

LAUDO ARBITRAL

TRIBUNAL ARBITRAL

DE

UPPER SIDE S.A.S

Contra

CREAR CALLE 81 S.A.S

Árbitros: Juan Pablo Godoy Fajardo (Presidente)
Eduardo Silva Romero
Álvaro Ceballos Suárez

Caso 3857 del Centro de Arbitraje y Conciliación
de la Cámara de Comercio de Bogotá

Bogotá D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil diecisiete (2017)

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES

- A. Pacto arbitral
- B. Las partes y sus representantes

II. EL LITIGIO

- A. Hechos de la demanda reformada
- B. Pretensiones de la demanda reformada
- C. Excepciones frente a las pretensiones de la demanda reformada
- D. Hechos de la demanda de reconvención reformada
- E. Pretensiones de la demanda de reconvención
- F. Excepciones frente a las pretensiones de la demanda de reconvención

III. EXAMEN DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

- A. Competencia del tribunal
- B. Demanda en forma
- C. Capacidad para ser parte
- D. Capacidad para comparecer al proceso

IV. CONSIDERACIONES

- A. Sobre las pretensiones principales de la demanda.
- B. Sobre las pretensiones subsidiarias de la demanda.
- C. Sobre las pretensiones de la demanda de reconvención.

V. OTRAS DECISIONES

- A. Tacha contra el testigo Pardo
- B. Costas y agencias en derecho

VI. DECISIÓN

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

I. ANTECEDENTES

A. Pacto arbitral

El 24 de agosto de 2011 se celebró un contrato de arrendamiento entre Crear Calle 81 SAS (antes Renovar Ciudad Calle 81 SAS), en calidad de arrendador, y Upper Side SAS quien obró en calidad de arrendatario.

La cláusula compromisoria, contenida en la cláusula vigésima quinta de dicho Contrato de Arrendamiento, dispone:

"Resolución de conflictos: todas las eventuales diferencias que llegaren a surgir entre las partes por razón de la celebración, interpretación, y ejecución y terminación del presente contrato que no pudieren ser solucionadas directamente y que no consten en títulos ejecutivos, se someterán a inicialmente a la decisión (sic) dos amigables componedores, uno nombrado por cada parte, quienes tendrán máximo treinta (30) días para dirimir el conflicto. Una vez notificado el conflicto, cada parte dispondrá de quince (15) días para designar a la persona que actuará como amigable componedor en su nombre. En el caso que transcurrido el término las partes no designen cada una a su representante como amigable componedor o que, habiéndose integrado, los amigables componedores no presente (sic) una solución dentro del término que se les concede o que la solución propuesta no sea aceptada por las partes, se acudirá a la decisión de un tribunal de arbitramento integrado por tres (3) árbitros, el cual funcionara en la ciudad de Bogotá D.C. y decidirá en derecho. Los arbitrarios serán designados de común acuerdo por las partes dentro de los quince (15) días siguientes a la denuncia del compromiso por cualquier de las partes. Si transcurrido dicho plazo no se pusiere de acuerdo en la designación de los árbitros, cualquier parte podrá dirigirse a la Cámara de Comercio de Bogotá, para que haga la designación correspondiente."

Con base en esta cláusula arbitral, la sociedad arrendataria promovió el presente proceso en calidad de convocante, en contra de la sociedad arrendadora en calidad de convocada.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

B. Las partes y sus representantes

1. Parte Convocante

La parte convocante es la sociedad comercial Upper Side S.A.S, identificada con Nit 900.456. 492-2, con domicilio en Bogotá, constituida por documento privado de su asamblea de accionistas del 8 de agosto de 2.011, inscrita el 9 de agosto de 2.011 bajo el número 01502594 y representada legalmente por Javier Coria Postigo. En este trámite judicial se encuentra representada judicialmente por el doctor Jaime Klahr Ginzburg.

2. Parte convocada

La parte convocada es la sociedad Crear Calle 81 SAS, identificada con Nit No. 900.298.569-2 con domicilio en Bogotá, constituida por escritura pública No. 464 del 26 de febrero de 2009 de la Notaria 39 de Bogotá, antes denominada Renovar Ciudad Calle 81 SAS y representada legalmente por Ricardo Camacho Fajardo. Esta sociedad es representada por el doctor William Javier Araque Jaimes.

C. Designación de árbitros y secretario

El nombramiento de los Árbitros, doctores Juan Pablo Godoy Fajardo, Eduardo Silva Romero y Álvaro Ceballos Suárez se llevó a cabo por medio de sorteo público adelantado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de conformidad con lo señalado en el pacto arbitral. Todos ellos dentro del término legal aceptaron el nombramiento y no existió manifestación alguna de las partes respecto de su designación.

El 28 de septiembre de 2015 se llevó a cabo la celebración de la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral. Una vez que el Tribunal se declaró instalado, el Dr. Juan Pablo Godoy fue designado presidente del mismo. Del mismo modo, fue designado como secretario el Dr. Carlos Andrés Perilla Castro, quien aceptó su nombramiento en el término de ley, sin que existiera manifestación alguna de las Partes respecto de su designación.

D. Plazo para dictar el presente laudo

El 28 de septiembre de 2015, durante la audiencia de instalación, las Partes, de común acuerdo, modificaron el plazo para dictar el laudo contenido en el pacto arbitral, indicando que éste sería de 6 meses contados a partir de la celebración de la primera audiencia de trámite [Acta 2].

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

Teniendo en cuenta que la primera audiencia de trámite finalizó el 27 de octubre de 2016 y que el procedimiento fue suspendido de común acuerdo por las Partes entre el 17 de diciembre de 2016 y el 18 de enero de 2017, y que corresponde a un mes y un día, el término de duración de este proceso vence el 28 de mayo de 2017. Así fue decretado en Auto proferido en la audiencia del 16 de marzo de 2017 (Acta 24), el cual fue consentido por las partes.

Una vez practicadas las pruebas, cerrado la instrucción y escuchado los alegatos de conclusión de las Partes, el Tribunal procede a dictar el presente laudo dentro del término acordado por las Partes.

II. EL LITIGIO

A. Resumen de hechos de la demanda

La sociedad convocante presentó, en resumen, los siguientes hechos:

1. El 24 de agosto de 2011 se celebró un contrato de arrendamiento entre Renovar Ciudad Calle 81 (hoy Crear Calle 81 SAS), en calidad de arrendador, y Upper Side SAS quien obró en calidad de arrendatario.
2. El objeto del contrato era la entrega, a título de arrendamiento, del uso y goce a favor del arrendatario "del local 05, el cual se encuentra ubicado en la Carrera 13 N 81 - 24, de la ciudad de Bogotá D.C con una extensión superficial total de 600.89 m², de los cuales 400.89 m² corresponden a área privada y 200 m² son área común de uso exclusivo del arrendatario, inmueble que hace parte del EDIFICIO CALLE 81".
3. En el párrafo primero de la cláusula segunda del contrato de arrendamiento se estableció que el local comercial objeto del arrendamiento tenía las siguientes especificaciones:

"El local tiene la siguiente descripción y linderos: local N. 5 en el cuarto y quinto piso, que hacen parte del EDIFICIO CALLE 81. Tiene su acceso por la carrera 13 N 81-24 de la nomenclatura urbana de la ciudad de Bogotá.
4. En la cláusula tercera del contrato de arrendamiento se pactó que el mismo tendría una duración de 5 años contados a partir del 15 de agosto del 2011, prorrogables por periodos sucesivos de 5 años, de acuerdo con lo previsto por los artículos 518 y 520 del Código de Comercio.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

5. Las partes acordaron, en la cláusula sexta del contrato, que el canon de arrendamiento del inmueble sería el siguiente: a). La suma de \$35.000.000 de pesos para el periodo comprendido entre el 1 de diciembre del 2011 y el 30 de noviembre del 2012, b). La suma de \$32.000.000 para el periodo comprendido entre el 1 de diciembre del 2012 y el 30 de noviembre del 2013, c). La suma de \$ 35.000.000 a partir del 1 de diciembre del 2013, incrementada en un porcentaje igual al IPC del año anterior más 1 punto. Calculado sobre \$32.000.000, d). a partir del cuarto periodo anual, es decir, desde el 1 de diciembre del 2014, el canon de arrendamiento sería incrementado en un porcentaje igual al IPC del año anterior más 1 punto.

6. Las partes acordaron en el inciso quinto de la cláusula octava del contrato de arrendamiento:

"EL ARRENDATARIO pagará mensualmente al ARRENDADOR una suma equivalente al doce por ciento (12%) del valor del canon de que trata la cláusula sexta del presente contrato, por concepto del pago de la cuota, expensas o cargos relacionados con la administración de los inmuebles objeto del presente contrato de arrendamiento, suma que comenzará a causarse a partir del 1 de diciembre del 2011 y que deberá ser cancelada dentro de los 10 días siguientes a la entrega de la factura expedida por la administración".

7. En la cláusula decima séptima del contrato de arrendamiento se estableció:

"En el evento de incumplimiento cualquiera de las partes a las obligaciones a su cargo contenidas en la ley o en este contrato, la parte incumplida deberá pagar a la otra parte una suma equivalente a TRES (3) CANONES MENSUALES a título de sanción, sin perjuicio de otras multas o indemnizaciones".

8. Upper Side SAS efectuó mejoras en la cuarta planta del inmueble arrendado, con el fin de adecuarlo para el funcionamiento del restaurante denominado Upper Side, para lo cual hizo cuantiosas inversiones.

9. Desde el año 2011, el promotor del proyecto del negocio restaurante Upper Side Javier Coria elaboró un bussiness plan (plan de negocios) para presentar a los eventuales inversionistas, en el cual se ofreció el siguiente producto

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

" 4.1. producto

4.1.1 restaurante

En la 4ª planta del restaurante tendremos espacio para 180 puestos los cuales van divididos en un espacio de 110 pax en el interior y 70 pax en el mirador. Las mismas estarán ubicadas estratégicamente para ofrecer el espacio necesario tanto para el cliente como para el servicio. En la zona exterior se ambientará adecuadamente por medio de calefactores y cerramiento opcional por medio de cortinillas plásticas en caso de lluvia. La zona exterior será destinada para fumadores, lo cual garantiza una mayor afluencia de público si no un mayor consumo de bebidas alcohólicas.

(...)

En la terraza o 5 planta haremos un diseño manteniendo la línea que venimos manejando en la planta inferior, fusionado con un toque de magia, que se llevará a cabo por medio de iluminación y ambientación, este será nuestro SECRET GARDEN, mobiliario de exteriores, con lo último en diseño y funcionalidad el cual en las tardes soleadas atraerá a un sinfín de público, y en las noches se adecuará de manera tal que podamos estar al aire libre sin sentir las inclemencias del clima bogotano.

Tendremos una segunda barra que dará servicio a toda la planta y un espacio central libre de esparcimiento donde en total podremos acomodar aproximadamente 80 personas sentadas y aparte otras 150 a 200 de pie en el centro en horas de rumba o eventos".

