

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

ALADINO FEGED LIMITADA

CONTRA

HOTELES CHARLESTON S.A.S

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., Cinco (5) de febrero de dos mil trece (2013)

El Tribunal de Arbitraje conformado para dirimir las controversias jurídicas suscitadas entre Aladino Feged Ltda. y Hoteles Charleston S.A.S, profiere el presente laudo arbitral después de haberse surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, Decreto 2651 de 1991, Ley 446 de 1998, en el Código de Procedimiento Civil, así como en el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con lo cual decide el conflicto planteado en la demanda, contestación, demanda de reconvenición, contestación y correspondientes réplicas.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES

1.- Partes y representantes.

La parte convocante en el presente proceso es Aladino Feged Ltda., sociedad comercial debidamente constituida y domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C. y que se encuentra legalmente representada por Eliana Rivadeneira de Feged, de conformidad con el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá,

obranste a folios 10 y 11 del Cuaderno Principal No.1 y que estuvo debidamente representada por el apoderado judicial que designó, a quien se le reconoció personería para actuar en el presente proceso de conformidad con el poder obrante a folio 9 y 47 del mismo cuaderno principal.

La parte convocada es Hoteles Charleston S.A.S, sociedad comercial debidamente constituida y con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C. la cual está representada legalmente por Mauricio Gómez Ordoñez, de conformidad con el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, obrante a folios 12 a 14 del Cuaderno Principal No.1. En este proceso la parte convocada actúa por intermedio de apoderado judicial que designó, a quien se le reconoció personería para actuar en el presente proceso de conformidad con el poder obrante a folio 52 del mismo cuaderno principal.

2.- El pacto arbitral.

El pacto arbitral que sirve de fundamento al presente proceso se encuentra contenido en la cláusula compromisoria prevista en la cláusula Décimo Sexta del Contrato de Licencia de Uso de Software, celebrado entre Aladino Feged Ltda y Hoteles Charleston S.A.S., firmado el día 11 de enero de 2008 y que obra a folios 1 a 8 del cuaderno de pruebas No. 3. La cláusula compromisoria en comento es del siguiente tenor:

"DÉCIMO SEXTO, JURISDICCIÓN Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. El presente contrato está regido y debe ser interpretado de acuerdo con la ley colombiana.

Si surgiere alguna diferencia, disputa o controversia entre las partes por razón o con ocasión del presente Contrato, las partes buscarán de buena fe un arreglo directo antes de acudir al trámite arbitral aquí previsto. En consecuencia, si surgiere alguna diferencia, cualquiera de las partes notificará a la otra la existencia de dicha diferencia y una etapa de arreglo directo surgirá desde el día siguiente a la respectiva notificación. Esta etapa de arreglo directo culminará a los treinta (30) días siguientes a la fecha de su comienzo.

Si no hubiere arreglo entre las partes dentro de la etapa antedicha, cualquiera de ellas podrá dar inicio al arbitraje institucional. En

consecuencia, a la diferencia, disputa o controversia correspondiente será sometida a la decisión definitiva y vinculante de un tribunal de arbitramento, conformado por un (1) árbitro designado por la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante sorteo efectuado entre a lista de los árbitros inscritos en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la mencionada Cámara. Este árbitro decidirá en derecho, aplicará la ley colombiana a los méritos de la controversia, sesionará en la ciudad de Bogotá y se registrá por las normas de funcionamiento previstas para el efecto por dicho Centro de Arbitraje y Conciliación."

3.- Convocatoria del Tribunal, designación del Árbitro Único y etapa introductoria del proceso.

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

3.1.- La demanda con la que se dio inicio al presente proceso fue presentada día 25 de noviembre de 2011, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien en desarrollo de las disposiciones procesales correspondientes y del pacto arbitral, señaló fecha para el sorteo público de designación de árbitro único para el 6 de diciembre de 2011, reunión que fue aplazada por solicitud conjunta de las partes.

Obrando igualmente de consuno las partes decidieron nombrar como árbitro único al Doctor Antonio Pabón Santander, quien notificado de la designación, oportunamente aceptó la misma.

3.2.- Cumplido lo anterior, el día 27 de enero de 2012 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitraje, en donde además de declararse legalmente instalado, el Tribunal designó al Doctor Henry Sanabria Santos como Secretario, quien manifestó oportunamente su aceptación y tomó posesión del cargo de acuerdo con lo señalado por el artículo 20 del Decreto 2279 de 1989. En esa misma audiencia se fijó como sede del Tribunal y de su Secretaría las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. (Fls. 64 a 66 C. Principal No.1)

3.3.- En esa misma audiencia, el Tribunal admitió la demanda y ordenó correr traslado de ella a la parte convocada por el término legal de diez días.

3.4.- El 27 de enero de 2012, la parte convocada recibió notificación personal del auto admisorio de la demanda a través de su apoderado judicial. (Fl. 67 C. Principal. No. 1).

