

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
DE
PLAZA IMPERIAL HOLDINGS SAS
CONTRA
INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A.
BODYTECH

LAUDO ARBITRAL

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

Surtidas como se encuentran la totalidad de las actuaciones procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991 y la Ley 446 de 1998 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la oportunidad señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal Arbitral, profiere el Laudo que pone fin a este proceso convocado para dirimir las diferencias entre PLAZA IMPERIAL HOLDINGS SAS contra INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. BODYTECH, surgidas con ocasión contrato de arrendamiento suscrito vigente a partir del 1º de diciembre de 2005, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

1. ANTECEDENTES

1.1. PARTES

1.1.1. Parte Convocante y demandante

La parte convocante y demandante de este trámite arbitral es PLAZA IMPERIAL HOLDINGS SAS, sociedad comercial debidamente constituida

mediante escritura pública No. 63 de la Notaría 30 de Bogotá, del 19 de enero de 2009, representada legalmente por JUAN MANUEL OSORIO ACEVEDO, según el certificado de existencia y representación que obra a folios 12 del Cuaderno Principal No. 1.

PLAZA IMPERIAL HOLDINGS SAS es cesionaria de OSPINAS Y CÍA S.A. y CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A., quienes tuvieron la calidad de arrendadoras originales.

1.1.2 Parte Convocada y demandada

La parte convocada y demandada es INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. BODYTECH, sociedad comercial creada mediante escritura pública No. 1998 de la Notaria 33 de Bogotá, del 14 de julio de 1997, representada legalmente por ADRIANA RIVERA SALCEDO, según el certificado de existencia y representación documentos que obra a folios 251 a 256 del Cuaderno Principal No. 1.

INVERSIONES EN RECREACIÓN Y DEPORTE S.A. – INVERDESA S.A. –, hoy INVERSIONES EN RECREACIÓN Y DEPORTE S.A. – BODYTECH adquirió los derechos y asumió las obligaciones correspondientes a la calidad de arrendataria que SALUD Y DEPORTE S.A. detentaba sobre el local comercial 2-69 (hoy locales 1-133, 1-134, 2-133, 2-134, 2-135 y 2-136), ubicado en la Carrera 104 No. 148 – 07 (antes Calle 146 A No. 106-20) Local 2-69 de Bogotá, que forma parte de Centro Comercial Plaza Imperial, en virtud de la fusión por absorción que la primera hizo de la segunda mediante Escritura Pública No. 3297 de la Notaria 6 de Bogotá, del 30 de abril de 2007.

1.2. EL CONTRATO

Las controversias suscitadas entre las partes dimanaron del contrato de arrendamiento suscrito en su momento entre OSPINAS Y CÍA S.A. y CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A., como arrendadoras y SALUD Y DEPORTE S.A., como arrendataria, vigente a partir del 1º de diciembre de 2005, sobre el local comercial 2-69 (hoy locales 1-133, 1-134, 2-133, 2-134, 2-135 y 2-136), ubicado en la Carrera 104 No. 148 – 07 (antes Calle 146 A No. 106-20) Local 2-69 de Bogotá, que forma parte de Plaza Imperial Centro Comercial.

1.3. EL PACTO ARBITRAL

Las partes acordaron pacto arbitral en la modalidad cláusula compromisoria contenida en la cláusula vigésima sexta del contrato de arrendamiento, que dispone:

"LEYES APLICABLES Y JURISDICCIÓN: *El presente contrato se regirá e interpretará de conformidad con las leyes de la República de Colombia. Si surgieren discrepancias o diferencias de cualquier índole entre la Partes en relación con o resultantes de este Contrato, susceptibles de transacción, éstas serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento (el Tribunal) designado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (el "Centro"). La conformación y funcionamiento del Tribunal se sujetará a lo dispuesto por en el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de dicho Centro de acuerdo con las siguientes reglas: (i) el Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros, (ii) la organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro (iii) el fallo del Tribunal será en derecho y (iv) el Tribunal sesionará en Bogotá D.C., República de Colombia, en el Centro".*

1.4. TRÁMITE DEL PROCESO

1.4.1. Con fundamento en la cláusula compromisoria antes transcrita el 3 de agosto de 2011 PLAZA IMPERIAL HOLDINGS SAS presentó, solicitud de convocatoria a Tribunal Arbitral y demanda contra INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. BODYTECH¹.

1.4.2. El día 19 de septiembre siguiente el apoderado de la parte convocante reformó la demanda².

1.4.3. Previa designación por sorteo público de los árbitros, ROBERTO AGUILAR DÍAZ, MANUEL GUILLERMO SARMIENTO y JORGE ARANGO MEJIA, de su aceptación y citación oportunas³, el 21 de septiembre de 2011, con la presencia de los apoderados de las partes, se instaló el Tribunal Arbitral, que designó como Presidente al Doctor ROBERTO AGUILAR DÍAZ y como Secretaria a la Doctora JEANNETTE NAMÉN BAQUERO. En esa oportunidad, mediante Auto No. 1 el Tribunal admitió la demanda y dispuso su notificación y traslado por el término legal⁴. El día 16 de febrero de 2012, el Doctor JORGE ARANGO MEJIA renunció a su cargo como árbitro y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá procedió a comunicarle al Doctor GERARDO LÓPEZ LONDOÑO, su designación, quien aceptó el encargo mediante comunicación del día seis (6) de marzo de 2012.

1.4.4. El mismo día se notificó personalmente el auto admisorio de la demanda al apoderado especial de la convocada⁵.

¹ Cuaderno Principal No. 1, folios 2 a 8.

² Cuaderno Principal No. 1, folios 103 a 112.

³ Cuaderno Principal No. 1, Folios 36 y ss.

⁴ Cuaderno Principal No. 1 folios 111 a 114.

⁵ Cuaderno Principal No. 1 folio 126.

1.4.5. Oportunamente, el día 5 de octubre de 2011 la parte demandada contestó la demanda, propuso excepciones de mérito y solicitó la práctica de pruebas⁶.

1.4.6. El 11 de octubre siguiente por Secretaría se fijaron en lista para su correspondiente traslado las excepciones propuestas⁷.

1.4.7. El día 19 de octubre del mismo año el apoderado de la parte demandante describió el mencionado traslado⁸.

1.4.8. Mediante Auto No. 3 del 25 de octubre de 2011 el Tribunal fijó fecha y hora para la práctica de la audiencia de conciliación⁹, la cual fue suspendida mediante Auto No. 4 del 9 de noviembre siguiente, por solicitud de las partes.

1.4.9. El 24 de noviembre de 2011 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, oportunidad en la cual, el Tribunal instó a las partes para que llegaran a un acuerdo directo, lo cual no se logró debido a que expresaron no tener fórmulas de arreglo que permitieran llegar a una conciliación. Por lo anterior, el Tribunal mediante Auto No. 5 la declaró fallida y a continuación fijó el monto de los honorarios y gastos del trámite arbitral, lo cual quedó consignado en el Auto No, 6.

1.4.10. El 25 de enero de 2012 tuvo lugar la primera audiencia de trámite (Folios 266 a 279 del Cuaderno Principal No. 1) en la que, luego de dar lectura al pacto arbitral y a las cuestiones sometidas al arbitraje, mediante Auto No. 7 el Tribunal asumió competencia para tramitar y decidir en derecho el litigio sometido a su conocimiento y decretó pruebas.

⁶ Cuaderno Principal No. 1 folios 198 a 234.

⁷ Cuaderno Principal No. 1 folio 236.

⁸ Cuaderno Principal No. 1 folios 237 a 243.

⁹ Cuaderno Principal No. 1, Folio 244 a 246.

1.4.11. Concluida la etapa probatoria, los señores apoderados de las partes en audiencia celebrada el día diecinueve (19) de marzo de dos mil trece (2013), expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron los correspondientes escritos, que fueron incorporados en el Cuaderno Principal No. 1.

1.4.12. El proceso se desarrolló en veinticinco (25) audiencias, en las cuales se asumió competencia, se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas, se recibieron alegatos de conclusión y se profiere este laudo.

1.5. PRUEBAS SOLICITADAS Y DECRETADAS

Por Auto No. 8 proferido en audiencia del 25 de enero de 2012 el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, las cuales se aportaron y practicaron de la siguiente manera:

1.5.1 Documentales

Se ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito probatorio que les corresponde, los documentos enunciados en la demanda y su reforma, y en el escrito que describió el traslado de las excepciones de mérito, las solicitadas en la respectiva contestación.

1.5.2 Oficios

Se ordenó oficiar a:

- La LONJA DE PROPIEDAD RAÍZ DE BOGOTÁ, con el fin de que remitiera copia del estudio denominado MODELO PARA VALORAR CENTROS COMERCIALES – Aplicación a Bogotá, desarrollado en el año 2008 por OSCAR

BORRERO OCHOA, con la asesoría de JOHANA RAMÍREZ, al igual que las eventuales actualizaciones del mismo.

El día 13 de febrero de 2012, LA LONJA DE PROPIEDAD RAIZ DE BOGOTÁ, en respuesta al oficio enviado por el Tribunal, manifestó que la *"... no ha adelantado estudios de esta índole, que se tiene conocimiento de un ejercicio de Econometría que adelantó el Doctor Oscar Borrero como ustedes lo señalan, pero que el referido profesional no presenta ningún tipo de vinculación con la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá, luego no es posible colaborar con su solicitud"*.

- CORREVAL S.A. en su calidad de Administradora de la Cartera Colectiva Inmobiliaria INMOVAL, con el fin de con destino a este proceso remitiera la siguiente información: *"Identificación de los inmuebles propiedad de la Cartera Colectiva Inmobiliaria Inmoval y de aquellos inmuebles que sean propiedad de un patrimonio autónomo en los que Inmoval sea beneficiario o fideicomitente, para cuyo efecto se deberá indicar la dirección y el área respectiva. Relación del avalúo comercial de los inmuebles anteriormente identificados. Identificación del canon de arrendamiento cancelado. Establecer el porcentaje del canon de arrendamiento en relación con el avalúo comercial de los inmuebles"*.

La respuesta al oficio se recibió el día 6 de julio de 2012, y los documentos enviados fueron incorporados en el Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 275 a 278.

- PEI PATRIMONIO ESTRATEGIAS INMOBILIARIAS, con el fin de que enviara al proceso la siguiente información: *"Identificación de los inmuebles propiedad del PEI Patrimonio Estrategias Inmobiliarias y de aquellos inmuebles que sean propiedad de un patrimonio autónomo en los que el PEI"*

sea beneficiario o fideicomitente. Para cuyo efecto se deberá indicar la dirección y el área respectiva. Relación del avalúo comercial de los inmuebles anteriormente identificados. Identificación del canon de arrendamiento cancelado. Establecer el porcentaje del canon de arrendamiento en relación con el avalúo comercial de los inmuebles".

Después de tres (3) requerimientos, la respuesta al oficio se recibió el día 28 de febrero de 2013.

1.5.3. Testimoniales

El Tribunal decretó y practicó los testimonios de JOSE ANDRES GONZALEZ IDROBO, JAIRO HUMBERTO GONZALEZ CHAVES y OSCAR BORRERO OCHOA en audiencia del 8 de mayo de 2012; de LUIS FERNANDO CHARRIA MARTÍNEZ y EDGAR F. PINILLA PRIETO el día 31 de mayo de 2012; y los de MARISOL AKLI SERPA y AGUSTÍN GUTIÉRREZ MARTÍNEZ el día 13 de junio de 2012. Las transcripciones de las grabaciones de estos testimonios se pusieron a disposición de las partes y se agregaron al Cuaderno de Pruebas No. 1, sin observaciones.

Con respecto al testimonio de LUIS FERNANDO CHARRIA MARTÍNEZ, el apoderado de la demandante formuló tacha de sospecha por razones de dependencia con la sociedad demandada.

1.5.4 Interrogatorio de parte

El Tribunal decretó los interrogatorios de parte de los representantes legales de ambas partes pero sus apoderados desistieron de estas pruebas mediante escritos del 16 y 17 de mayo de 2012 y el Tribunal aceptó los desistimientos mediante Auto No. 16 del 17 de mayo siguiente.

1.5.5 Dictámenes Periciales

- Dictamen pericial Contable

Se decretó y practicó un dictamen pericial contable, que fue rendido el 12 de junio de 2012 y del cual se corrió traslado a las partes de conformidad con lo establecido en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil.

Dentro del término del traslado, el apoderado de la parte convocante solicitó la aclaración y complementación al mismo, las que fueron rendidas en tiempo por el perito y de las cuales se le corrió traslado a las partes.

- Dictamen Pericial Técnico

Se decretó y practicó un dictamen pericial técnico rendido por MÚLTIPLO GESTIÓN DE PROYECTOS SAS el 8 de octubre de 2012, del cual se corrió traslado a las partes de conformidad con lo establecido en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil.

Dentro del término mencionado el apoderado de la parte demandante objetó por error grave el mencionado dictamen y, a solicitud suya, se decretó un nuevo dictamen, que fue rendido el día 14 de diciembre de 2012, por TASAR VALORACIONES INMOBILIARIAS.

1.5.6. Experticia

Se tuvo como prueba la experticia presentada con la demandada y denominada "avalúo No. 4152/2.010", que fuera elaborada por LONJA

INMOBILIARIA DE COLOMBIA el 28 de abril 28 de 2010 (folios 31 a 55 del Cuaderno de Pruebas No. 1).

Para los efectos previstos en el artículo 116 de la Ley 1395 de 2010, de tal experticia se corrió traslado a la parte demandada por el término de tres (3) días, quien se pronunció con escrito del 23 de febrero de 2012, manifestando que no se tuviera como experticia el citado documento pues no reunía los requisitos leales.

Adicionalmente, se citó al señor AGUSTÍN GUTIÉRREZ MARTÍNEZ, como representante legal de la firma que elaboró la experticia para interrogarlo sobre la misma.

1.6. TÉRMINO PARA FALLAR

De conformidad con el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, cuando las partes no señalan el término para la duración del proceso arbitral, éste será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, *"al cual se adicionarán los días que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso"*.

El Tribunal se encuentra en término para fallar, conforme a las siguientes circunstancias:

a. El día 25 de enero de 2012, se efectuó la primera audiencia de trámite, y mediante Autos Nos. 7 y 8 proferidos en esa oportunidad el Tribunal asumió competencia y decretó pruebas.

Posteriormente, el proceso se suspendió por solicitud conjunta de las partes en las siguientes oportunidades:

AUTO	FECHAS INCLUIDAS	DÍAS SUSPENDIDOS
Auto No. 9	26 de enero al 22 de febrero de 2012	28

b. El día 16 de febrero de 2012, el doctor JORGE ARANGO MEJÍA presentó renuncia a su condición de árbitro.

El 23 de febrero de 2012 el Tribunal profirió el Auto No. 10, mediante el cual dispuso que mientras se proveía el reemplazo del mencionado árbitro y se reintegraba el Tribunal "*se entiende suspendido el término de este proceso arbitral*" en los términos de ley.