10. El plan de negocios de Upper Side fue presentado a todos y cada uno de los socios que conformaban la sociedad, dentro de los que se contaba la arrendadora.
11. Desde el día 5 de septiembre del 2011, cuando el restaurante Upper Side era apenas un proyecto de negocio, la sociedad convocada Renovar Ciudad Calle 81 (hoy Crear Calle SAS) es accionista de la arrendataria Upper Side SAS, tal como consta en el acta N 1 de la demandante que en uno de esos apartes señala:

"Néstor Alfonso Otálora obrando en calidad de representante legal de la sociedad Renovar Ciudad Calle 81 S.A informa a la asamblea de accionistas que en virtud del contrato de arrendamiento del local comercial (el cual se adjunta a la presenta acta como parte integral de la misma) celebrado con la sociedad Upper Side SAS, las partes acordaron que la sociedad Renovar será titular de 4.66% de

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

participación dentro de la sociedad, que equivale a 6.058 acciones, sobre el aumento de capital realizado, en contra prestación del descuento de diez millones de pesos (\$10.000.000) mensuales del canon de arrendamiento fijado a la sociedad arrendataria, contados desde el día primero de diciembre del 2011. Desde esta perspectiva, en virtud de acuerdo celebrado por las sociedades Upper Side y Renovar Calle 81, la asamblea precisa la operación:

4. Renovar Calle 81 S.A.

Acciones: 6058

Valor nominal: \$60.580.000

Valor prima por acción: \$9809

Valor total prima: \$59.420.000

Total operación: \$120.000.000

Forma de pago: Diez millones de pesos (\$10.000.000) mensuales, durante los 12 meses siguientes contados desde el 31 de diciembre del 2011."

12. El proyecto de Upper Side fue planeado para ser desarrollado en dos etapas, la primera de ellas en el 4º piso de la edificación, lugar donde funciona el restaurante y la segunda etapa se desarrollaría a mediano plazo en el quinto piso de la edificación para el funcionamiento de un bar, tal y como se señala en el plan de negocios ya mencionado.
13. El establecimiento de comercio de Upper Side inicio operaciones el 9 de noviembre del 2012, con la actividad de restaurante en la cuarta planta del inmueble arrendado.
14. Una vez consolidado el restaurante, en cumplimiento del plan de negocios establecido desde el inicio de la sociedad y a efectos de generar mayores ingresos, la convocante decidió iniciar las actividades para desarrollar el proyecto previsto para la quinta planta.
15. El 22 de julio del 2014, con la idea de desarrollar el proyecto de bar en la quinta planta, Javier Coria presentó a la junta directiva de Upper Side una iniciativa para este efecto. Sobre este particular señaló: "*Seria un muy buen momento para plantearnos la realización del bar en el quinto piso. Tras deliberar entre los presentes se sugiere buscar una inversión externa...*".
16. En reunión de junta directiva del 19 de agosto del 2014, Javier Coria recibe autorización para adelantar negociaciones con la firma MMR

TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA CREAR CALLE 81 S.A.S.

Construcciones (Mariano Marcos), para explorar la posibilidad de realizar el proyecto de la quinta planta.

17. El futuro desarrollo de la quinta planta se haría con recursos provenientes de MMR Construcciones (Mariano Marcos), por un valor de mil millones de pesos (\$1.000.000.000) de los cuales quinientos millones de pesos (\$500.000.000) se destinarían a la construcción y adecuación de la quinta planta para su explotación económica y los restantes, ingresarían a la sociedad. A cambio de esto, el inversionista recibiría una participación dentro de la sociedad de entre el 15 y el 20%.
18. Con el propósito de emprender el proyecto de construcción de la quinta planta, Upper Side contrató un estudio técnico con el arquitecto Jorge Pardo Castro. El profesional contratado encontró que en la licencia de construcción LC 09-1-556 del 5 de octubre del 2009, modificada mediante las licencias de construcción LC 11-10787 del 18 de noviembre del 2011 y LC 13-1-0042 del 5 de febrero del 2013, solo se había autorizado el uso de los 4 primeros pisos del Edificio Calle 81.
19. Igualmente, en el estudio realizado por el arquitecto Jorge Pardo Castro, se aprecia:

"Los predios en los cuales se construyó el edificio en referencia, ubicados en la urbanización El Espartillal de la localidad de Chapinero de la ciudad de Bogotá D.C., están reglamentados por la Unidad de Planeamiento Zonal UPZ 97- Chicó Lago, que a su vez fue reglamentada por el decreto distrital N 059 de 2007 sector normativo 22, subsector de usos IV y subsector de edificabilidad A.

En resumen, la norma permite construir según las siguientes especificaciones de edificabilidad:

- *Altura máxima* *4 pisos*
- *Antejardín* *5 metros*
- *Índice de Construcción* *3.6 (el área del lote)*
- *Índice de Ocupación* *0.7 (área construible en el 1er piso)*
- *Semisótano* *no se permite*
- *Tipología* *continua, (sin aislamientos laterales)*

Es importante destacar, de las especificaciones normativas anteriores, que la altura máxima permitida para el predio consultado es de 4 pisos habitables, es decir, plantas que están destinadas para alguno de los usos permitidos por la norma.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

Revisadas las licencias de construcción obtenidas, es evidente que se aprobó la máxima altura permitida por la norma, es decir 4 pisos habitables, por lo cual no es viable la ampliación en un quinto piso habitable para alojar las áreas que se pretende construir.

Adicionalmente, en la licencia de construcción es claro que la cubierta no tiene aprobado ningún uso y ni siquiera está definida como cubierta transitable, quedando establecida como simple cubierta del edificio.

La construcción objeto de estudio no se encuentra sujeta al régimen de propiedad horizontal; por esta razón, tampoco se puede decir que la cubierta sea un área común, entendiéndose así que no es un piso dentro del cual este permitida ninguna intervención”.

Por ello el experto concluyó:

”Revisadas las licencias de construcción obtenidas para el predio, con base en las cuales se realizó la construcción y modificación del edificio y revisada la norma urbanística vigente, se concluye que la ampliación que se propone en el nivel de cubierta del edificio no es viable ya que es claro que se tienen aprobados 4 pisos habitables y una cubierta. La ampliación propuesta correspondería a un quinto piso, que la norma vigente no permite, por lo cual no se podría obtener la licencia de construcción en la modalidad de ampliación que se pretende”.

20. Teniendo en cuenta que resulta imposible adelantar actividad alguna en la quinta planta, se entiende que el arrendador no ha cumplido con su obligación de entregar al arrendatario el área de 200 m² de la quinta planta para el fin que ha sido arrendada.
21. Mientras consolidaba y posicionaba el restaurante, es decir, previo a iniciar las gestiones para el desarrollo de la segunda etapa, es decir la construcción del bar de la quinta planta, Upper Side utilizó el espacio de la quinta planta de manera parcial con la instalación de unos lockers para los empleados.
22. Al existir objeto ilícito sobre una porción del inmueble arrendado, particularmente los 200 metros cuadrados que corresponden a la 5ª planta, Crear Calle 81 SAS no ha cumplido con su obligación de entregar el área correspondiente a la 5ª planta para el goce de esa área, destinándola a la finalidad para la que fue arrendada, es decir, la construcción y explotación de un bar, por lo que Upper Side no tiene ni

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

ha tenido nunca la obligación de pagar el canon de arrendamiento que corresponde al área señalada.

23. Así mismo, Upper Side tampoco tiene la obligación de pagar la cuota de administración que corresponde al área de la 5ª planta del inmueble arrendado.
24. En consecuencia, el arrendatario, durante 33 meses, efectuó un pago de lo no debido en proporción del 33.28% del canon de arrendamiento, toda vez que el valor del mismo se determinó tomando como base un área de 600.82 m² y no de 400.89 m², siendo esta área con la cual realmente se ejecuta el contrato de arrendamiento, pues sobre los 200 metros cuadrados restantes el arrendador no ha cumplido con la obligación de entregar el bien para el goce del arrendatario.
25. Así mismo, el arrendatario pagó al arrendador un sobrecosto por las cuotas de administración, toda vez que en el inciso quinto de la cláusula octava se estableció que el arrendatario debía pagar por este concepto una suma equivalente al 12% del canon de arrendamiento, valor que durante 33 meses fue cancelado sobre el valor del canon de arrendamiento que corresponde a un área de 600.89 m² y no de 400.89 m², como realmente se ha ejecutado el contrato de arrendamiento.
26. Teniendo en cuenta lo anterior, la sociedad Upper Side SAS efectuó hasta el mes de agosto de 2014 un pago de lo no debido a favor de la convocada por valor de \$ 418.624.172.00., lo que puso a la sociedad convocante en una crítica situación financiera.
27. En consecuencia, teniendo en cuenta los pagos en exceso que se hicieron, estos corresponden a pagos hechos por anticipado los cuales, una vez se hizo evidente el incumplimiento del contrato, se imputaron al pago de los cánones de arrendamiento que se continuaron causando, de la manera en que lo indica el siguiente cuadro:

Mes	Arriendo + IVA	Admón + IVA	Saldo a favor Upper
ago-14			418.624.172
sep-14	27.917.952	-	390.706.220
oct-14	27.917.952	-	362.788.268
nov-14	27.917.952	-	334.870.316
dic-14	28.738.740	3.448.649	302.682.927
ene-15	28.738.740	3.448.649	270.495.538
feb-15	28.738.740	3.448.649	238.308.149

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

mar-15	28.738.740	3.448.649	206.120.760
abr-15	28.738.740	3.448.649	173.933.371
may-15	28.738.740	3.448.649	147.745.982
jun-15	28.738.740	3.448.649	109.558.593
jul-15	28.738.740	3.448.649	77.371.204
ago-15	28.738.740	3.448.649	45.183.815
sep-15	28.738.740	3.448.649	12.996.426
oct-15	28.738.740	3.448.649	-19.190.963

28. En consecuencia, para el mes de octubre de 2015 la sociedad Upper Side SAS, procedió a pagar a favor de Crear Calle SAS, la diferencia del canon de arrendamiento y la administración, esto es, la suma de \$ 19.190.963.
29. A la fecha Upper Side está pagando los cánones de arrendamiento con base en el área que es objeto del arrendamiento, en atención a que la convocada no ha cumplido con su obligación de entregar el área correspondiente a la 5ª planta del edificio para el goce del mismo.
30. La sociedad Crear Calle SAS decidió adelantar proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado, cuyo conocimiento estuvo a cargo del Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá, hoy Juzgado 49 Civil del Circuito de Bogotá, alegando un supuesto incumplimiento de parte del arrendatario y solicitando la práctica de medidas cautelares.

B. Pretensiones de la demanda

1. Pretensiones principales

PRIMERA: Que se declare que Crear Calle SAS, antes Renovar Ciudad Calle 81 S.A., incumplió el contrato de arrendamiento que celebró con Upper Side SAS el 24 de agosto de 2011, el cual recae sobre el local 05 ubicado en la carrera 13 No. 81 - 24 de Bogotá, porque no ha cumplido con su obligación de entregar el área que corresponde a la quinta planta para el goce del inmueble por parte del arrendatario y destinarlo al fin para el cual fue arrendado.

SEGUNDA: Que, como consecuencia, se declare que el contrato de arrendamiento celebrado entre las partes recae solamente sobre la cuarta planta del inmueble ubicado en la carrera 13 No. 81 - 24 de Bogotá, que tiene un área de 400.89 m² y, por lo tanto, el canon se debe pagar solamente por esa área.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

TERCERA: Que, en consecuencia, se declare que Upper Side SAS nunca ha tenido la obligación de pagar el canon de arrendamiento y las cuotas de administración en la proporción que corresponde a la 5ª planta del inmueble que le fue arrendado por Crear Calle SAS, esto es, un área de 200 m2.