3.5.- De manera oportuna el extremo convocado dio contestación a la demanda, negando algunos hechos y absteniéndose de contestar otros, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y formulando excepciones de mérito. Acompañó documentos que fueron incorporados al expediente (Fls. 68 a 80 del C. Principal No.1).

Igualmente, la parte convocada formuló demanda de reconvención, que fue admitida mediante auto No. 2 del 16 de febrero de 2012.

3.6.- Contra la anterior providencia la parte convocante interpuso recurso de reposición, el cual, luego del traslado de rigor, fue revocado mediante auto No. 3 del 12 de marzo de 2012 y, en su lugar, se inadmitió la demanda de reconvención, la cual fue oportunamente subsanada por el extremo convocado (Fls. 91 a 109 del C. Principal No.1).

3.7.- Mediante auto No. 4 del 28 de marzo de 2012, se admitió la demanda de reconvención, providencia contra la cual se interpuso nuevamente recurso de reposición que fue negado por auto No. 5 del 25 de abril de 2012 (Fls. 111 a 125 del C. Principal No.1).

3.8.- El 9 de mayo de 2012 el extremo convocante en forma oportuna dio contestación a la demanda de reconvención formulando excepciones de mérito (Fls. 128 a 137 del C. Principal No.1).

3.9.- Surtido el traslado conjunto de las excepciones de mérito propuestas por las partes, mediante el sistema de fijación en lista de que trata el artículo 108 del C. de P.C., las partes guardaron silencio.

3.10.- El 23 de mayo de 2012 se celebró la audiencia de conciliación en la cual las partes no llegaron a acuerdo conciliatorio alguno, por lo cual el Tribunal procedió a fijar las sumas correspondientes a honorarios y gastos que fueron oportunamente canceladas por las partes (Fls. 139 a 147 del C. Principal No.1).

4.- Primera audiencia de trámite, etapa probatoria y alegaciones finales.

4.1.- El día 3 de julio de 2012 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite (Fls. 150 a 156 del C. Principal No.1), donde luego de dar lectura al pacto arbitral y a las cuestiones sometidas a arbitraje, el Tribunal:

(i) se declaró no competente para conocer de las diferencias surgidas entre las partes contenidas en la demanda de reconvención y en su contestación, y

(ii) se declaró competente para tramitar y decidir las controversias surgidas entre las partes, contenidas en la demanda de principal y su contestación.

Contra la anterior providencia el extremo convocado interpuso recurso de reposición en lo concerniente a la decisión de no asumir competencia para conocer de las pretensiones incorporadas en la demanda de reconvención. De dicho recurso se corrió traslado a la parte convocante, quien expuso las razones de oposición al mismo. A efecto de resolver el recurso de reposición interpuesto, el Tribunal consideró pertinente suspender la primera audiencia de trámite.

4.2.- El 13 de julio de 2012 se continuó con la primera audiencia de trámite y en dicha audiencia se revocó parcialmente el auto recurrido y, en su lugar, el Tribunal se declaró competente para conocer de la controversia planteada en la demanda de reconvención. En esa misma audiencia,

siguiendo el trámite previsto en la Ley, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes en la demanda, en la contestación, en la demanda de reconvención, en la contestación y en las correspondientes réplicas y demás oportunidades consagradas por el ordenamiento procesal, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

4.2.1.- Se recibió la declaración del perito Jorge Hernando Díaz Valdiri, perito citado a declarar en virtud de lo previsto por el artículo 116 de la Ley 1395 de 2010.

4.2.2.- Se tuvo como prueba trasladada los documentos aportados con el escrito de contestación de la demanda arbitral y demanda de reconvención.

4.2.3.- Se decretó la práctica de un dictamen pericial contable a cargo de Gloria Zady Correa Palacio, perito que oportunamente tomó posesión del cargo y rindió su peritaje.

4.2.4.- Teniendo en cuenta que las pruebas fueron decretadas, practicadas y recaudadas en su totalidad, el Tribunal señaló el 20 de noviembre de 2012 para celebrar la audiencia de alegatos de conclusión.

5.- Término de duración del proceso.

El término de duración del presente proceso es de seis meses como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto, término cuyo cómputo inició a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, esto es, el día 13 de julio de 2012. (Fls. 157 a 168 del C. Principal No.1).

En consecuencia, el plazo para proferir la decisión finalizaría el 13 de enero de 2013. Sin embargo, mediante auto No. 19 del 20 de noviembre de 2012, por considerarlo necesario para proferir el laudo y teniendo en cuenta que el arbitraje es de naturaleza institucional, el Tribunal de oficio amplió el término de duración del proceso por dos (2) meses más, con apoyo en lo

previsto en el artículo 14 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, providencia que fue debidamente notificada a las partes en estrados y que cobró firmeza convirtiéndose en ley del proceso.

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

CAPITULO SEGUNDO

SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1.- Las pretensiones de la demanda.