Desde el 16 de febrero de 2012 (fecha de renuncia del árbitro) hasta el 25 de marzo de 2012 día en que se profirió el auto No. 11 que dispuso declarar legalmente reinstalado el Tribunal, el proceso se suspendió, por causas legales, por 39 días corrientes.

c. Posteriormente el proceso se suspendió por solicitud conjunta de las partes, en las siguientes oportunidades:

AUTO	FECHAS INCLUIDAS	DÍAS SUSPENDIDOS
Auto No. 14	11 de abril a 7 de mayo de 2012	27
Auto No. 18	4 de junio a 12 de junio de 2012	9
Total		36

d. Con fundamento en el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, por Auto No. 19 del 13 de junio de 2012 el Tribunal prorrogó el plazo de duración del Tribunal, por seis (6) meses más contados a partir del vencimiento del término inicial.

e. Posteriormente el proceso se suspendió por solicitud conjunta de los apoderados de las partes, en las siguientes oportunidades:

AUTO	FECHAS INCLUIDAS	DÍAS SUSPENDIDOS
Auto No. 19	14 de junio a 21 de junio de 2012	8
Auto No. 20	23 de junio a 10 de julio de 2012	18
Auto No. 25	25 de septiembre a 21 de octubre de 2012	27
Auto No. 28	4 de diciembre de 2012 a 9 de enero de 2013	37
Auto No. 32	1º de marzo a 18 de marzo de 2013	18
Auto No. 33	20 de marzo a 29 de abril de 2013	41
Total		149

Teniendo en cuenta que la primera audiencia de trámite culminó el 25 de enero de 2012 y que el proceso se suspendió por doscientos cincuenta y dos (252) días, el término legal vence el día 4 de octubre del presente año, por lo que su proferimiento en el día de hoy es suficientemente oportuno.

1.7. LA REFORMA DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

1.7.1. Pretensiones y hechos

En la reforma a la demanda arbitral PLAZA IMPERIAL HOLDINGS SAS, formuló las siguientes pretensiones:

- 1. Regular en la suma de CIENTO UN MILLONES DE PESOS (\$101.000.000), o la que resulte probada en el proceso, la renta mensual que ha de regir a partir del 1º. de enero de 2011, respecto del local comercial ubicado en la Carrera 104 No. 148 – 07 (antigua dirección Calle 146 A No. 106-20) Local 2-69 (hoy locales 1-133, 1-134, 2-133, 2-134, 2-135 y 2-136) de Bogotá, que forma parte de Plaza Imperial Centro Comercial, que en calidad de arrendatario ocupa la sociedad INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. –BODYTECH.*
- 2. Ordenar a los demandados que paguen al arrendador el mayor valor de los cánones de arrendamiento que se causen a partir del 1º. de enero de 2011, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del laudo arbitral.*
- 3. Que sobre el mayor valor de los cánones de arrendamiento que resulten del laudo, respecto de los efectivamente cancelados, se paguen intereses a la tasa de interés corriente certificada por la Superintendencia Financiera, desde el día 1º de enero de 2011 hasta la fecha en que se paguen los mayores valores adeudados.*
- 4. Que a partir del 1 de enero de 2.012 el reajuste en el valor del canon de arrendamiento conforme a lo pactado en el contrato, se aplicará sobre el valor de la mensualidad que se decrete en el proceso como canon para la vigencia a partir del 1 de enero de 2012.*

5. *Se condene en costas a la parte demandada.*

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

1) Mediante contrato de arrendamiento vigente a partir del 1º de enero de 2006 las sociedades OSPINAS Y CIA. S.A. y CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A., suscribieron con la sociedad SALUD Y DEPORTE S.A., un contrato de arrendamiento para destinación comercial sobre el local 2-69 ubicado en la Carrera 104 No. 148 – 07 (antes Calle 146 A No. 106-20) de Bogotá, que forma parte de Plaza Imperial Centro Comercial.

2) Expresa la demanda que mediante escritura pública No. 3297 del 10 de abril de 2007 de la Notaría Sexta de Bogotá, la sociedad INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. –INVERDESA S.A. absorbió a la arrendataria SALUD Y DEPORTE S.A., la cual se disolvió sin liquidarse, traspasando todos sus activos a la absorbente.

3) Por lo anterior, INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. – INVERDESA S.A. asumió la calidad de arrendataria, y es quien actualmente paga los cánones de arrendamiento.

4) Agrega la demanda, que mediante escritura pública 3.935 del 27 de agosto de 2009, el local 2-69 se desglobó en los locales 1-133, 1-134, 2-133, 2-134, 2-135 y 2-136. Sin embargo, físicamente el inmueble arrendado continúa siendo uno solo.

5) Posteriormente, mediante escritura pública 5620 del 17 de noviembre de 2009, PLAZA IMPERIAL HOLDINGS SAS, compró el local antes mencionado.

- 6) Manifiesta la demanda que por documento privado del 1º de diciembre de 2009, las sociedades OSPINAS Y CIA. S.A. y CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A., en su calidad de arrendadoras, cedieron el contrato de arrendamiento a la sociedad PLAZA IMPERIAL HOLDING S.A., hoy PLAZA IMPERIAL HOLDINGS SAS, quien asumió la calidad de arrendador. El contrato de cesión fue firmado por INVERDESA S.A., en calidad de contratante cedido.
- 7) Expresa que según la cláusula Tercera del contrato de arrendamiento, el canon mensual pactado para la primera vigencia fue del 15% de las ventas brutas del establecimiento de comercio, incluyendo los ingresos por concesiones o subarriendos o asociaciones con terceros, con un mínimo garantizado de \$20.000.000.
- 8) Posteriormente, transcribe lo dispuesto en la cláusula tercera parágrafo 3 del contrato que dispone lo relativo al aumento del canon.
- 9) Agrega que el canon que se pagó durante la vigencia que terminó el 31 de diciembre de 2010, fue de \$24.254.478 más IVA.
- 10) Expresa la demanda, que desde el 21 de diciembre de 2009 el actual arrendador ha remitido diversas comunicaciones al arrendatario requiriendo ajustar el canon de arrendamiento a los valores de mercado, sin haber obtenido respuesta positiva.
- 11) El día 25 de junio de 2010 el apoderado de la convocante envió a la convocada un avalúo practicado por la LONJA DE AVALUADORES ASOCIADOS, miembro de la LONJA INMOBILIARIA DE COLOMBIA, conforme al cual el valor de la renta mensual para el inmueble ascendía para esa fecha a \$100.795.030.

12) Posteriormente mediante comunicación del 16 de diciembre de 2010 se envió una nueva comunicación INVERDESA S.A. proponiendo un canon de \$101.000.000 mensuales, para la vigencia que se inició el 1 de enero de 2011.

13) El arrendatario respondió los anteriores requerimientos en forma negativa, mediante comunicaciones de diciembre 22 de 2010 y enero 14 de 2011.

14) Por todo lo anterior, la convocante solicita que el canon a pagar a partir del 1 de enero de 2011 se ajuste al valor comercial de acuerdo a los precios del mercado, lo anterior por cuanto el canon contemplado en el contrato resulta inequitativo frente a los precios del mercado inmobiliario para locales similares al que ocupa la sociedad demandada.

15) Agrega que la cláusula segunda del contrato prevé que el término del arrendamiento es por un año y que se renovará anualmente, hasta por un mínimo de nueve períodos. Así las cosas, la última renovación del contrato de arrendamiento se inició el 1 de enero de 2011.

1.7.2 La contestación a la reforma de la demanda y excepciones de mérito

Por su parte, INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. BODYTECH contestó la demanda, se opuso expresamente a las pretensiones, aceptó unos hechos, negó otros y efectuó varias precisiones. En términos generales la demandada aceptó la existencia del contrato y la cesión de la posición contractual de las arrendatarias. Señala que al momento de celebración del contrato el centro comercial se encontraba en su etapa inicial de construcción y que el establecimiento arrendado se constituyó como local "ancla". Agrega que la arrendataria asumió a su costa las adecuaciones del

inmueble y que esas inversiones son en su gran mayoría la causa de la valorización del mismo. Puntualiza que el valor pactado como incremento anual es el único al que tiene derecho la demandante.

Igualmente propuso las siguientes excepciones perentorias denominadas:

1. INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO LEGAL NI CONTRACTUAL PARA SOLICITAR LA REGULACIÓN DEL CANON: IMPROCEDENCIA DE REGULACIÓN DEL CANON A TRAVÉS DE PERITO, POR CUANTO NO SE DAN LOS SUPUESTOS DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 519 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Sustenta esta excepción manifestando que lo que pretende la demandante es un proceso de regulación de canon de arrendamiento de que trata el artículo 519 del Código de Comercio; sin embargo, expresa que el trámite de regulación sólo tiene lugar cuando existan diferencias entre las partes al momento de la renovación del contrato de arrendamiento, lo cual aquí no ocurre.

Expresa que en la cláusula segunda relativa al término de duración del contrato, se pactó que el mismo será de un año y que, sin embargo, *“las partes se obligan desde ahora a renovarlo automáticamente hasta por un mínimo de nueve (9) períodos, cada uno de igual término. Vencido el término inicial y el de las prórrogas automáticas obligatorias, sin que ninguna de las partes hubiera dado aviso a la otra de su intención de darlo por terminado, mediante carta remitida por correo certificado con no menos de tres (3) meses de antelación al respectivo vencimiento, se entenderá prorrogado por períodos anuales; lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 518 a 524 del Código de Comercio”*.

Según la convocada el término del contrato es de 10 años y antes de ese plazo ninguna de las partes puede terminarlo. Por lo anterior, pone de presente que, como el Centro Comercial abrió al público en diciembre de 2005, el Contrato estaría vigente hasta el mes de diciembre de 2015.

Reitera que las partes expresamente regularon la forma en la que habría de aumentarse el canon durante esas prórrogas, en el parágrafo tercero del contrato.

Por lo anterior las partes no podrían argumentar diferencias ya que el aumento del canon fue regulado por su acuerdo de voluntades, al menos hasta el año 2015.

Concluye que al no ser este el momento de renovación del contrato, pues faltan 4 años para su vencimiento inicial, resulta inviable acudir a los jueces con el fin de que regulen el canon de arrendamiento.

2. VALIDEZ DE LA ESTIPULACIÓN CONTRACTUAL CONTENIDA EN LA CLÁUSULA TERCERA DEL CONTRATO

Sustenta esta excepción en el hecho de que no hay lugar a regular el canon de arrendamiento porque no existe razón legal que invalide lo pactado por las partes en el Contrato, ni menos que amerite que el Tribunal entre a suplir o reemplazar la voluntad de los contratantes.

Reitera que las partes regularon de manera expresa el valor del canon de arrendamiento en la cláusula tercera y en esa medida, de acuerdo con los principios de interpretación de los contratos, esa estipulación debe preferirse.

Agrega que la cláusula es válida, y no ha sido invalidada por ninguna autoridad

competente para ello y que tampoco existe petición de la demandante en ese sentido.

Por lo anterior, indica que mal podría el juez suplir la voluntad de las partes sin violar el artículo 1602 del Código Civil.

3. IMPOSIBILIDAD DE REVISAR EL CONTRATO

Sustenta su excepción expresando que la convocante no invocó como fundamento de derecho de sus pretensiones, normas distintas a las relativas a la regulación del canon de arrendamiento del local comercial de que tratan los artículos 515 y siguientes del Código de Comercio, regulación que, según la convocada, no es procedente.

Posteriormente, hace relación al artículo 868 del Código de Comercio, reiterando que el convocante no indicó como fundamento de sus pretensiones el artículo citado.

Con todo, analiza, según la jurisprudencia arbitral, cada uno de los elementos requeridos para que la teoría de la imprevisión se concrete, manifestando que dichos elementos deben ser probados por quien los alega.

Concluye manifestando que los elementos de la teoría de la imprevisión no se dan en el caso concreto, pues no existió ninguna circunstancia extraordinaria, imprevista ni imprevisible, que no ha existido variación en su ejecución, no se han agravado ni alterado las prestaciones de futuro cumplimiento a cargo de ninguna de las partes, y que la convocante no ha probado que la ejecución del Contrato le esté implicando pérdidas.

4. EL CONVOCANTE NO PUEDE BENEFICIARSE DE LA VALORIZACIÓN DEL

INMUEBLE PRODUCIDA COMO CONSECUENCIA DE LAS ADECUACIONES Y MEJORAS REALIZADAS POR LA CONVOCADA

Manifiesta que en el remoto evento en que el Tribunal considere que hay lugar a regular el canon, o a revisar el Contrato, se deberá tener en cuenta que el inmueble entregado en arriendo a BODYTECH era distinto al local que hoy es operado por la convocada. Y en esa medida, el valor comercial del mismo se ha aumentado, como consecuencia de las adecuaciones y mejoras realizadas por ella.

Posteriormente, hace un recuento de las obligaciones del arrendador con respecto al inmueble arrendado, y las inversiones que, después de entregado a la convocada el inmueble, ésta hizo al local, por valor superior a los \$900.000.000.

Expresa que esa valorización no puede ser tenida en cuenta para el cálculo de la renta, porque cuando se suscribió el contrato y se acordó el canon, el local carecía de tales mejoras.

Agrega que el avalúo aportado con la demanda no puede ser tenido en cuenta por el Tribunal, ya que no cumple con los requisitos establecidos por la Ley 1395 de 2010, y adicionalmente, porque no tuvo en cuenta que el local que avaluó en abril de 2011 tuvo inversiones y mejoras realizadas por el arrendatario a su costa, por valor superior a \$900.000.000.

Por otra parte, expresa que el Tribunal debe tener en cuenta que BODYTECH es un local "ancla" del Centro Comercial Plaza Imperial y que mal podría el arrendador aumentar su canon valiéndose del prestigio y la clientela que ha conseguido el gimnasio a lo largo de los años.

5. LA PRÁCTICA COMERCIAL VIGENTE SE CARACTERIZA PORQUE EL CANON DE ARRENDAMIENTO SE FIJA TOMANDO UN PORCENTAJE EQUIVALENTE AL 1% o 0.7 DEL AVALÚO COMERCIAL

Sustenta su excepción argumentando que la práctica comercial imperante en Colombia enseña que el canon de arrendamiento de un local comercial se fija tomando un porcentaje que oscila entre el 0.7% y 1% del valor del inmueble y para demostrar lo anterior, adjunta un cuadro de PEI Patrimonio de Estrategias Inmobiliarias, que pública en su página web www.pei.com.co.

Así las cosas, concluye manifestando que en el caso en estudio el Tribunal debe tener cuenta que para el 2009 el inmueble fue auto avaluado en \$3.530.934.000, y fue adquirido por la convocante en \$2.156.045.338.

Por lo anterior, en sentir de la convocada, el canon de arrendamiento oscilaría entre \$16.385.944 y \$25.010.126, según el valor pagado por la convocante y entre \$26.835.098 y \$40.958.834, tomando como base el auto avalúo.

2.- CONSIDERACIONES

Una vez precisada la controversia planteada por las partes, para su decisión en derecho, el Tribunal analizará los siguientes aspectos:

- I. Los Presupuestos procesales.
- II. La tacha de sospecha formulada al testigo LUIS FERNANDO CHARRIA.
- III. La objeción por error grave al dictamen pericial técnico rendido por MÚLTIPLO SAS.

IV. El estudio de las Pretensiones de la demanda.

I. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

La totalidad de los "*presupuestos procesales*"¹⁰ concurren en este proceso:

1. Demanda en forma

Si bien es cierto la demanda en forma ya no es considerada como presupuesto procesal por no tener la vocación de que las eventuales fallas formales en la elaboración de la misma tengan aptitud de generar nulidad del proceso, se advierte que la demanda y su reforma se ajustan a la plenitud de las exigencias normativas consagradas por el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil.

2. Competencia

Según analizó detenidamente en la providencia proferida el 25 de enero de 2012, como consta en el Acta No. 5, el Tribunal es competente para el juzgamiento y decisión de las controversias contenidas en las pretensiones y excepciones, en la medida en que todas son de contenido particular, específico y concreto, son de naturaleza patrimonial y económica y, por ello, susceptibles de transacción y disposición entre sujetos plenamente capaces y, por ende, de "*pacto arbitral*".

