que dicha licencia no era para la construcción de un centro comercial sino para un centro de oficinas con área comercial de menos de dos mil metros cuadrados (2.000 m²), en los que lejos de caber el proyecto de Centro Comercial convenido en el contrato de promesa de aproximadamente veintidós mil metros cuadrados (22.000 m²), no cabría ni siquiera el local de Home Sentry que debía tener más de dos mil metros cuadrados (2.000 m²).

Declaró Manuel Sarmiento que su vinculación con el proyecto empezó

“cuando el señor Lucio Bernal me contrató como asesor para que lo ayudara en la compra de un local en el Centro Comercial El Retiro, esto fue por mas o menos noviembre, diciembre del año 2002, estuve asesorándolos hasta mas o menos principios de junio que fue básicamente hasta cuando se maduró el negocio con el Centro Comercial El Retiro. Después a principios de agosto de 2003 empecé a trabajar con una compañía que se llama Juan B. Gómez y Cía., que fuimos contratados para hacer la interventoría de la construcción del proyecto. Esa interventoría duró mas o menos unos 6, 7 meses hasta que los señores del Retiro Centro Comercial decidieron que no estuviera vinculado en el proyecto por un proceso que seguía adelante contra el Centro Comercial El Retiro,⁽⁵⁹⁾.

Más adelante declaró Sarmiento sobre la función que tenía la interventoría en el proyecto:

“La interventoría como tal es un ente que revisa y que se encarga de hacer que las cosas se hagan bien, a la interventoría le llegaban periódicamente unos planos que traían unos cambios hechos, por decir algo, traían unos planos que llegaban el 15 de enero, el 15 de febrero llegaban unos nuevos planos con algunas modificaciones a la obra, venían con fecha y firmados y esos planos se entregaban a la interventoría lo que hacía era poner en práctica lo que venía consignado en esos planos”⁽⁶⁰⁾.

A una pregunta del señor apoderado de la convocante sobre si la gerencia del proyecto les decía si esos planos

correspondían a los que se habían discutido con los clientes, es decir, con Lispy o con La Riviera, contestó de manera categórica:

“no, a la interventoría tampoco le interesaba en esos momentos saber quienes habían intervenido en la decisión de dichos planos porque la labor de la interventoría era hacer que se cumplieran esos planos solamente, es decir no iba más allá de eso”.

Luego, a la pregunta de quien o quienes estaban encargados de adelantar las gestiones para obtener las licencias de construcción o los permisos que se requerían contestó que eso correspondía a la gerencia del proyecto, a Julián Bonilla. Y a la pregunta de si la interventoría participaba en esas gestiones contestó: “no, para nada”⁽⁶¹⁾.

Más adelante el señor apoderado de la convocante mostró al testigo el documento 42 de la demanda principal (que obra a fl. 220 del cdno. pbas. 1), contentivo de una licencia expedida por la Curaduría 4 de Bogotá de fecha 29 de diciembre de 2003, y sobre el mismo dijo:

“No, ese documento no lo conocí, nunca lo conocí”⁽⁶²⁾.

Insistió sobre ello el señor apoderado de la convocante preguntando si ese documento se lo había mostrado la gerencia del proyecto a lo que Sarmiento respondió: “Nunca”.

Respecto de estas últimas manifestaciones de Manuel Sarmiento corresponde al tribunal manifestar que en el acta del comité de obra 8, a la cual asistió Sarmiento, aparece la siguiente frase que contradice su dicho:

“Se deja constancia en el presente comité que la licencia de obra se recibió de la curaduría 4 de fecha 29 de diciembre de 2003”⁽⁶³⁾.

Para el tribunal resulta incomprensible cómo Manuel Sarmiento, quien según su mismo dicho había sido el asesor arquitectónico de Lispy para lo relacionado con el proyecto, no se hubiera impuesto del contenido de la licencia.

El tribunal ante la contradicción entre lo que consta y se deduce claramente del documento, redactado y aprobado sin salvedades, en época no conflictiva entre las partes, y lo declarado por el arquitecto ante el tribunal, no puede menos que dar por verdadero lo que en el documento se declara y descartar el testimonio en lo tocante a este punto, por demás, importante.

El tribunal observa que si bien no existe prueba en el expediente que señale a Manuel Sarmiento como apoderado de Lispy con facultades para modificar los planos, ello no quiere decir en modo alguno que Sarmiento no asistiera a los comités de obra y ejerciera sus labores de interventor en interés de Lispy. Son muchos los indicios que señalan que la vinculación de Sarmiento como asesor arquitectónico de Lispy para el proyecto no terminó con la sola firma del contrato de promesa sino que se prolongó hasta que El Retiro ejerció el derecho de retracto.

Manuel Sarmiento era el asesor habitual de Lispy para proyectos como el del Centro Comercial El Retiro. Tiene además vínculos familiares con el representante legal de Lispy, señor Lucio Bernal, pues está casado con una hermana de este. Es miembro suplente de la junta directiva de Lispy. Finalmente observa el tribunal que repasadas las actuaciones de Manuel Sarmiento en los comités de obra puede deducirse que en su mayoría fueron actuaciones relacionadas con Lispy, en las que actúa y toma decisiones en su nombre.

Para El Retiro la licencia de 29 de diciembre de 2003 era un medio usual y práctico de poder empezar las demoliciones, las labores de cimentación y la construcción de la estructura paralelamente con el adelanto del trámite para la obtención del plan de implantación que permitiría luego la modificación y aprobación de planos que hicieran posible la ampliación de la zona comercial. Por eso su denominación alegórica de “licencia puente”. Lispy conocía perfectamente esta situación a través de su asesor Manuel Sarmiento.

Al respecto, el gerente del proyecto, señor Julián Bonilla, manifestó “... era muy claro para Lispy que esa no era la licencia definitiva sino que era una licencia provisional, por lo tanto no entró a hacer el pago de lo que tenía que pagar”⁽⁶⁴⁾.

El apoderado de la convocante interrogó de manera insistente a todas las personas que declararon que Manuel

Sarmiento había sido nombrado en la interventoría para que interviniera en ella en nombre de Lispy y también, en nombre de Lispy, en los comités de obra, sobre las circunstancias de por qué podía constarles tal hecho que afirmaban. Por ejemplo preguntó a Julián Bonilla respecto de los planos presentados a la Curaduría para la obtención de la licencia de 29 de diciembre de 2003, que habrían sido elaborados con posterioridad al contrato de promesa, a lo cual Bonilla respondió:

“Si y con el consentimiento pleno de Lispy

El apoderado: de quien?

Bonilla: de Manuel Sarmiento.

El apoderado: Manuel Sarmiento representante legal?

Bonilla: Manuel Sarmiento era funcionario de la interventoría, fue impuesto por Lispy estuvo perfectamente al tanto del trámite.

El apoderado: y usted obtuvo consentimiento escrito, no me dice que y reconoció la promesa que necesitaba un consentimiento escrito de Lispy?

Bonilla: No pero asistió a todos los comités de obra, conoció toda la información incluyendo estos planos”⁽⁶⁵⁾.

Observa el tribunal que es fundada la observación de Bonilla en el sentido de que Lispy tenía que saber que la licencia era provisional, que la licencia que permitiría dar cumplimiento al contrato de promesa no existía pero que se adelantaba el trámite del plan de implantación en orden a obtenerla. El tribunal encuentra este planteamiento ajustado a la verdad, entre otras razones por una objetiva: la de que si la licencia de 29 de diciembre de 2003 fuera la definitiva, Lispy hubiera tenido que comenzar a pagar las mensualidades de la cláusula segunda del contrato sobre precio, literal b), página 15, desde el momento mismo en que el interventor certificara que el proyecto había alcanzado el punto de equilibrio, pues la licencia ya se habría obtenido.

Veamos ahora lo que sobre estos mismos puntos declara el interventor, ingeniero Juan B. Gómez.

El Retiro ha manifestado de manera insistente que el interventor fue impuesto por Lispy, hecho que Lispy niega. Antes de iniciar la crítica del testimonio el tribunal observa que el ingeniero Juan B. Gómez aparece como una persona cercana a Lucio Bernal, dado que no fue solamente interventor de El Retiro, cargo para el cual fue elegido por sugerencia de Manuel Sarmiento, sino que en el momento de su declaración también era interventor de una obra adelantada por Mecanelectro, que como es sabido es la propietaria del establecimiento de comercio de Lispy de la Calle 127 y de quien es representante legal el señor Lucio Bernal⁽⁶⁶⁾. Además el mismo señor Gómez, a la pregunta del apoderado de la parte convocante de si conocía o conoció al señor Lucio Bernal Castaño, contestó:

“Yo creo que conocí a Lucio hace como unos dos años más o menos, sabía quien era, lo había oído nombrar, lo había visto porque Lucio corría en el autódromo pero no había hablado nunca con él hasta hace como dos años que me buscaron para que los asesorara en la posibilidad de desarrollar una unidad comercial que no podríamos alcanzar a llamar un Centro Comercial en Salitre, en un lote que hoy día está manejado por Comcel (...)” (Las negrillas son del tribunal)⁽⁶⁷⁾.

Sobre la licencia de 29 de diciembre de 2003 el ingeniero, preguntado por el apoderado de la convocante sobre si recordaba que alguna vez se le planteó el centro como un edificio de oficinas, contestó:

“Si, el doctor Julián Bonilla cuando le pregunté con qué licencia arrancábamos, me dijo tengo una licencia de hacer un edificio de oficinas que tiene altura suficiente para poderlo después transformar en un Centro Comercial”⁽⁶⁸⁾.

En cuanto a la licencia misma, interrogado más tarde por el mismo apoderado sobre si el documento 42, presentado con la demanda y contentivo de la licencia de construcción de 29 de diciembre de 2003, fue de su conocimiento, contestó:

“Gómez: No supe de ella.

Apoderado: No la conoció?

Gómez:

Apoderado: Por qué no la conoció?

Gómez: Porque dentro de lo que necesito para poder controlar una obra no necesitaba tener una licencia.

Apoderado: Y entonces quién le explico que había una licencia de construcción?

Gómez: Julián Bonilla como le dije antes”⁽⁶⁹⁾.