Las pretensiones de la parte convocante fueron formuladas en el libelo en los siguientes términos:

"PRETENSIONES:

Solicito que el árbitro único que sea sorteado por ese Centro de Arbitraje, en el laudo que haya de proferirse, haga las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA: Que se declare que la terminación unilateral y arbitraria del contrato de Licencia de Uso de Software celebrado el día 11 de enero de 2008 entre HOTELES CHARLESTON y ALADINO FEGED, por parte de HOTELES CHARLESTON, desde el día 21 de septiembre de 2009, le causó daños y perjuicios a ALADINO FEGED.

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior, se declare que HOTELES CHARLESTON es civilmente responsable por todos los daños y perjuicios que le ocasionó a ALADINO FEGED por la terminación unilateral y arbitraria del mencionado contrato de Licencia de Uso de Software.

TERCERA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a HOTELES CHARLESTON a pagar a ALADINO FEGED, a título de indemnización de perjuicios, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo arbitral que así lo disponga, la totalidad de los perjuicios que le causó con ocasión de la terminación unilateral y anticipada del contrato de Licencia de Uso de Software, el daño emergente y el lucro cesante, por los siguientes conceptos:

Una indemnización para reparar las mensualidades pasadas dejadas de recibir derivadas del contrato de licencia de Uso de Software IGUANA INN, hasta el mes de Octubre de 2011, por valor de TRESCIENTOS CUATRO MILLONES QUINIENTOS VEINTITRÉS MIL

NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO pesos (\$304.523.955), o la suma mayor que se demuestre en el proceso.

El valor de los intereses moratorios causados sobre el valor de las mensualidades pasadas dejadas de percibir hasta el mes de Octubre de 2011, por valor de CIENTO TREINTA Y CUATRO MILLONES UN MIL DOSCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS CON SESENTA Y UN CENTAVOS (\$134.001.272,61), o la suma mayor que se demuestre en el proceso, desde la fecha de su causación y hasta cuando su pago se produzca.

El valor de la totalidad de los ingresos futuros a corto plazo, para un periodo de cinco (5) años (Octubre de 2011 a Septiembre de 2016) dejados de percibir por el contrato de Licencia de Uso de Software IGUANA INN que se venía ejecutando con ALADINO FEGED, por la suma de CUATROCIENTOS CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON NOVENTA CENTAVOS (\$404.466.994.90), o la suma mayor que se demuestre en el proceso.

El valor de la totalidad de los ingresos futuros a mediano plazo, para un periodo de seis (6) a diez (10) años (Noviembre de 2016 a Octubre de 2021), dejadas de percibir por el contrato de Licencia de Uso de Software IGUANA INN que se venía ejecutando con ALADINO FEGED, por la suma de TRESCIENTOS DOS MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON SESENTA CENTAVOS (\$302.241.26760) o la suma mayor que se demuestre en el proceso.

El valor total de los gastos en que incurrió ALADINO FEGED, en el desarrollo del programa IGUANA INN, por valor de NOVENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE CON SETENTA Y UN CENTAVOS (\$99.877.587.71), o la suma mayor que se demuestre en el proceso.

El valor de la totalidad de los gastos en que incurrió ALADINO FEGED, en el desarrollo del Tribunal de Arbitramento conformado por el Doctor Carlos Umaña Trujillo en su calidad de árbitro único, por un valor CINCUENTA Y CINCO MILLONES CIENTO SESENTA MIL CIENTO SESENTA Y TRES PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$55.160.163,50) o la suma mayor que se demuestre en el proceso.

El valor de la cláusula penal pecuniaria prevista por las partes en la cláusula décima quinta del contrato del mes de octubre de 2011 asciende a la suma de CINCUENTA Y TRES MILLONES CIENTO CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS CON NOVENTA Y CINCO CENTAVOS (\$53.148.256,95)

Una indemnización para reparar las mensualidades pasadas dejadas de recibir derivadas del 11 contrato de ALADINO INFORMIX, hasta el mes de octubre de 2011, por valor de CIENTO NOVENTA Y SIETE MILLONES VEINTISÉIS MIL TRESCIENTOS OCHO PESOS (\$197.026.308), o la suma mayor que se demuestre en el proceso.

El valor de los intereses moratorios causados sobre el valor de las mensualidades pasadas dejadas de percibir hasta el mes de Octubre de 2011, derivadas del contrato de ALADINO INFORMIX por

valor de CINCUENTA MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS VEINTIUNO PESOS CON TREINTA Y TRES CENTAVOS (\$50.987.321,33), o la suma mayor que se demuestre en el proceso, desde la fecha de su causación y hasta cuando su pago se produzca.

EL valor de la totalidad de los ingresos futuros a corto plazo, para un periodo de cinco (5) años (Octubre de 2011 a Septiembre de 2016), dejados de percibir por el contrato ALADINO INFORMIX que se venía ejecutando con ALADINO FEGED, por la suma de CUATROCIENTOS TRES MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS NOVENTA PESOS CON NOVENTA CENTAVOS (\$403.785.390,90), o la suma mayor que se demuestre en el proceso.