Las partes de este proceso están facultadas para acudir al arbitraje como mecanismo judicial de solución de las controversias, en ejercicio del derecho constitucional fundamental de acceso a la Administración de Justicia, al tenor de los artículos 116 de la Constitución Política; 8º y 13 de la Ley Estatutaria

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de agosto de 1954.

de la Administración de Justicia número 270 de 1996; 3º y 111 de la Ley 446 de 1998; 115 del Decreto 1818 de 1998.

Por otra parte, la justicia arbitral como expresión de la jurisdicción del Estado, encuentra reconocimiento y legitimidad constitucional, y por su virtud se confiere transitoriamente la función pública de administrar justicia a los árbitros habilitados por las partes y por el ordenamiento jurídico, según el artículo 116 de la Constitución Política a cuyo tenor:

"Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley."

La naturaleza jurisdiccional de la jurisdicción arbitral está consagrada igualmente en los artículos 8º y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 270 de 1996, en los artículos 3 y 111 de la Ley 446 de 1998 y ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional¹¹.

3. Capacidad de parte y capacidad procesal

Las partes, PLAZA IMPERIAL HOLDINGS SAS e INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. – BODYTECH son sujetos de derecho

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de mayo 29 de 1969, Ponente, Luis Sarmiento Buitrago, G.J. CXXXVII, n. 2338, pp. 58 ss; Sentencia de 28 de julio de 1977, Ponente, Eustorgio Sarria, G.J. CLVI, n, 2396, pp. 210 ss; C-42 de 1991; Corte Constitucional, sentencias T-592/92, C-059/93, C-226/93, T-538/94, C-247/94, T-057/95, C-294/95, SU-342/95, C-431/95, T-544/95, C-451/95, T-268/96, C-037/96, C-242 de 1997, (anotando: "2. El arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional que con carácter de función pública se concreta en la expedición de fallos en derecho o en equidad"); C-160/99; C-163 de marzo 17 de 1999, C-642 de 9 de septiembre de 1999; SU-091 febrero 2 de 2000; C-330 de 22 de marzo de 2000, C-1436 de octubre 25 de 2000, C-60, 24 de enero de 2001; C-1038 de 28 de noviembre de 2002, Ponente, Eduardo Montealegre.

plenamente capaces y, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, abogados titulados, debidamente constituidos y, por ende, con capacidad para ser parte y con "*capacidad procesal*" o *para comparecer a proceso*.

II. LA TACHA DE SOSPECHA FORMULADA AL TESTIGO *LUIS FERNANDO CHARRIA*

El señor apoderado de la parte demandante tachó de sospechoso el testimonio del señor Luis Fernando Charria Martínez, debido a que es empleado de la sociedad demandada. y, puntualmente, señaló: "*Respetuosamente y atendido a que el doctor Charria es empleado de sociedad convocada, solicitaría que en el momento de entrar a definir el laudo se tuviera en cuenta dicha situación para los efectos eventuales de llegar a catalogarse como un testigo sospechoso respecto de dicha relación*" (folio 219 vuelto del cuaderno de pruebas No. 1).

La tacha tiene fundamento en el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, el cual señala lo siguiente:

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

"Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del

cual se solicitó el testimonio; en los casos de inhabilidad, el juez resolverá sobre la tacha en la audiencia, y si encuentra probada la causal, se abstendrá de recibir la declaración.

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

Por su parte, el artículo 217 ibídem señala que, *"Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas".*

Sin embargo, el Tribunal encuentra que la alegada vinculación laboral resulta inevitable en la medida en que los aspectos que se debían indagar del testigo estaban relacionados, precisamente, con su cargo como Director de Proyectos de BODYTECH, de manera que siendo la persona que tiene la comprensión de tales temas no puede considerarse sospechoso per se.

Por lo anterior el Tribunal denegará la tacha formulada.

III. LA OBJECIÓN POR ERROR GRAVE AL DICTAMEN PERICIAL TÉCNICO RENDIDO POR *MÚLTIPLO GESTIÓN DE PROYECTOS SAS*

Como se indicó en los antecedentes de este laudo, a solicitud de las partes el Tribunal decretó como prueba un dictamen pericial con el fin de determinar el valor del canon y otra serie de revisiones y estimaciones técnicas. Como perito se designó a la sociedad *MÚLTIPLO GESTIÓN DE PROYECTOS SAS*, quien el 8 de octubre de 2012 rindió el dictamen correspondiente (folios 359 a 364 del cuaderno principal No. 1). En el tema puntual vinculado con la

objeción, debe tenerse en cuenta que el perito estimó que el valor de la renta para el local materia del debate para el año 2011 debía ajustarse a la suma de \$34.876.625.

Con escrito del 28 de octubre siguiente la parte demandante objetó dicho dictamen (folios 461 a 469 del mismo cuaderno). Dentro del traslado correspondiente BODYTECH se opuso a la objeción mediante memorial radicado el 6 de noviembre del mismo año (folios 472 a 515 del citado cuaderno).

Como prueba de la objeción, a solicitud de la demandante, el Tribunal decretó un nuevo dictamen pericial que fue rendido por la sociedad TASAR VALORACIONES INMOBILIARIAS SAS a quien la demandante pidió única y exclusivamente para "Que un especialista en avalúo de bienes inmuebles determine cuál es el valor de la renta mensual del inmueble durante la vigencia comprendida entre el 1º de enero de 2011 y 31 de diciembre de 2011, de conformidad con los precios de mercado y la ubicación, área arrendada, tipo de construcción, y demás factores comerciales". Con la aclaración que se debe circunscribir a los locales comerciales ubicados en la Carrera 104 No. 148 – 07 (antigua dirección Calle 146 A No. 106-20) Local 2-69 (hoy locales 1-133, 1-134, 2-133, 2-134, 2-135 y 2-136) de Bogotá, que forma parte de Plaza Imperial Centro Comercial, que en calidad de arrendatario ocupa la sociedad INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. –BODYTECH", tal y como consta en la objeción y en el Acta No. 20 correspondiente a la audiencia que tuvo lugar el 29 de noviembre de 2012. El nuevo perito estimó la renta del local para el año 2011 en la suma de \$111.676.080.

Para resolver la objeción el Tribunal pone de presente que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 238 del Código de Procedimiento

Civil para que un error sea grave, se requiere que *"haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas"*. De manera que solo en este caso el juez debe apartarse total o parcialmente de sus conclusiones, según que el error grave, cobije todo el dictamen o solo parte del mismo; y, en caso contrario, puede tenerlo como prueba y valorarlo conjuntamente con los demás medios probatorios en desarrollo de la sana crítica.

Igualmente resulta conveniente poner de presente la reiterada y conocida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre esa calidad de la objeción. Para esa alta Corporación, incurrir en error, con la entidad de grave, supone:

"... cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...; de donde resulta a todas luces que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 4 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil... no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando y aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador que al considerarla entrara en un balance o contraposición de criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a

*prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva*¹².

De otra parte, no puede considerarse que exista error cuando se alega que una determinada respuesta no está contestada o que no lo está de manera suficiente.

Dentro del marco legal y jurisprudencial mencionado el Tribunal procederá a resolver la objeción formulada.

Ésta se hizo con respecto al valor de la renta que el perito estimó para el año 2011 en la suma de \$34.876.625 y no respecto de los demás aspectos del documento. La objeción parte de la base de que el dictamen debía limitarse a responder una pregunta objetiva relacionada con el valor del canon y frente a tal aspecto presenta los siguientes supuestos errores del trabajo pericial:

1. No toma como referencia los precios del mercado, lo cual, señala, puede comprobarse con la prueba testimonial que establece unos valores distintos por metro cuadrado y con una propuesta de la marca Forever 21 por \$120.000.000.
2. Solo tiene en cuenta de manera parcial la ubicación del bien en un centro comercial, pero no el entorno.
3. Excluye como factor determinante la división jurídica de que fue objeto el local arrendado.

¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Auto del 8 de septiembre de 1993. Expediente No. 3446.

4. Responde las preguntas de la demandante sobre el tipo de construcción pero no las de la demandada.
5. El factor vinculado con el destino del inmueble no debe considerarse dentro del avalúo porque lo único importante es el uso permitido en el reglamento, que no lo limita a actividades deportivas.
6. Afirma que la revisión del canon procede solamente cuando se encuentra prevista en el contrato contrariando lo dispuesto en el artículo 519 del Código de Comercio.
7. Toma como referencia el canon que se está pagando para determinar el valor que se debe pagar.
8. Afirma que el inmueble solo tiene acceso por el segundo piso sin tener en cuenta que ello corresponde a la logística adoptada por la arrendataria.

El Tribunal encuentra que no existe el error grave aducido y mucho menos la prueba del mismo. En efecto, de una parte, el Tribunal encuentra que los criterios incluyentes y excluyentes para las valoraciones efectuadas por el primer perito corresponden a la realidad contractual y fáctica del inmueble arrendado mediante el contrato que es objeto de este litigio. Y, de otra, complementaria de la anterior, los dos dictámenes partieron de parámetros completamente distintos, lo cual no los hace comparables y la objetante no sometió a la valoración del segundo perito la determinación de los aspectos glosados al primero.

El dictamen rendido por MÚLTIPLO se advierte serio, técnico, claro y suficientemente fundamentado. Adicionalmente, efectúa el avalúo solicitado respecto del local materia del debate, considerando todos los aspectos

fácticos y legales – dentro del ámbito técnico de la prueba – de los que no puede desligarse un concepto en tal sentido. Por el contrario a TASAR se le pidió una valoración teórica sin considerar todos los aspectos que hacen parte de la controversia. Por ello resulta extraño que la demandante no hubiera auscultado la opinión del segundo perito sobre los aspectos antes mencionados, que no hubiera preguntado si efectivamente el local tenía el carácter de “ancla”¹³, si solo tenía un acceso obligatorio, si tenía un uso vinculado, si la subdivisión jurídica era o no trascendente, si la vitrina afectaba la valoración en este caso, etc. Como lo señala la parte demandada, la prueba de la objeción debía haberse orientado a probar los supuestos errores del primer dictamen y no solamente a hacer otro avalúo con bases distintas.

Como surge de lo expuesto, la regulación que debe hacerse cuando de renovación se trata, al amparo de lo dispuesto en el artículo 518 del Código de Comercio, debe partir de la base del contrato que venía rigiendo la relación contractual. Lo que se busca es ajustar las condiciones con que venía arrendado el inmueble y no de volverlo a sacar al mercado al mejor postor. Pero adicionalmente, la alegada calidad de local “ancla”, el destino vinculante dentro del contrato y los acuerdos que rodearon la negociación, a los cuales se referirá el Tribunal, necesariamente afectaban la valoración solicitada.

En ese mismo sentido el Tribunal no encuentra que la exclusión de factores vinculados a la subdivisión jurídica del inmueble – que no física –, los acabados efectuados por la arrendataria y el uso y la vitrina, en el

¹³ Sobre este concepto se pronunciará el Tribunal pero para mantener el orden en la exposición puede decirse que se trata es aquel que ha sido concebido por el constructor para venderlo a precio de costo o para arrendarlo a precios muy inferiores al canon ordinario, con el fin de vincular a comerciantes cuyos negocios generan gran afluencia de público que en un momento dado pueden interesarse en comprar los locales ordinarios para el arranque del proyecto, o en efectuar compras en los demás establecimientos, lo cual permite la consolidación del centro comercial en donde se encuentra.

mencionado entorno fáctico y jurídico del contrato objeto de este proceso, constituyan errores y menos con la entidad de graves.

Asimismo, el pacto vinculado con el pago del mayor valor entre el 15% de las ventas brutas y el canon mínimo, tiene un efecto importante que evidentemente no puede ser equivalente a pagar el mayor valor entre el primer parámetro y el precio máximo posible del local desocupado y físicamente subdividido, para considerar a uno o a varios posibles arrendatarios.

Si lo anterior no fuera suficiente, el Tribunal encuentra que el dictamen de MÚLTIPLO sí consideró el tipo y ubicación del local, tanto dentro de un centro comercial como en el entorno de la influencia del sector de Suba y expuso la metodología empleada.

Por el contrario, el dictamen de TASAR fue explícito en poner de presente que no se respondía por aspectos de naturaleza legal que afectaran al inmueble y que la valoración se hacía a precios de mercado, partiendo de la base que el bien podía intercambiarse en la fecha de valuación, entre un comprador dispuesto a tomar en renta y un vendedor dispuesto a rentar, en una transacción libre.

De manera que el segundo dictamen, aunque pueda ajustarse a la petición formulada, no hizo una valoración del local en las condiciones planteadas en la Litis ni demostró que el primero estuviera equivocado.

Por lo anteriormente expuesto el Tribunal declarará no probada la objeción formulada.

IV. EL ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

1. LA CONTROVERSIA

De las pretensiones formuladas por la parte demandante, a las cuales se hace mención en los antecedentes del presente Laudo, el Tribunal encuentra que el litigio planteado por aquélla, que se somete a decisión arbitral, gira alrededor de las supuestas diferencias que se han presentado entre las partes, respecto del valor que corresponde pagar como canon de arrendamiento mensual, consecuencia de la renovación del contrato suscrito sobre el inmueble identificado como Local 2-69 (hoy locales 1-133, 1-134, 2-133, 2-134, 2-135 y 2-136), ubicado en la carrera 104 No. 148-07 de Bogotá, D.C., el cual, a su vez, hace parte del Centro Comercial Plaza Imperial.

Estas diferencias consisten esencialmente en la consideración de la demandante de que *"el canon contemplado en el contrato resulta inequitativo frente a los precios del mercado inmobiliario para locales similares al que ocupa la sociedad demandada"*. (Hecho 16 de la demanda) y, en consecuencia, solicita al Tribunal la regulación mediante ajuste del mismo a partir del 1º de enero de 2011, junto con el pago de los intereses comerciales desde entonces.

A su vez, como surge de las excepciones propuestas, la parte demandada aduce, en esencia, que no existe fundamento legal ni contractual para solicitar la regulación del canon por cuanto no se dan los presupuestos de que trata el artículo 519 del Código de Comercio, en particular, porque, en su opinión, el contrato no está en el momento de la renovación ya que tiene una duración de 10 años que vencen el 15 de diciembre de 2015. Adicionalmente, sostiene que dentro del contrato las partes previeron la forma en que habría

de aumentarse el canon dentro de las nueve prórrogas anuales acordadas, estipulación contractual que considera válida, y que, por lo tanto, sostiene que aquéllas deben someterse a las estipulaciones allí establecidas, en virtud del principio contenido en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual, el contrato es ley para las partes.

Asimismo, para el evento en que el Tribunal decidiera interpretar la demanda, la sociedad BODYTECH propuso una excepción relacionada con la imposibilidad de revisar el contrato por circunstancias imprevistas, en la medida en que no se dan las condiciones; y, también como mecanismos exceptivos, sostuvo que, si el Tribunal considerara que hay lugar a regular el canon, debe considerar que la demandante no puede beneficiarse de la valorización del inmueble producida como consecuencia de las adecuaciones y mejoras realizadas por la demandada, y que la práctica comercial vigente se caracteriza porque el canon de arrendamiento se fija tomando un porcentaje que oscila entre el 1% o 0.7% del avalúo comercial.

Conviene poner de presente desde ahora que el documento que recoge el contrato de arrendamiento objeto de este proceso carece de fecha de otorgamiento. Sin embargo, lo importante es que, tal y como lo señala la cláusula segunda, tenía un término de vigencia de un año contado a partir de la fecha de apertura al público del centro comercial, hecho éste que tuvo lugar el día 1º de diciembre de 2005, como consta en la cláusula tercera y en la Consideración quinta del mismo documento. Así las cosas resulta claro que el término inicial de vigencia del contrato comenzó el 1º de diciembre de 2005 y terminó el 30 de noviembre de 2006. Cosa distinta es que, como se verá, de conformidad con la cláusula tercera del contrato, el canon se causaba a partir del mes siguiente a la anunciada apertura del centro comercial, esto es, a partir del 1º de enero de 2006.