CUARTA: Que, como consecuencia, se declare que los cánones de arrendamiento y cuotas de administración que corresponde pagar a Upper Side SAS por el inmueble arrendado de la carrera 13 No. 81 – 24 de la ciudad de Bogotá son los siguientes:

- a. Para el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2011 al 30 de noviembre de 2012, por concepto de canon de arrendamiento la suma de \$25'666.667.00 (IVA incluido) y por cuota de administración la suma de \$2'320.00.00 (IVA incluido).
- b. Para el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2012 al 30 de noviembre de 2013, por concepto de canon de arrendamiento la suma de \$24'746.667.00 (IVA incluido) y por cuota de administración la suma de \$2'320.00.00 (IVA incluido).
- c. Para el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2013 al 30 de noviembre de 2014, por concepto de canon de arrendamiento la suma de \$27'917.952.00 (IVA incluido) y por cuota de administración la suma de \$2'969.600.00 (IVA incluido).
- d. Para el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2014 al 30 de noviembre de 2015, por concepto de canon de arrendamiento la suma de \$28'738.740.00 (IVA incluido) y por cuota de administración la suma de \$3'448.649.00 (IVA incluido).
- e. Para el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2015 al 30 de agosto de 2016, por concepto de canon de arrendamiento la suma de \$30'077.965.00 (IVA incluido) y por cuota de administración la suma de \$3'609.356.00 (IVA incluido).

QUINTA: Que se declare que durante 33 meses, es decir, en el periodo entre diciembre de 2011 hasta agosto de 2014, Upper Side SAS hizo un pago de lo no debido a Crear Calle SAS por la suma de \$418'624.172.00 por concepto de cánones de arrendamiento y cuotas de administración correspondientes al área de 200 metros cuadrados que no ha sido entregada para el goce de acuerdo al objeto contratado.

SEXTA: Que se declare que con las sumas pagadas en exceso entre diciembre de 2011 y agosto de 2014, es decir, los \$418'624.172.00 se cancelaron los cánones de arrendamiento y cuotas de administración de la manera indicada en el cuadro incluido en el hecho 40 de esta demanda.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

SEPTIMA: Que, en consecuencia, se declare que Upper Side SAS nunca ha estado en mora en el pago de los cánones de arrendamiento y cuotas de administración causados en desarrollo del contrato de arrendamiento celebrado con Crear Calle SAS que es objeto del presente litigio.

OCTAVA: Que, como consecuencia del incumplimiento del contrato, se condene a Crear Calle SAS a pagar a favor de Upper Side SAS, los daños y perjuicios que se le han ocasionado por el incumplimiento del contrato de arrendamiento, derivados de la imposibilidad de explotar la 5ª planta del inmueble. El monto de los perjuicios será el que resulte probado en desarrollo del proceso.

NOVENA: Que, como consecuencia del incumplimiento del contrato de arrendamiento, se condene a Crear Calle SAS al pago de tres (3) cánones de arrendamiento por concepto de la cláusula penal establecida en la cláusula décimo séptima del contrato de arrendamiento.

DECIMA: Que se condene a Crear Calle SAS al pago de las costas del presente proceso arbitral.

2. Pretensiones Subsidiarias

PRIMERA: Que se declare la nulidad absoluta y parcial del contrato de arrendamiento celebrado el 24 de agosto de 2011 entre Crear Calle SAS, antes Renovar Ciudad Calle 81 S.A., en su condición de arrendador y Upper Side SAS en su condición de arrendatario, sobre el área de doscientos metros cuadrados (200 m²) correspondientes a la 5ª planta del edificio ubicado en la carrera 13 No. 81 – 24 de la ciudad de Bogotá, por recaer sobre un objeto ilícito.

SEGUNDA: Que se declare que Upper Side SAS nunca ha estado obligada al pago de la prorrata de los cánones de arrendamiento y cuotas de administración que corresponden a la 5ª planta del inmueble que es objeto del presente proceso.

TERCERA: Que se declare que el canon de arrendamiento y las cuotas de administración que la convocante está obligada a pagar, se debían cancelar tomando como base la proporción que corresponde al área 4º piso de la edificación ubicada en la carrera 13 No. 81 – 24 de la ciudad de Bogotá, así:

- a. Para el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2011 al 30 de noviembre de 2012, por concepto de canon de arrendamiento la suma de \$25'666.667.oo (IVA incluido) y por cuota de administración la suma de \$2'320.000.oo (IVA incluido).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

- b. Para el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2012 al 30 de noviembre de 2013, por concepto de canon de arrendamiento la suma de \$24'746.667.00 (IVA incluido) y por cuota de administración la suma de \$2'320.000.00 (IVA incluido).
- c. Para el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2013 al 30 de noviembre de 2014, por concepto de canon de arrendamiento la suma de \$27'917.952.00 (IVA incluido) y por cuota de administración la suma de \$2'969.600.00 (IVA incluido).
- d. Para el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2014 al 30 de noviembre de 2015, por concepto de canon de arrendamiento la suma de \$28'738.740.00 (IVA incluido) y por cuota de administración la suma de \$3'448.649.00 (IVA incluido).
- e. Para el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2015 al 30 de agosto de 2016, por concepto de canon de arrendamiento la suma de \$30'077.965.00 (IVA incluido) y por cuota de administración la suma de \$3'609.356.00 (IVA incluido).

CUARTA: Que se declare que los incrementos en el canon de arrendamiento y las cuotas de administración serán realizados en la forma establecida en el contrato de arrendamiento, pero tomando como base el valor del canon que corresponde a la 4ª planta del inmueble arrendado.

QUINTA: Que se declare que durante 33 meses, es decir en el periodo comprendido entre diciembre de 2011 hasta agosto de 2014 Upper Side SAS hizo un pago de lo no debido a Crear Calle SAS por la suma de \$418'624.172.00 por concepto de cánones de arrendamiento y cuotas de administración correspondiente al área de 200 metros cuadrados sobre los cuales hay objeto ilícito.

SEXTA: Que se condene a la parte convocada a pagar a favor de la sociedad convocante los daños y perjuicios que resulten probados dentro de la actuación, especialmente los derivados de la imposibilidad de explotar la 5ª planta. Dentro de los daños y perjuicios se deberán incluir las costas y gastos del proceso.

SEPTIMA: Que, como consecuencia del incumplimiento del contrato de arrendamiento, se condene a Crear Calle SAS al pago de tres (3) cánones de arrendamiento por concepto de la cláusula penal establecida en la cláusula décimo séptima del contrato de arrendamiento.

C. Excepciones frente a la demanda reformada

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

La convocada presentó las siguientes excepciones de mérito contra la demanda reformada:

1. Validez del contrato – inexistencia de objeto ilícito.
2. Validez del contrato por el saneamiento del supuesto error sobre las calidades esenciales del objeto materia del proceso.
3. Prescripción de la acción de nulidad relativa.
4. Los efectos de una eventual sentencia que decrete la nulidad absoluta de un contrato de ejecución sucesiva son hacia el futuro.
5. Imposibilidad de repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.
6. Cumplimiento del contrato de la convocada.
7. Imposibilidad de reajuste, disminución del canon de arrendamiento porque el bien arrendado fue dado en tenencia a la arrendataria como cuerpo cierto.
8. Inexistencia de pago o cobro de lo no debido.
9. Excepción de contrato no cumplido.
10. Imposibilidad de revelarse contra las consecuencias jurídicas de los actos propios (non veniere contra pactum propium).
11. Buena fe de Crear Calle SAS
12. Temeridad del demandante.
13. La genérica.

D. Resumen de hechos de la demanda de reconvención

La sociedad convocada Crear Calle 81 SAS presentó, en resumen, los siguientes hechos en su demanda de reconvención reformada:

1. La sociedad Crear Calle SAS, en su condición de arrendadora celebró contrato de arrendamiento del local comercial No. 5 ubicado en la Carrera 13 N 81-24 de la ciudad de Bogotá, con la sociedad Upper Side SAS en su condición de arrendataria. El inmueble se identifica como aparece en el capítulo II de la demanda.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

2. En la cláusula segunda del contrato de arrendamiento, las partes acordaron que el inmueble se destinaría a la explotación de un establecimiento de comercio dedicado al servicio de "Restaurante Bar Discoteca Salón De Onces".

3. El contrato de arrendamiento tiene un término de 5 (cinco) años, con inicio el 23 de agosto de 2011 y con posibilidad de prórroga si no tiene lugar el desahucio previsto en la cláusula quinta del contrato.

4. En las cláusulas sexta y séptima las partes pactaron que la arrendataria tenía la obligación de pagar el canon de arrendamiento, mes anticipado, dentro de los cinco primeros días hábiles de cada mes; pago que debía realizar a partir del 1 de diciembre de 2011 (clausula tercera).

La cuantía del canon de arrendamiento quedó establecida como se ilustra en el Folio 81 del cuaderno principal No. 2.

5. De acuerdo con lo anterior, el canon mensual de arrendamiento a pagar es el que se señala en el Folio 81 del cuaderno principal No. 2.

A la fecha de la demanda de reconvención, el canon de arrendamiento asciende a la suma de \$41.807.434 mensuales.

6: La arrendataria se encuentra en mora de pagar el canon de arrendamiento correspondiente a los meses de septiembre a diciembre de 2014 y enero a octubre de 2015, en la forma indicada en la demanda.

7. En la cláusula octava del contrato, las partes pactaron que la arrendataria pagaría por concepto de gastos de administración una suma equivalente al 12% del valor del canon, la cual debía ser consignada a la arrendadora dentro de los diez (10) siguientes a la entrega de la factura expedida por la administración.

8. La arrendataria se encuentra en mora de pagar la administración de diciembre del 2014 junto a la de los meses de enero a octubre del 2015, en la forma indicada en la demanda.

A la fecha de la demanda de reconvención, la cuota de administración asciende a \$4.994.596.

9. En la cláusula NOVENA del contrato las partes pactaron multas a favor de la parte arrendadora, para el caso en que la arrendataria por cualquier motivo se retrasara en la apertura del establecimiento de comercio que funcionaria en el local arrendado.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

10. El día 8 de octubre de 2013, la arrendataria envió comunicación a la arrendadora en la que además de reconocer expresamente su deuda de \$36.000.000 por las sanciones de la cláusula novena, propuso que esa suma fuese cancelada en 12 cuotas mensuales de \$3.000.000 pagaderas desde el 5 de noviembre del 2013.

11. La anterior propuesta fue aceptada por la arrendadora el 24 de octubre del 2013. Sin embargo, a la fecha se encuentra pendiente de pago, por concepto de la sanción invocada, la suma de \$12.000.000 la cual ha debido quedar cancelada el día 5 de septiembre del 2014.

E. Pretensiones de la demanda de reconversión

PRIMERA: Declarar la terminación del contrato de arrendamiento del local comercial No. 5 ubicado en la carrera 13 N 81-24 de la ciudad de Bogotá, suscrito el 24 de agosto de 2011 entre la sociedad Crear Calle SAS (antes Renovar Ciudad Calle 81 SAS) como arrendadora, y la sociedad Upper Side SAS como arrendataria, por incumplimiento en los pagos de los cánones de arrendamiento de los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2014 y enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2015 y enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2016.