El valor de la totalidad de los ingresos futuros a mediano plazo, para un periodo de seis (6) a diez (10) años (Noviembre de 2016 a Octubre de 2021), dejados de percibir por el contrato ALADINO INFORMIX que se venía ejecutando con ALADINO FEGED, por la suma de TRESCIENTOS UN MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y UN MIL NOVECIENTOS TREINTA Y TRES PESOS CON CUARENTA Y TRES CENTAVOS (\$301.731.933.43) o la suma mayor que se demuestre en el proceso.

El valor de todos los intereses moratorios, a la tasa más alta autorizada por la ley sobre todas las condenas que se le impongan a HOTELES CHARLESTON S.A.S., como consecuencia del laudo arbitral, desde la fecha de su exigibilidad y hasta el día de su pago.

CUARTA: Que se ordene en el laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso, la actualización monetaria de todas las condenas que se impongan a HOTELES CHARLESTON S.A.S., para que se mantenga el principio de la reparación integral y la equidad a que se refiere el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

QUINTA: Que se condene a HOTELES CHARLESTON S.A.S. al pago de los gastos y costas del presente proceso incluyendo el valor de las agendas en derecho."

2.- Los hechos de la demanda.

Los hechos que sustentan las pretensiones anteriormente transcritas son los siguientes:

2.1. Entre Aladino Feged Ltda. y Hoteles Charleston S.A.S. se celebró hace más de 25 años, de manera continua e ininterrumpida un contrato de licenciamiento de uso del software Aladino Informix, que correspondía al módulo contable y financiero que Aladino Feged le licenció a Hoteles Charleston.

2.2.- Posteriormente, el once 11 de enero de 2008, Hoteles Charleston y Aladino Feged, después de desarrollar y agotar la etapa previa de tratativas, celebraron el contrato de licenciamiento de uso del software Iguana Inn.

2.3.- El objeto del mencionado contrato, consistió en integrar en un solo programa todos los sistemas antiguos que Hoteles Charleston venía utilizando para su operación Fidelio y Micros, así como el contrato Aladino Informix.

2.4.- En septiembre de 2008 Hoteles Charleston, por medio de su representante Legal Mauricio Gómez Ordóñez, le manifestó a Eliana Rivadeneira de Feged, representante legal de Aladino Feged, que ésta debía devolverle el dinero pagado por la celebración y ejecución del contrato de licenciamiento de uso del software Iguana Inn, suma equivalente a cien millones de pesos (\$100.000.000 m/cte), o de lo contrario Hoteles Charleston empezaría a retener las facturas correspondientes al software Aladino Informix hasta completar el valor cancelado por el contrato de licenciamiento de uso del software Iguana Inn. Por ello, Aladino Feged presentó demanda ejecutiva contra Hoteles Charleston, ante el Juzgado 57 Civil Municipal de Bogotá, instancia que decidió librar mandamiento de pago contra Hoteles Charleston por retener las facturas de pago del software Aladino Informix.

2.5.- La sociedad Hoteles Charleston, dio por terminado en forma unilateral y arbitraria el contrato de licenciamiento de uso de software el día 21 de septiembre de 2009, tal como lo reconoció el laudo arbitral proferido el 17 de agosto de 2011 por el Tribunal de Arbitraje convocado por Hoteles Charleston S.A. contra Aladino Feged Ltda y conformado por el Doctor Carlos Umaña Trujillo en su calidad de árbitro único.

2.6.- A juicio de la sociedad convocante la terminación intempestiva, arbitraria y anticipada del contrato de licenciamiento de uso del software Iguana Inn por parte de Hoteles Charleston, le causó graves perjuicios a Aladino Feged, así:

2.6.1.- Le impidió percibir el valor acordado por concepto del CRM, Front Desk y POS, previstos en la cláusula séptima del contrato de licencia de uso de software Iguana Inn, que establece lo siguiente:

“SÉPTIMO. VALOR DEL CONTRATO. El valor inicial del presente contrato es la suma de CIEN MILLONES DE PESOS COLOMBIANOS \$100.000.000 antes de IVA por el desarrollo, personalización y puesta en funcionamiento de El Programa en los módulos de Run: Desk, POS y CRM que se cancelaran en cinco cuotas de \$20.000.000 a partir de Enero de 2008.

A partir de Junio de 2008 para la licencia ASP (Application Service Provider). EL CONTRATANTE pagará a EL CONTRATISTA un cargo mensual por el derecho al uso de El Programa, sus actualizaciones, mantenimiento y soporte por valor de:

Siete millones cien mil pesos colombianos mide (\$ 7.100.000) antes de IVA, por concepto del CRM, Front Desk y POS.

Siete millones ochenta y ocho mil treinta y cinco pesos m/cte (\$7.088.035) antes de IVA, por la parte Contable y Financiera que mantienen el valor que históricamente se viene cobrando.