2. LA ACCIÓN FORMULADA

De conformidad con el texto de la demanda entiende el Tribunal que la acción incoada es la prevista en el artículo 519 del Código de Comercio, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 518 *ibídem*. En efecto, además de poner de presente la existencia del contrato de arrendamiento, la división jurídica del local, la cesión de la posición contractual de arrendador original y su aceptación, y las previsiones contractuales referidas al plazo y al incremento del canon, la demandante señala que desde el 21 de diciembre de 2009, ha remitido diversas comunicaciones a la arrendataria requiriéndola para ajustar el canon, sin haber obtenido respuesta positiva. Igualmente, como se vio, alega que *"el canon contemplado en el contrato resulta inequitativo frente a los precios del mercado inmobiliario para locales similares al que ocupa la sociedad demandada"*. No señala específicamente que han surgido diferencias entre las partes con motivo de la renovación del contrato.

No obstante, en virtud de esa referencia a la "renovación" y la invocación que hace de las precitadas disposiciones legales como fundamentos de derecho de sus pretensiones, ha de entender el Tribunal – como lo hizo la demandada – que esa es la fuente de su acción, en el entendido que, reconociendo el derecho de su arrendataria a la renovación del contrato, pide que se regule el nuevo canon. De esta manera, según la posición de la demandante, las diferencias entre las partes no estarían en el hecho mismo del derecho a la renovación – que no niega – sino en el valor del canon exigible.

El artículo 518 del Código de Comercio tipifica el derecho de renovación del contrato de arrendamiento de un local comercial en favor del empresario que a título de arrendatario ha permanecido como ocupante de éste con un mismo establecimiento de comercio, por un término no inferior a dos (2)

años consecutivos, derecho que es exclusivo del arrendatario, pero cuyo ejercicio tiene unas excepciones, previstas en la misma norma, que además del incumplimiento del contrato por parte del arrendatario, están relacionadas exclusivamente con las necesidades que tiene el propietario del inmueble respecto de su uso.

La primera de tales excepciones tiene lugar cuando el propietario necesite el inmueble para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta de la que tuviere el arrendatario. La segunda resulta procedente cuando el inmueble deba ser reconstruido o reparado con obras necesarias que no puedan ejecutarse sin su entrega o desocupación, o demolido por su estado de ruina o para la construcción de una obra nueva.

Por su parte el artículo 519 contempla las acciones que tienen las partes en el contrato de arrendamiento sobre un local comercial, cuando se presentan diferencias entre ellas respecto a su renovación y al efecto señala que, *“Las diferencias que ocurran entre las partes en el momento de la renovación del contrato de arrendamiento se decidirán por el procedimiento verbal, con intervención de peritos”*. Obviamente, al haber pactado las partes arbitraje, el procedimiento que le corresponde a la acción es el arbitral.

Con prescindencia de que el propietario del inmueble tiene acción para solicitar que, dada la presencia de las causales de excepción previstas en la norma, se declare que el arrendatario no tiene derecho a la renovación del contrato, con relación a la regulación del canon propiamente dicha, una lectura aislada de las normas mencionadas podría conducir, de manera restrictiva, a suponer que la acción para el efecto solo puede ser intentada por el arrendatario contra el arrendador, ya sea porque éste se niega a renovar el contrato o porque considera que no se presentan los hechos

constitutivos de las excepciones al ejercicio de dicho derecho. De acuerdo con esta interpretación restrictiva, no todas las diferencias entre el arrendador y el arrendatario se resuelven mediante la acción contemplada en el artículo 519, sino que sólo serían susceptibles de discutir por esta vía procesal las diferencias entre las partes derivadas del ejercicio por parte del arrendatario del derecho a la renovación del contrato, de manera que la acción de regulación del canon por parte del arrendador sería ajena al mecanismo procesal contemplado en esta disposición, para concluir que la acción consagrada en el artículo 519 no le permitiría al arrendador solicitarle al juez que regule el canon de arrendamiento porque lo considera irrisorio o por debajo de los parámetros del mercado.

Para el Tribunal las disposiciones contenidas en los artículos 518 y 519 del Código de Comercio, que regulan el derecho de renovación del contrato de arrendamiento de un local comercial en favor del arrendatario y la posibilidad de solucionar las controversias, gobiernan cualesquier tipo de diferencias que surjan con motivo o por causa de aquél derecho, entre ellas, la regulación judicial del canon de arriendo.

Esta interpretación encuentra su fundamento en el artículo 31 del Código Civil, al establecer que *"Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que debe darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes"*. Este principio fundamental de hermenéutica jurídica ha sido desarrollado por la jurisprudencia nacional, destacándose básicamente las siguientes sentencias:

En sentencia la Corte Suprema de Justicia manifestó lo siguiente respecto a la interpretación de carácter extensivo:

"Las normas que establecen excepciones pueden ser objeto de interpretación extensiva pero no de aplicación analógica. No repugna a la naturaleza de las normas excepcionales la interpretación extensiva, cuando aparece que la hipótesis cuestionada está incluida por modo claro, aunque implícito, en la misma norma. Pero la aplicación por analogía es de todo punto inadmisibles en materia de textos que regulan casos de excepción, porque entonces se busca incluir en la norma excepcional supuestos de hecho claramente situados fuera de su órbita, con criterio que se funda en la identidad de razón jurídica para dar el mismo tratamiento a situaciones fundamentalmente semejantes, cuando se trata de colmar vacíos (203, 204, Código Judicial), o de que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, para organizar derecho a la luz de la doctrina (8º, L. 153/887), mas no cuando la ley prevé y regula todas las hipótesis de manera general, y sólo por excepción sustrae determinados supuestos de su invariable imperio. No queda vacío alguno por llenar y el criterio de analogía permanece entonces fuera del elenco"¹⁴.

De igual forma la Corte Constitucional, al referirse a la interpretación extensiva y relacionarla con el principio de unidad de materia, dijo lo siguiente:

"En cambio, desde sus primeras decisiones en este campo, esta Corporación ha precisado que no puede efectuarse una interpretación restrictiva sino amplia del alcance del tema tratado por una ley. Esto significa que "la materia" de una ley debe entenderse "en una acepción amplia, comprensiva de varios asuntos que tienen en ella su necesario referente". Esta comprensión amplia de la unidad temática de una ley no es caprichosa sino que es una concreción del peso del principio democrático en el ordenamiento colombiano y en la actividad legislativa. En efecto, si la regla de la unidad de

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de Marzo de 1.958.

materia pretende racionalizar el proceso legislativo y depurar el producto del mismo, al hacer más transparente la aprobación de las leyes y dar coherencia sistemática al ordenamiento, no es congruente interpretar esta exigencia constitucional de manera tal que se obstaculice indebidamente el desarrollo de la actividad legislativa. Por ello esta Corte ha señalado que solamente deben retirarse del ordenamiento "aquellos apartes, segmentos o proposiciones de una ley respecto de los cuales, razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica con la materia dominante de la misma"¹⁵.

Finalmente, de nuevo la Corte Suprema de Justicia, al establecer el sentido y el alcance de la interpretación de carácter extensivo, señaló:

"Labor que consiste, como antes se había anotado, en la interpretación extensiva de la ley, la cual tiene lugar cuando el caso objeto de examen se subsume en la hipótesis prevista por la regla aunque su tenor literal aparentemente no lo comprenda, lo cual se obtiene por extensión interpretativa mediante los criterios o pautas de razonamiento que ofrece los principios. Además, es procedente dejar en claro que en el caso de la interpretación extensiva no se advierte laguna, pues cuando esto ocurre se debe acudir al sistema de la argumentación analógica, llámese analogía legis o iuris"¹⁶.

Se reitera que en el asunto *sub examine* el Tribunal encuentra que la acción formulada por la demandante no está dirigida a discutir la renovación del contrato – que no niega –, sino únicamente la regulación judicial del canon con motivo, precisamente, del surgimiento de ese incuestionable derecho.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-280/96.

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de 6 de Julio de 2000.

En conclusión, la acción formulada por la demandante está dirigida a la regulación judicial del canon de arrendamiento y tiene su fundamento en los artículos 518 y 519 del Código de Comercio.

Esta interpretación tiene el respaldo de la jurisprudencia y la doctrina. A título de ejemplo, Gerardo José Ravassa Moreno, citando a Jaime Arrubla Paucár, señala que si las partes no se ponen de acuerdo sobre las nuevas condiciones de la renovación debe acudir al juez para que, con la intervención de peritos, haga la regulación y decida las diferencias, para lo cual, *"Debe el arrendador avisar al arrendatario de su intención de cambiar las cláusulas del contrato o éste al arrendador, antes de la expiración del mismo, so pena de que el contrato se prorrogue en las mismas condiciones"*¹⁷. En el mismo sentido se orienta Carlos Alberto Velásquez Restrepo¹⁸, al señalar que si se dan las condiciones previstas en el artículo 518 el arrendatario tiene derecho a seguir arrendando el local, pero sobre bases diferentes, y que si entonces surgen discrepancias, cualquiera de las partes puede demandar para que el juez las determine.

La protección del derecho del arrendatario que ha ocupado por más de dos años un local con un mismo establecimiento de comercio es fruto de la tendencia mundial – particularmente originada en la normatividad francesa de 1953 y 1965 – a contrarrestar el derecho de propiedad del arrendador con el del empresario a conservar la clientela y a defenderse de la competencia desleal. Aquella es un bien inmaterial que crea el comerciante, la cual podría dirigirse hacia otro si se permitiera que el arrendador pudiera a su antojo despojar del local al arrendatario para dárselo a un competidor, a veces inclusive con el cobro de primas indebidas. Dentro de esta línea, que

¹⁷ RAVASSA MORENO, Gerardo José. Derecho Comercial. Bienes Mercantiles. Tomo I. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. 2001. Pág. 169.

¹⁸ VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. Instituciones de Derecho Comercial. Señal Editora. Medellín. 2008. Págs. 498 a 500.

enmarca el tema en estudio como una muestra del principio de defensa de la actividad mercantil, Álvaro Mendoza Ramírez¹⁹ señala que la protección del establecimiento de comercio y la preservación del uso de las instalaciones locativas por parte del empresario, cuando no tiene la titularidad del dominio de aquellas, se desarrolla a través de normas imperativas *“que protegen, no solamente el uso de dichas instalaciones locativas a título de arrendamiento, sin también, aplicando el principio creador de la analogía mercantil, en virtud de cualquier otra figura jurídica, en tanto resulta claro el propósito de preservar este empleo por parte del propietario del establecimiento de comercio”*. Y agrega, que este derecho a mantener el uso de las instalaciones inmobiliarias nace cuando el empresario ha completado un uso superior a dos años, *“es decir, cuando el legislador supone que ha consolidado en torno a estas instalaciones una clientela y una actividad que merecen protección para su continuidad y desarrollo”*.

Con respecto a ese derecho a la renovación y al correlativo a pedir un reajuste del precio, Gabino Pinzón señalaba que, *“se ponen de manifiesto dos cosas distintas: que se trata de un derecho del inquilino a ser preferido a cualquier otro interesado, cuando expira el término del contrato de arrendamiento, a fin de que pueda explotar en beneficio suyo los valores inmateriales que haya logrado formar ya con su establecimiento; y que no se trata de una simple prórroga del contrato, sino de una renovación, esto es, de un contrato nuevo que pueda facilitar, consiguientemente, la discusión y acuerdo sobre condiciones nuevas que lo actualicen. Con esto pueden producirse arreglos o reacondicionamiento periódicos del contrato, más adecuados para acomodar las relaciones de las partes a los hechos que esos controles de precios de los arrendamientos que, como los que han venido*

¹⁹ MENDOSA RAMÍREZ, Álvaro. Principios Generales del Derecho Comercial. En Estudios de Derecho Económico. Tomo I. Instituciones de Derecho Comercial. Universidad de La Sabana. Coordinadores José Alpiniano García-Muñoz y Jorge Oviedo Albán. Bogotá. 2003. Págs. 115 y 116.

*rigiendo en el país, impiden hacer esos reajustes y más bien estimulan que reducen la especulación en esta materia*²⁰.

Jaime Arrubla Paucár²¹ también pone de presente la naturaleza de esta acción al indicar que, *“lo normal es que las mismas partes acuerden esas nuevas circunstancias, siendo para ello preciso que una de ellas, generalmente el arrendador, promueva su discusión formulando para el efecto una oferta de renovación, antes del vencimiento del contrato, so pena que éste se renueve en los mismos términos”* y que si ello no es posible porque los contratantes no se ponen de acuerdo puede acudir al juez.

Así las cosas, la acción intentada parte de la base de un pleno y debido reconocimiento del derecho que tiene BODYTECH a la renovación del contrato de arrendamiento, adquirido al haber ocupado el Local 2-69 del Centro Comercial Plaza Imperial por espacio superior a dos años, solo que PLAZA IMPERIAL HOLDINGS, como cesionaria de la arrendadora inicial, pretende la regulación del canon y ese reclamo lo efectúa para que rija la relación contractual a partir del 1º de enero de 2011.

3. LA CESIÓN CONTRACTUAL Y LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Teniendo en cuenta que la acción formulada es la de regulación judicial del canon de arrendamiento, habrá que determinar si quien la ejerce tiene la condición de parte arrendadora en el contrato de arrendamiento celebrado, y que quien se opone tiene la calidad de arrendataria, para efectos de determinar si están legitimados en la causa por activa y por pasiva.

²⁰ PINZÓN, Gabino. Introducción al Derecho Comercial. Tercera edición, refundida y actualizada con la colaboración de Jorge Pinzón Sánchez. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1985. Pág. 196.

²¹ ARRUBLA PAUCÁR, Jaime. Contratos Mercantiles. Tomo I. 8ª edición. Bogotá. 1997. Pág. 521.

El concepto de legitimación en la causa ha sido quizás uno de los temas de mayor desarrollo en la historia del derecho procesal, y tanto la doctrina como la jurisprudencia se han preocupado por precisar su contenido y alcance.

No corresponde a este Tribunal profundizar doctrinariamente en estos conceptos; le basta citar una expresión de la jurisprudencia nacional, que sintetiza la esencia de esta figura, cuando la define como: *"la identidad del demandante con la persona a quien la ley le otorga la vocación jurídica para reclamar la titularidad de un derecho y por pasiva la identidad del demandado, con aquel a quien se le puede exigir la obligación correlativa que se deriva del primero"*²².

Para el caso objeto del presente laudo, y dado que la decisión que debe pronunciarse gira alrededor de la celebración y ejecución de un contrato de arrendamiento, esa identidad debe darse entre la parte demandante y el arrendador, y entre la parte demandada y el arrendatario, por cuanto es el arrendador quien tiene la vocación jurídica para reclamar la titularidad de un derecho, en este caso el de la regulación judicial del canon de arriendo, y es al arrendatario a quien se le puede exigir la obligación correlativa, es decir su respectivo ajuste.