SEGUNDA: Declarar que Upper Side SAS, como arrendataria del local comercial No. 5 ubicado en la Carrera 13 No. 81 - 24 de la ciudad de Bogotá, conforme al contrato suscrito el 24 de agosto de 2011 con la sociedad Crear Calle SAS (antes Renovar Ciudad Calle 81 SAS), se encuentra en mora de cancelar las cuotas de administración de los meses de diciembre de 2014 y enero a diciembre de 2015 y enero a mayo de 2016 y aquellas que se causen hasta la fecha en que efectivamente se restituya por parte de la demandada el bien arrendado.

TERCERA: Declarar la terminación del contrato de arrendamiento del local comercial No. 5 ubicado en la Carrera 13 No. 81 -24 de la ciudad de Bogotá, suscrito el día 24 de agosto de 2011 entre la sociedad Crear Calle SAS como arrendadora y la sociedad Upper Side SAS como arrendataria, por incumplimiento de contrato de esta en el pago de las cuotas de administración de los meses de 2014 y enero a diciembre de 2015 y enero a mayo de 2016.

CUARTA: Declarar que Upper Side SAS adeuda a Crear Calle SAS el pago del IVA correspondiente, correspondiente a las facturas de cánones de

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

arrendamiento causadas y no pagadas, relacionadas en las pretensiones anteriores y que ascienden a \$108.103.015,00.

QUINTA: Declarar que Upper Side SAS, desde el 1 de julio de 2012, se encuentra en mora de pagar a Crear Calle SAS la suma de \$12.000.000,00 por concepto de la multa contractual prevista en la cláusula novena del contrato de arrendamiento y la cual fuera impuesta en virtud de retraso de apertura del local comercial.

SEXTA: Como consecuencia de los incumplimientos descritos en las pretensiones anteriores, condenar a Upper Side SAS a pagar a Crear Calle SAS el valor de la cláusula penal de que trata la cláusula décimo séptima por valor de tres cánones mensuales.

SEPTIMA: Declarar que Upper Side SAS adeuda a Crear Calle SAS intereses moratorios por concepto del no pago oportuno de cánones de arrendamiento, cuotas de administración, IVA, imposición de multa y cláusula penal causados desde el momento en el cual cada una de estas obligaciones se hizo exigible y hasta el día en que el pago total de la obligación se realice, liquidados a una tasa equivalente a la tasa certificada por la Superintendencia Financiera como tasa cobrada por los establecimientos bancarios por los créditos ordinarios de libre asignación, incrementada en un 50%.

OCTAVA: Conceder a Crear Calle SAS o reconocer a su favor "el derecho de retención" sobre todos los objetos, bienes y mejoras con que el arrendatario haya amoblado, acondicionado o provisto la cosa arrendada, y que le pertenecieren; y que se entenderá que le pertenecen conforme a lo establecido en el artículo 2000 del Código Civil.

NOVENA: Como consecuencia de la terminación del contrato, ordenar a Upper Side SAS restituir el inmueble arrendado a la arrendadora Crear Calle SAS, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del laudo.

DECIMA: Que de no efectuarse la entrega del inmueble objeto del litigio antes o dentro de los cinco días siguientes al término de ejecutoria del laudo, se proceda al lanzamiento de los arrendatarios y a la restitución del inmueble a la arrendadora, para lo cual el tribunal ordenará al secuestre proceder a la entrega. En subsidio, solicito comisionar al juez a efectos de materializar la diligencia de lanzamiento.

DECIMO PRIMERA: Que se condene en costas a la demandada en reconvencción.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

F. Excepciones frente a la demanda de reconvención

La convocante formuló las siguientes excepciones de mérito frente a la demanda de reconvención:

1. Contrato no cumplido por parte del arrendador.
2. Inexistencia de mora en el pago de los cánones de arrendamiento y las cuotas de administración.
3. Mala fe.
4. Enriquecimiento ilícito.
5. La genérica.

III. EXAMEN DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Antes de decidir sobre la cuestión de fondo planteada en este litigio, este Tribunal procede a verificar los presupuestos procesales que le permitirán proferir un laudo que lo resuelva.

A. Competencia del tribunal

El Tribunal Arbitral declaró su competencia en la primera audiencia de trámite sin que las partes se opusieran a ello ni presentaran recurso en su contra. La decisión sobre la competencia del Tribunal no solamente ha quedado en firme, sino que ha sido confirmada por (i) la presentación de la demanda principal por la parte convocante, así como (ii) con la presentación de la de reconvención por la parte convocada. Por ende, el requisito de competencia del Tribunal se encuentra cumplido.

B. Demanda en forma

Las demandas principal y de reconvención se encuentran correctamente presentadas, de acuerdo con los requisitos establecidos en el Código General del Proceso.

En relación con la demanda principal, se observa que como pretensión principal se pide la declaratoria de incumplimiento del contrato por parte de la convocada, seguida de diversas pretensiones consecuenciales. A continuación, como subsidiaria, se pide la declaratoria de nulidad absoluta parcial del contrato de arrendamiento, seguida también de varias peticiones consecuenciales.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

Tales pretensiones, incumplimiento y nulidad, son excluyentes entre sí. Por ello, el Tribunal encuentra que correctamente la parte convocante las ha formulado como principal aquella y subsidiaria esta, con lo cual cumple con lo establecido en el numeral 2 del artículo 88 del Código General del Proceso, que en relación con la acumulación de pretensiones dispone: "*Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.*"

C. Capacidad para ser parte

Ambas partes son personas jurídicas, por lo que de acuerdo con el numeral 1 del artículo 53 del Código General del Proceso, cuentan con capacidad para ser parte.

D. Capacidad para comparecer al proceso

Las partes en este proceso han comparecido a través de sus representantes legales, cumpliendo así lo establecido en el artículo 53 del Código General del Proceso. Adicionalmente, su participación en el presente arbitraje ha ocurrido a través de apoderados, abogados en ejercicio del *ius postulandi*.

Por lo anterior, se encuentran satisfechos los requisitos procesales, por lo que procede dictar laudo para resolver el litigio planteado.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

A. Frente a las pretensiones principales de la demanda reformada

En su demanda reformada, la sociedad convocante solicita que se declare que la demandada incumplió el contrato de arrendamiento, dado que no cumplió con su obligación de entregar el área que corresponde a la quinta planta, para el goce del inmueble por parte del arrendatario y para destinarlo al fin para el cual fue arrendado. Como respuesta a esta pretensión, la parte convocada ha alegado la excepción de cumplimiento del contrato, indicando que si cumplió con dicha obligación.

Para analizar esta pretensión, el Tribunal estima pertinente definir los siguientes aspectos. En primer lugar, se deben considerar las obligaciones del arrendador, con el fin de precisar el contenido de la obligación de entregar la cosa arrendada. A continuación, se debe establecer el régimen probatorio al cual se sujeta la pretensión en estudio, para posteriormente considerar las pruebas existentes frente a la excepción planteada por la convocada.

TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA CREAR CALLE 81 S.A.S.

En este orden de ideas, se tiene que el contrato de arrendamiento es un contrato bilateral y sinalagmático, en el cual una parte denominada arrendadora entrega a la otra parte una cosa que puede usarse sin consumirse y le permite usarla, mientras que esta otra parte, denominada arrendatario, paga un precio como retribución.

El artículo 1982 del Código Civil define como obligaciones del arrendador las siguientes: (i) Entregar la cosa arrendada, (ii) mantenerla en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada, y (iii) librar al arrendatario de toda turbación en el goce de la cosa arrendada.

La primera de estas obligaciones, la de entregar la cosa arrendada, es la obligación primigenia del contrato de arrendamiento. En virtud de ella, el arrendador debe entregar la tenencia material de la cosa al arrendatario. Se trata de una prestación de hacer, en cuanto supone la ejecución de actos materiales no traslativos de dominio. Es, además, una prestación de ejecución instantánea, que se cumple en un solo momento.

La segunda de las obligaciones del arrendador consiste en mantener la cosa arrendada en estado de servir al fin pactado. Esta obligación se cumple después de que la cosa ha sido entregada y supone una prestación que se extiende en el tiempo, ya que debe ejecutarse a lo largo de la duración del contrato. De este modo, existe una diferencia sustancial entre las obligaciones de entregar la cosa y la de mantenerla en estado de servir, pues la primera se ejecuta en un solo instante y constituye el inicio de la ejecución contractual por parte del arrendador, mientras que la segunda sólo se cumple a partir de la primera y su cumplimiento se prolonga a lo largo del contrato.

De acuerdo con la redacción de la primera pretensión, se encuentra que el convocante acusa a la arrendadora de incumplir con la entrega de la quinta planta, circunstancia que califica como incumplimiento. Corresponde entonces analizar la forma en la cual la arrendadora debió realizar la entrega de la cosa arrendada, para lo cual se observa que Título XXVI del Código Civil, que regula el contrato de arrendamiento, no contiene reglas sobre la manera en la cual se debe realizar dicha conducta material.

Ante este vacío normativo, es procedente aplicar por analogía las reglas establecidas en el artículo 754 del Código Civil, que define los medios de hacer tradición, con la salvedad que de éstos son traslativos de dominio, circunstancia que no ocurre en el arrendamiento, pues el arrendador sólo entrega la tenencia de la cosa al arrendatario. Dentro de dichos medios se contemplan el permitir la aprehensión material de la cosa, mostrarla, la

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

entrega de sus llaves, poner la cosa a disposición de la otra parte. Por lo tanto, la obligación de entrega exige al arrendador cumplir con cualquiera de esos medios a favor del arrendatario, con el propósito de significar que este último recibe la tenencia de la cosa para que la use conforme al contrato.

Ahora bien, la pretensión formulada por el convocante busca que se declare que el convocado no entregó la denominada quinta planta del inmueble arrendado. Bajo las reglas procesales, se trata de una negación indefinida, pues se trata de declarar que el demandado no ejecutó una conducta material.

De acuerdo con el inciso final del artículo 167 del Código General del Proceso, las negaciones indefinidas no requieren prueba, y conllevan una inversión de la carga de la prueba, pues en tal situación le corresponde a la otra parte probar el hecho positivo que la desvirtúa. En el presente caso, la afirmación consistente en que el arrendador no entregó la quinta planta no requiere prueba, sino que corresponde al demandado probar la entrega, que es el hecho contrario que la desvirtúa. Por tratarse de un hecho positivo, debe probarse que el mismo ocurrió en determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Precisamente, como respuesta a la pretensión de la convocante, la demandada formuló la excepción de cumplimiento de contrato, en la cual sostiene que sí entregó la quinta planta del local arrendado, y aporta e invoca pruebas de dicha conducta.