Debió olvidar el Ingeniero que en el informe 1 de la interventoría, de fecha 1 de febrero de 2004⁽⁷⁰⁾ (documento 40) presentado con la demanda, se dice, según la transcripción que se hace de dicho informe en el hecho séptimo:

“La gerencia adelantó los trámites de la licencia de construcción ante la Curaduría 4 la cual fue otorgada el 29 de diciembre de 2003 bajo el número 3-4-1681.

Sin embargo debe anotarse que esta licencia permite construir el edificio proyectado pero no usarlo como Centro Comercial en toda su área, la licencia prevé el uso comercial en el primer piso, entrando por la calle 82 y uso de oficinas para el resto del edificio.

El cambio de uso, a Centro Comercial, está condicionado a la expedición de la resolución del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, que adopte el plan de implantación propuesto, según información suministrada por la gerencia el proceso técnico de soporte de la resolución está completo y en el curso de sesenta días máximo será expedida la resolución aprobatoria”. (Las subrayas son de la demanda y el tribunal coincide con la importancia del elemento subrayado).

Conocía pues el interventor perfectamente el contenido de la licencia y lo que ella representaba frente al centro comercial proyectado: que debía obtenerse el cambio de la licencia a uso comercial principal, mediante el trámite del famoso plan de implantación.

De todo lo anterior el tribunal no puede menos que concluir que a través del Arquitecto Manuel Sarmiento Lispy estaba enterada del desarrollo del proyecto, y en particular de la licencia del 29 de diciembre de 2003, de lo que ella autorizaba, y de la necesidad de cambiarla para cumplir la promesa.

Como consecuencia de lo expuesto el tribunal no encuentra base para declarar que hubo un incumplimiento del contrato de promesa por razón de la solicitud de la licencia que fue expedida el 29 de diciembre de 2003, porque ella fue conocida y compartida por las dos partes.

2. La promesa celebrada con La Riviera

Tal como se ha mencionado ya, el tribunal solicitó de oficio que se trajera al proceso el contrato de promesa de compraventa con el otro almacén “ancla”, La Riviera, con el propósito de estudiar si las alegaciones de la convocada de haber sido irrisorio o lesivo el precio convenido en el contrato de promesa de compraventa con la convocante pudieran tener fundamento. Presentado el documento por la convocada, de él se dio traslado a la otra parte, la cual al estudiar el documento y sus anexos manifestó que en el otrosí 3 se encontraba prueba de que El Retiro ya en el momento de firmar ese contrato, y particularmente el otrosí 3, había modificado los planos contenidos en el contrato de promesa firmado con Lispy, a pesar de haberse comprometido a no modificar sin antes haber obtenido la aprobación de esta mediante documento escrito.

El mencionado otrosí 3 fue firmado el 12 de febrero de 2004. El señor apoderado de la parte convocante manifiesta que de los antecedentes 2 a 7 inclusive del documento, se colige necesariamente que ya desde entonces se estaban modificando los planos de la promesa firmada con Lispy sin su conocimiento.

Habría pues que ver y analizar tales antecedentes o consideraciones dentro del contexto del otrosí y del contrato con La Riviera.

“2. Que la licencia de construcción a que hace referencia la citada cláusula fue expedida por el Curador Urbano 4 el día 19 de diciembre de 2003. Sin embargo la dicha licencia no cumple los requisitos exigidos en el párrafo primero (1º) de la referida cláusula, por lo cual no puede entenderse que fue concedida apropiadamente.

3. Que la promotora solicitará la modificación de la licencia concedida de modo tal que, entre otras cosas, esta prevea una mayor área de locales comerciales, para lo cual se requiere la aprobación previa de un plan de implantación por parte del departamento de Planeación Distrital.

4. Que la solicitud para la aprobación del plan de implantación fue elevada el día 14 de abril de 2003.

5. Que en todo caso, la solicitud elevada por el departamento de Planeación Distrital incluye modificaciones a las características del centro más allá de las permitidas en la cláusula novena antes citada.

6. Que la solicitud señalada no se ajusta a las características del local y los pisos establecidos en los anexos 2 y 3 del contrato marco de promesa de compraventa.

7. Que en atención a lo anterior, las partes han acordado modificar las características del Centro, el local y los pisos previstas en el contrato marco de promesa de compraventa, así como el precio del local y los pisos”.

El tribunal agregará el antecedente ocho (8), que completa los antecedentes del otrosí 3:

“8. Que la promotora prevé que la licencia de construcción, concedida conforme a lo pactado entre las partes en el presente otrosí, será expedida en el transcurso del primer semestre del año en curso”⁽⁷¹⁾.

Se ve claro de los antecedentes del otrosí 3 que las partes, El Retiro y La Riviera, conocían perfectamente el alcance y el significado de la licencia que el tribunal ha denominado “puente”. Se observa aquí que La Riviera y El Retiro no tienen inconveniente alguno en mencionar en el otrosí la existencia de la licencia de construcción de 29 de diciembre de 2003 como inadecuada para la construcción del proyecto, licencia que demandaba un cambio de uso mediante el trámite de un plan de implantación que aprobara modificaciones destinadas a obtenerlo.

De todo ello el tribunal no deduce que El Retiro hubiera tenido la intención de construir un Centro Comercial distinto al comprometido con Lispy en el contrato de promesa, sino todo lo contrario: que El Retiro sabía que la licencia de diciembre 29 de 2003 no servía para construir un Centro Comercial sino solo un edificio de oficinas con una pequeña área destinada a comercio, y que la intención de El Retiro era construir el Centro Comercial mediante el trámite del plan de implantación que, aprobado, permitiría el cambio de uso de la licencia.

Para el tribunal resulta también claro que si de los planos que figuran como anexos al mencionado otrosí se deduce que el área referente a bodegas había sido ubicada en el tercer piso, ello sería prueba de un incumplimiento de El Retiro respecto de una obligación que el tribunal ha llamado importante, como que fue causa de la celebración del contrato de promesa, según la cual El Retiro no modificaría los planos comprometidos con Lispy sin previa consulta y aprobación escrita de esta.

Se solicitó al perito estudiar los planos del documento denominado “Contrato marco de promesa de compraventa”, celebrado entre El Retiro Centro Comercial S.A., Ramad Rachid Jaimes, Mauricio Rachid Garcés y Abel Rachid Kattah, por un parte, y por otra la sociedad 786 Internacional de Colombia Ltda., de mayo 23, 2003, e indicar “si los planos incorporados en el denominado anexo 3 que inicialmente se firmó corresponden en forma sustancial con los de la promesa de compraventa que se reprodujeron como documento 37”.

A lo anterior contestó el perito:

“Los planos contenidos en el anexo 3 correspondientes a los folios de los números 364 al 369 son los mismo planos del documento 37”.

Es decir, que los planos de la promesa de compraventa y los que figuraron en el documento de mayo 23 de 2003

(Contrato marco de promesa celebrado con La Riviera) eran iguales.

Se formuló entonces al perito esta pregunta:

“b) Si los planos incorporados en el anexo 3 mencionados en la respuesta anterior fueron variados con los que se incorporaron al otrosí 3 de febrero 12, 2004, y en caso afirmativo se servirá indicar cuales fueron las modificaciones con respecto a la generalidad del Centro Comercial El Retiro y en particular con respecto a los locales prometidos en venta a Lispy S.A., que corresponden a los de la promesa de compraventa que se reprodujeron como documento 37 de la demanda principal”.

El perito contestó:

“Los planos del anexo 3 son diferentes a los planos del otrosí 3. Al comparar los planos del otrosí 3 v. el documento 37 se presentan las siguientes variaciones:

* Piso 1 – Calle 81: Se mantiene la fachada interna del local y solo se presenta una modificación en las bodegas de la Calle 81.

* Piso 2 – Calle 81: La bodega sur-occidental se mantiene. El área de bodega en el costado norte (con fachada sobre la 82) se elimina y se reemplaza por un patio de comidas y locales.

* Piso 3 – Se ofrece un área de oficinas, el cual no existía en el DOC. 37.”

Y esta otra pregunta:

“En forma adicional deberá indicar si los locales comprometidos en venta correspondientes al documento 37 y sus áreas adicionales fueron variados en los planos que se incorporaron en el otrosí 3 de febrero 12 de 2004 en cuanto al área, ubicación, etc., indicando el alcance económico y comercial de tales variaciones”.

Respondió:

“Con respecto a los planos del otrosí 3 se encuentran la siguientes variaciones:

• Piso 1 – Calle 81: Se mantiene la fachada interna del local y solo se presenta una modificación en las bodegas de la calle 81.

• Piso 2 – Calle 81: La bodega sur-occidental se mantiene. Al área de bodega en el costado norte (con fachada sobre la 82) se elimina y se reemplaza por un patio de comidas y locales.

• Piso 3 – Se ofrece un área de oficinas, el cual no existía en el DOC. 37”.

Los efectos comerciales y económicos de las variaciones anteriores son los derivados de la menor capacidad de almacenamiento del local comercial, capacidad que no es compensada con el área de oficinas del tercer piso que tienen usos comerciales y arquitectónicos diferentes y es imposible destinar una oficina como bodega”⁽⁷²⁾.

No puede el tribunal dejar de señalar que efectivamente las variaciones a que se refirió el perito, que cambiaban los planos comprometidos con Lispy, fueron introducidas en el contrato con La Riviera, sin haber conversado previamente con Lispy y haber obtenido su aprobación escrita.

El tribunal encuentra probado que ya desde el momento en que El Retiro firmó el otrosí 3, (12 de febrero de 2004) incumplió el contrato de promesa de compraventa que tenía celebrado con Lispy al haber introducido cambios, y cambios importantes, a los planos que tenía comprometidos con ella sin habérselos consultado para obtener su aprobación, incumplimiento que el tribunal considera grave puesto que desconocía uno de los motivos que Lispy había considerado como causa del contrato, con el claro reconocimiento de ambas partes. Aquí el tribunal aclara que si con respecto a la denominada “licencia puente”, Lispy estaba al tanto a través de Manuel Sarmiento, en su papel de miembro de la interventoría y del Comité de Obra, no puede decirse lo mismo del contrato firmado con La Riviera pues no existe ninguna prueba de que hubiera sido presentado a la interventoría o al Comité. Por esa

razón no resultan de recibo las explicaciones de la convocada consistentes en que habría existido un mandato aparente otorgado por Lipsy a Manuel Sarmiento, porque no hay prueba de que en algún momento el contrato con La Riviera se le hubiera enseñado a Sarmiento. Más bien la prueba parece indicar lo contrario: que nunca se le enseñó ese contrato a Sarmiento, o a Lipsy. Lipsy en su demanda no se refiere a ese contrato, ni pidió que se exhibiera a pesar de ser útil a sus pretensiones en el proceso, muy seguramente porque no lo conocía; solo cuando llegó el contrato al expediente a solicitud oficiosa del tribunal, Lipsy lo estudió y formuló las observaciones conocidas.