De las pruebas documentales que obran en el expediente resulta claro que la demandante PLAZA IMPERIAL HOLDINGS SAS es la actual propietaria y arrendadora del local comercial 2-69 (hoy locales 1-133, 1-134, 2-133, 2-134, 2-135 y 2-136), ubicado en la carrera 104 No. 148-07 de Bogotá, D.C., que hace parte del Centro Comercial Plaza Imperial, en virtud de la adquisición que hizo del mismo a la Fiduciaria Bogotá S.A. como vocera del Fideicomiso Plaza Imperial-Fidubogota S.A.- Ospinas y Cia S.A.-Constructora Colpatria S.A., mediante la escritura pública número 5620 de fecha 17 de noviembre

²² TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. Sala Civil. Sentencia del 12 de Diciembre de 2.001

de 2.009, otorgada en la Notaria Primera de Bogotá (folios 73 a 115 del cuaderno de pruebas), y de la cesión del contrato de arrendamiento que le hicieran las sociedades OSPINAS Y CIA S.A. y CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A., mediante documento privado de fecha 1º de diciembre de 2009, cesión que fue expresamente aceptada por la demandada, INVERSIONES EN RECREACION DEPORTE Y SALUD S.A. INVERDESA, al suscribir el documento mencionado en su condición de arrendataria (folios 16 y 17 del mismo cuaderno).

Por su parte, SALUD Y DEPORTE S.A. fue absorbida por INVERSIONES EN RECREACIÓN Y DEPORTE S.A. – INVERDESA S.A. –, hoy INVERSIONES EN RECREACIÓN Y DEPORTE S.A. – BODYTECH –.

En consecuencia, para el Tribunal la identidad entre demandante y arrendadora y entre demandada y arrendataria está plenamente demostrada y se acredita de esta forma la legitimación en la causa por activa y por pasiva.

4. INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS SEGUNDA Y TERCERA DEL CONTRATO. DIFERENCIA ENTRE RENOVACIÓN Y PRÓRROGA

De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal antes de entrar a revisar la procedencia de la acción aquí propuesta, fundada, como se dijo, en lo dispuesto en los artículos 518 y 519 del Código de Comercio, entrará a verificar si las partes determinaron por su propia y común voluntad los términos y condiciones que deberían gobernar entre ellos, el plazo del contrato de arrendamiento, el régimen de prórrogas o renovaciones y las condiciones de incremento del precio en tales eventos, todo de cara a las pretensiones de regulación del canon invocadas en la demanda.

En cuanto a lo primero, en lo que respecta a la presunta "renovación" o posible "prórroga" del contrato de arrendamiento del local comercial de cuya regulación versa este proceso, ha aflorado una diferencia entre las partes acerca de cuál fue la verdadera figura consagrada dentro del contrato, toda vez que para la demandante lo estipulado en materia de vigencia del arrendamiento fue un plazo inicial de un (1) año con nueve (9) "renovaciones" a las que se obligaron las partes (folio 239 del cuaderno principal No.1); mientras que para la convocada lo pactado corresponde, a una vigencia de un (1) año con nueve (9) "prórrogas" anuales y automáticas a las que las partes se obligaron y que vencen el próximo mes de diciembre de 2015 (Folios 209 y 210 del cuaderno principal No. 1)²³.

Esta diferencia de interpretación no es de poca monta, como quiera que bajo la primera hipótesis, la de la demandante, hay nueve (9) períodos en que operaría la renovación, en los que puede darse curso al desahucio en los casos de ley –luego de transcurridos dos años- y en los que podría solicitarse la regulación judicial del canon en caso de presentarse diferencias a la terminación de cada anualidad; en tanto que bajo la segunda, a ninguna de las partes le es dable dar por terminado anticipadamente el contrato, tanto en el plazo inicial como en el de sus nueve (9) prórrogas, las cuales, al haber sido acordadas previamente, no pueden dar lugar a una controversia sobre la regulación judicial del arrendamiento a la expiración de cada periodo anual, porque según la óptica de la demandada, las partes ya tenían regulada de manera expresa la forma en que operarían tales prórrogas y el porcentaje en que habría de aumentarse el canon en cada oportunidad.

De ahí que resulta necesario para el Tribunal, interpretar el genuino sentido de las cláusulas segunda y tercera del contrato de arrendamiento bajo examen, que contienen lo estipulado por las partes en materia de término,

²³ Aunque también ha hecho referencia a un término de vigencia de diez (10) años.

canon de arrendamiento, su ajuste y su régimen de incremento anual (folios 4, 5 y 6 del cuaderno de pruebas No. 1) y, cuyo texto es el siguiente:

"SEGUNDA.- TÉRMINO: *El término de este contrato será de un (1) año, que se contará a partir de (sic) día de la fecha de apertura al público del centro comercial PLAZA IMPERIAL. No obstante, las partes se obligan desde ahora a renovarlo automáticamente hasta por un mínimo de nueve (9) periodos, cada uno de igual término. Vencido el término inicial y el de las prórrogas automáticas obligatorias sin que ninguna de las partes hubiese dado aviso a la otra de su intención de darlo por terminado, mediante carta remitida por correo certificado con no menos de tres (3) meses de antelación al respectivo vencimiento, se entenderá prorrogado por periodos anuales; lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 518 a 524 del Código de Comercio. Si en el momento de la renovación del contrato de arrendamiento se llegaren a presentar diferencias, estas se decidirán por el procedimiento verbal con intervención de peritos de conformidad con lo establecido en el artículo 519 del Código de Comercio.*

"TERCERA.- CANON: *El canon mensual de arrendamiento será la suma del 15% de las ventas brutas, incluidos los ingresos de la ARRENDATARIA por las concesiones o subarriendos o asociaciones con terceros, con un mínimo garantizado de VEINTE MILLONES DE PESOS MCTE (\$20.000.000oo) mensuales, pagaderos anticipadamente dentro de los cinco (5) primeros días de la respectiva mensualidad, en las oficinas de las ARRENDADORAS. La modificación del canon mensual de arrendamiento durante las prórrogas o renovaciones no se mirará en ningún caso como novación del presente contrato. Los aumentos del canon mensual se sujetarán a lo establecido en el parágrafo de la presente cláusula. El canon se causará a partir del mes siguiente a la fecha de apertura al público del centro comercial prevista para*

el primero (1) de diciembre del 2005, de manera que el canon se causará a partir del primero (1) de enero de 2006.

"PARÁGRAFO 1.- IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (IVA).- *El impuesto al valor agregado IVA será facturado en su totalidad por las ARRENDADORAS, pero han acordado las partes que la ARRENDATARIA solo cancele el cincuenta por ciento (50%) del valor resultante, asumiendo las ARRENDADORAS el pago de la suma restante.*

"PARÁGRAFO 2.- AJUSTES DEL CANON.- *El mayor valor en dinero correspondiente a la liquidación del 15% de las ventas brutas y demás ingresos, se pagará a más tardar el día diez (10) del mes siguiente al vencimiento de cada trimestre de realización de las ventas, contado a partir del primero (1) de enero del 2006. Mensualmente, dentro de los diez (10) primeros días calendario de cada mes LA ARRENDATARIA se compromete a entregar a las ARRENDADORAS el reporte de las ventas brutas y demás ingresos del mes inmediatamente anterior. Las ARRENDADORAS podrán designar auditores que se encarguen de revisar las ventas en el establecimiento, para lo cual la ARRENDATARIA se obliga a prestar las facilidades respectivas suministrando los documentos contables correspondientes.*

"PARÁGRAFO 3.- AUMENTO DEL CANON: *Al vencimiento de cada periodo anual de vigencia del presente contrato, o del de sus prórrogas, el precio del arrendamiento mínimo garantizado de VEINTE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$20.000.000oo) se incrementará, sobre el canon mínimo vigente del año inmediatamente anterior, en un porcentaje equivalente al Índice de Precios al Consumidor IPC Nacional, que certifique el Departamento Nacional de Estadística (DANE) o la entidad que haga sus veces, para el periodo que corresponda al año calendario inmediatamente anterior, sin que para el*

efecto sea necesario requerimiento alguno y se mantendrá el canon en el 15% sobre el valor de las ventas brutas y demás ingresos.

"PARÁGRAFO 4.- LA ARRENDATARIA adquiere la obligación de pagar el canon de arrendamiento dentro del plazo fijado y en el sitio señalado, sin que la mera tolerancia de las ARRENDADORAS en aceptar el pago con posterioridad pueda estimarse como ánimo de modificar el contrato. LA ARRENDATARIA responderá por el pago del canon y por todas las obligaciones contraídas en el presente contrato no solo por el término principal sino durante las prórrogas o renovaciones tácitas o por escrito o mientras permanezca con la tenencia" (subraya el Tribunal).

Ceñidos al texto de la cláusula segunda que fija el "término" del contrato y que establece una vigencia inicial de un (1) año con nueve (9) períodos consecutivos de igual duración, los contratantes indistintamente aluden a éstos últimos como los resultantes de su obligación de "renovarlos automáticamente hasta por un mínimo de nueve (9) periodos", al mismo tiempo que a renglón seguido, señalan que llegado el vencimiento del "término inicial y el de las prórrogas automáticas obligatorias", operará un sistema de prórrogas por períodos anuales, ante el silencio de las partes y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 518 a 524 del Código de Comercio.

En otras palabras, mientras en una parte de la cláusula segunda sobre el "término" del contrato, textualmente se denomina a los nueve (9) períodos consecutivos que siguen al primer año de vigencia del arriendo, "renovaciones automáticas", enseguida para regular la vigencia del contrato al vencimiento de aquéllas, pasa a calificarlas de "prórrogas automáticas obligatorias", concluyendo luego -pero volviendo al sentido inicial-, que "si en el momento de la renovación del contrato de arrendamiento se llegaren a presentar diferencias, éstas se decidirán por el procedimiento verbal con

intervención de peritos de conformidad con lo establecido en el artículo 519 del Código de Comercio” (Subrayas del Tribunal).

En cuanto al régimen económico del arrendamiento, las partes en la cláusula Tercera, denominada “*Canon*”, acuerdan las condiciones que habrían de regir su relación contractual por un plazo de diez (10) años, reduciendo, en general, el canon mensual de arrendamiento a una suma equivalente al “*15% de las ventas incluidos los ingresos de la ARRENDATARIA por las concesiones o subarriendos o asociaciones con terceros*”, con un mínimo garantizado de VEINTE MILLONES DE PESOS MCTE (\$20.000.000oo) mensuales que operaría en defecto. En esta cláusula, que señala que la modificación del canon durante los periodos adicionales no se mirará como novación, porque se advierte que “*los aumentos del canon mensual se sujetarán a lo establecido en el párrafo de dicha cláusula*”, de modo que vuelven a emplearse los términos “*prórrogas o renovaciones*”, aparentemente como sinónimos.

Complementa lo anterior, el Parágrafo 3 de esa misma Cláusula Tercera titulado “*AUMENTO DEL CANON*”, el cual dispone textualmente sobre ese tópico que “*Al vencimiento de cada periodo anual de vigencia del presente contrato, o del de sus prórrogas, el precio del arrendamiento mínimo garantizado de VEINTE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$20.000.000oo) se incrementará, sobre el canon mínimo vigente del año inmediatamente anterior, en un porcentaje equivalente al Índice de Precios al Consumidor IPC Nacional, que certifique el Departamento Nacional de Estadística (DANE) o la entidad que haga sus veces, para el periodo que corresponda al año calendario inmediatamente anterior, sin que para el efecto sea necesario requerimiento alguno y se mantendrá el canon en el 15% sobre el valor de las ventas brutas y demás ingresos.*”

De lo transcrito y expuesto atrás, es claro para el Tribunal que en el contrato de arrendamiento materia de la Litis, se pactó nítidamente una vigencia de un año contado a partir del primero (1º) de Diciembre de 2005 –día *"de apertura al público del centro comercial PLAZA IMPERIAL"* a voces de lo estipulado en la cláusula segunda, en concordancia con lo dicho por la testigo MARISOL AKLI SERPA *"(...) abrimos nosotros 1º de diciembre y el 1º de enero/06 al mes de abierto el Centro Comercial abrió el gimnasio al público a funcionar, eso recuerdo muy bien"* (folio 343 Cuaderno de pruebas No. 1).

Por otro lado, es claro también que conforme a la parte final de la cláusula Tercera (inciso primero) en concordancia con lo previsto en el párrafo 2 de esa misma cláusula, el primer canon *"se causará a partir del mes siguiente a la fecha de apertura al público del centro comercial prevista para el primero (1) de diciembre del 2005, de manera que el canon se causará a partir del primero (1) de enero de 2006"*, mientras que el aumento del canon a la luz del párrafo 3 de dicha cláusula Tercera operará *"al vencimiento de cada período anual de vigencia del presente contrato, o el de sus prórrogas"*.

Sin embargo, con el uso indistinto por las partes de las expresiones *"renovaciones"* y *"prórrogas"* automáticas en las cláusulas en comento, no existe cabal precisión ni claridad sobre si lo convenido por las partes fueron nueve (9) prórrogas anuales o si se dieron nueve (9) renovaciones, porque esa definición puede tener incidencia en el tratamiento legal que corresponda para desatar la Litis. Por tal razón, el Tribunal encuentra necesario ocuparse previamente de desentrañar la intención real de las partes en lo que se refiere a estos aspectos vitales al momento de desatar esta controversia.

En orden a la realización de este cometido, el Tribunal dará aplicación a los diversos criterios de interpretación previstos en el ordenamiento jurídico para fijar el correcto sentido vinculante para las partes de las expresiones

“renovación” y “prórroga” aplicados dentro del contexto de los nueve (9) períodos consecutivos anuales que las partes se obligaron a concederse, luego de expirada la vigencia inicial también de un (1) año. Se buscará resolver la duda o ambigüedad de si dichos períodos son simples prórrogas o verdaderas renovaciones.

Para tal efecto, ante todo debe acudir al sistema de reglas de interpretación de los contratos consagrado en el Título XIII, del Libro IV del Código Civil, que por remisión del artículo 822 del Código de Comercio resultan aplicables al régimen mercantil y por ende a los contratos de arrendamiento de locales comerciales.

La primera de dichas reglas es la de la prevalencia de la intención de las partes sobre el sentido gramatical de las palabras, contemplada en el artículo 1618 del Código Civil, en estos términos: “*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*”. Este primer criterio de interpretación le da supremacía a la real voluntad de las partes, de modo que cuando el juez conoce la verdadera intención de ellas la debe hacer prevalecer, así no esté de acuerdo o no coincida con la manifestación de voluntad recogida o consignada en el contrato, de modo tal que para que llegue a interpretarse contra lo dicho o lo escrito por las partes, resultará necesario que se pruebe cuál fue su verdadera voluntad.

Un segundo criterio, igualmente con la autoridad de provenir de sus autores, es el contemplado en el artículo 1622 del Código Civil, inciso tercero, que dispone que las cláusulas de un contrato podrán también interpretarse “... *por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte*”.

Observa a este respecto el Tribunal cómo no hay constancia en el expediente de que el arrendador hubiere solicitado reajuste del precio al momento de la renovación del contrato el 1º de diciembre de 2007, ni en las vigencias siguientes hasta cuando se produjo el primer reclamo el 21 de diciembre de 2009 por la cesionaria del arrendador inicial, justo veinte (20) días después de la cesión de la posición contractual, a parte de los subsiguientes que son de mediados y finales del año 2010. Así las cosas, la práctica contractual de las partes ha sido la de aplicar el aumento anual del canon previsto en el parágrafo 3 de la cláusula, es decir, por el mismo término de la vigencia inmediatamente anterior y en las mismas condiciones ya estipuladas por las partes previamente en el contrato.

De acuerdo con lo arriba expuesto, el Tribunal concluye que las partes pactaron un término inicial de un año con nueve (9) prórrogas anuales sucesivas, junto con un régimen de aumento del canon para cada vigencia anual regulado por anticipado en el parágrafo 3 de la cláusula tercera.