Tras analizar las pruebas mencionadas por la arrendadora, así como otras obrantes en el expediente, el Tribunal concluye que la parte demandada sí cumplió con su obligación de entregar la quinta planta a la arrendataria. Tales pruebas son:

- Prueba documental: Como soporte de su excepción, la convocada presentó el documento consistente en el acta de entrega del local arrendado, de fecha 24 de agosto de 2011, la cual da cuenta que el arrendador puso a disposición de la arrendadora el local arrendado, incluyendo los pisos 4 y 5. Este documento no fue tachado de falso, por lo que se le reconoce carácter auténtico. Al analizar su contenido, la citada acta contiene un corto inventario de la quinta planta, la cual menciona los elementos propios del techo del edificio, y que concuerdan con otras piezas procesales que describen dicha área.

- Prueba de confesión: En el Hecho 32 de la demanda reformada, se lee el siguiente aparte:

"Mientras consolidaba y posicionaba el restaurante, es decir, previo a iniciar las gestiones para el desarrollo de la 2ª etapa, es decir la

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

construcción del bar en la 5ª planta, Upper Side utilizó el espacio de la 5ª planta de manera parcial con la instalación de unos lockers para los empleados.”

La demandante afirma el hecho en su demanda y, por lo tanto, debe tratarse como una confesión por conducto de su apoderado, según el artículo 193 del CGP. En ella, claramente menciona que Upper Side destinó el espacio de la denominada 5ª planta para casilleros utilizables por sus empleados. Esta afirmación supone que Upper Side tenía a su disposición dicha planta del edificio.

- Declaración de la sociedad convocada. En la declaración rendida por conducto de su representante legal, la sociedad Crear Calle81 SAS se refirió al uso de la 5ª planta del edificio en el cual se ubica el local arrendado, para lo cual afirmó:

Representante de Crear Calle81: Exactamente, se puede poner cualquier tipo de material removible o de fácil remoción como sombrillas, sillas, cosas que se puedan remover, en su momento Upper Side no desarrolló de inmediato la cubierta, lo que hizo fue que construyó, para que me entienda, es como una especie de contenedor con paredes, techo, piso, una especie de contenedor donde tienen baños de los empleados, donde tiene locker, donde funcionan bodegas, donde funciona una zona de lavado, en esa cubierta obviamente ellos tiene el acceso total y pleno, pero yo no tengo acceso a la cubierta del edificio.

De esta declaración se puede concluir que Upper Side tiene a su disposición la referida 5ª planta del edificio, visible en los materiales y servicios que se han instalado allí. Esta afirmación fue hecha durante el interrogatorio de parte, prueba que fue pedida por la convocante, y no fue desvirtuada a través de otras preguntas del apoderado de la convocante.

- Declaración de la sociedad arrendataria. En diversas respuestas, el representante legal de Upper Side SAS acepta que la arrendadora les entregó la denominada 5ª planta del edificio. Entre ellas, se resaltan las siguientes:

Apoderado de la convocada: Pregunta No. 3. ¿Diga si es cierto o no que para el día en que se abrió al público el restaurante en el local arrendado, Upper Side ya había instalado o construido unos lockers, un depósito de materiales y unos baños para sus empleados en la parte denominada terraza o quinto piso, o cubierta del edificio ubicado en la Carrera 13 No. 81 – 24 de la Ciudad de Bogotá?

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

Representante de Upper Side: Sí, pero eso no hace parte de un establecimiento de comercio para la venta ni genera beneficio por tener unos lockers en el quinto piso.

(...)

Apoderado de la convocada: Pregunta No. 6. ¿Dígale al tribunal si desde el día en que recibió el único local, constituido por las dos plantas que usted ha mencionado, Upper Side ha ostentado u obtenido, mantenido, la tenencia de ese local hasta el día de hoy?

Representante de Upper Side: Sí, el local al día de hoy nosotros lo mantenemos y tenemos llaves de los dos pisos, aunque en algún momento se les intentó hacer entrega de las llaves del quinto piso y la empresa que usted está representando aquí no las ha querido coger.

(...)

Árbitro Juan Pablo Godoy: ¿O sea que queda claro que eso que allí se denomina sexto nivel o sexto piso corresponde a la terraza y fue objeto de la diligencia de entrega que consta en el acta?

Representante de Upper Side: Sí.

Con base en las pruebas citadas, el Tribunal concluye que la arrendadora sí cumplió con su obligación de entregar la denominada 5ª planta a la arrendataria, conclusión que no se ve afectada por el hecho de que en el acta de entrega ésta haya sido denominada como sexto nivel, por iniciarse desde el sótano el conteo de los niveles que conforman el edificio en el cual se encuentra el local arrendado. Se observa que la arrendadora puso a disposición de la arrendataria dicha área y le entregó las llaves de acceso, cumpliendo entonces con uno de los modos establecidos en la ley para entregar cosas, en este caso, una zona específica en un edificio.

Por ende, el Tribunal encuentra probada la excepción presentada por la convocada, por lo que negará la primera pretensión principal de la demanda.

Respecto de las siguientes pretensiones principales, se encuentra que son consecuenciales a la primera por lo que, ante el fracaso de esta, aquellas también serán negadas. Tales pretensiones principales son, sucintamente, las siguientes:

La pretensión segunda principal, expresamente calificada como consecencial, solicita que se declare que el arriendo recae solo sobre la planta 4 del local.

La pretensión tercera principal indica que es consecuencia de las anteriores y consiste en que se declare que Upper Side no está obligado a pagar canon de arriendo y cuota de administración por la proporción de la quinta planta.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

La pretensión cuarta principal trae la expresa calificación de consecucional, y pretende que se declare que los cánones de arriendo y cuotas de administración son los detallados por el actor.

La pretensión quinta principal pide que se declare que durante 33 meses, entre diciembre de 2011 y agosto de 2014, Upper Side hizo un pago de lo no debido por \$418.642.172. El Tribunal considera que esta pretensión es consecucional a las anteriores, pues se fundamenta en la declaración solicitada según la cual el arriendo solo recaería sobre el piso 4, y que lo pagado en proporción por el piso 5 constituye pago de lo no debido.

La pretensión sexta principal solicita que se declare que con las sumas pagadas en exceso, referidas en la pretensión anterior, se cancelaron cánones y cuotas de administración determinados por el actor. Aunque esta pretensión no cuenta con la expresa calificación de consecucional, el Tribunal considera que lo es, pues su prosperidad depende de la declaración expresa de la anterior.

La pretensión séptima principal se formula con la expresa calificación como consecucional, y pide declarar que Upper Side no ha estado en mora.

La pretensión octava principal contiene la expresa calificación de consecucional, y pide el reconocimiento y pago de perjuicios por el incumplimiento del contrato.

La pretensión novena principal es calificada como consecucional de la anterior, y pide condenar al pago de la cláusula penal.

Como se puede apreciar, las citadas pretensiones segunda a novena principales son consecucionales de la primera principal, conclusión a la que se arriba bien porque expresamente el actor así lo indicó en su demanda, o porque su contenido se sustenta de forma necesaria en la prosperidad de la primera pretensión principal, que pide la declaratoria de incumplimiento contractual por parte de la demandada. Por lo tanto, al haber decretado la prosperidad de la excepción de cumplimiento del contrato y la improcedencia de la primera pretensión principal, también se niegan las pretensiones principales segunda a novena.

Por otro lado, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 282 del CGP, al haberse acogido una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, el Tribunal se exime de estudiar las demás excepciones formuladas por el demandado frente al supuesto incumplimiento de la arrendadora de su obligación de entregar el quinto piso.

TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA CREAR CALLE 81 S.A.S.

Respecto de la décima pretensión principal, sobre condena en costas, se resolverá más adelante.

B. Frente a las pretensiones subsidiarias de la demanda

Sobre la base de la improcedencia de las pretensiones principales, este Tribunal entra a estudiar, sin encontrar para ello limitación o impedimento alguno, la pretensión subsidiaria de nulidad absoluta y parcial de contrato de arrendamiento, así como las pretensiones subsidiarias segunda, tercera, cuarta y quinta, por su directa conexidad con la primera.

Y es que, contrario a lo que sostiene el apoderado de la convocada en el resumen escrito de sus alegatos de conclusión¹, no encuentra el Tribunal que esté impedido para pronunciarse sobre la pretensión subsidiaria de nulidad, o que ello evidencie una forma insalvable de contradicción ontológica. En efecto, las pretensiones principales, asociadas al pretendido incumplimiento del contrato de arrendamiento, fueron estudiadas al amparo de la validez aparente del negocio jurídico y, por razones de otra índole, fueron desechadas una a una.

Pero ello no implica que, una vez desestimadas tales pretensiones principales en su integridad, este Tribunal no pueda ocuparse de estudiar la validez del contrato de arrendamiento, a petición de parte, y no a propósito del control oficioso de legalidad, pues para ello solo estaría impedido si hubiera decretado la prosperidad de alguna de las pretensiones basadas en la validez del contrato.

Por otra parte, tampoco advierte el Tribunal que el apoderado de la convocante hubiera incurrido en una falla de técnica jurídica al acumular las pretensiones del modo en que lo hizo. En efecto, formular como principales las pretensiones ligadas al incumplimiento contractual y, de manera subsidiaria, las asociadas a la nulidad del contrato, bien pudo haber respondido a una evaluación de los efectos económicos derivados de las condenas en uno y otro caso lo que, en todo caso, no solo resulta legítimo, sino irreprochable desde el punto de vista de técnica jurídica.

En este sentido, se ocupará el Tribunal de estudiar la pretendida ilicitud del objeto del contrato de arrendamiento, en cuanto recae sobre la denominada segunda planta del local 05, también denominada piso quinto del Edificio Calle 81.

¹ Sección 6.1, páginas 55 y siguientes.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

- Sobre la nulidad absoluta parcial del contrato de arrendamiento

Alega la convocante que, con base en las pruebas que obran en el expediente, el contrato está viciado de nulidad absoluta, pues es imposible desarrollar actividad alguna por ser ilegal cualquier explotación económica de la quinta planta del Edificio Calle 81.

Al respecto este Tribunal advierte:

1. Con fundamento en lo dispuesto por la Unidad de Planeamiento Zonal (UPZ en adelante) vigente (Decretos del Alcalde Mayor del Distrito Capital de Bogotá 059 de 2007, 159 de 2004 y 333 de 2010) y por la licencia de construcción del edificio, tal como todo ello fue evidenciado por la Secretaría Distrital de Planeación en su peritaje, que obra en el expediente a folios 38 a 41 del cuaderno de pruebas 5:

(i) La "edificabilidad" permitida para el Edificio Calle 81 es de 4 pisos;

(ii) La denominada en el contrato segunda planta o quinto piso, realmente corresponde a la cubierta del cuarto piso o primera planta del local arrendado, para la cual la licencia no establece uso alguno;

(iii) En caso de habilitarse la cubierta para algún uso, se computaría como piso, superando la altura permitida de 4 pisos, en abierta violación de la licencia de construcción y la UPZ.

El Tribunal observa que el artículo 177 del Código General del Proceso dispone que el texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional se aducirá en copia al proceso, de oficio o a solicitud de parte. En este sentido, el Tribunal observa que las normas urbanísticas citadas, a saber, los Decretos del Alcalde Mayor del Distrito Capital de Bogotá 059 de 2007, 159 de 2004 y 333 de 2010, son normas de alcance no nacional.