Argumenta la parte convocada que estas obligaciones, de haber sido infringidas, no eran obligaciones importantes, con entidad suficiente para entenderse como incumplimientos de un contrato. El tribunal entiende que en el derecho contemporáneo y en contratos complejos como el de la promesa de venta celebrado por las partes, pueden presentarse incumplimientos de obligaciones que siendo perfectamente secundarias no deban dar lugar a medidas tan extremas como la resolución del contrato. Por ejemplo, una obligación consistente a cargo de la entidad promotora del proyecto de informar cada 15 días del estado de la obra no debe conducir, en principio, a que el comprador pueda pedir por ello legítimamente la resolución del contrato, sino su cumplimiento, con los correspondientes perjuicios que la falta oportuna del informe le hubiera podido ocasionar. No quiere lo anterior decir que la falta del informe, en determinado caso, no pueda tener la entidad suficiente como para dar derecho al comprador a pedir la resolución del contrato, si tal información resultaba para el comprador de gran importancia. Ello dependerá de cada caso. Pero para este caso, el tribunal debe señalar que existen dos motivos que llevan a concluir que el incumplimiento de la obligación de no modificar los planos con conocimiento y aprobación de Lipsy, fue un incumplimiento grave. La primera ya se mencionó. El contrato en cuanto prohíbe a El Retiro modificar los planos que ambas partes convinieron debían ser los del Centro Comercial y dentro de él, el local de Lipsy, fue considerado por ambas partes como motivo importantísimo de la celebración del contrato y causa del mismo por lo que todo incumplimiento a este respecto resulta jurídicamente, bajo esta sola óptica, un incumplimiento grave.

La segunda razón es, en concepto del tribunal, tan importante como la primera. Quiso el tribunal estudiar como punto de partida para analizar el contrato y sus obligaciones, lo atinente a la naturaleza del contrato. El tribunal encontró que el contrato no era solamente uno de promesa de compraventa sino que las partes, en buena fe, se habían asociado para sacar adelante el proyecto que era para ellas de mutuo beneficio. El tribunal encuentra que la razón de ser de la prohibición a El Retiro de modificar los planos del centro o del local de Lipsy sin consultarlo antes con esta, era porque ambas partes estaban asociadas para el proyecto y para que dentro de él, cada parte obtuviera el beneficio que esperaba. Al celebrar el contrato de promesa con La Riviera, en el que se mostraban unos espacios de aislamientos con predios vecinos, que afectaban a Lipsy, y un área integrada al espacio público que no existía en el contrato de promesa y que sin duda modificaba el proyecto comprometido con Lipsy, olvidó El Retiro que Lipsy era su socio y que tenía derecho a conocer como tal esos cambios, así fueran razonables, antes de comprometerlos con otros compradores. Quiere significar el tribunal que Lipsy tenía derecho a opinar como socia del proyecto sobre los cambios que se proyectaran, antes de que se materializaran. Habiendo así convenido esos cambios, sin previa consulta con Lipsy, vinieron a constituir hechos cumplidos, que dificultarían cualquier posición flexible de El Retiro cuando tuviera que presentarlos a Lipsy. Confió El Retiro imprudentemente en que finalmente impondría sus condiciones a Lipsy, olvidando que Lipsy era su socio, y que obtener su aprobación seguramente habría sido más fácil y posible si hubiera mediado una consulta y no la escueta presentación de hechos cumplidos.

3. Los planos radicados el 14 de julio de 2004

Lo primero que hay que señalar es que en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad y de conformidad con lo establecido en el artículo 1602 del Código Civil, "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales." Ello es así, por cuanto la celebración de un contrato presupone un acuerdo de voluntades entre las partes que lo suscriben, sin que les sea dable modificarlo unilateralmente ni obrar contrariamente a la estipulación pactada.

De ahí precisamente, del alejamiento de una de las partes del contrato que la ha atado, es de donde se deriva la responsabilidad civil contractual, que resulta de la "inejecución parcial o total, o de la ejecución imperfecta o tardía

de una obligación estipulada en un contrato válido. Presupone por lo tanto la existencia de un contrato válido celebrado entre las partes y el incumplimiento o cumplimiento imperfecto de alguna de las obligaciones estipuladas en él”⁽⁷³⁾.

Del contrato de promesa celebrado entre Lispy y El Retiro, emanaba la disposición que obligaba a esta última a no prescindir de la aceptación de aquella, en cuanto a la modificación de los planos del local prometido. Evidentemente, según lo refleja el contrato mismo, si El Retiro deseaba introducir cambios a los planos de la promesa, debía ponerlos en conocimiento de Lispy y pedir su aprobación. Dicha previsión contractual se encuentra consagrada en diversos acápites del contrato de promesa, según se contempla en el literal f) de la cláusula 1, el ordinal b) de la cláusula 2, y el literal c) de la cláusula 10, cuyos textos han sido transcritos con anterioridad.

Sobre este aspecto y en el ámbito del presente debate procesal, la convocante manifestó que El Retiro incurrió en incumplimiento contractual al haber modificado los planos de la promesa sin su previa consulta, frente a lo cual El Retiro respondió que no modificó los planos, pero que si lo hubiera hecho, ello tampoco implicaría un incumplimiento sino una simple manifestación anticipada del uso del derecho de retracto.

Al respecto y de forma inicial a su pronunciamiento definitivo sobre este tópico, el tribunal advierte desde ahora que el deber de abstenerse de modificar los planos del local prometido en venta por cabida sin autorización de Lispy, entrañaba una obligación principalísima del contrato, en la medida en que los planos incorporados a la promesa incuestionablemente servían de causa del contrato mismo, tal y como lo advierte su clausulado. Basta leer a este respecto, el Literal c) de la cláusula 10, el cual reza así: “Toda vez que los inmuebles a los cuales se refiere la presente promesa de compraventa no se encuentran levantados en la fecha de suscripción de este contrato, la prometiente vendedora se obliga a no modificar en forma alguna y sin el previo visto bueno y por escrito de la prometiente compradora ninguno de los planos que como anexo 5 forman parte de este contrato y que han servido de causa para la celebración del mismo”⁽⁷⁴⁾.

La obligación en estudio a cargo de El Retiro, es de no hacer, es decir, se cumple mediante la abstención impuesta al deudor de ella. Según Pothier, un contrato se define como un convenio “por el cual las dos partes recíprocamente, o solo una de las dos, prometen y se obligan para con la otra a darle alguna cosa, y hacer o no hacer tal cosa”. Era prístino en el presente caso, que El Retiro estaba obligado a cumplir con la aludida abstención, no modificar planos sin la autorización previa, que como ya se ha indicado no se trataba de un compromiso menor sino por el contrario una situación que delineaba un nexo de causalidad diáfano entre el contrato y la causa que le sirvió de origen.

La obligación de abstenerse de modificar los planos del local prometido sin la autorización exigida, fue la vía para el resultado final esperado por las partes, y en este sentido encarnó también una obligación de resultado. Por ello no puede ser de recibo el intento explicativo de El Retiro de señalar que en caso de haber modificado los planos inconsultamente, ello no supondría el incumplimiento contractual sino una manifestación anticipada del uso del retracto.

Esta obligación en modo alguno puede reputarse como una obligación de medio, ampliamente conocida en la doctrina como obligación de prudencia y diligencia, es decir aquella que le impone al deudor el deber de emplear los medios de que dispone para obtener una finalidad. No, muy por el contrario, El Retiro debía garantizar en todo momento ese fin buscado, el resultado concreto, para lo cual, a su único y exclusivo cargo, se imponía abstenerse de modificar los planos sin el consentimiento de Lispy.

De otro lado, bien puede afirmarse que esta prestación pesaba durante todo el transcurso del negocio jurídico, y gravitaba como una significativa circunstancia integradora del contrato. Por ende, se entrelazaba con el conjunto y totalidad de las prestaciones del contrato suscrito entre las partes, e incuestionablemente con su objeto principal, de modo que su incumplimiento implica el incumplimiento no de una específica prestación sino del contrato mismo.

Pasa enseguida el tribunal a analizar, de conformidad con las piezas probatorias recaudas a lo largo del proceso, si se verificó el cumplimiento o incumplimiento del contrato de promesa por parte de El Retiro y, en consonancia con lo anterior, a determinar en este específico aspecto la favorabilidad o no de la causa petendi.

Siendo el punto que se comenta de capital importancia, la actividad oficiosa del tribunal en la verificación de los hechos relacionados con este tópico fue minuciosa en su auscultación y dio lugar a múltiples ejercicios probatorios con la finalidad de establecer primigeniamente la situación de cumplimiento o no de dicha obligación a cargo de El Retiro. Y no podía ser de otra forma en capítulo tan definitorio de la situación litigiosa. Es así como de oficio el tribunal decretó pruebas documentales, testimonios adicionales, formuló nuevas preguntas al perito Constructora Colpatria y practicó inspecciones judiciales con intervención de perito a la Curaduría Urbana 4 y al Departamento Administrativo de Planeación Distrital.

Luego de surtida por parte del tribunal la intensa actividad oficiosa citada, es de anotar que no reposa ni se allegó al trámite prueba alguna, que desvirtúe el hecho de que los planos que sirvieron de base a la licencia expedida el 31 de agosto de 2004 fueron presentados y radicados en la Curaduría el día 14 de julio de 2004, sin la previa autorización de Lispy, y en fecha anterior a la de la utilización del retracto por parte de El Retiro. Por último, según aparece en las citadas pruebas, la convocada tampoco aportó elementos de análisis distintos que enfrentaran la conclusión que precede.