Estos valores serán pagaderos dentro de los primeros cinco (5) días de cada mes y no incluyen IVA.”

2.6.2- Privó a Aladino Feged de seguir percibiendo el valor que Hoteles Charleston le venía pagando históricamente por el uso de la licencia del programa Aladino Informix, previsto también en la cláusula séptima del contrato de licencia de uso de software, que establece lo siguiente:

“SÉPTIMO. VALOR DEL CONTRATO. El valor inicial del presente contrato es la suma de CIEN MILLONES DE PESOS COLOMBIANOS \$100.000.000 antes de IVA por el desarrollo, personalización y puesta en funcionamiento de El Programa en los módulos de Front Desk, POS y CRM que se cancelarán en cinco cuotas de \$20.000.000 a partir de Enero de 2008.

A partir de Junio de 2008 para la licencia ASP (Application Service Provider). EL CONTRATANTE pagará a EL CONTRATISTA un cargo fijo mensual por el derecho al uso de El Programa, sus actualizaciones, mantenimiento y soporte por valor de:

Siete millones cien mil pesos colombianos m/cte (\$ 7.100.000) antes de IVA, por concepto del CRM. Front Desk y POS.

Siete millones ochenta y ocho mil treinta y cinco pesos m/cte (\$ 7.088.035) antes de IVA, por la parte Contable y Financiera que mantienen el valor que históricamente se viene cobrando

2.6.3.- Aladino Feged perdió la oportunidad de mostrar a otros clientes en Colombia y Suramérica el programa Iguana Inn, pues era intención inequívoca de los contratantes que el programa Iguana Inn que funcionaría en el Hotel Charleston Bogotá, sería un proyecto piloto que Aladino Feged podía promover a sus clientes, tal como lo reconoció el representante legal de Hoteles Charleston, Mauricio Gómez Ordoñez, en el proceso Arbitral convocado por Hoteles Charleston S.A contra Aladino Feged LTDA., y conformada por el Doctor Carlos Umaña Trujillo en su calidad de árbitro único.

2.6.4.- Aladino Feged dejó de percibir el valor íntegro del contrato durante su vigencia que se estableció mínimo en doce (12) meses de duración del servicio de la licencia ASP en la forma prevista en su cláusula novena, así:

NOVENA. PERMANENCIA MÍNIMA EL CONTRATANTE se obliga a no terminar antes de los primeros Doce (12) meses de duración del Servicio de la licencia ASP, la relación contractual que se ha estipulado"

2.6.5.- De igual manera, Aladino Feged vio frustrada su expectativa de renovar el contrato al término de vencimiento de su vigencia mínima, lo que también le impidió obtener los ingresos que ello le reportaría a futuro, teniendo en cuenta que el contrato que venía ejecutando con Hoteles Charleston por el módulo contable y financiero Aladino Informix se venía ejecutando por más de 25 años, de manera continua e ininterrumpida, y sin reclamos de ninguna naturaleza por parte de Hoteles Charleston.

2.6.6.- Aladino Feged tuvo que asumir los gastos relacionados con la convocatoria Arbitral efectuada por Hoteles Charleston y que culminó con el laudo Arbitral del día diecisiete 17 de agosto de 2011, los cuales le deberán ser resarcidos por Hoteles Charleston.

3.- La contestación de la demanda.

La parte convocada, dio oportuna contestación a la demanda, oponiéndose las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. Formuló las siguientes excepciones de mérito "*Cosa juzgada, Inexistencia de perjuicios, Indebido uso de la acción declarativa y La genérica*". Así mismo, dentro del término de traslado formuló demanda de reconvención.

4.- La Demanda de Reconvención.

Las pretensiones de la parte convocada formuladas en la demanda de reconvención fueron las siguientes:

"I. PRETENSIONES

PRIMERA: Que se declare que Aladino Feged Ltda., al presentar una demanda arbitral de fecha 25 de noviembre de 2011 en contra de Hoteles Charleston S.A.S en violación del principio de cosa juzgada, abusó de su derecho a litigar.

SEGUNDA: Que se declare que al abusar de su derecho a litigar, Aladino Feged Ltda., causó daños a Hoteles Charleston S.A. los cuales deben ser reparados integralmente.

TERCERA: Que en consecuencia de lo anterior, se condene a Aladino Feged Ltda. a pagar a Hoteles Charleston S.A. a título de indemnización la suma de Cuatrocientos Millones de Pesos M/Cte (\$400.000.000) o el valor que resulte probado en el proceso.

CUARTA: Que se condene a Aladino Feged Ltda. a pagar las costas del proceso. No se solicita el pago de agencias en derecho, precisamente porque hacen parte de las pretensiones de la demanda."

5. – Los hechos de la demanda de reconvención.