En el presente caso, se ha cumplido con la incorporación de los textos de estos decretos distritales, como lo manda el artículo 177 del CGP, puesto que ellos fueron remitidos con el peritaje de la entidad oficial Secretaria Distrital de Planeación, el cual, en la respuesta a la primera pregunta, remite su texto. Esta respuesta fue trasladada a ambas partes por el término fijado por el Tribunal, sin que alguna de ellos se opusiera a su contenido.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

La remisión de tales normas obedeció a la solicitud de la sociedad convocante, quien formuló la primera pregunta del cuestionario remitido a dicha entidad, pregunta que consistió en: *"Informe cuál era la UPZ que se encontraba rigiendo en agosto de 2011 para el predio ubicado en la carrera 13 # 81 - 24 de Bogotá y envíe copia de dicha UPZ."*

Se observa en consecuencia, que el texto de las citadas normas se encuentra debidamente incorporado al expediente por solicitud de la parte convocante.

2. De lo expuesto surge a las claras, no solamente que la denominada segunda planta del local arrendado o quinto piso no es edificable sino que, en estricto sentido, no puede usarse; y si no puede usarse, no puede ser objeto de un contrato de arrendamiento; de hecho, si se habilitara para algún uso, se computaría como piso adicional y ello iría en contra de la limitación expresa contenida en la UPZ y en la licencia de construcción del edificio.

Esta conclusión se sustenta en las normas distritales urbanísticas antes citadas, así como en las explicaciones que de ellas se presentaron en el peritaje de la Secretaría Distrital de Planeación, en el testimonio del arquitecto Jorge Pardo Castro y del perito José Alfonso Carrizosa, todos los cuales son coincidentes en afirmar la conclusión antes expresada, con suficientes explicaciones de las razones que los llevan a sostenerla.

3. Por lo tanto, el contrato es nulo de nulidad absoluta parcial, en cuanto recae sobre la denominada segunda planta o quinto piso, que en realidad no es sino la cubierta del edificio, pues ello contraviene el ordenamiento urbanístico (la UPZ y su expresión jurídica particular y concreta, que es la licencia de construcción) aplicable de manera imperativa al inmueble objeto del mismo. Es que no puede arrendarse lo que no puede usarse o solo puede usarse en contra del orden jurídico establecido, pues ello comporta un objeto contractual ilícito.

Como consecuencia de lo expuesto, y en acatamiento del principio de salvación del negocio jurídico y preservación del contrato, este Tribunal declarará la nulidad del contrato de arrendamiento del local comercial objeto de esta

TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA CREAR CALLE 81 S.A.S.

controversia, en lo que respecta a su denominada segunda planta², con un área aproximada de doscientos metros cuadrados (200 m²). Se trata, en los términos del artículo 902 del Código de Comercio, de una nulidad parcial, en la medida que solo afecta una parte del contrato de arrendamiento, la cual es diferenciable y separable del resto del contrato, el cual, a su turno, puede sobrevivir sin la sección afectada de nulidad absoluta.

- Sobre las restituciones mutuas

Dado que se decreta la nulidad absoluta parcial del contrato, procederá el Tribunal a decretar las restituciones mutuas a que haya lugar. Sobre este particular, advierte el Tribunal que, a pesar de tratarse de un contrato de ejecución sucesiva, no encuentra que exista imposibilidad fáctica o jurídica para decretarlas.

En efecto, el tracto contractual no crea, respecto de la segunda planta del local arrendado o quinto piso, hechos no susceptibles de ser retrotraídos, pues no es un hecho cumplido haber entregado y puesto a disposición un espacio no susceptible de ser usado lícitamente para el fin que le era propio y constituía el objeto y razón de ser del contrato, como tampoco se advierte limitación alguna para que se ordene la restitución, en lo pertinente, de las sumas pagadas proporcionalmente a título de canon, como contraprestación por el uso de dicha área.

Y es que si bien, como lo señala el apoderado de la convocada, con fundamento en la doctrina, "*hay una mayor tolerancia al efecto ex nunc en los contratos de ejecución sucesiva*"³, no es menos cierto que cuando es posible retrotraer tales efectos debe imponerse dicha solución, como ocurre en el presente caso, pues "*la irretroactividad de algunas restituciones tampoco puede tomarse en forma absoluta*"⁴, en la medida en la cual dicha

² La nulidad parcial, al decir de HINESTROSA, emerge para racionalizar los efectos de la sanción legal, pues el aniquilamiento no tiene por qué abarcar íntegra la disposición sino en aquella medida en que sea necesario a su razón de ser o en que el remanente, practicada la depuración del caso, no pueda subsistir, ante todo por razones de coherencia (indivisibilidad) o de la finalidad económica de las partes. Actitud, por lo demás, correspondiente al principio de la conservación del contrato, que no quiere decir otra cosa que el acogimiento y el respeto de la autonomía privada en la medida de su legitimidad.

³ Hinestrosa Fernando, Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: EL NEGOCIO JURÍDICO Volumen II, Universidad Externado de Colombia, 2015, pag. 798.

⁴ Hinestrosa Fernando, Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: EL NEGOCIO JURÍDICO Volumen II, Universidad Externado de Colombia, 2015, pag. 796.

TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA CREAR CALLE 81 S.A.S.

retroactividad de las restituciones debe hacerse en principio, *in natura*, pues "es la consecuencia lógica y equitativa de la reacción del ordenamiento frente al quebranto de las normas que regulan la formación del negocio jurídico."⁵

En este mismo sentido, el Tribunal también se ha ocupado de estudiar la aplicación del artículo 1525 del Código Civil, en cuanto señala que "No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas."

A este respecto la jurisprudencia ha sido reiterada al señalar que se trata de una excepción "de gran sentido ético, pues tiene por fuente el clásico principio *in pari causa turpitudinen cesat repetitio*" y, por ello, el adverbio "a sabiendas" indica que "se requiere un conocimiento objetivo o conocimiento realidad frente a determinado hecho"⁶, claramente ausente en el presente caso.

La expresión "a sabiendas", contenida en la norma antes citada, introduce un elemento de intencionalidad en la conducta de la parte, la cual debe obrar con conocimiento de la existencia del objeto o causa ilícita y, a pesar de ello, cumplir con una prestación a su cargo. Este elemento volitivo debe aparecer probado en el expediente, y no es dable al Tribunal suponerlo en ausencia de pruebas que lo acrediten, puesto que constituye una excepción a la conducta de buena fe de los particulares, la cual se presume por disposición constitucional.

Con base en las pruebas obrantes en el proceso, el tribunal encuentra que ninguna de las partes era consciente *ab initio* de la prohibición urbanística de utilizar el techo o cubierta del edificio en el cual se localiza parcialmente el inmueble arrendado. En efecto, en la demanda de la convocante y en la declaración de la representante legal de la convocada se indica que dicha sociedad conoció el proyecto del restaurante Upper Side, conformado por las dos plantas que se ubicarían en los denominados 4 y 5 piso del local arrendado, y que se vinculó como socia de la sociedad convocante. Esta decisión evidencia que la arrendadora fue negligente al no establecer el alcance de la licencia de construcción, pero también prueba el convencimiento que tenía de su errado entendimiento de la misma. De este modo, queda descartado el elemento "a sabiendas" en su comportamiento precontractual.

⁵ Hinestrosa Fernando, Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: EL NEGOCIO JURÍDICO Volumen II, Universidad Externado de Colombia, 2015, pag. 795.

⁶ CSJ, Cs Civil, Sent. ene 22/71.

TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA CREAR CALLE 81 S.A.S.

La misma conclusión es predicable de la sociedad arrendataria, la cual tomó en arriendo el local en cuestión, desconociendo la prohibición urbanística, y solo llegó a ser consciente de ella cuando se propuso desarrollar la que se ha llamado segunda fase del proyecto. A partir de ese momento, esta sociedad procedió al pago proporcional del canon de arriendo y de la cuota de administración, y se abstuvo de ejecutar las obras de bar y restaurante inicialmente previstas en el quinto piso, o cubierta del edificio.

Concluye entonces el Tribunal que ninguna parte actuó "a sabiendas" de la nulidad en la que incurrieron y, por ello, no encuentra impedimento legal para proceder a ordenar las restituciones de las cosas que han dado o entregado en virtud de aquella parte del contrato que se declara nula, aunque siempre con la limitación de que materialmente sea posible dicha restitución.

Y es que, en torno a la falta de diligencia debida que hubiera conducido a determinar, ex-ante, la imposibilidad legal de destinar al objeto del contrato el área de la denominada segunda planta del local 05, tal como se ampliará más adelante a propósito de las indemnizaciones pedidas, para este Tribunal opera una forma de compensación de culpas, pues tal exigencia podría hacerse en términos comparables de cualquiera de los contratantes, en su calidad de comerciantes avezados, el uno en la construcción y explotación de inmuebles, y el otro en la explotación del negocio de restaurantes, bares, discotecas y salones de onces.

A manera de conclusión sobre este aspecto del litigio, este Tribunal procederá a decretar las restituciones mutuas a que haya lugar, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Son el efecto natural e inexcusable de la nulidad, siempre que sean posibles y salvo disposición legal expresa en contrario⁷; no son pues, discrecionales del juzgador;
2. El deber restitutorio propio de la nulidad no está influido por los conceptos de responsabilidad o culpa, en cuanto corresponde a la exigencia máxima del restablecimiento de la legalidad⁸;
3. Su tratamiento está pues sujeto, exclusivamente, a consideraciones prácticas y, eventualmente, de equidad⁹;

⁷ Hiestrosa, Op. Cit, páginas 777 y siguientes.

⁸ Hiestrosa, Op. Cit, páginas 777 y siguientes.

⁹ Hiestrosa, Op. Cit, páginas 777 y siguientes.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

4. En el ordenamiento legal colombiano se prohíben solamente en aquellos casos en los que pueden conducir a que se mantenga lo dado o pagado por causa u objeto ilícito, "a sabiendas";

5. Como ha quedado dicho, la doctrina y la jurisprudencia han sido reiteradas en reconocer que la expresión "a sabiendas" supone un concepto de intencionalidad, que este Tribunal encuentra ausente en el presente caso;

En consideración a todo lo expuesto, este Tribunal declarará frente a la pretensión subsidiaria segunda de la convocante, que Upper Side SAS nunca ha estado obligada al pago de la prorrata de los cánones de arrendamiento y cuotas de administración que corresponden proporcionalmente a la quinta planta del inmueble que es objeto del presente proceso.

En idéntico sentido, el Tribunal declarará que el canon de arrendamiento y las cuotas de administración que la convocante está obligada a pagar, se debían reconocer tomando como base la proporción que le corresponde al área del cuarto piso del Edificio Calle 81.

Del mismo modo, en respuesta a la pretensión cuarta subsidiaria de la convocante, este Tribunal declarará que los incrementos en el canon de arrendamiento y las cuotas de administración deberán ser realizados en la forma prevista en el contrato de arrendamiento, pero tomando como base el valor que proporcionalmente le corresponde a la cuarta planta del inmueble arrendado.

Sobre este particular y en relación con la pretensión quinta subsidiaria de la convocante, el Tribunal declarará que Upper Side SAS efectuó pagos en exceso a Crear Calle 81 SAS en cuantía de \$418.624.172, correspondientes a 33 meses del canon proporcionalmente atribuible a dicha planta quinta, comprendidos entre diciembre de 2011 y agosto de 2014.