Y finalmente, para cerrar esta labor interpretativa, tratándose de materia mercantil, el Tribunal debe acudir a lo contemplado en el artículo 823 del Código de Comercio que prevé que *“los términos técnicos o usuales que se emplean en documentos destinados a probar contratos u obligaciones mercantiles, o que se refieran a la ejecución de dichos contratos u obligaciones, se entenderán en el sentido que tengan en el idioma castellano... y que señala que, “El sentido o significado de que trata este artículo es el jurídico que tenga el término o locución en el respectivo idioma...”*, lo cual hace necesario determinar cuál es el sentido o significado jurídico de las expresiones “renovación” y “prórroga”.

El Derecho ha distinguido desde siempre entre dos fenómenos que afectan la vigencia de los contratos: la "renovación" y la "prórroga", aunque en algunos casos las diferencias entre ellos no resulten tan nítidas.

Para Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, prórroga es el "*aplazamiento de acto o hecho para tiempo ulterior*", "*alargamiento de un plazo*", "*continuación de un estado de cosas durante lapso determinado*", mientras que por renovación entiende que es "*el arreglo o cambio que deja algo como nuevo*"²⁴.

Nuestra doctrina y jurisprudencia han dilucidado más precisamente algunas diferencias. La prórroga básicamente consiste en la extensión del plazo de un acto jurídico, dotando de continuidad a las obligaciones surgidas de él por un lapso superior al término que viene rigiendo, sin que conlleve necesariamente una variación de las condiciones que vienen imperando. Por su parte, la renovación es concebida como la celebración de un contrato nuevo que sigue a uno que terminó y que persigue dejarlo en el mismo estado del que terminó, pero que implica necesariamente el cambio de condiciones de plazo, precio, garantías, objeto, etc.

Así las cosas, en la prórroga no suele darse una nueva voluntad de las partes y acostumbra operar ante el silencio de las partes; en tanto que la renovación exige una nueva expresión de voluntad de darle existencia a un acto que sigue a uno anterior ya extinguido, que sustituye, modifica o elimina total o parcialmente en lo que tiene que ver con su objeto.

Fabio Naranjo Ochoa señala que, "*... para el legislador son diferentes los términos renovación y prórroga del contrato. Se prorroga en las mismas*

²⁴ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomos VI y VII. 28ª Edición, revisada, actualizada y ampliada por LUIS ALCALÁ – ZAMORA Y CASTILLO, Editorial Heliasta. 2003.

condiciones y por el mismo término señalado, cuando éste no se declara terminado en la forma prevista por el art. 520 del Código de Comercio. Se renueva el contrato cuando las partes convienen en celebrar un nuevo contrato, con posterioridad al término en que el arrendador tiene derecho a exigirlo. De manera que la renovación implica un nuevo contrato, que puede estructurarse sobre las mismas bases del anterior, o sobre bases completamente diferentes".²⁵.

En ese mismo sentido el tratadista Jaime Arrubla Paucar orienta la diferenciación entre estos dos fenómenos que pueden afectar el negocio jurídico de locación o arrendamiento, puntualizando que en la prórroga el contrato continúa en los mismos términos, mientras que cuando hay renovación "se produce una efectiva variación de las circunstancias económicas, de plazo, garantía e incluso de destinación del bien raíz arrendado, que venían caracterizando la regulación locataria"²⁶.

Finalmente es jurisprudencia pacífica de nuestra Corte Suprema de Justicia que "El derecho a la renovación del contrato para el comerciante que haya ocupado el inmueble con un mismo establecimiento mercantil por lapso no inferior a dos años consecutivos, derecho este respecto del cual, precisó la Corte en sentencia de su sala Plena proferida el 20 de noviembre de 1971, que no ha de confundirse con la prórroga del contrato, pues el renovado es uno nuevo, que puede acordarse o celebrarse con sujeción a las circunstancias especialmente en cuanto a precio y utilización de la cosa arrendada"²⁷.

²⁵ NARANJO OCHOA, Fabio. Contrato de Arrendamiento: Proceso de restitución del inmueble. Proceso de regulación de la renta. Biblioteca Jurídica Diké. 2011.

²⁶ ARRUBLA PAUCÁR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles, Contratos Típicos. Editorial Legis. 13ª Edición, p. 421

²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 8 de Octubre de 1997. Magistrado ponente Pedro Lafont Pianneta.

Por lo tanto, en la medida en que los nueve (9) períodos anuales sucesivos convenidos por las partes y que siguieron al término inicial de un (1) año, aun aplicando la variación anual del precio pactado bajo el régimen previsto en el parágrafo 3 de la cláusula Tercera del contrato materia de esta controversia, no requirieron de nueva voluntad de las partes, ni se produjeron luego de haberse vencido los plazos consecutivos acordados, este Tribunal concluye que tales períodos son ciertamente nueve (9) prórrogas anuales y no nueve (9) renovaciones, así en algún aparte del texto se les hubiese llamado así, toda vez que en derecho la naturaleza de las cosas está determinada por los efectos jurídicos que producen y no por las denominaciones que las partes les den.

5. VIGENCIA DEL CONTRATO. OPORTUNIDAD PARA LA RENOVACIÓN.

De conformidad con lo expuesto en los puntos anteriores, el Tribunal encuentra que el contrato de arrendamiento objeto de este proceso tuvo una vigencia inicial de un año contado a partir del 1º de diciembre de 2005 y no un término de diez (10) años; pero que a partir de dicho plazo inicial, entraron a regir nueve (9) prórrogas anuales y no nueve (9) renovaciones, con un régimen de condiciones económicas que contempla aumentos anuales basados en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) Nacional que certifique el Departamento Nacional de Estadísticas (DANE) o la entidad que haga sus veces, pero manteniendo el canon base en el 15% sobre el valor de las ventas brutas y demás ingresos.

Así las cosas, dando aplicación a lo previsto en el artículo 518 del Código de Comercio, la arrendataria, aquí demandada, en su carácter de empresario, por el hecho de haber ocupado desde el 1º de diciembre de 2005 por más de dos (2) años consecutivos el inmueble materia de este litigio con el mismo

establecimiento de comercio destinado a la explotación de "*Centro médico – deportivo, con énfasis en servicios para la salud, la belleza y la práctica de actividades deportivas*", adquirió el derecho a la renovación a partir del día 1º de diciembre de 2007 y podía hacerlo valer en caso de que le hubiera sido desconocido por el arrendador, resaltándose en todo caso, que se ha producido dicha renovación en varias ocasiones.

6. LA INTENCIÓN DE LAS PARTES Y EL MANTENIMIENTO DEL CONTRATO

De lo expuesto precedentemente ha quedado claro que en el contrato de arrendamiento objeto de este proceso se pactó una vigencia de un año contada a partir del 1º de enero de 2006 y no un término de diez años. Igualmente, que a partir de esa vigencia inicial, las partes pactaron nueve prórrogas anuales y no nueve renovaciones.

Igualmente ha dejado establecido el Tribunal que la acción aquí propuesta está fundada en lo dispuesto en los artículos 518 y 519 del Código de Comercio en cuanto, para la demandante, habiéndose renovado el contrato en varias ocasiones por virtud del derecho que le asistía a BODYTECH de permanecer en el local donde funciona una de sus sedes deportivas, tras haberlo ocupado por más de dos años, las partes no se han puesto de acuerdo en el canon de arrendamiento que habría de regir a partir del 1º de enero de 2011. Es decir, que existiría entre las partes una diferencia en el momento de la última renovación por causa del canon que desde entonces debe pagarse.

El fundamento de las pretensiones de la demandante radica en el hecho de que "*el canon contemplado en el contrato resulta inequitativo frente a los precios del mercado inmobiliario para locales similares al que ocupa la*

sociedad demandada" (Hecho 16 de la demanda). Tal justificación coincide con lo expresado en las comunicaciones que aquella remitió a la demandada, particularmente las fechadas el 21 de diciembre de 2009 y 25 de junio y 14 de diciembre de 2010. En la primera, PLAZA IMPERIAL HOLDINGS señala que *"el precio del arriendo pagado es inferior a las tarifas del mercado para establecimiento similares, en la misma zona"* (folio 18 del cuaderno de pruebas No. 1); en la segunda, remite un avalúo efectuado por la Lonja de Avaluadores Asociados y pone de presente que el mismo *"resulta muy inferior al canon que han venido pagando"* (folio 23 del mismo cuaderno); y, en la última, reitera la necesidad de reajustar el canon porque el mencionado avalúo *"evidencia el desfase del valor de la renta pagado..., con los precios del mercado"* para el mismo tipo de inmuebles (folio 24 del citado cuaderno).

No hay constancia en el expediente de que el arrendador hubiere solicitado reajuste del precio al momento de la renovación del contrato el 1º de diciembre de 2007 ni en las vigencias siguientes hasta la que terminó el 30 de noviembre de 2009. En efecto, como se reseñó, el primer reclamo es del 21 de diciembre de 2009, apenas efectuado por la cesionaria del arrendador inicial veinte días después de la cesión de la posición contractual, y los subsiguientes son de mediados y finales del año 2010.

El derecho a la renovación del contrato que la ley le confiere al arrendatario que haya ocupado no menos de dos años consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento de comercio implica que el arrendamiento puede revisarse en cuanto a las nuevas condiciones que han de regir la relación comercial, particularmente en cuanto al precio se refiere. Por eso cuando la Corte Suprema de Justicia examinó la constitucionalidad de los artículos 518, 520, 521, 522 y 524 del Código de Comercio señaló que *"El derecho de renovación... no implica una eliminación del derecho de propiedad privada, ni una congelación de cánones, sino una vocación o prerrogativa para el*

*inquilino a continuar utilizando el mismo inmueble, aunque no necesariamente en las mismas condiciones primitivas. 'Renovación' no es sinónimo de 'igualdad de condiciones económicas' o de 'estabilización de condiciones' para el arrendatario. En su sentido jurídico es una variación del contrato en condiciones de plazo y precio que pueden ser iguales o distintas a las del precedente, a voluntad de los contratantes. Se pretende defender la estabilidad del establecimiento de comercio con sus valores intrínsecos y los humanos y sociales vinculados a los contratos de trabajo respectivos*²⁸.

A su vez, esa misma Corporación puso de presente que el ejercicio del derecho a la renovación como el de cualquier otro derecho no es absoluto, *"tiene como contrapartida, fincado, del mismo modo, en el artículo 518, el derecho a discutir las condiciones en que puede producirse la renovación, y si no se llega al respecto a un acuerdo con el arrendatario, le queda expedita la vía judicial con tal fin..."*²⁹.

De manera que luego de los dos primeros años de arrendamiento, esto es, después del 30 de noviembre de 2007, surgió para el arrendatario el derecho a la renovación del contrato, el cual jamás fue conculcado por el arrendador, según se revela en las piezas procesales probatorias. A su vez, hasta diciembre de 2009 el arrendatario no pidió que se revisaran las condiciones económicas del contrato.

Como surge de los artículos 518 y 519 del Código de Comercio, el legislador parte de la base que las partes no hubieran previsto anticipadamente las condiciones económicas para la eventual renovación del contrato y por eso es necesario un nuevo acuerdo al respecto.

²⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena. Sentencia del 18 de noviembre de 1971.

²⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de octubre de 1994. Expediente No. 3868.

Sin embargo, nada se opone a que las partes hagan su propia regulación dentro de los acuerdos originales como lo hicieron los contratantes en este caso. En efecto, como ya se anticipó, cuando se interpretaron las cláusulas segunda y tercera, las partes pactaron nueve prórrogas anuales y, simultáneamente, un régimen de incremento del canon en el parágrafo 3 de la última, en los siguientes términos:

“PARÁGRAFO 3.- AUMENTO DEL CANON: *Al vencimiento de cada periodo anual de vigencia del presente contrato, o del de sus prórrogas, el precio del arrendamiento mínimo garantizado de VEINTE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$20.000.000.00) se incrementará, sobre el valor del canon mínimo vigente del año inmediatamente anterior, en un porcentaje equivalente al Índice de Precios al Consumidor IPC Nacional, que certifique el Departamento Nacional de Estadística (DANE) o la entidad que haga sus veces, para el periodo que corresponda al año calendario inmediatamente anterior, sin que para el efecto sea necesario requerimiento alguno y se mantendrá el canon en el 15% sobre el valor de las ventas brutas y demás ingresos”* (folios 5 y 6 del cuaderno de pruebas No. 1).

Lo anterior implica que las partes establecieron anticipadamente las reglas económicas que habrían de regir el arrendamiento, ese acuerdo de voluntades es ley para las partes y, en principio, ninguna de ellas, particularmente el arrendatario, puede resistirse a ellas o aspirar a que se revisen o se ajusten. En ese sentido establece el artículo 1602 del Código Civil que, *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

Esta doctrina fue el baluarte del derecho de los contratos durante muchísimos años y tuvo origen en la regla *pacta sunt servanda*, según la cual, los

contratos deben cumplirse en la forma como fueron convenidos. Sin embargo, esa tesis vino a aminorarse tras la corrientes que propugnaban por el mantenimiento de los términos acordados siempre y cuando se mantuvieran las condiciones que regían cuando se convino el contrato, lo que dio origen al rescate del principio *rebus sic stantibus*. Por eso se suele decir que las partes deben cumplir lo estipulado siempre y cuando se mantengan las condiciones en que se obligaron o, dicho de otro modo, *pacta sunt servanda* solo si *rebus sic stantibus*.

Así lo ha expuesto la jurisprudencia arbitral al señalar: “*Con todo, ese principio, herencia napoleónica que impregnó nuestro derecho privado, arraigado en la protección de las libertades individuales que fueron el objetivo y razón de ser de la revolución francesa, no es en la actualidad absoluto, por lo menos en el derecho mercantil. El artículo 868 del Código de Comercio vino a reincorporar legalmente un principio más antiguo que el pacta sunt servanda, cual es el rebus sic stantibus. Éste, siempre de acogida en el derecho canónico y en el derecho internacional público, pone de presente que los contratos se entienden celebrados y obligan con la condición de que subsistan las condiciones bajo las cuales se contrató, dejando a salvo los efectos que atenten contra tal consideración que han tenido las partes en su acuerdo de voluntades*”³⁰.

La prosperidad de las pretensiones de revisión contractual al amparo de la teoría de la imprevisión supone el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) que se trate de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida; (ii) que el contrato objeto de revisión no sea aleatorio; (iii) que se produzcan circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles no imputables; (iv) que se advierta la excesiva onerosidad para el cumplimiento de las

³⁰ TRIBUNAL ARBITRAL de Aguas Tintal S.A. y otros contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Laudo del 21 de noviembre de 2011.

obligaciones originalmente pactadas; y (v) que las prestaciones que se piden ajustar estén pendientes de cumplimiento.

Las partes también pueden establecer pautas que exijan la revisión frente a circunstancias particularmente relevantes, como ocurre con las denominadas cláusulas de "hardship" o de adaptación del contrato, las cuales al decir de Atilio Anibal Alterini³¹, quien cita a L. I. Arechedera Aranzadi³², permiten *"revisarlo cuando sobrevienen circunstancias que afectan su ecuación económica, esto es, cuando se trastorna la relación de valor entre las prestaciones [que] forma parte del contenido económico del contrato"*. Agrega el profesor Alterini que *"Mediante ellas los contratantes se obligan a procurar ponerse de acuerdo para adecuar el contrato a nuevas circunstancias de orden económico, técnico comercial, etcétera, y quedan por lo tanto autorizadas a requerir su revisión periódica"* y que por ello, al decir de L. Aynés Malaurie PH, se la considera *"una cláusula rebus sic stantibus perfeccionada"*³³. Y pone de presente que pueden revestir varias modalidades: una fórmula general, como tomar en cuenta una situación grave, de carácter financiero, económico o político; un enunciado puntual, como dar relevancia a nuevos costos fiscales, a restricciones derivadas de políticas ambientales, a variaciones de la tasa de cambio, etc.; establecer la renegociación del contrato en cierto plazo ante determinadas circunstancias; o, inclusive, permitir que la parte perjudicada se desligue del contrato.