Las pretensiones antes transcritas se fundamentan en los siguientes hechos:

5.1.- El 14 de enero de 2010, Hoteles Charleston presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, demanda arbitral en contra de Aladino Feged por medio de la cual pretendió que se declarara el incumplimiento y la resolución del Contrato de Licencia de

Uso de Software del 11 de enero de 2008 (en adelante, el "Contrato de Licencia"), así como la respectiva condena al pago de perjuicios.

5.2.- El 21 de mayo de 2010, Aladino Feged presentó demanda de reconvencción en contra de Hoteles Charleston mediante la cual pretendió que se declarara que esta última había abusado de sus derechos al haber dado por terminado el Contrato de Licencia de manera unilateral y anticipada. Como consecuencia de la anterior declaración, Aladino Feged solicitó al Tribunal que declarara que Hoteles Charleston le había causado perjuicios, los cuales relacionó detalladamente.

5.3.- El 17 de agosto de 2011, el Tribunal Arbitral profirió el laudo por medio del cual resolvió definitivamente y en derecho la anterior disputa, resolviendo así las pretensiones y las excepciones presentadas por las partes:

“(..)

SEGUNDO: Declarar que las pretensiones Principales Declarativas Segunda, Tercera, Constitutivas, Cuarta, Quinta, de Condena, Daño Emergente, Sexta, Séptima, Octava, Novena. Décima, Décima Primera, por Imagen Corporativa. Décima Segunda, Lucro Cesante, Décima Tercera y Décima Cuarta de la Demanda propuesta por Hoteles Charleston S.A. no prosperan, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

TERCERO: Declarar que las pretensiones Subsidiarias Declarativas Primera y Segunda, De Condena. Tercera. Daño Emergente, Cuarta, Quinta, Sexta, Séptima. Octava. Novena, por Imagen Corporativa, Décima, Lucro Cesante. Décima Primera y Décima Segunda de la Demanda propuestas por Hoteles Charleston S.A. no prosperan por las razones expuestas 00 18 parte motiva de este laudo.

CUARTO: Declarar que las excepciones denominadas “AUSENCIA DE UNA DECISIÓN JUDICIAL, ADMINISTRATIVA O LAUDO ARBITRAL QUE DECRETE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO EN LA FORMA PREVISTA EN SU CLÁUSULA DECIMO TERCERA DEL CONTRATO CELEBRADO ENTRE HOTELES CHARLESTON Y ALADINO FEGED”: “INEFICACIA DE LA CARTA DEL 21 DE SEPTIEMBRE DE 2009 DIRIGIDA POR HOTELES CHARLESTON A ALADINO FEGED DANDO POR TERMINADO EL CONTRATO “PARA EL DÍA 21 DE SEPTIEMBRE DE 2009 FECHA EN QUE HOTELES CHARLES DIO POR TERMIANDO EL CONTRATO LA OBLIACIÓN DE SALIR EN VIVO A CARGO DE ALADINO FEGED NO ERA EXIGIBLE, presentadas por Aladino Feged Ltda., prosperan por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

QUINTO: Declarar que las pretensiones PRIMERA. SEGUNDA, TERCERA CUARTA y QUINTA contenidas en la demanda de reconvencción

presentada por Aladino Feged Ltda., no prosperan por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. (...)"

5.4. – La parte convocada sostiene que debido a que contra el mencionado laudo las partes no interpusieron recurso de anulación, aquél se encuentra en firme, ha hecho tránsito a cosa juzgada y es vinculante para las partes.

5.5.- Así mismo, afirma que desconociendo el principio de la cosa juzgada y pretendiendo convertir las excepciones que le prosperaron en fuente de sus pretensiones actuales, Aladino Feged presenta demanda arbitral en contra de Hoteles Charleston solicitando la misma indemnización que le fue negada en el trámite arbitral inicial, convenientemente inflada para este proceso.

5.6.- Finalmente, afirma que al presentar la demanda arbitral, Aladino Feged abusó de su derecho a litigar lo que ha generado perjuicios a Hoteles Charleston y para asumir su defensa en contra de la nueva demanda de Aladino Feged. Hoteles Charleston ha incurrido en una seria de gastos, que incluyen, entre otros, honorarios de abogados junto con la correspondiente cuota de éxito, copias, sustracción del personal de la compañía, incluyendo al representante legal, de sus tareas habituales para atender la presente demanda, e incurrirá en otros futuros, los cuales deben ser integralmente indemnizados.

6.- La Contestación de la demanda de reconvención.

La parte convocante dio oportuna contestación a la demanda de reconvención, oponiéndose las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. Formuló las siguientes excepciones de mérito: *"Incompetencia absoluta del Tribunal de Arbitramento para conocer de la demanda de reconvención formulada por Hoteles Charleston S.A.S. en contra de Aladino Feged por un supuesto abuso del derecho a litigar"*, Ausencia de arbitrariedad objetiva e Inexistencia del abuso de derecho a litigar invocado por Hoteles Charleston.