Por consiguiente, la radicación el 14 de julio ante la Curaduría 4, de cambios en los planos, significó el incumplimiento del contrato, atribuible a El Retiro. La citada prestación de abstención a cargo de la sociedad convocada no se cumplió por parte de la misma, ni esta exhibió en el proceso una circunstancia exculpatoria de este hecho. Es por la anterior consideración que el tribunal considera que está probado el incumplimiento contractual.

D. ¿Hubo participación de Lispy en el incumplimiento?

Podría pensarse que en razón de haber sido Lispy copartícipe de la política relacionada con la solicitud de la licencia expedida el 29 de diciembre de 2003, y de haberse conducido la ejecución de la promesa de contrato dentro de las exigencias y expectativas propias de una asociación comercial, pudo Lispy también ser partícipe, o mejor co-originadora de la situación que llevó a El Retiro a incumplir. Sin embargo tanto la cronología de los hechos como la propia situación de Lispy dan base para una respuesta negativa.

Como atrás concluyó el tribunal, no obra en el expediente prueba alguna que desvirtúe el hecho de que los planos que sirvieron de base a la licencia expedida el 31 de agosto de 2004 fueron presentados y radicados en la Curaduría el día 14 de julio de 2004, sin la previa autorización o aceptación de Lispy como estaba acordado en la promesa. Tampoco, por otra parte, obra prueba que permita acreditar que con anterioridad a esta fecha hubo acuerdos o autorizaciones, así fuera de carácter informal, para modificar los planos a fin de ajustarlos al plan de implantación, o acuerdos para compartir las restricciones que pudieran derivarse del plan, aunque, claro, de la asociación que traían las partes podría deducirse fundadamente que esa habría de ser su conducta.

Sin embargo no ocurren las cosas en el ambiente de los acuerdos. Con ocasión de la reunión del 16 de julio de 2004 o unos días antes⁽⁷⁵⁾, de todos modos sin el acuerdo de Lispy, El Retiro anuncia a Lispy en forma terminante los cambios que deben hacerse en los planos. Lispy rechaza los cambios porque le modifican en materia sustantiva su local y solicita alternativas dentro de los planos acordados. El Retiro entonces comunica a Lispy que hace uso del retracto.

El tribunal estima que la actitud inicial del representante de Lispy de rechazar las modificaciones es razonable, y que cualquier empresario serio colocado en sus circunstancias habría actuado de modo similar porque su primera obligación era buscar que se mantuvieran las condiciones que inspiraron el negocio por las ventajas que le reportaban a su empresa. En esa línea de conducta solicitó el estudio de variaciones que pudieran reflejar lo acordado, pero no logró su propósito no obstante ser las modificaciones iniciativa de El Retiro y no imposición del DAPD, como puede deducirse del acervo probatorio. Vino la comunicación de El Retiro anunciando el retracto. No obstante la decisión de El Retiro, Lispy, que aún conservaba su ánimo de seguir adelante, revisa su postura y decide aceptar las modificaciones, ahora sin duda bajo la inminencia de perder el negocio. El Retiro no cambia su decisión.

Lispy estaba obligada a prestar su concurso y colaboración para la culminación del negocio, como también lo estaba El Retiro. Había habido ciertas tolerancias y aunque en la demanda se quiso ofrecer un escenario diferente,

ya analizado por el tribunal, las partes eran partícipes de la “licencia puente” y a partir de esta de cuanto ocurrió en los trámites ante las autoridades o ante otros compradores, menos en dos: la modificación de los planos con ocasión de la reforma de la promesa de La Riviera, y la radicación el 14 de julio ante la Curaduría 4 de cambios en los planos. En estas dos actuaciones, que significaban incumplimientos del contrato, actuó solo El Retiro. Prescindió de Lispy.

Es claro entonces, que si la terminante decisión de El Retiro de “hacer uso del retracto” sin considerar la solicitud de Lispy de estudiar alternativas, se puede tachar de lesiva del espíritu de asociación que tenía el contrato de promesa, cuánto más puede tacharse si ese “uso del retracto” llega, como llegó, después del incumplimiento.

El tribunal no encuentra que en los dos casos de incumplimiento —los cambios en su local con motivo de la promesa de La Riviera y la radicación de modificaciones ante la curaduría el 14 de julio— pueda caberle a Lispy ninguna participación. No hay prueba que evidencie su acuerdo con los cambios, o que indique su presencia en esos eventos, o que demuestre el hecho de haber sido consultada con miras a obtener su aceptación en los términos del contrato, que sería la condición para que la modificación de los planos no conllevara incumplimiento. Tampoco por supuesto hay prueba de acuerdo en los desarrollos ulteriores, y menos aún en el retracto. En cambio es ostensible, miradas las cosas desde la perspectiva actual, que la cultura de asociación que tuvo el contrato de promesa, y que la práctica de los acuerdos que observaron las partes como esencia de su contrato —sin duda con las dificultades y rudezas propias del mundo de los negocios— fueron rotas por la parte que ya había obtenido los benéficos frutos de ellas.

Por las consideraciones formuladas, el tribunal acogerá la primera pretensión principal de la demanda, y declarará probado que El Retiro Centro Comercial S.A. incumplió el contrato de promesa de compraventa celebrado con Lispy S.A. en mayo 16 de 2003 relativo a los locales 135 A, 135 B, 135 C y la bodega 01 de El Retiro Centro Comercial junto con sus enmiendas y modificaciones.

E. La cláusula de arras de retracto

Los primeros dos literales de la cláusula 3) del contrato de promesa suscrito por las partes el 16 de mayo de 2003, con la modificación acordada en el otrosí 2 de fecha 31 de marzo de 2004, dicen:

3. Arras / Cláusula Penal

a) Las partes acuerdan que la cantidad de novecientos millones de pesos moneda corriente (\$900.000.000,00 m/cte), se entrega por la prometiente compradora a la prometiente vendedora a título de arras de retracto, para las cuales regirá lo establecido en los artículos 1859 y 1860 del Código Civil. De llevarse a cabo la compraventa prometida, el valor de las arras se abonará al precio total de la compraventa. Las partes acuerdan que tendrán derecho al retracto hasta la fecha en la cual se cancele la primera de las cuotas a que se refiere la cláusula 2^a, ordinal b) anterior y deberá ejercerse de acuerdo con el procedimiento señalado en esta cláusula.

b) Vencido el plazo anterior, no existirá derecho al retracto y a partir de allí, el incumplimiento de cualquiera de las partes a lo previsto en el presente contrato de promesa de compraventa permitirá a la parte cumplida exigir a título de cláusula penal imputable a los perjuicios la suma de novecientos millones de pesos moneda corriente (\$900.000.000,00 m/cte), la cual podrá ser exigida judicial o extrajudicialmente por la parte cumplida, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de las acciones a que tiene derecho de conformidad con lo previsto en el artículo 1546 del Código Civil⁽⁷⁶⁾.

c) En el evento en que cualquiera de las partes desee hacer uso del derecho de retracto en el plazo indicado en el literal a) anterior, deberá enviar una comunicación a la otra dando aviso de su intención de retractarse y siguiendo el procedimiento señalado en esta cláusula.

En la tercera pretensión principal de la demanda se pide al tribunal que declare que el retracto planteado por El Retiro Centro Comercial S.A. mediante la comunicación de 27 de julio de 2004 constituye un acto abusivo del derecho y por consiguiente carente de eficacia legal.

Para rechazar las pretensiones de la demanda la parte convocada se ampara en el derecho conferido a las dos partes

por la cláusula de arras de retracto contenida en el literal a) transcrito. Son sus palabras centrales:

“Lispy nunca tuvo un derecho consolidado e indiscutible de recibir el local prometido en venta, porque siempre existió la alternativa para mi representada, también para la misma convocante, de acudir al retracto⁽⁷⁷⁾ .

“En este trámite, desafortunadamente, todo el período probatorio se ha enderezado a tratar de demostrar que mi representada incumplió el contrato, sin reparar que tenía el derecho de hacerlo, si es que el uso de una facultad alternativa puede denominarse incumplimiento, por cuanto el retracto pactado y legalmente reconocido le confería ese derecho.

“Precisamente, este retracto abre la puerta para que cualquiera de los contratantes incumpla, si así puede llamarse una conducta claramente contemplada, afrontando en tal caso las consecuencias legal y convencionalmente previstas.

“Mal puede pretenderse demandar el cumplimiento del contrato de promesa, cuando mi representada optó, entre los dos extremos derivados de dicho contrato, por asumir la devolución de las arras.

“Esta facultad la podía ejercer sin tener ningún motivo para ella, bien que la contraparte, como se desprende de las pruebas practicadas, lo dio abundantemente, convirtiéndose en un obstáculo para el adelantamiento del proyecto, con sus continuas exigencias, conducta coronada con una manifestación terminante y escrita, por la cual exige que se le cumpla con la entrega de un local exactamente ajustado a las condiciones inicialmente previstas que, según las exigencias concretas hechas por el Departamento Administrativo De Planeación Distrital, particularmente en el tema de los aislamientos laterales sobre el lote vecino, era imposible atender”⁽⁷⁸⁾ .

(...).

“Por lo demás, debo sostener que, aún en el caso, que no corresponde a la verdad, de que en el mes de julio se hubieran presentado solicitudes de licencia desconociendo los derechos de Lispy, se habría dado en este supuesto el fenómeno de una anticipación en la voluntad de retractarse de lo pactado, perfectamente legítima, en tanto este retracto, como antes se afirmó, jurídicamente no requiere ninguna motivación distinta de la de ser decidido por una de las partes⁽⁷⁹⁾ .

Obra en autos que al interior de la parte convocada —socios y asesores de El Retiro— en varias ocasiones se planteó la posibilidad de usar el retracto para deshacer el negocio proyectado, bien con miras a evitar las exigencias de Lispy respecto de la preparación del local prometido en venta, ora para aprovechar el ajuste de los precios de los locales, ajuste que hacía un sensible contraste con el precio convenido. Todo indica que la utilización del retracto no fue autorizada en tales ocasiones por el socio principal de la firma, y que solo al final del proceso, el 27 de julio de 2004, El Retiro decidió proponerlo.