Sin embargo, no escapa a la atención de este Tribunal que, unilateralmente, la convocada dejó de atender el pago de cánones de arrendamiento y cuotas de administración de los meses de septiembre de 2014 a septiembre de 2015, y el pago parcial por la suma \$12.996.426 para las obligaciones de canon y cuota de administración de octubre de 2015, por lo que, como efecto de la restitución aplicable a este caso, declarará la eficacia jurídica de la imputación realizada por la convocante, como modo de extinguir las obligaciones a su cargo y a favor de la arrendadora de pagar los cánones de arriendo y cuotas de administración en el periodo y por los valores referidos.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

El Tribunal acoge el cálculo que la arrendataria Upper Side SAS realizó sobre las sumas pagadas en exceso, así como el cálculo de su imputación al pago de cánones de arrendamiento y cuotas de administración, puesto que la liquidación de tales valores no fue discutida por la sociedad demandada. En efecto, el Tribunal observa que la convocada se opuso a la existencia del pago en exceso, y en su lugar alegó la ocurrencia de incumplimiento de Upper Side, y también se opuso a la procedencia de la imputación de pagos realizada por ésta; pero no se opuso a la exactitud de los cálculos realizados por ésta, por lo que al no ser de recibo aquellas consideraciones, tales cálculos se convalidan.

Por su parte, en su deber de declarar de forma oficiosa las restituciones mutuas, el Tribunal ordenará a la sociedad arrendataria devolver la denominada quinta planta a la arrendadora.

- Sobre las indemnizaciones pedidas por la convocante

Respecto de las indemnizaciones pedidas por la parte convocante en su pretensión sexta, el Tribunal encuentra lo siguiente.

En el presente caso se observa que las partes recorrieron una fase precontractual que las llevó a la celebración del contrato de arrendamiento en cuestión, el cual fue luego declarado nulo por la inobservancia de una norma imperativa de naturaleza urbanística de alcance distrital. Esto significa que durante la fase de negociación y celebración del contrato aquí analizado las partes no indagaron si la normatividad vigente prohibía el uso, y por ende el arriendo, de la denominada segunda planta del local 05 o piso quinto, que en realidad corresponde al techo del edificio. Esta omisión las llevó a pactar en contra de una norma imperativa, configurándose así la nulidad absoluta parcial ya señalada.

Durante la fase precontractual, las partes se encuentran vinculadas por una relación especial, que les impone deberes y cargas recíprocos, que protegen sus propios intereses, sustentados todos en el principio de la buena fe, tal como lo dispone el artículo 863 del Código de Comercio. Dentro de ellos se encuentran los relativos a la información sobre el futuro contrato, aspecto que constituye una carga, así como un deber.

En efecto, cada parte está llamada a indagar sobre la legalidad y conveniencia del contrato que pretende celebrar, configurándose así una carga que protege a la propia parte. Esta conducta se desarrolla en interés propio, con el fin de que el individuo que negocia un contrato pueda evaluar correctamente los resultados posibles del mismo, y decidir si son los que pretende, de acuerdo con su interés mercantil y situación patrimonial. Así mismo, cada parte está

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

llamada a brindar a la otra parte la información que conozca sobre el futuro contrato, evitando resultados nocivos como la eventual declaratoria nulidad del contrato.

De este modo, se observa que cada parte debe buscar información para sí misma, y debe entregar información a la otra parte. No existe un límite preciso sobre cuál información debe ser obtenida, ni cuál información debe ser suministrada, por lo que en cada caso debe atenderse a su naturaleza y a las condiciones de acceso a tal información.

En este caso, el Tribunal encuentra que ambas partes incurrieron en omisiones negligentes, pues la nulidad del contrato se fundamenta en la ausencia de información sobre una norma administrativa urbanística, que es pública y de fácil consulta.

En relación con la parte arrendadora, el Tribunal encuentra que la sociedad Crear Calle 81 SAS (antes denominada Renovar Ciudad Calle 81 SAS, según su certificado de existencia y representación legal) fue la solicitante de la licencia de construcción del edificio en el cual se ubica el local arrendado, y que esa solicitud se limitó a cuatro pisos, sin que se estableciera algún uso permitido al techo del edificio (área que en el contrato fue denominada como 5ª planta).

Por ende, la respectiva licencia de construcción de dicho edificio claramente indica que la altura permitida es de cuatro pisos. No se observa que Crear Calle 81 haya realizado esfuerzo o tarea alguna para averiguar el alcance de dicha disposición contenida en la licencia de construcción, a pesar de que la debía conocer, por haber sido su solicitante. Sin soporte alguno, esta sociedad dedujo que el techo del edificio es un piso susceptible de ser usado para arrendar, y así lo ofreció a la arrendataria, y ha sostenido esa errada posición a lo largo de todo el proceso.

La sociedad arrendadora confundió el concepto de “posibilidad física” con el de “licitud”, y arribó a la equivocada conclusión de que es lícito arrendar para uso comercial el techo del edificio, porque es físicamente posible acceder a él y desplazarse sobre el mismo. Este error fue evidente durante la audiencia de contradicción del perito José Alfonso Carrizosa, en la cual el apoderado de la arrendadora hizo preguntas sobre la posibilidad física de que una persona camine sobre el techo del edificio, y realice actividades como fumar o beber licores, preguntas dirigidas a rebatir las conclusiones de dicho perito sobre la prohibición urbanística de usar el techo del edificio citado.

En toda su argumentación en las fases precontractual, contractual y arbitral, la arrendadora consideró que era posible usar el techo del edificio, olvidando por

TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA CREAR CALLE 81 S.A.S.

completo otro requisito de la prestación, autónomo e independiente, esto es, la licitud. De este modo, esta sociedad ha sostenido que el arriendo en contra de la norma urbanística es lícito, desconociendo los artículos 16 y 1519 del Código Civil y 899 del Código de Comercio, los cuales califican como con objeto ilícito los pactos contrarios a las normas imperativas.

En relación con la parte arrendataria, el Tribunal encuentra que también omitió informarse sobre el uso autorizado de la cubierta del edificio. Dos aspectos permiten apuntalar la ocurrencia de esta omisión. Primero, la configuración misma de la denominada 5ª planta, que se repite, no es más que la cubierta o techo del edificio. De acuerdo con las fotos incluidas en peritajes aportados a este proceso, así como del acta de entrega del local arrendado, y de la exposición del perito José Alfonso Carrizosa, el Tribunal entiende que el techo del edificio es un espacio abierto, sin muros o vallas de contención que eviten caídas, sin un recubrimiento en el piso que permita la circulación, pues tan solo cuenta con una capa de material impermeabilizante, y que en dicha área únicamente se encuentran instalados equipos de uso del edificio. La simple vista de semejante panorama dista mucho de lo que de forma común constituye una terraza susceptible de ser usada para un bar o restaurante abierto al público.

De acuerdo con lo expresado por el apoderado de la convocante en sus alegatos de conclusión, se tiene que la arrendataria conoció el local objeto del arrendamiento durante la fase precontractual, y no se preguntó el motivo por el cual dicha área carecía de los mínimos elementos que permitieran considerarla como una terraza apta para uso como restaurante o bar abierto al público. Simplemente se limitó a creer en el dicho de la arrendadora, en una actitud incompatible con la carga de información que debe asumir el buen hombre de negocios. Y a esta consideración debe añadirse lo expuesto por el testigo Mariano Marcos Remón, quien explicó que es fácil y gratuito obtener información sobre la prohibición de uso de la cubierta del edificio, pues basta realizar la consulta verbal en una curaduría urbana, sin cita previa y sin pago de suma alguna.

El Tribunal estima que el hombre prudente de negocios es aquel que se informa sobre el régimen legal aplicable a sus contratos, y que investiga el alcance con el cual puede usar bienes sobre los que recae una expresa limitación urbanística. Ese comportamiento en beneficio propio constituye una carga y una exigencia que le garantiza la validez de sus contratos. Concluye el Tribunal que ambas partes incurrieron en negligencia en la fase precontractual, pues omitieron informarse sobre si el contrato que negociaron era permitido o prohibido por la norma urbanística. Si cualquier de ellas hubiera adelantado esta averiguación previa, este litigio no habría tenido lugar.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

La indemnización de los perjuicios causados en la fase precontractual se cimenta en esa especial relación que vincula a las partes que entran en tratativas prenegociales. Su naturaleza no es la de la responsabilidad contractual ni extracontractual, sino que se trata de un régimen propio, no por eso desarticulado de los principios que gobiernan la responsabilidad civil.

Por ello, en la responsabilidad precontractual, la parte que reclama una indemnización debe presentarse libre de culpa, lo cual supone que atendió las cargas y deberes propios de esta fase. A su turno, la parte de quien se reclama tal indemnización debe haber infringido alguno de esos deberes. Se trata entonces de una responsabilidad basada en la culpa precontractual probada.

Conforme a lo expresado, el Tribunal concluye que no es procedente decretar las indemnizaciones pedidas por la parte convocante en su pretensión sexta subsidiaria, pues dicha parte contribuyó con su negligencia a su causación, en igualdad de condiciones frente a la parte demandada.

En adición a lo anterior, el Tribunal encuentra los siguientes reparos a las tres indemnizaciones pedidas por la convocante:

- Indemnización por costo financiero por el pago de lo debido. Esta pretensión no es procedente, porque dichos dineros pagados en exceso fueron utilizados para pagos de cuotas de arrendamiento y cuotas de administración, como lo declaró ante el Tribunal al referirse a las restituciones mutuas.

- Indemnización por el aporte que realizaría el nuevo inversionista Mariano Marcos, a la sociedad Upper Side SAS. El Tribunal observa que este daño nunca se produjo, porque al inicio de las negociaciones sobre su ingreso como accionista de la citada sociedad, dicha persona se informó sobre la prohibición legal de construir el techo del edificio, por lo que dicha inversión no alcanzó a concretarse, y solo fue una exploración básica de una perspectiva de negocio, de la cual no puede surgir responsabilidad precontractual por la pérdida de una oportunidad negocial. Además, no existe prueba suficiente sobre la cuantía de la supuesta inversión, ya que al proceso no se aportó documento alguno que la probara.

- Indemnización de la utilidad dejada de percibir por no desarrollar la quinta planta. Esta indemnización es improcedente, pues lo que se pide corresponde al interés positivo o interés de cumplimiento del contrato, el cual solo surge si las partes logran celebrar un contrato válido.

TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA CREAR CALLE 81 S.A.S.

Contrario sensu, esta indemnización es improcedente en un caso como este, de responsabilidad precontractual por contrato nulo, pues la parte que reclama la indemnización no logró celebrar un contrato válido (artículo 1602 C.C.), por lo que no puede pretender reclamar el beneficio que habría obtenido si el mismo lo fuera.

Finalmente, por efecto de la nulidad decretada, el Tribunal encuentra que la convocada no debía entregar la denominada quinta planta, por lo que no procede condenarla al pago de la cláusula penal establecida en el contrato de arrendamiento.