Un caso que bien puede encuadrar en el concepto de cláusula de "hardship" o de adaptación del contrato, en materia como la que ocupa la atención del Tribunal, es la que según el testigo técnico Oscar Borrero Ochoa pactan

³¹ ALTERINI, Atilio Anibal. Treinta Estudios de Derecho Privado. Pontificia Universidad Javeriana. Editorial Temis. Bogotá. 2011. Pág. 331.

³² L. I. ARECHEDERA ARANZADI. La Equivalencia de las Prestaciones en el Derecho Contractual. Madrid. 1978. Pág. 52.

³³ PH. MALAURIE, I. AYNÉS. Droit Civil. Les Obligations. 8 ed. París. 1998. Núm. 620. Pág. 350.

algunos fondos de inversión respecto de locales "ancla"³⁴. Señaló al respecto el testigo: *"lo que definen es pagaremos un contrato de arriendo en el cual cada tres o cinco años se revise, por ejemplo los contratos a largo plazo que tienen estos fondos, Fondo Terranum, el Fondo Colombia, Ultrabursátiles, hay como 6 o 7 fondos en el país, cuyo negocio principal es que me pague una buena renta y esos fondos están montados sobre grandes locales anclas, por ejemplo el de Gran Estación, es uno de los que están en ese fondo";* y agregó, *"Si ese local ancla se va a beneficiar de un logo, de un arriendo colgado que se queda congelado en el tiempo con el IPC es mal negocio para el fondo; ellos tienen previstos que cada 5 años hacen una revisión del canon y generalmente pegan un brinco. Brinco es, si estaban pagándole 20 mil por metro cuadrado de pronto pasa a 30 mil, un 30%, 40%, 50% para ponerse a tono de la valorización porque la valorización ha corrido mucho más rápido y cuando usted mismo me lo preguntaba si un local ancla está en una proporción de local tipo por ejemplo en la mitad como decíamos en Unicentro, al subir el local tipo jala esa mitad. A qué le juega el inversionista que compró relativamente barato al principio, a valorizar su local y obtener una renta futura"*

La pretensión del arrendador supone una revisión de las condiciones económicas pero no está enfocada en un escenario de aparente advenimiento de circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles no imputables a aquél, que habrían hecho que el canon pactado, aun a pesar de sus reajustes anuales, hubiera quedado rezagado con respecto a locales similares. Su

³⁴ Ya se advirtió que sobre este concepto se pronunciará el Tribunal posteriormente pero que, para mantener el orden en la exposición, puede decirse que el local "ancla" es aquel que ha sido concebido por el constructor para venderlo a precio de costo o para arrendarlo a precios muy inferiores al canon ordinario, con el fin de vincular a comerciantes cuyos negocios generan gran afluencia de público que en un momento dado pueden interesarse en comprar los locales ordinarios para el arranque del proyecto, o en efectuar compras en los demás establecimientos, lo cual permite la consolidación del centro comercial en donde se encuentra.

aspiración se centra en el alegado canon inequitativo frente a los precios del mercado para locales similares.

Por ello su pretensión no puede examinarse bajo el espectro de la teoría de la imprevisión ni advierte el Tribunal la presencia de cláusula "hardship" que permitan la revisión extraordinaria del contrato. Lo último resulta evidente y, además, el acuerdo de ajuste del canon que aparece en el contrato es automático y referido al Índice de Precios al Consumidor anual. En cuanto a lo primero, ha de decirse, de una parte, que no se cumplen con los elementos para la prosperidad de una pretensión de esa naturaleza, particularmente por la inexistencia de circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles no imputables al momento de contratar. Y de otra, la más importante, que la demanda no tiene como sustento tal alegación y, en ese sentido, conviene poner de presente que la ley y la jurisprudencia han establecido los límites al fallador que le impiden resolver por causa distinta de la pedida.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

"Como lo predicán uniformemente doctrina y jurisprudencia, constituida la relación procesal que define la naturaleza jurídica del proceso civil en Colombia, en principio queda establecido el ámbito de su desenvolvimiento, cual es el determinado por las pretensiones formuladas por el demandante, incluyendo su fundamento fáctico y las excepciones propuestas por el demandado.

Dicho en otras palabras, la facultad que tiene el juzgador de definir los litigios no es ilimitada, pues esa función tiene que enmarcarse dentro de los linderos que fijan las partes en los correspondientes escritos y en las oportunidades debidas, salvo, claro está, las facultades oficiosas

que la misma ley reconoce. De ahí que el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, expresamente consagre como principio rector de la actividad del juez la congruencia de la sentencia.

(...)

*Desde un punto de vista práctico quiere decir lo expuesto que debe haber una relación de conformidad o identidad entre las pretensiones aducidas por el demandante en la demanda, las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido invocadas por el demandado, si no se autoriza su declaración oficiosa, y lo resuelto en la sentencia; además que el litigio debe definirse con apoyo exclusivo en la **causa petendi** planteada por los contendientes tanto en el libelo introductorio como en la contestación de dicha pieza procesal³⁵*

Dado que las partes del contrato establecieron las condiciones económicas que habrían de presidir el arrendamiento durante diez años – un término inicial de un año y nueve prórrogas anuales –, la revisión del contrato solo resulta viable si se presentara alguna circunstancia que no fue considerada al momento de contratar. Mientras ella no sea establecida debe respetarse lo pactado en virtud del principio *pacta sunt servanda*.

No basta la alegación de una supuesta inequidad como fuente de la revisión contractual al amparo del artículo 519 del Código de Comercio ni ella puede convertirse en un mecanismo de modificar el acuerdo de voluntades vigente. En ese sentido ha de señalarse que el hecho de que el derecho a la renovación dé origen a un nuevo contrato, al decir de unos, o a una variación del contrato ya existente, al de otros, no implica que puedan desconocerse

³⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de septiembre de 2001. Magistrado ponente: José Fernando Ramírez Gómez. Expediente No. 5876.

por las partes los acuerdos vigentes. En el presente caso la norma contractual arriba citada tiene una vigencia de diez años que se vencen el 30 de noviembre de 2015.

Ahora bien, ha de examinarse ese acuerdo de voluntades frente al precio del contrato que se califica de inequitativo o inferior a los precios del mercado para locales similares, que no habría podido mantenerse a pesar del ajuste contractual acordado, y ello exige examinar cuál fue la intención de las partes como primera y principal regla de interpretación de los contratos. De encontrarse que el precio inicialmente acordado y la fórmula de reajuste pactada tenían un propósito específico de mantenimiento del canon por fuera de los precios de mercado, la acción no estaría llamada a prosperar porque constituiría un desconocimiento al acuerdo de voluntades. Esa intención habrá de corresponder a la de los contratantes iniciales porque ha de recordarse que el contrato fue ajustado entre OSPINAS Y CIA. S.A. y CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A., como arrendatarias, y SALUD Y DEPORTE S.A., como arrendataria, solo que fue cedido por aquéllas, en su calidad de arrendadoras, a PLAZA IMPERIAL HOLDINGS S.A., con aceptación de la arrendataria, mediante documento del 1º de diciembre de 2009. A su vez, SALUD Y DEPORTE S.A. fue absorbida por INVERSIONES EN RECREACIÓN Y DEPORTE S.A. – INVERDESA S.A. –, hoy INVERSIONES EN RECREACIÓN Y DEPORTE S.A. – BODYTECH –.

Para este propósito conviene traer a colación que en la contestación a la demanda BODYTECH alegó que el local objeto del contrato de arrendamiento es un local "ancla" y en el debate probatorio y en los alegatos finales puso de presente que esa circunstancia hizo que las partes convinieran un canon muy inferior al de los locales ordinarios. Esta consideración reviste importancia porque está vinculada con la intención particular de las partes al celebrar el contrato respecto de un local de estas características.

Al decir de los testigos y del perito técnico un local ancla es aquel que ha sido concebido por el constructor para venderlo a precio de costo o para arrendarlo a precios muy inferiores al canon ordinario, con el fin de vincular a comerciantes cuyos negocios generan gran afluencia de público que en un momento dado pueden interesarse en comprar los locales ordinarios para el arranque del proyecto o en efectuar compras en los demás establecimientos, lo cual permite la consolidación del centro comercial en donde se encuentra.

El señor Jairo Humberto González Chaves, quien a petición de la demandante rindió testimonio técnico (folios 200 a 208 del cuaderno de pruebas No. 1), dada su calidad de experto en avalúos señaló que los "ancla" *"son locales que por sus características de tamaño son adquiridos por grandes almacenes y grandes superficies comerciales, que el desarrollador lo involucra como un gancho para traer las demás actividades comercial que va a ejercer el centro comercial"*; son *"un tipo de superficie que le genere mucha actividad y mucho tráfico de personas que es lo que va traer la vida a ese centro comercial"* y agregó que su renta no es igual a la de un local comercial corriente y que un posible arrendatario de este tipo de inmuebles *"no está dispuesto a pagar la misma renta que un local de menor tamaño"*.

De manera similar el experto en centros comerciales, señor Oscar Borrero Ochoa, quien rindió testimonio técnico (folios 209 a 217 del cuaderno de pruebas No. 1), señaló que el local "ancla", fue establecido en los años cincuenta en Estados Unidos de América dentro del concepto de *"un súper almacén o Híper Almacén tipo supermercado para atraer clientes, esto evolucionó en las décadas de los setenta y ochenta a otro tipo de anclas por ejemplo, deportivos, cines, grandes almacenes que llevan a la clientela y que le genera al centro comercial público para que compre los locales comerciales"*. Agregó que no generan ganancia porque el constructor lo

vende al costo para lograr que se vinculen compradores; *"el constructor vincula a estos grandes anclas en calidad digamos de co – inversionistas"* para atraer a la clientela. Señaló, además, que el local materia del contrato de arrendamiento objeto de este proceso constituye un "ancla".

El perito MÚLTIPLO estimó que el local materia del contrato de arrendamiento que aquí se debate *"es un ancla del centro comercial Plaza Imperial, siendo uno de los denominados 'destino' en el entendido que el cliente que accede a él, debe dirigirse específicamente al mismo; generalmente no llega por 'impulso' ni porque al final de la circulación se encuentre otro local de los denominados 'ancla'. Es un generador de tráfico importante para el Centro Comercial"* (folio 360 del cuaderno de pruebas No. 1).

Adicionalmente el Tribunal encuentra que en el contrato de arrendamiento y en otros documentos que obran como prueba en el expediente se dejó expresa constancia de los siguientes hechos, que confirman la calidad de local "ancla" y permiten perfilar la intención de las partes al pactar el precio, el reajuste y el plazo del contrato respecto de un local de estas características:

1. Las arrendadoras recibirían del fideicomiso Plaza Imperial – FIDUBOGOTÁ S.A., la propiedad del inmueble (Consideración Primera del contrato). Esto obedece, como aparece corroborado con otras pruebas, a que CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A. y OSPINAS Y CIA. S.A. acometieron la construcción y promoción del centro comercial (Cfr. folios 74 vuelto, 75, 86 vuelto y 326 vuelto, entre otros, del cuaderno de pruebas No. 1, en donde se mencionan tales calidades), cuyo proyecto se desarrolló a través de un patrimonio autónomo constituido con Fiduciaria de Bogotá, y estaban interesados en vender los locales, ofreciendo a los interesados la seguridad

de que el desarrollo y consolidación estaban garantizados con la presencia de comercios importantes y de renombre, que en el medio se les denomina "ancla".

2. El local hace parte del proyecto denominado Plaza Imperial Centro Comercial, el cual se encontraba en su etapa inicial de construcción (Consideración Quinta del contrato).

3. Por lo anterior, el arrendatario aceptó recibirlo por etapas, en forma progresiva (Consideración Quinta del contrato).

4. El arrendatario recibió el inmueble en obra blanca y debía adelantar las obras y adecuaciones propias del local (Consideración Quinta del contrato). Esta previsión aparece reiterada en la cláusula primera con la enumeración de los elementos a los cuales se limitaba la obligación de las arrendadoras; en los numerales 8.1, 8.4 y 8.6 de la cláusula octava sobre el recibo y estado del inmueble; y en la cláusula décima sexta relativa a la restitución del local. Esta estipulación fue efectivamente realizada tal y como lo declaró la testigo Marisol Akli Serna (folio 327 del cuaderno de pruebas No. 1). Según consta en el dictamen pericial contable tales adecuaciones se efectuaron durante los años 2007 a 2012 y ascendieron a la no despreciable suma de \$1.002.506.775 (folios 244 y 74 del cuaderno de pruebas No. 1), la cual coincide con la estimación del dictamen rendido por MÚLTIPLO que las había estimado en \$1.450.000.000 (folio 364 del mismo cuaderno).

5. Las arrendadoras solicitarían la inclusión en el reglamento de propiedad horizontal de una cláusula que garantizara que los clientes de la arrendataria gozarán de parqueo gratuito por un máximo de tres horas y que la contribución del local a las expensas comunes, incluidas la administración y la publicidad, sería de máximo el 20% del valor del canon mínimo de

arrendamiento y el valor mayor, en caso de que lo hubiere, sería cancelado por las arrendadoras (Consideración Quinta del contrato). Esta previsión aparece confirmada en la cláusula décima primera y efectivamente el primer compromiso se llevó al reglamento de propiedad horizontal, siempre que los locales en los que posteriormente se subdividió el Local 2-69 objeto del contrato, operen como un solo establecimiento de comercio, según consta en la cláusula décimo tercera relativa a derechos, concesiones y obligaciones especiales (reglamento protocolizado mediante escritura pública 3935 del 27 de agosto de 2009 de la Notaría Primera del círculo de Bogotá).

6. Con la misma condición expuesta, en el reglamento de copropiedad se autorizó que la zona de circulación que se encuentra frente a los locales subdivididos jurídicamente, tuviera un uso exclusivo para el establecimiento de comercio con el cerramiento existente (folio 151 del cuaderno de pruebas No. 1).

7. Se dejó establecido que el horario de atención al público sería de 5:00 a.m. a 12:00 p.m., pudiendo modificarlo según las circunstancias del mercado y que durante todo el tiempo el local tendría derecho al servicio de parqueadero en el centro comercial.

8. En el párrafo 1 de la cláusula tercera del contrato la partes acordaron que las arrendadoras asumían el 50% del impuesto al valor agregado – IVA –

9. En la cláusula vigésima cuarta del contrato las partes dejaron establecida la prohibición para la arrendataria de abrir en el centro comercial, directamente o por intermedio de terceros, de filiales, subsidiarias o vinculados económicos, establecimientos de comercio para la misma finalidad deportiva y de recreación propias del local objeto de arrendamiento.

10. De conformidad con el parágrafo 2 de la cláusula tercera del contrato el mayor valor en dinero correspondiente a la liquidación de las ventas brutas y demás ingresos se pagaría a partir del primer año de vigencia del contrato, esto es, a partir del 1º de enero de 2006, lo que supone que las partes tenían en mente la duración del contrato por un tiempo mínimo.

En cuanto tiene relación con la mencionada intención de las partes, el testigo José Andres González Idrobo, quien en su calidad de representante legal de SALUD Y DEPORTE S.A. suscribió el contrato objeto de este proceso (folios 193 a 199 del cuaderno de pruebas No. 1), describió cómo fue contactado por OSPINAS Y CIA. S.A., promotor del proyecto del centro comercial Plaza Imperial para el establecimiento de un local "ancla", con unas condiciones particulares en cuanto al plazo y al precio. Al respecto señaló:

"Me acuerdo la duración que eran 10 años como lo hacemos en todo lado, el canon de arrendamiento que estaba basado en un mínimo garantizado que eran \$20 millones o el 15% de las ventas en mayor valor, un incremento del IPC, si no estoy mal, y el período de gracia no lo recuerdo, esas eran las cuatro cosas que basamos nosotros el contrato.