Para el tribunal los incumplimientos que atrás se mencionaron y la utilización del retracto, están estrechamente unidos. El retracto vino a ser solamente un episodio dentro del proceso de querer prescindir El Retiro de sus compromisos contractuales. Y ello no solamente porque como lo manifestó el señor apoderado de la convocada con cierta licencia conceptual, su representada tenía el derecho de incumplir a través del retracto (aunque, es cierto, aclaró “si es que el uso de una facultad alternativa puede denominarse incumplimiento”), y además incumplir sin acreditar ningún motivo para ello; también porque como se dijo en el proceso sin reatos, el retracto siempre figuró entre las medidas o herramientas que estuvieron en la mente de las partes para su utilización eventual, en especial de la convocada porque a partir de la normalización financiera del proyecto y del incremento de los precios de los locales por variados factores, sería ella la más interesada en hacerla valer.

Los incumplimientos probados ocurrieron con anterioridad al 27 de julio de 2004, fecha de la carta de notificación del retracto. Desde cuando ocurrieron abrieron para la parte cumplida la posibilidad de pedir el cumplimiento o la resolución del contrato con el correspondiente resarcimiento de los perjuicios (C.C., art. 1546 y C. de Co., art. 870), y en este sentido el retracto, ejercido así con posterioridad, careció de objeto porque no había ya convenio de qué arrepentirse.

En su alegato final la convocada argumenta que si en el mes de julio se hubiese presentado una solicitud de

licencia desconociendo los derechos de Lispy —lo que ocurrió conforme a la demostración probatoria del proceso— “se habría dado en este supuesto el fenómeno de una anticipación en la voluntad de retractarse de lo pactado, perfectamente legítima, en tanto este retracto, como antes se afirmó, jurídicamente no requiere de ninguna motivación distinta de la de ser decidido por una de las partes”⁽⁸⁰⁾ El tribunal no puede participar de esta apreciación porque ella no recoge la realidad de lo ocurrido.

Aún si la convocada hubiera tenido la intención de estar usando tácita y anticipadamente el derecho de retracto cuando presentaba la licencia el 14 de julio, era indispensable manifestarla. Y no de cualquier manera: debía manifestarla por escrito, como lo ordenaba el literal 3) de la cláusula de arras, ya transcrito. Mientras no lo hiciera en la forma acordada, lo único que podía deducirse de su conducta, tanto en la solicitud de licencia el 14 de julio como por supuesto, y principalmente, en la reunión del 16 de julio cuando planteó a Lispy modificaciones a su local, era que para ella, la convocada, el contrato de promesa mantenía su vigencia y seguía el curso de su ejecución. Demostrando esa convicción, no puede hoy pretender la convocada que Lispy entendiera otra cosa, y mucho menos que asumiera, sin manifestación de voluntad en la forma prevista, que se habría usado el retracto.

El incumplimiento ocurrió, pues, con anterioridad al 27 de julio de 2004, fecha de la carta de notificación del retracto. Para esta fecha el incumplimiento había alterado por entero el ordenamiento contractual y el retracto había perdido toda eficacia como atribución conferida recíprocamente por las partes; en su lugar solo quedaba el derecho consagrado en los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio para la parte cumplida, de buscar el cumplimiento o la resolución del contrato. Sin eficacia como herramienta de arrepentimiento del contrato, su “utilización” no produjo efecto alguno distinto de poner de manifiesto el incumplimiento y con él la alternativa contenida en las citadas normas. No es predicable tampoco el abuso en su “utilización”. No era ya posible abusar del derecho de retracto porque este había desaparecido.

Si hipotéticamente el retracto se hubiese hecho valer sin ningún precedente de incumplimiento quizás habría tenido efecto, aunque por las circunstancias que adelante se comentan no puede hacerse esta afirmación en forma categórica y segura.

Todas las cláusulas de la promesa debían producir los efectos queridos por las partes al celebrarla. Eran ley para los contratantes. En este sentido tanto Lispy estaba en su derecho de exigir el cumplimiento de las cláusulas que imponían su acuerdo o aceptación para modificar los planos, como El Retiro en el suyo de hacer uso de la posibilidad de arrepentimiento. *Pacta sunt servanda* es regla de oro y principio para el funcionamiento del contrato, como lo es para enfocar la responsabilidad ante el evento de un daño. Pero como puede predicarse hoy prácticamente de todos, no hay derechos absolutos ni atribuciones ilimitadas. Los derechos en el mundo contemporáneo tienen restricciones según su función, y todos requieren para su ejercicio legítimo la observancia de los principios de la buena fe, del *neminem laedere*, y del compromiso de resarcir los eventuales perjuicios causados con su ejercicio en cuanto haya culpa o abuso.

Si no hubiera habido incumplimientos anteriores, la utilización del retracto habría encontrado de todas maneras los límites que entrañan estos principios. Es abundante la doctrina sobre las consecuencias de usar el arrepentimiento en perjuicio de la contraparte. Veamos algunas muestras:

“Las negociaciones precontractuales no son vinculatorias. Pero obligan en otro sentido: esto es que cuando han llegado a tal punto que permitan prever que el contrato debería poderse formalizar y una de las partes rompe las negociaciones sin un justo y atendible motivo (culpa *in contrahendo* , es decir, culpa en el curso de negociaciones contractuales), la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño... cuando puede probar que, confiando en el estado de las negociaciones, ha incurrido en gastos... o bien ha perdido oportunidades... sufriendo así un daño” (Francesco Messineo⁽⁸¹⁾)

“El quebrantamiento de los tratos sin un motivo justo y atendible obliga al resarcimiento del daño para la parte que, habiendo confiado en el estado de los tratos, ha incurrido en gastos o ha dejado pasar otras ocasiones” (Adriano De Cupis⁽⁸²⁾)

“De conformidad con lo que expresa Emilio Betti, la buena fe integrante de las prestaciones emergentes de una relación jurídica, debe ser entendida como una actitud de cooperación que es debida por cada parte a la otra.

Representa un criterio orientador que impone al deudor hacer no solo aquello que ha prometido sino todo aquello que es necesario para hacer llegar a la contraparte el pleno resultado útil de la prestación debida. Según dicho autor esa cooperación se impone en las circunstancias antecedentes a la conclusión del contrato, concomitantes con el desarrollo del contrato y subsiguientes al cumplimiento de la prestación” (Jorge Santos Ballesteros⁽⁸³⁾)

“Si uno de los precontratantes, actuando el otro de buena fe, incumple la obligación precontractual por retractación o cualquier otro motivo, previendo o debiendo haber previsto la dificultad o el obstáculo para la formación definitiva del contrato en preparación, o previendo o debiendo haber previsto el vicio que lo podía invalidar, es obvio que debe indemnizar los perjuicios (Mario Baena Upequi⁽⁸⁴⁾)

En el caso concreto que hoy decide el tribunal, la posibilidad de deducir perjuicios por la sola retractación —en la hipótesis de estudio de no haber habido incumplimiento del contrato de promesa— se tornaría más evidente si se tienen en cuenta algunas circunstancias especiales del mismo, que habrían colocado el retracto en los linderos del desconocimiento de la lealtad y confianza que recíprocamente se deben las partes, del abuso del derecho, o del desconocimiento de la buena fe.

Una primera circunstancia es la relación que las partes tuvieron desde las primeras manifestaciones de interés por lo que sería el Centro Comercial El Retiro, y luego a lo largo del contrato de promesa, que por lo expuesto párrafos atrás se aproximaron a las propias de una sociedad o de un contrato de colaboración empresaria, como el moderno *joint venture*, o el convenio asociativo. Esta relación especial, que se manifestó en la designación del interventor del proyecto, en la atención de las necesidades de Lispy para diseñar sus espacios, en la publicidad compartida, entre otras actuaciones, contrasta con la forma sorpresiva y terminante de presentar las modificaciones del proyecto, que por lo sustanciales que le resultaban a Lispy era esperable, y comprensible, su rechazo inicial. Más sorpresiva aún la negativa de El Retiro a reconsiderar la aceptación de Lispy a las modificaciones planteadas.

Otra circunstancia es que el incremento de la demanda, el consiguiente aumento en los precios de los locales, y la cuantiosa utilidad adicional que podría ganarse la prometedora, que en conjunto ofrecen con cierta claridad un motivo para la utilización del retracto, no podrían calificarse de un motivo legítimo para interrumpir el desarrollo contractual porque el éxito económico, en sus diferentes áreas y dimensiones, era lo que esperaban los dos contratantes y el retracto privaba a uno de ellos de su parte.

Y una tercera, que la utilización de una cláusula de arras de retracto, que por su naturaleza está llamada a ser de corta duración —recuérdese que el artículo 1860 del Código Civil la presume en dos meses— la utilización, decimos, catorce meses después de suscrita la promesa, y sobretodo después de avanzar laboriosa y difícilmente en el proyecto, como se evidencia con actas de obra, promociones publicitarias, solicitudes de licencias y numerosos documentos, no corresponde al exigente artículo 863 del Código de Comercio, que dispone proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, es decir con positiva diligencia y cuidado, buscando el cumplimiento satisfactorio y pleno de las obligaciones asumidas.

Aparte de las tres consideraciones anteriores es de mencionar la fragilidad de la tesis de la convocada en el sentido de que no se incumple una promesa por no hacer honor a las “obligaciones intermedias”, o de que el retracto aniquila y despoja de materialidad a tales obligaciones intermedias, a pesar de tratarse de obligaciones cuyo objeto resultaba especialmente determinante del negocio. No solo el incumplimiento final de la promesa contradice el argumento; también el concepto mismo de obligación que no es más que un vínculo que debe cumplirse, sea intermedio o final.

Pero en el caso concreto que se estudia no se trata, recuérdese, de la sola utilización del retracto, hipótesis que tan solo en gracia de discusión se ha planteado. Se trata del incumplimiento del contrato de promesa en los términos acreditados en el proceso. Y si en la retractación sin incumplimiento, puede generarse la obligación de indemnizar los perjuicios, con mayor razón se genera en los casos de incumplimiento. Por eso con toda propiedad el tratadista José Alejandro Bonivento dice:

“El prometedora que se separa del negocio, incumpléndolo al no suscribir, por ejemplo, la escritura de venta, recayendo el objeto en un bien inmueble o al no perfeccionar el contrato para los casos en que no se imponga solemnidad alguna, se hace ciertamente responsable de los perjuicios que le cause al otro peticionario, pudiendo, en

consecuencia, pedir la resolución del contrato de promesa o el cumplimiento de la misma. El daño que efectivamente se cause, deberá ser regulado por las normas generales del Código Civil, básicamente por el artículo 1546 y no por las normas impuestas en el instituto de las arras⁽⁸⁵⁾.