E. Frente a las pretensiones de la demanda de reconvención

Advierte el Tribunal que las pretensiones primera a décima de la demanda de reconvención reformada, con excepción de las pretensiones cuarta y quinta, se refieren a:

- la declaración de terminación del contrato de arrendamiento por incumplimiento en el pago del canon por parte de Upper Side SAS (pretensión primera),
- la declaración según la cual Upper Side SAS está en mora de pagar las cuotas de administración desde diciembre 2014 hasta la fecha (pretensión segunda),
- la declaración de terminación del contrato de arrendamiento por la mora anterior (pretensión tercera),
- la condena a la convocante a pagar la cláusula penal prevista en el contrato de arrendamiento (pretensión sexta),
- la condena a la convocante a pagar intereses de mora sobre las cifras adeudadas a la convocada (pretensión séptima),
- la declaración del derecho de retención a favor de Crear Calle 81 SAS (pretensión octava),
- ordenar a Upper Side SAS la restitución del inmueble arrendado (pretensión novena), y
- proceder al lanzamiento de la arrendataria (pretensión décima).

Como quiera que este Tribunal, de conformidad con la ya expuesto, procederá a declarar la nulidad absoluta parcial del contrato de arrendamiento, en cuanto

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

recae sobre dicha segunda planta, desestimará una a una las pretensiones primera a décima, con exclusión de las pretensiones cuarta y quinta, pues todas ellas se basan en la validez del contrato respecto de dicha segunda planta, y en las obligaciones surgidas de forma correlativa por el uso de esa área a cargo de Upper Side SAS.

En este mismo sentido y por idénticas consideraciones, no encuentra este Tribunal que deba pronunciarse sobre las excepciones propuestas por la convocante frente a las pretensiones de la demanda de reconvención reformada.

En relación con la pretensión cuarta, consistente en condenar a Upper Side SAS a reembolsar a Crear Calle 81 SAS el impuesto a las ventas (IVA) que esta ha pagado a la DIAN por cánones de arrendamiento facturados y no pagados, en cuantía de \$108.103.015, el Tribunal observa que el artículo 484 del Estatuto Tributario Colombiano (Decreto 624 de 1989) contiene disposiciones que permiten la recuperación del IVA pagado en relación con operaciones que son posteriormente anuladas, rescindidas o resueltas, por lo que encuentra que este es un asunto específicamente atinente a la relación fisco-contribuyente. Por lo tanto, se negará esta pretensión.

Respecto de la pretensión quinta, consistente en declarar que Upper Side SAS está en mora de pagar a Crear Calle 81 SAS la suma de \$12.000.000 por concepto de multa contractual prevista en la cláusula novena del contrato de arrendamiento, impuesta en virtud del retraso de apertura del local comercial, el Tribunal considera lo siguiente.

La citada multa contractual fue prevista en el contrato, como la obligación de Upper Side SAS de pagar un salario mínimo mensual vigente por cada día de retraso en la apertura del local. De acuerdo con la demanda de reconvención, la arrendataria declaró deber \$36.000.000, y se encuentra en mora de pagar \$12.000.000 de dicha suma.

No obstante, encuentra el Tribunal que si bien la arrendataria aceptó inicialmente pagar la suma referida, la multa en comento se refiere al incumplimiento en la apertura del restaurante en la fecha acordada por las partes.

Conforme a lo expuesto en este laudo, no es válida la obligación de abrir el restaurante en el denominado piso quinto, o techo del edificio. Y esa nulidad cobija, en términos generales, a una tercera parte del área arrendada y, por consiguiente, a una proporción similar de los pagos a cargo de Upper Side SAS.

TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA CREAR CALLE 81 S.A.S.

Esta conclusión también se aplica a la multa contractual referida, por lo que el Tribunal encuentra la existencia de una excepción que enerva esta pretensión, consistente en que no existe obligación de pagar una tercera parte de la multa referida, pues no era válida la obligación de abrir el restaurante en el área correspondiente.

De este modo, la suma que ya pagó Upper Side SAS por concepto de esta multa, es pago completo de la misma, sin que sea procedente condenarla al pago de los \$12.000.000 restantes. Por ende, se negará también esta pretensión.

Sobre la pretensión de condenar en costas a la convocante, se pronunciará el Tribunal más adelante

V. OTRAS DECISIONES

A. Tacha del testimonio del señor Jorge Pardo Castro

En la audiencia celebrada el 19 de enero de 2017, en la cual se recibió el testimonio del señor Jorge Pardo Castro, el apoderado de la parte convocada tachó por sospechoso a dicho testigo. El argumento de esta tacha consiste en que el testigo reconoció que la sociedad convocante le pago honorarios por el estudio técnico en el cual, tras estudiar la licencia de construcción y las normas urbanísticas del edificio Calle 81, concluyó que no es permitido concluir la denominada quinta planta. La tacha señala que se trata de una persona que ha rendido una opinión onerosa, es decir, que se le ha pagado por dicha opinión, lo cual afecta su imparcialidad.

Este Tribunal no encuentra que la situación esgrimida permita desvirtuar *ex-ante* la imparcialidad en el testigo, puesto que haber sido consultor de cualquiera de las partes no implica de suyo una calificación de parcialidad. Además, el hecho de recibir honorarios es una conducta normal en el ejercicio de su profesión, manifestación de su derecho constitucional al trabajo, que por sí sola no genera sospecha sobre su imparcialidad, por lo que así lo declarará en la parte resolutive del presente laudo.

B. Condena en costas y agencias en derecho

En relación con la condena es costas, los numerales 1 y 5 del artículo 365 del CGP disponen que, por regla general, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y que, en caso de que prospere parcialmente la

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

En este caso, el Tribunal encuentra que:

(i) la demanda de la convocante prosperó parcialmente, mientras que la demanda de reconvenición fue rechazada, por lo que ninguna parte puede considerarse como totalmente vencida;

(ii) que el negligente comportamiento de ambas partes durante las fases precontractual y contractual ocasionó la nulidad absoluta parcial del contrato de arrendamiento, y motivó el presente litigio; y

(iii) los honorarios y gastos de este arbitraje fueron inicialmente pagados por la convocante, y que a continuación la convocada le restituyó la mitad (folio 127 cuaderno principal 2).

En vista de que ninguna parte fue totalmente vencida, ambas partes ocasionaron este proceso y ambas lo pagaron lo que les correspondía, el Tribunal se abstendrá de pronunciar condena en costas y agencias en derecho.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto este Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en el nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE:

PRIMERO: Desestimar la totalidad de las pretensiones principales de la demanda reformada, y declarar la prosperidad de la excepción sexta de la convocada, por los motivos expresados en las consideraciones del presente fallo.

SEGUNDO: En virtud de la pretensión subsidiaria primera de la demanda reformada, declarar la nulidad absoluta parcial de contrato de arrendamiento del local 05 del Edificio Calle 81, en cuanto recae sobre la denominada segunda planta o quinto piso.

TERCERO: En virtud de la pretensión subsidiaria segunda de la demanda reformada, declarar que Upper Side SAS nunca ha estado obligada al pago de

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

la prorrata de los cánones de arrendamiento y cuotas de administración que corresponden proporcionalmente a la quinta planta del inmueble que es objeto del presente proceso.

CUARTO: En virtud de la pretensión subsidiaria tercera de la demanda reformada, declarar que el canon de arrendamiento y las cuotas de administración que la convocante está obligada a pagar, se deben reconocer tomando como base, exclusivamente, la proporción que le corresponde al área del cuarto piso del Edificio Calle 81, así:

- a. Para el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2011 al 30 de noviembre de 2012, por concepto de canon de arrendamiento la suma de \$25'666.667.oo (IVA incluido) y por cuota de administración la suma de \$2'320.000.oo (IVA incluido).
- b. Para el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2012 al 30 de noviembre de 2013, por concepto de canon de arrendamiento la suma de \$24'746.667.oo (IVA incluido) y por cuota de administración la suma de \$2'320.000.oo (IVA incluido).
- c. Para el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2013 al 30 de noviembre de 2014, por concepto de canon de arrendamiento la suma de \$27'917.952.oo (IVA incluido) y por cuota de administración la suma de \$2'969.600.oo (IVA incluido).
- d. Para el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2014 al 30 de noviembre de 2015, por concepto de canon de arrendamiento la suma de \$28'738.740.oo (IVA incluido) y por cuota de administración la suma de \$3'448.649.oo (IVA incluido).
- e. Para el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2015 al 30 de agosto de 2016, por concepto de canon de arrendamiento la suma de \$30'077.965.oo (IVA incluido) y por cuota de administración la suma de \$3'609.356.oo (IVA incluido).

QUINTO: En virtud de la pretensión subsidiaria cuarta de la demanda reformada, declarar que los incrementos en el canon de arrendamiento y las cuotas de administración son procedentes en la forma prevista en el contrato de arrendamiento, pero tomando como base el valor que proporcionalmente le corresponde a la cuarta planta del inmueble arrendado.

SEXTO: En virtud de la pretensión subsidiaria quinta de la demanda reformada, declarar que Upper Side SAS efectuó a Crear Calle 81 SAS pagos

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

en exceso en cuantía de \$418.624.172, correspondientes a 33 meses del canon proporcionalmente atribuible a dicha planta quinta, comprendidos entre diciembre de 2011 y agosto de 2014.

SÉPTIMO: Desestimar las excepciones presentadas por la convocada en contra de las pretensiones subsidiarias primera a quinta de la demanda reformada.

ÓCTAVO: Como restitución derivada de la nulidad parcial absoluta del contrato de arrendamiento, declarar de oficio la eficacia jurídica de la imputación al pago efectuada por la arrendataria Upper Side SAS, como modo de extinguir sus obligaciones a favor de la arrendadora Crear Calle 81 SAS correspondientes al pago de cánones de arrendamiento y cuotas de administración de los meses de septiembre de 2014 a septiembre de 2015, y el pago parcial por la suma \$12.996.426 para las obligaciones de canon y cuota de administración de octubre de 2015.

NOVENO: Como restitución derivada de la nulidad parcial absoluta del contrato de arrendamiento, condenar de oficio a la arrendataria Upper Side SAS a devolver a la arrendadora Crear Calle 81 SAS la denominada quinta planta del local arrendado.

DÉCIMO: Desestimar las pretensiones subsidiarias sexta y séptima de la demanda reformada, por los motivos expuestos en la parte considerativa del presente laudo.

DÉCIMO PRIMERO: Desestimar la totalidad de las pretensiones de la demanda de reconvencción reformada presentada por Crear Calle 81 SAS por los motivos expuestos en la parte motiva de este laudo.

DECIMO SEGUNDO: Denegar la tacha de sospecha presentada por Crear Calle 81 SAS en contra del testigo José Edgar Alfonso Pardo Castro, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO TERCERO: Abstenerse de pronunciar condena en costas y agencias en derecho, por los motivos expuestos en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO CUARTO: Ordenar la entrega de copias del presente laudo a las partes.

DÉCIMO QUINTO: Decretar el pago de los honorarios de los árbitros y secretario por los valores restantes.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE UPPER SIDE S.A.S. CONTRA
CREAR CALLE 81 S.A.S.**

DÉCIMO SEXTO: Ordenar el archivo del expediente de este caso en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, una vez se encuentre ejecutoriado este laudo.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

JUAN PABLO GODOY FAJARDO
PRESIDENTE TRIBUNAL

EDUARDO SILVA ROMERO
ARBITRO
Con Salvamento de Voto Parcial

ÁLVARO CEBALLOS SUÁREZ
ARBITRO

CARLOS ANDRÉS PERILLA CASTRO
SECRETARIO