CAPÍTULO TERCERO

PRESUPUESTOS PROCESALES Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Síguese de cuanto queda expuesto que la relación procesal existente en este caso se ha configurado regularmente y que en su desenvolvimiento no se incurrió en defecto alguno que, por tener virtualidad legal para invalidar lo actuado en todo o en parte y no encontrarse saneado, imponga darle aplicación al artículo 145 del C de P.C., motivo por el cual corresponde ahora decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes convocada y convocante, propósito en orden al cual son conducentes las siguientes **CONSIDERACIONES:**

I. SOLUCIÓN A LA CONTROVERSIA PLANTEADA POR LA DEMANDA PRINCIPAL Y SU CONTESTACIÓN.

1.1. Planteamiento del problema

La demanda principal tiene como pretensión fundamental que este Tribunal "(...) declare que la terminación unilateral y arbitraria del contrato de Licencia de Uso de Software celebrado el 11 de enero de 2008 entre HOTELES CHARLESTON y ALADINO FEGED, por parte de HOTELES CHARLESTON, desde el día 21 de septiembre de 2009, le causó daños y perjuicios a ALADINO FEGED" y a continuación solicita la reparación de los perjuicios que esa terminación pudo haberle causado.

La convocada a su turno, se ha opuesto a la prosperidad de estas pretensiones sosteniendo como excepción fundamental la de cosa juzgada.

Corresponde en consecuencia y como primer paso para resolver de fondo la controversia aquí planteada, que el Tribunal proceda a definir si en realidad en este caso se presenta el fenómeno de la cosa juzgada como lo sostiene el demandado en su primera excepción.

1.2. La cosa juzgada

1.2.1 Consideraciones teóricas sobre la cosa juzgada que resultan relevantes para la solución de la controversia

Previamente a realizar el análisis de fondo de la controversia planteada en la demanda principal y en su contestación, procederá el Tribunal, por considerarlo necesario para determinar el marco de solución del litigio, a efectuar unas breves precisiones teóricas sobre el concepto de cosa juzgada.

La cosa juzgada o "*res iudicata*" es el efecto que la ley le otorga a las sentencias ejecutoriadas y que consiste en la imposibilidad de debatir los mismos hechos y de solicitar las mismas pretensiones, en un proceso diferente. Bien podría decirse que la cosa juzgada es la fuerza que la ley le atribuye a los resultados de un proceso, y que tiene como fundamento la certeza jurídica y la estabilidad de los derechos.

El origen de la cosa juzgada, como el de muchas de las instituciones de nuestro ordenamiento jurídico, se remonta al derecho romano del segundo siglo de la era cristiana (Gayo).

El propósito de la cosa juzgada, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, es "*(...) impedir que la decisión en firme sea objeto de nueva revisión o debate, o de instancias adicionales a las ya cumplidas, o que se reabra el caso judicial dilucidado mediante el fallo que reviste ese carácter, con total independencia de su sentido y alcances, dotando de estabilidad y certeza las relaciones jurídicas y dejando espacio libre para que nuevos asuntos pasen a ser ventilados en los estrados judiciales.*"¹

El tránsito a cosa juzgada finiquita el litigio impidiendo el ataque de la sentencia y que los mismos hechos y las mismas pretensiones sean ventilados de nuevo entre las mismas partes con posterioridad.

¹ Sentencia C-543 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo

Respecto de la cosa juzgada existen varias clasificaciones, pero la más importante es aquella que distingue entre “cosa juzgada formal” y “cosa juzgada material o sustancial”.

La cosa juzgada formal es aquella que se presenta cuando la sentencia es inmodificable por cuanto ya no se puede impugnar, bien sea porque (i) pudiendo haber sido impugnada no lo fue, o (ii) porque habiéndolo sido se desistió del recurso o (iii) porque éste se desestimó. Implica simplemente la imposibilidad de reabrir el mismo proceso ya concluido, pero no necesariamente la de iniciar uno nuevo.

La cosa juzgada material o sustancial se refiere principalmente a dos efectos, a saber (i) uno que se puede denominar “negativo” y que consiste en que no puede llevarse a un juicio posterior el mismo objeto y (ii) otro efecto que puede denominarse “positivo” y que supone la obligatoriedad de la decisión respecto de los jueces para un fallo futuro. En otras palabras, resulta imposible que en otro proceso se pueda resolver de forma diferente a lo resuelto en el primero.

La cosa juzgada por regla general tiene unos límites subjetivos, es decir que vincula a todas los sujetos que participaron en el proceso anterior, salvo en algunos casos de acciones públicas en que puede tener efectos erga omnes; y tiene unos límites objetivos, que se refieren principalmente a la identidad del objeto en ambos juicios.

La doctrina señala tradicionalmente que, para que sea procedente la excepción de cosa juzgada es preciso que, en ambos procesos, concurren tres requisitos comunes: (i) identidad de persona (eadem personae), (ii) identidad de la cosa pedida (eadem res), y (iii) identidad de la causa a pedir (eadem causa petendi).

Los anteriores requisitos, se encuentra recogidos en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil que dispone “*La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre*”

que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (...)".