Volviendo a la tercera pretensión que se estudia, y para concluir, el tribunal encuentra que prospera parcialmente: se declarará que el retracto contenido en la comunicación del 27 de julio de 2004 carece de eficacia legal, pero no se declarará su uso abusivo por ausencia de objeto sobre el cual pueda recaer la declaración.

F. Los efectos del incumplimiento

En términos y contenidos similares, los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio prevén que cuando en los contratos bilaterales uno de los contratantes no cumple lo pactado, podrá el otro pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios. En ejercicio de su derecho como contratante cumplido, en la segunda pretensión principal de la demanda Lispy pide al tribunal que declare que El Retiro Centro Comercial S.A. se encuentra obligado a cumplir y ejecutar íntegramente el contrato de promesa de contrato suscrito el 16 de mayo de 2003 y por consiguiente a transferirle el dominio y posesión material de los locales objeto de tal promesa, según los linderos, cabida y especificaciones señalados en la misma.

El tribunal encuentra que esta petición realizaría el derecho que confiere la ley al contratante cumplido. Estima sin embargo que en el caso presente el cumplimiento del contrato de promesa en la forma y términos exactos pactados en el mismo, no resulta posible por dos razones principales: primeramente por la inexistencia de una licencia vigente expedida por las autoridades competentes que contemple un local de las características y medidas del prometido en venta y que por lo mismo no tenga las divisiones que fueron autorizadas por la licencia actual. Por el contrario con posterioridad al “ejercicio” del retracto se solicitó y se obtuvo la modificación de los planos para subdividir el local originalmente prometido en venta, y por tanto hoy no sería posible proceder al cumplimiento en la forma inicialmente prevista en la promesa. Y en segundo lugar porque buscar el camino del cumplimiento original, con modificación de la licencia vigente para retrotraer las cosas al estado anterior a fin de reponer el local inicialmente proyectado, aparte de constituir un esfuerzo en extremo oneroso y difícil, y de no tener el fallador la seguridad de que pueda obtenerse la modificación de la licencia, lesionaría derechos de terceros de buena fe que adquirieron los locales que resultaron de la subdivisión del prometido en venta. El tribunal no puede entonces acoger la segunda pretensión principal de la demanda.

La cuarta pretensión principal de la demanda se refiere a la determinación de los perjuicios derivados del incumplimiento y del abuso del derecho en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante, junto con sus actualizaciones, intereses y ajustes que resulten del caso.

Sea lo primero excluir del estudio de esta pretensión, y abstenerse de conceder la petición formulada sobre los mismos, los perjuicios por el abuso del derecho, por las razones expuestas atrás en el sentido de no darse dicho abuso por carencia del derecho a ejercer el retracto que sería objeto del mismo.

Es unánime la doctrina en definir el daño emergente como la disminución del activo patrimonial de una persona, o la pérdida que se registra en su patrimonio por el evento del incumplimiento. Adriano de Cupis propone un ejemplo que viene muy adecuadamente al caso que se decide por el tribunal, que por lo demás orienta acerca del alcance de los extremos de la indemnización de perjuicios, el daño emergente y el lucro cesante. Se trata de la falta de entrega de unas mercancías vendidas —o del local prometido en venta, se diría en el caso concreto— y “se plantea la situación siguiente: en el instante en que se verifica el hecho dañoso (incumplimiento) se prejuzga la utilidad correspondiente a la prestación (entrega) que corresponde al comprador (daño emergente); pero si se hubiese realizado la entrega, el comprador habría podido revender las mercancías en ventajosas condiciones —o buscar su explotación directa, o su venta, o su alquiler, diría el tribunal sobre el local de autos— obteniendo, por tanto, del bien una posterior utilidad respecto a la cual no se puede hablar más que de lucro cesante⁽⁸⁶⁾.

En nuestro derecho positivo la noción de daño emergente es bastante amplia pues no se limita a compensar o valorar la lesión patrimonial propiamente dicha; de conformidad con el artículo 1614 del Código Civil se extiende al perjuicio que proviene de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento, eventos todos que amparan y cubren los daños que resultarían de comparar el

patrimonio después del cumplimiento integral con el que resulta sin el cumplimiento oportuno y completo. Esta noción amplia contrasta adecuadamente con la noción del lucro cesante, que es la ganancia que se deja de percibir del patrimonio después del cumplimiento, o para usar los términos del citado artículo, “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

El tribunal entiende que el perjuicio de Lispy está en verse privada, como consecuencia del incumplimiento, de un local cuyo valor actual, por su ubicación y su tamaño, sería muy superior al precio que habría pagado por él en los términos del contrato incumplido, plenamente eficaz desde su inicio. Es por ello que la indemnización del daño emergente debe equivaler a la valorización dejada de percibir por Lispy, es decir, a la lesión de su patrimonio por no haber cumplido El Retiro con la obligación que le imponía el contrato de promesa.

Para establecer ese valor actual, y poder fijar los perjuicios reclamados por Lispy el tribunal recoge las opiniones de los dos expertos que fueron consultados puntualmente sobre el valor del local objeto de la promesa, Constructora Colpatria y Sergio Mutis Caballero. Aunque Carlos José Espinosa en su dictamen elaboró alrededor de la posible valorización del local, no fue indagado precisamente por su valor, aparte de que en el punto concreto expresamente remitió su definición al experto inmobiliario.

Constructora Colpatria afirma en su dictamen que “el valor del metro cuadrado era un 80% inferior al expresado en la lista de precios vigente al momento de la negociación con Lispy S.A., por lo que al aplicar el mismo principio a los precios de lista actualmente vigentes y publicados por el centro comercial, daría como resultado que el valor actual del local comercial prometido en venta a la sociedad mencionada podría estar por el orden de los diez mil millones de pesos moneda legal (\$10.000.000.000)”⁽⁸⁷⁾. En sus complementaciones y aclaraciones Colpatria se ratifica en esta suma⁽⁸⁸⁾.

Por su parte Sergio Mutis Caballero ofrece las bases que permiten calcular el valor actual de un local de las características del prometido en venta en la suma de \$19.705.470.000, dando para ello la motivación esencial de que se basa en el método de la comparación directa de mercado.

Para el tribunal las dos apreciaciones tienen adecuado fundamento, y ofrecen distintos ángulos para la valoración, lo que en sí mismo reviste marcada importancia. Porque no puede prescindirse de la consideración de haber sido el local prometido en venta un “ancla” para el centro comercial proyectado y por ello con un valor por metro cuadrado notablemente inferior al de un local estándar, ni de la comparación directa y profesional con otras alternativas del mercado.

El ángulo desde el cual enfoca Colpatria su opinión, es esencial para la valoración que se hace dada la trascendencia para un centro comercial, ampliamente comentada atrás, de un local que atrajera muchos visitantes, núcleo de la característica de ser “ancla”. Lo mismo debe decirse del punto de vista de Sergio Mutis, quien además de su condición de evaluador profesional, que implica y conlleva el conjunto de factores que brinda la experiencia, aporta al tema el potencial de las ventas que podrían lograrse a partir de una hipotética subdivisión interior del local. Por estas consideraciones, dentro del “dominio del hecho cuya apreciación corresponde a los jueces del pleito”⁽⁸⁹⁾ y con base en la orientación contenida en el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, el tribunal toma el promedio de los dos estimativos. Es un modo objetivo, realista, de múltiple visión, como es múltiple y realista el mercado. Con esta base el tribunal concluye que el valor actual de mercado de un local de las características y dimensiones del prometido en venta, no sería inferior a la cantidad de \$14.850.000.000.

Ahora bien; para el cálculo de la pérdida sufrida debe considerarse el valor que habría pagado Lispy por el local en los términos de la promesa, puesto que la pérdida no podría ser sino la diferencia entre lo pagado y lo que habría recibido si no hubiese ocurrido el incumplimiento. El tribunal entra en seguida a calcular el valor que Lispy habría tenido que pagar si el cumplimiento se da en los términos de la promesa y sus modificaciones, para proceder luego a la comparación con el valor comercial del local, deducido en la forma atrás explicada.

La comparación se hará tomando como fecha el final el mes de abril de 2006, para cuyo efecto habrán de traerse al valor presente las sumas que a Lispy faltaron por pagar en los términos acordados, que se deducirán del estimativo promedio del valor del local, valor que aún mantiene su vigencia porque el centro comercial se encuentra todavía

en la etapa inaugural o de lanzamiento.

La actualización de las sumas debidas por Lispy se hará tomando para el cálculo la tasa bancaria corriente, que indica adecuadamente el costo del dinero para efectos del pago.

Según la promesa Lispy habría debido pagar las siguientes sumas:

\$2.161.328.367 que efectivamente cubrió en el tiempo acordado;

\$2.196.000.000 que debía pagar en 13 cuotas mensuales a partir del mes de julio de 2004, época que se toma como de iniciación de la amortización convenida por ser aquella en que fue aprobado el plan de implantación, aprobación que permitía la construcción del centro comercial con las características esperadas por las partes.

\$ 811.990.133 que debía pagar al momento de otorgarse la escritura pública de transferencia del local, suma que no requiere actualización porque puede asumirse que la escritura se habría otorgado por la misma época inaugural del centro, todavía actual.