"(...)

"La historia es muy sencilla, nosotros teníamos un gimnasio, llamémoslo así, se llama centro médico deportivo, que se llamaba Athletic en Suba, nosotros pagábamos allá por 1.400, 1.600 metros cuadrados de área, pagamos un canon de arrendamiento de \$6 millones, la gente de Ospinas, Andrés y Luis Eduardo nos buscaron porque tenían un espacio que querían poner un gimnasio, nos buscaron a nosotros que éramos las personas que estábamos más allegadas, estábamos más cerca para que nos trasteáramos básicamente.

"A mí la verdad me parecía interesante, pero no me llamaba mucho la atención el tema, esto fue una negociación que duró mucho tiempo, estoy hablando de un año, dos años, finalmente decidimos hacerlo con ellos porque nos ofrecieron mayor área, nos ofrecieron un espacio para una piscina, era un tema nuevo y un canon de arrendamiento que esperando vender lo que íbamos a vender iba a ser justo, eso fue lo que nos motivó a nosotros a hacer el proyecto allá en Plaza Imperial".

"(...)

"Claro que sí, como en todos los centros comerciales donde estamos nosotros somos considerados anclas, incluso para corroborar el tema se puede revisar el tema de la administración, la administración que paga un local ancla por su metraje cuadrado es muy inferior a la que paga un local tipo".

La otra parte original, esto es, la cedente del contrato de arrendamiento a PLAZA IMPERIAL HOLDINGS SAS, no solo confirma esa intención, sino que es contundente en poner de presente que la negociación se hizo con un precio bajo para atraer a SALUD Y DEPORTE S.A. para la implementación un club comercial y se convino un término insalvable de diez años que al arrendador le permitía recuperar la inversión por la construcción y a la arrendataria recuperar la adecuación. Al efecto, la testigo Marisol Akli Serna, quien es la vicepresidente de proyectos de OSPINAS Y CIA. S.A., pero quien para la época de celebración del contrato era la Gerente de Proyectos Especiales de la compañía, dedicada, precisamente, a desarrollar, ejecutar, construir y entregar el centro comercial señaló respecto del carácter de local "ancla" del gimnasio y de la vinculación de la arrendataria lo siguiente:

"... alrededor del negocio se movieron todas las anclas y lo que uno hace como promotor es primero anclar el centro comercial con el gimnasio, con los cines, con el hipermercado, con el de entretenimiento, para después sacar al público la venta o la colocación de los locales a los locales menores o de formato diferente..."

"(...)"

"... las anclas son generadores de tráfico y como son generadores de tráfico son polos de atracción, de personas y de público pues básicamente ellos ocupan muchas áreas útiles del centro comercial, entonces ellos no pueden pagar el metro cuadrado, no les da su negocio para pagar metro cuadrado a precio de un local pequeño que a precio de un local grande, prácticamente son negocios que subsidiamos los promotores... nosotros subsidiamos porque estas áreas de ocupación no son fácilmente sustituibles comercialmente".

"Cuando nosotros diseñamos Plaza Imperial en el año 2004 con la firma Tamayo Montilla e hicimos un proceso de qué necesita el millón de personas que habitaba Suba, definimos en el concepto, en la investigación, que Suba iba a tener un club comercial con piscina, entonces quién nos podía acompañar en esta odisea para que pudiéramos vender a los comerciantes que era el primer centro comercial en el país que iba a tener un mega gimnasio con piscina más el Carrefour de 7.700 metros cuadrados, más 6 salas de cines de Cinemark, una empresa multinacional que nunca había entrado a estrato 2 y 3 iban a meterse durísimo a bajar la tarifa películas a 6.000 pesos, íbamos a penetrar un mercado que nadie se había atrevido a penetrar... La filosofía es, yo recupero mis 700 millones contra arriendo versus la permanencia, usted tampoco puede irse de acá, usted me garantiza que usted va a quedarse esos 10 años aquí en este negocio".

Y respecto del acuerdo sobre el precio y del plazo indicó:

"Lo que yo tengo claro y recuerdo muy bien de lo que se negoció en su momento y estaba estipulado en el contrato, es que el contrato tiene un plazo de 10 años y que tiene un incremento anual de IPC, realmente eso es lo que se negoció, no se negoció que a los 10 años cómo se iba a reorganizar el canon porque la puesta realmente de las compañías era apostarle al buen desempeño del gimnasio y que sus ventas se dispararan y que el canon realmente se comportara con una curva ascendente..."

"(...)"

"... el espíritu de Ospinas con quien negociamos, con José Andrés, fue a 10 años porque un negocio de esos usted no monta un negocio de esos para desmontarlo en dos años".

"(...)"

"Ese fue nuestro concepto inicialmente, los 700 millones yo los recupero porque es que además el contrato estaba a 10 años, si yo me quedaba con ese contrato mis 700 yo lo amortizaba al menos con el canon fijo, pero cumplíamos con nuestra misión, parece altruista pero un poco nosotros funcionamos también en esa parte, Ospinas no hace centros comerciales o hace uno y se va y cierra la empresa, nosotros tenemos una trayectoria, tenemos un know how que cuidar, una imagen que cuidar y la gente nos cree, los comerciantes nos aprecian, los comerciantes saben qué es capaz de hacer Ospinas cuando arma un negocio como este."

"(...)"

"pensábamos en que si les iba bien a ellos yo recuperaba la inversión mucho más rápido, si no les iba bien por lo menos yo aseguraba que en los 10 años yo iba amortizar toda la inversión.

"(...)

"DRA. MENJURA: En respuestas anteriores usted nos informó el valor del canon de arrendamiento del contrato. ¿Cuando Ospinas celebró el contrato estuvo conforme con el canon de arrendamiento pactado?

"SRA. AKLI: Totalmente, nunca aspiramos a que fuera más por varias razones. Nosotros sabíamos de entrada que si queríamos hacer esa negociación íbamos a tener que sacrificar algo porque no íbamos a encontrar otra marca que nos acompañara en esta odisea que era desarrollar un concepto de centro comercial con club.

"No había nadie más en el mercado en el momento, en el 2004 no había otra empresa que liderara gimnasios de estratos medios y bajos, entonces hicimos nuestra valoración, hicimos nuestro presupuesto y decidimos apostarle al variable, esa fue la decisión.

"Digamos si los tipos hacen bien su tarea, si estos señores hacen el mercado correspondiente, nosotros vamos a recibir también mayor remuneración y vamos a valorizar mucho más ese inmueble pero con base en la gestión del gimnasio.

"(...)

"Para efectos de no incurrir en un impuesto que estaba en proceso de desmonte por el Gobierno, decidimos las partes que quedará la renovación en

un año, pero con los abogados Hugo Rodríguez y con el abogado de Bodytech dijimos: «esto lo tenemos que amarrar de alguna manera porque el espíritu del negocio era 10 años, esto no tiene ningún sentido, todas esas inversiones, nosotros Ospinas si con esa imagen que tenemos a nivel nacional y ahora internacional damos el lapso para que eso lo vuelva un tugurio, entonces aquí pueden venir y poner un San Andresito, no señor», el espíritu del contrato era a 10 años y aquí lo repito delante del señor Armando Monroy que además se lo dije, es de 10 años, y ahoritica él no puede él venir a decir que es a un año, eso sí me parece el colmo”.

Sobre el conocimiento del cesionario de las arrendadoras sobre los acuerdos reflejados en el contrato señaló la testigo:

“Esa fue una reunión realmente protocolaria, muy sencilla, donde yo les conté: «nosotros hicimos un negocio, el negocio se hizo bajo estos parámetros, el espíritu del negocio para Ospinas era hacer un contrato a 10 años, nosotros queremos mantener el concepto de Club Comercial en el centro comercial, queremos que exista el proceso como lo venimos siguiendo, este contrato ustedes lo heredan», se les entregó a ellos copia del contrato con conocimiento total, a mí me pidieron la copia y se la entregué al señor, este es el contrato, este mismo”.

Lo hasta acá expuesto pone de presente que las partes tenían mutuo interés en vincularse alrededor del arrendamiento de un local comercial de propiedad del promotor y del constructor del proyecto del centro comercial Plaza Imperial: estos últimos estaban interesados en conseguir quién desarrollara el comercio deportivo para hacer viable un “club comercial” que generara interés de los clientes y el posicionamiento del centro comercial; y la arrendataria tenía interés en ubicarse en un espacio aceptable con un precio interesante y acorde al flujo de ingresos proyectados para un establecimiento

nuevo. Este mutuo interés se concretó en el arriendo de un local que tendría el carácter de "ancla" con una serie de beneficios colaterales respecto de los locales corrientes.

Adicionalmente, ha quedado establecido que, como consecuencia de tal concepción, las partes convinieron un precio relativamente bajo respecto de las condiciones existentes. Según el cálculo solicitado al perito MÚLTIPLO, el precio justo del arrendamiento del local 2005, aun considerándolo ancla, era superior al que convinieron las partes. Al respecto señala que, *"el valor del canon mensual justo para el 2005 debió ser de \$26.192.331 según nuestra valoración, pero se repite que la fijación de un canon menor debió obedecer a la imposibilidad del desarrollador y comercializador del Proyecto (Ospinas y Cía S.A) de lograr otro tipo de ancla en esta ubicación, y en consecuencia un canon mayor. Recordamos que Ospinas y Cía ha desarrollado a través de los años más de 10 centros comerciales, por lo que se presume que su interés además de lograr excelentes y potentes desarrollos comerciales, es optimizar las rentas"* (folio 363 del cuaderno de pruebas No. 1).

Y, finalmente, está demostrado que las partes quisieron tener una mutua garantía de permanencia en el tiempo que le permitiera a las propietarias y arrendadoras, además de "anclar" el centro comercial que construyeron y estaban promocionando, recuperar el costo de construcción del local, y a la arrendataria, recuperar la inversión en la adecuación del mismo y estabilizar el flujo de caja estimado para un establecimiento nuevo y, por tanto, desconocido.

Esta intención de las partes reflejada en la prueba documental y testimonial antes descrita exige que aquéllas honren sus compromisos pero, particularmente, que cumplan el contrato y respeten sus términos y condiciones, de buena fe. Esta exigencia aparece expresamente consagrada

en el artículo 1603 del Código Civil, según el cual, *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”*. Esa buena fe es exigible, no solo respecto de las partes originales, sino respecto de sus cesionarios, quienes no pueden alterar lo acordado so pretexto de que no convinieron los términos y condiciones del contrato. Respecto a la buena fe en la interpretación de los contratos la doctrina señala que *“Interpretar de buena fe significa que no se debe pretender más que lo que es debido conforme a la neta inteligencia de las cláusulas contractuales habida cuenta de su finalidad... Desde otro ángulo, es relevante también la buena fe objetiva que lleva a presuponer que las declaraciones de voluntad se realizaron con lealtad y corrección recíproca, conducta ésta que es debida en la etapa precontractual, en el perfeccionamiento y luego, al interpretar lo acordado entre ellas. La voluntad declarada debe ser interpretada en el sentido y alcance que mejor sea conforme a la confianza que haya suscitado quien la expresó... Interpretar según la buena fe supone no estar sólo a las palabras usadas y a su significado sino también a las circunstancias en que fue concluido el acuerdo y a los que las partes acordaron”*³⁶.

No resulta ajustado a la debida interpretación contractual que el cesionario de las arrendadoras, contra la expresa advertencia de ésta, pretenda desconocer los acuerdos convenidos como parte de una negociación que implicaba sacrificios mutuos, pero que se acompasaba con una garantía de duración mínima del contrato con unos parámetros económicos determinados. La sola exigencia de un incremento del canon apenas a los veinte (20) días de la cesión de la posición contractual contradice la

³⁶ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Buena Fe Contractual. Universidad Javeriana. Universidad Católica de Uruguay y Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2012. Págs. 353 y ss.

naturaleza de los acuerdos y la conducta exigible, si se tienen en cuenta los antecedentes del negocio y el texto del contrato.

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto concluye el Tribunal que no están demostrados los hechos ni resultan de recibo las razones alegadas para pedir el reajuste del canon al amparo de los artículos 518 y 519 del Código de Comercio porque las partes acordaron las condiciones económicas que habrían de regir su relación contractual por un plazo de diez años para esos efectos, los cuales no se han cumplido y que tales acuerdos tienen fundamento en el mutuo interés que se concretó en el arrendamiento de un local considerado como "ancla". En consecuencia, han de denegarse las pretensiones de la demanda por la prosperidad de la segunda excepción propuestas por la demandada denominada "*Validez de la estipulación contractual contenida en la cláusula tercera del contrato*".

3. COSTAS Y SU LIQUIDACIÓN

Conforme a lo dispuesto por los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998 (texto del artículo 33 del Decreto 2279 de 1989), considerando que no prosperarán las pretensiones de la demanda, se condenará a PLAZA IMPERIAL HOLDINGS SAS, en su condición de parte demandante, a rembolsar el 100% de las costas procesales, a favor de la parte demandada, INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. BODYTECH.

En consecuencia, el demandante deberá pagar a la demandada las agencias en derecho, que el Tribunal fija en la suma de \$9.000.000, y rembolsarle las siguientes sumas asumidas por ésta: (i) las sumas de los gastos y honorarios del Tribunal por la suma de \$19.270.800, (ii) los honorarios del perito técnico

por la suma de \$7.500.000, y (iii) los honorarios de la perito contador por la suma de \$1.500.000.

En conclusión, la parte demandante deberá pagar a la demandada por concepto de costas la suma neta de \$37.270.800.

Finalmente, los excedentes no utilizados de la partida de gastos "protocolización, registro y otros", si los hubiera una vez protocolizado el expediente y cancelados los demás gastos, serán reembolsados por el Presidente a las partes en igual proporción.

4. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Arbitral convocado por PLAZA IMPERIAL HOLDINGS SAS contra INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. BODYTECH, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por habilitación de las partes y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar no probada la tacha de sospecha frente al testigo Luis Fernando Sarria.

SEGUNDO. Declarar no probada la objeción por error grave formulada por la parte demandante frente al dictamen pericial rendido por Múltiple Gestión de Proyectos SAS.

TERCERO. Declarar probada la excepción denominada "*Validez de la estipulación contractual contenida en la cláusula tercera del contrato*".

CUARTO. Negar las pretensiones de la demanda.

QUINTO. Condenar a PLAZA IMPERIAL HOLDINGS SAS a pagar a INVERSIONES EN RECREACIÓN DEPORTE Y SALUD S.A. BODYTECH la suma de treinta y siete millones doscientos setenta mil ochocientos pesos (\$37.270.800) moneda corriente, a título de costas.

SEXTO. Disponer que, en firme este laudo, se remita el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su archivo.

SÉPTIMO. Ordenar que se expidan copias auténticas de este laudo a cada una de las partes con las constancias de Ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROBERTO AGUILAR DÍAZ

Presidente

GERARDO LOPEZ LONDOÑO

Árbitro

MANUEL G. SARMIENTO GARCÍA

Árbitro

JEANNETTE NAMÉN BAQUERO

Secretaria

**LA SUSCRITA SECRETARIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE LA
REFERENCIA, CERTIFICA QUE EL PRESENTE LAUDO, ES COPIA
AUTENTICA DEL ORIGINAL QUE REPOSA EN EL EXPEDIENTE.**

JEANNETTE NAMÉN BAQUERO
Secretaria