Las sumas debidas son las dos últimas, a las cuales debe agregarse la cantidad de \$494.712.852, que es la actualización de los \$2.196.000.000 que debían pagarse en cuotas, así:

Período	Cuotas de Capital	Saldo Acumulado de Cuotas	Interés Brio	Interés Brio	Intereses
			Corriente Anual (tasa efectiva)	Corriente Mensual (tasa efectiva)	Período
Jul-04	168.923.076	168.923.076	19,44	1,4913	2.519.150
Ago-04	168.923.076	337.846.152	19,28	1,48	5.000.123
Sep-04	168.923.076	506.769.228	19,5	1,4956	7.579.241
Oct-04	168.923.076	675.692.304	19,09	1,4665	9.909.028
Nov-04	168.923.076	844.615.380	19,59	1,5019	12.685.278
Dic-04	168.923.076	1.013.538.456	19,49	1,4949	15.151.386
Ene-05	168.923.076	1.182.461.532	19,45	1,492	17.642.326
Feb-05	168.923.076	1.351.384.608	19,4	1,4885	20.115.360
Mar-05	168.923.076	1.520.307.684	19,15	1,4708	22.360.685
Abr-05	168.923.076	1.689.230.760	19,19	1,4736	24.892.504
May-05	168.923.076	1.858.153.836	19,02	1,4615	27.156.918
Jun-05	168.923.076	2.027.076.912	18,85	1,4495	29.382.480
Jul-05	168.923.088	2.196.000.000	18,5	1,4245	31.282.020
Ago-05	-	2.196.000.000	18,24	1,406	30.875.760
Sep-05	-	2.196.000.000	18,22	1,4045	30.842.820
Oct-05	-	2.196.000.000	17,93	1,3838	30.388.248
Nov-05	-	2.196.000.000	17,81	1,3752	30.199.392
Dic-05	-	2.196.000.000	17,49	1,3522	29.694.312
Ene-06	-	2.196.000.000	17,35	1,3421	29.472.516
Feb-06	-	2.196.000.000	17,51	1,3536	29.725.056

Mar-06	-	2.196.000.000	17,25	1,3349	29.314.404
Abr-06	-	2.196.000.000	16,75	1,2989	28.523.844
				Total intereses	494.712.852

Conforme a los cálculos anteriores la suma actualizada que faltaría por pagar a Lispy es de \$3.502.702.985 (\$2.196.000.000 + \$494.712.852 + \$811.990.133), y por tanto la diferencia entre este valor y el del avalúo promedio de los dos dictámenes periciales (\$14.850.000.000), es la suma de \$11.347.297.015, cantidad que a juicio del tribunal constituye el perjuicio por daño emergente resultante del incumplimiento.

Respecto del lucro cesante solicitado en la misma pretensión cuarta principal, el tribunal estima que no sería relevante dado el hecho de que por estos días en que se profiere el laudo aún se encuentra El Retiro Centro Comercial en su etapa inicial y es dable asumir, como lo asume el tribunal, que los precios y la indemnización determinados atrás tienen aún actualidad.

Se aceptará sí la pretensión de decretar intereses moratorios de las sumas que el presente laudo fije a cargo de El Retiro Centro Comercial S.A. para el evento de que este no las cubra en la cuantía y tiempo debidos.

G. Excepciones

La parte convocada propuso tres excepciones en la contestación de la demanda: inexistencia de los derechos reclamados, dolo, y compensación entre las sumas que la convocada llegare a pagar a la convocante por sobre el capital recibido en desarrollo de la promesa de compraventa, y cualquier derecho que le fuere reconocido a la demandante. No fueron probadas.

Por lo demás, no encontró el tribunal excepción genérica alguna que pudiera oponerse a las pretensiones de la demanda.

H. La demanda de reconvención

Con la contestación de la demanda El Retiro Centro Comercial S.A. presentó demanda de reconvención, cuyas pretensiones buscaron, como lo sintetizó el señor apoderado en su alegato conclusivo, declarar que Lispy incurrió en un exceso por sobre los límites en materia de intereses y por consiguiente deben aplicársele las consecuencias previstas en el artículo 884 del Código de Comercio.

La primera pretensión reconvencional consiste en que se declare que Lispy S.A. “no tiene derecho a ninguna clase de intereses en virtud de la devolución de las sumas entregadas por dicha sociedad a la demandante en reconvención con motivo de promesa celebrada entre ellas con fecha 16 de mayo del año 2003”, ni derecho a ningún “aprovechamiento derivado de la entrega de dineros por la razón anotada, cualquiera sea la denominación que haya recibido o pueda recibir dicho aprovechamiento, de conformidad con el artículo 68 de la Ley 45 de 1990”.

Aparte del rechazo que resultaría de enfrentar esta primera pretensión a la naturaleza del contrato como quedó precisada en apartes anteriores del laudo, el tribunal encuentra otro importante motivo para rechazarla en el hecho de que la devolución de las sumas entregadas por Lispy en desarrollo de la promesa suscrita por las partes el 16 de mayo de 2003, no está acreditada en el proceso. Aunque en la contestación de la demanda la convocada informó que cursaba en el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito una demanda de pago por consignación, obra también en el proceso [\(90\)](#) la evidencia de que esta demanda fue rechazada. Si no es posible acreditar la devolución de las sumas entregadas por Lispy, que es la base de la pretensión, esta no podría prosperar así se hubiera usado el retracto en forma eficaz, lo que como quedó sentado atrás no ocurrió.

En subsidio de la primera pretensión la demandante en reconvención solicita que se declare que El Retiro “no debe cubrir ningún costo financiero, desde la oferta de pago de que se da cuenta en los hechos, en virtud de la

denominada “*mora creditoris*”, cuyos efectos adversos deben recaer solamente sobre el acreedor que se niega a recibir”.

En lo expuesto en apartes anteriores de estas consideraciones, el tribunal concluyó que la promesa de contrato se frustró por el incumplimiento de la convocada y que el retracto no pudo producir su efecto de deshacer el convenio mediante el pago de las correspondientes arras. Así las cosas Lispy estuvo en su derecho de rechazar ofertas de pago a título de arras retractatorias. Ante el incumplimiento Lispy buscó las alternativas que le confiere la ley, la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, sin aceptar las arras. Ya tuvo ocasión el tribunal de definir la responsabilidad por el incumplimiento del contrato, bajo la premisa de que en esa situación de incumplimiento, el retracto no podía ya utilizarse. Como la oferta de pago de El Retiro Centro Comercial S.A. se refería a las arras de retracto, el rechazo de Lispy tuvo justificación y no puede deducirse la “*mora creditoris*” a que se refiere la pretensión subsidiaria, que, en consecuencia, también se rechaza.

Queda por hacer referencia a la tercera pretensión de la reconvención, por la cual si El Retiro Centro Comercial “hubiere pagado cualquier suma de dinero por el ejercicio del derecho de retracto derivado de la promesa que se indica en el numeral anterior, se condene a dicha sociedad a restituir lo pagado...”. Contrasta esta petición con las anteriores, que se inspiran en la existencia y el ejercicio del derecho de retracto, y a las pretendidas consecuencias de no pagar intereses por las arras rechazadas o de plantear la “*mora creditoris*” por el rechazo. De todos modos El Retiro Centro Comercial no pagó suma alguna, aunque la hubiera ofrecido, y por tanto tampoco esta pretensión cuenta con sustento.

Estima útil el tribunal hacer aquí breve referencia a la equiparación que el señor apoderado de la demandante en reconvención hace del contrato de promesa objeto de análisis, con un contrato de mutuo en que Lispy entrega dinero a El Retiro Centro Comercial para que este haga uso de él, y recibe unos lotes en garantía. El tribunal analizó ya la naturaleza de la relación contractual que unió a las partes del presente proceso, y concluyó que se trató de un contrato de promesa de compraventa, celebrado dentro de la asociación de las partes para la culminación exitosa, en su mutuo beneficio, del Centro Comercial El Retiro. Esa fue la naturaleza del contrato. Así fue entendida por las partes en sus actuaciones a lo largo del desarrollo del contrato, y en ese entendimiento realizaron numerosas actividades propias de una asociación mercantil. Lejos estuvo la intención de las partes de celebrar un contrato de mutuo, es decir, de entregar una suma de dinero con cargo de devolver otra igual, con unos inmuebles en garantía. ¿Para qué entonces el texto de la promesa de compraventa, excepcionalmente detallado y prolijo? ¿cómo explicar la participación de las dos partes en las actividades que implicaban una asociación, a las que atrás se hizo referencia? ¿cuál la razón de la publicidad, de los comités de obra, de la designación de interventores, de los detenidos análisis en relación con los diseños, todo lo cual se cumplió por las dos partes en el claro ambiente de la asociación que se analizó en párrafos anteriores? Por lo demás, observa el tribunal, un contrato de promesa con pacto de arras de retracto no es instrumento apropiado para simular un mutuo. El prometiente comprador que adelante un dinero a título de arras no puede obtener que se le devuelva el dinero por el ejercicio del retracto; todo lo contrario, lo perdería en favor del prometiente vendedor!

Con base en todo lo anterior el tribunal declarará que no prospera ninguna de las pretensiones de la demanda de reconvención, y que se probó la excepción de inexistencia del derecho reclamado (por no tratarse de un contrato de mutuo no son aplicables las restricciones del artículo 884 del Código de Comercio) propuesta por la demandada en reconvención.

I. Las tachas de los testigos

En oportunidad y forma legal fueron tachados por sospechosos los testimonios de los señores Mauricio Rachid y Lucio Bernal Castaño. El tribunal encontró fundada la tacha de sospecha por cuanto en ambos casos se trata de testigos que son, o representantes legales, o propietarios, o accionistas de las sociedades enfrentadas, y esa circunstancia puede afectar su imparcialidad.

Si el tribunal se refirió a las declaraciones de los testigos tachados fue solamente para corroborar apreciaciones o evidencias obtenidas a través de otros medios de prueba, o para afianzar con el testimonio objeto de la tacha hechos que en sí mismos irían, o fueron, en perjuicio del interés procesal de la sociedad vinculada al testigo sospechoso. Esa es la valoración que el tribunal da a estos testimonios.

J. Las nulidades

Tanto en las pretensiones de la demanda principal como en sus excepciones, y en las excepciones propuestas por la convocante en la contestación de la demanda de reconvención, se plantea la posibilidad de la invalidez de la promesa de contrato suscrita el 16 de mayo de 2003 por los vicios de error y de dolo. El tribunal estudió con detenimiento esa posibilidad pero no encontró probados los vicios mencionados.

En cuanto al error, desde el principio las partes tuvieron clara identidad acerca de la naturaleza del negocio que celebraban y de la identidad del local sobre que versaba la promesa; igualmente sobre las calidades y características esenciales del local, y de las persona de los contratantes. No hubo, por lo demás, ofensiva probatoria que pudiera llevar al tribunal a considerar falta de concordancia de las partes acerca de hechos o aspectos determinantes de su voluntad, únicos que podrían constituir vicios del consentimiento.

Y en cuanto al dolo ocurre lo mismo: no hay en el expediente prueba alguna sobre maquinaciones fraudulentas o engañosas de una parte encaminadas a obtener el consentimiento de la otra para la celebración del contrato. Por el contrario, fueron muchas las tratativas, las informaciones, los análisis de las partes para celebrar el contrato, sin que ninguna de las dos fuera engañada al tiempo de esa celebración.

Más adelante, como se vio, El Retiro prescindió de la aceptación de Lispy para la modificación de los planos del local y por ello incumplió el contrato, con las consecuencias ya analizadas; pero esta conducta, que puede calificarse como quebrantamiento del deber de colaboración y de lealtad con la otra parte, no ocurrió al tiempo de la celebración del negocio, es decir, en el momento en que se une el consentimiento de los contratantes para dar origen al contrato y dotarlo de validez, sino en desarrollo de su ejecución. En el primer caso habría ineficacia por invalidez, y en el segundo resolución del acto eficaz o cumplimiento del mismo, en ambos eventos con perjuicios. Las conductas y sus consecuencias son pues enteramente diferentes a pesar de que se puedan presentar como aproximadas o similares para dar un cierto brillo especial a la alegación. Por supuesto para su conclusión el tribunal analizó el acervo probatorio sobre actuaciones de las partes desde antes de suscribir la promesa, la promesa misma, la promoción publicitaria, la participación en los comités técnicos, y en especial las prórrogas del convenio, todo ello distante de un ánimo de engaño o apariencia. No hay prueba, se reitera, que evidencie que desde un principio, es decir al tiempo del acuerdo inicial de voluntades, se hubiera maquinado el rompimiento del acuerdo catorce meses más tarde y llegado así a la situación que hoy se decide.

K. El abuso del derecho y el enriquecimiento sin causa

Resta hacer breve mención de las razones por las cuales el tribunal declinó las pretensiones de la demanda referentes a estos dos temas.

En cuanto a la que pide la declaración del abuso del derecho en la utilización del retracto, el tribunal estima que habiendo ocurrido el incumplimiento del contrato con anterioridad al 27 de julio de 2004, fecha en la que El Retiro “hizo uso” del retracto, este ya no podía producir eficazmente sus efectos. Lo propio y técnico, como está ampliamente explicado en estas consideraciones y probado con suficiencia en el proceso, es declarar el incumplimiento.

Y respecto de la pretensión que pide la declaratoria de enriquecimiento sin causa, y su resarcimiento, el tribunal entiende que la definición del incumplimiento y la indemnización consecuente en la forma resuelta por el tribunal comprende el eventual enriquecimiento que sin esta declaración se habría producido, sin que sea preciso hacer elaboración adicional alguna.

L. Costas

El tribunal ha encontrado prósperas las siguientes pretensiones formuladas por la parte convocante: primera principal, tercera principal en forma parcial, y cuarta principal en forma parcial. Negará las pretensiones segunda principal, tercera principal en parte y cuarta principal en parte. No fueron probadas las excepciones propuestas por la convocada. Tampoco prosperaron las pretensiones de la demanda de reconvención. Todo lo anterior será reconocido en la parte resolutive de este laudo.

No habiendo prosperado todas las pretensiones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil, el tribunal determina que las proporciones en que las partes deberán concurrir al pago de las costas son las siguientes: una tercera parte (33%) a cargo de la parte convocante, y dos terceras partes (67%) a cargo de la parte convocada.

1. Honorarios de los árbitros y la secretaria, y gastos del tribunal

Honorarios de los árbitros	\$268.365.000
IVA 16% aplicable a los honorarios de dos árbitros	\$ 42.938.400
Honorarios de la secretaria	\$ 44.727.000
IVA 16%	\$ 7.156.320
Gastos de funcionamiento y administración- Cámara de Comercio de Bogotá	18.355.000
IVA 16%	\$ 2.936.800
Protocolización, registro y gastos	\$ 60.000.000
Total	\$443.938.520
50% pagado por cada parte	\$221.969.260
33% a cargo de Lispy S.A.	\$146.499.712
67% a cargo de El Retiro	\$297.438.808
Total a cargo de El Retiro Centro Comercial S.A. y en favor de Lispy S.A.	\$75.469.548

2. Honorarios de los peritos

1. Honorarios del perito Carlos José Espinosa	\$ 20.000.000
IVA 16%	\$ 3.200.000
Total	\$ 23.200.000
100% pagado por la convocante	\$ 23.200.000
33% a cargo de Lispy S.A.	\$ 7.656.000
67% a cargo de El Retiro	\$ 15.544.000
Total a cargo de El Retiro Centro Comercial S.A. y en favor de Lispy S.A.	\$ 15.544.000
2. Honorarios del perito Constructora Colpatria S.A.	\$ 60.000.000
IVA 16%	\$ 9.600.000
Total	\$ 69.600.000
100% pagado por la convocante	\$ 69.600.000
33% a cargo de Lispy S.A.	\$ 22.968.000
67% a cargo de El Retiro	\$ 46.632.000
Total a cargo de El Retiro Centro Comercial S.A. y en favor de Lispy S.A.	\$ 46.632.000
3. Honorarios del perito Sergio Mutis	\$ 6.000.000

Caballero	
IVA 16%	\$ 960.000
Total	\$ 6.960.000
50% pagado por cada parte	\$ 3.480.000
33% a cargo de Lispy S.A.	\$ 2.296.800
67% a cargo de El Retiro	\$ 4.663.200
Total a cargo de El Retiro Centro Comercial S.A. y en favor de Lispy S.A.	\$ 1.183.200

3. Agencias en derecho

El tribunal fija el valor de las agencias en derecho, tomando como parámetro el honorario señalado para un árbitro, en la suma de:	\$ 89.455.000
67% a cargo de El Retiro	\$ 59.934.850
Total a cargo de El Retiro Centro Comercial S.A. y en favor de Lispy S.A.	\$ 59.934.850
Total costas y agencias en derecho a cargo de El Retiro Centro Comercial S.A. y a favor de Lispy S.A., descontando el 50 por ciento de los gastos y honorarios ya pagados por esta	\$198.763.598

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida “Protocolización, registro y otros”, se ordenará su devolución a las partes si a ello hubiera lugar, junto con los intereses que tales sumas hayan producido desde la fecha de su consignación. En el evento de que la suma disponible a la fecha no resulte suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente, que debe ordenarse en el laudo, el valor faltante deberá ser sufragado por la parte convocada.

III. Decisión

En mérito de todo lo expuesto, el tribunal convocado para dirimir en derecho las diferencias surgidas entre Lispy S.A. y El Retiro centro comercial S.A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en derecho,

RESUELVE:

Primero. Declarar no probadas las causales de invalidez del contrato de promesa de compraventa originadas en error, propuesta por la parte convocante, y en dolo, propuesta por las dos partes.

Segundo. Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada frente a la demanda principal.

Tercero. Declarar no probadas las pretensiones de la demanda de reconversión, y probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de la misma demanda, en los términos que se consignan en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto. En la forma solicitada en la primera pretensión principal de la demanda, que prospera, declarar que El Retiro Centro Comercial S.A., incumplió el contrato de promesa de compraventa celebrado con Lispy S.A. en

mayo 16 de 2003 relativo a los locales 135 A, 135 B, 135 C y la Bodega 01 de El Retiro Centro Comercial, junto con sus enmiendas y modificaciones.

Quinto. Acoger parcialmente la tercera pretensión principal de la demanda, y declarar que el retracto planteado mediante la comunicación del 27 de julio de 2004 no fue un acto abusivo del derecho, pero sí un acto carente de eficacia legal, todo conforme a las explicaciones obrantes en la parte motiva de la presente providencia.

Sexto. Por las razones expuestas en los considerandos del laudo, denegar la segunda pretensión principal de la demanda y en consecuencia abstenerse de condenar a El Retiro Centro Comercial S.A. a transferir a Lispy S.A. los locales 135 A, 135 B, 135 C y la Bodega 01 en los precisos términos, condiciones, linderos, cabida y especificaciones señalados en la promesa de contrato de fecha 16 de mayo de 2003.

Séptimo. En la forma solicitada en la cuarta pretensión principal de la demanda, que prospera parcialmente, condenar a El Retiro Centro Comercial S.A. a pagar a Lispy S.A., a título de perjuicios, en la modalidad de daño emergente, derivados del incumplimiento contractual, la suma de once mil trescientos cuarenta y siete millones doscientos noventa y siete mil quince pesos (\$11.347.297.015), deducida en la forma explicada en la motivación de esta providencia. Este pago deberá hacerse dentro del término de treinta (30) días calendario contados a partir de la ejecutoria del presente laudo.

Octavo. Abstenerse de condenar por perjuicios derivados del incumplimiento en la modalidad de lucro cesante, y de condenar por perjuicios derivados de un abuso del derecho, peticiones solicitadas en la misma cuarta pretensión principal de la demanda.

Noveno. En los términos de la quinta pretensión principal de la demanda, que prospera parcialmente, condenar a El Retiro Centro Comercial S.A. a pagar a Lispy S.A., a título de reintegro de gastos y costas del tribunal, y agencias en derecho, la suma de ciento noventa y ocho millones setecientos sesenta y tres mil quinientos noventa y ocho pesos (\$198.763.598), según los cálculos efectuados en la parte motiva de esta providencia. La expresada suma será pagada dentro de los treinta (30) días calendario siguientes al de ejecutoria del laudo.

Décimo. Para el evento de demora en el pago de las sumas a que se refieren los numerales séptimo y noveno anteriores, fijar como tasa de interés moratorio la prevista de modo general por el artículo 884 del Código de Comercio, es decir la tasa bancaria corriente aumentada en una mitad.

Décimo primero. Denegar las pretensiones subsidiarias de la demanda.

Décimo segundo. Ordenar la devolución a las partes de las sumas no utilizadas de la partida “Protocolización, registro y otros”, si a ello hubiere lugar, en proporciones iguales, como fueron aportadas al proceso.

Décimo tercero. Ordenar la protocolización del expediente en una de las notarías del círculo de Bogotá, cuyo costo se cubrirá con las sumas dispuestas por el tribunal para tal fin.

Décimo cuarto. Ordenar la expedición de copias auténticas de este laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes.

Cúmplase.

Hernando Herrera Mercado, Presidente—Jorge Cubides Camacho, árbitro—Mario Gamboa Sepulveda, árbitro.

Gabriela Monroy Torres, Secretaria.