La identidad de partes consiste en la correspondencia entre los sujetos que comparecieron al anterior proceso y al nuevo, en la misma calidad en la que se asistió inicialmente.

La identidad de causa se refiere a la igualdad de los hechos en los que se fundamentan las pretensiones, esto es, que los supuestos fácticos sean los mismos vgr. el incumplimiento de un contrato, el abuso de determinado derecho, un accidente de tránsito específico, etc. La causa es el conjunto de hechos jurídicamente relevantes en que se fundamenta la pretensión.

En relación con este tema, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema ha manifestado que no basta con que la identidad se presente en la causa remota del litigio, para que exista cosa juzgada es necesario que esa identidad se dé en la causa más próxima del mismo. *"Esa forma de indagar la cosa juzgada contiene sin embargo una inexactitud. Porque en averiguación semejante no es dable confundir las causas próximas con las remotas. Es posible en verdad que enlazando unas y otras, la simiente lejana de dos o más juicios hallen alguna convergencia o incluso una total coincidencia. Empero, las que en definitiva determinan si en un caso dado se está atentando contra lo ejecutoriado, son las causas próximas, o sea las que sirven de fundamento directo al juicio respectivo, de tal suerte que si la que fue invocada entonces difiere de la del nuevo proceso, no hay razón para concluir en la cosa juzgada"*².

Finalmente la identidad de objeto hace alusión al beneficio jurídico que se solicita (no el objeto material), es decir lo que se reclama, precisando que no sólo se refiere al beneficio jurídico mismo, sino a todas sus consecuencias. En este punto resulta necesario precisar que técnicamente el estudio del objeto del proceso implica una combinación del *petitum* con

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Manuel Isidro Ardila Velásquez. 22 de septiembre de 2005. expediente 2000-00430-01

la causa *petendi* por cuanto ésta última es la que permite la adecuada individualización e interpretación de la pretensión.

Sobre el objeto, la Corte Constitucional ha sostenido que "*Conforme a la jurisprudencia y la doctrina nacionales, el objeto de un proceso se encuentra definido tanto por las declaraciones que, en concreto, se solicitan de la administración de justicia (petitum), como por el pronunciamiento específico del órgano judicial en la parte resolutive de la respectiva sentencia con respecto al petitum*".³

Nuestra legislación contempla igualmente unos eventos en los cuales, pese a existir una sentencia judicial en firme, la decisión no queda cobijada por la cosa juzgada. El artículo 333 del Estatuto Procesal Civil, dispone que ese fenómeno no se da en el caso de las siguientes sentencias: (i) las que se dicten en procesos de jurisdicción voluntaria, (ii) las que decidan situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior, por autorización expresa de la ley, (iii) las que declaren probada una excepción de carácter temporal, que no impida iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento, y (iv) las que contengan decisión inhibitoria sobre el mérito del litigio.

En relación con estas excepciones, la Corte Constitucional, en sentencia de 4 de agosto de 2009, sostuvo que "*Es esto, entonces, lo que ocurre, por ejemplo, frente a los ya mencionados procesos de jurisdicción voluntaria, o cuando frente a otro tipo de procesos, ha prosperado una excepción de carácter temporal, o el trámite ha concluido con una decisión inhibitoria. En todos esos casos, la aplicación inflexible del principio de cosa juzgada traería consigo una inadmisibles frustración del derecho de acceder a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 superior, razón suficiente para considerar necesarias tales excepciones*".⁴

³ Sentencia T-162 del 30 de abril de 1998. Sala Tercera de Revisión. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, citada por la sentencia T-048 del 1 de febrero de 1999. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo

⁴ Sentencia C 522/09 M.P. Nilson Pinilla Pinilla

La cosa juzgada es pues un fenómeno con características propias y exigentes, que busca la consolidación de situaciones jurídicas y que, según la naturaleza de la controversia, admite algunas excepciones.

1.2.2. El caso sometido a decisión del Tribunal

Abordando el estudio del caso que da origen a este litigio, y con el fin de establecer si la controversia aquí planteada constituye cosa juzgada en virtud del laudo proferido el pasado 17 de agosto de 2011 dentro del Tribunal convocado para dirimir las controversias surgidas entre Hoteles Charleston y Aladino Feged, es necesario analizar, dentro del marco conceptual expuesto, la existencia o no de cada uno de los requisitos enunciados con anterioridad.

La identidad de las partes

No cabe duda de que las partes de ambos procesos, el que terminó con laudo de fecha 17 de agosto de 2011 y éste, son las mismas. En ambos casos tanto Aladino Feged como Hoteles Charleston comparecen en calidad de demandantes y demandadas. Es un tema sobre el cual no existe discusión y que fue reconocido por los dos extremos de la controversia.

Y si bien en el anterior proceso compareció Hoteles Charleston S.A. y en este actúa Hoteles Charleston SAS, es un tema que se supera fácilmente con el certificado de existencia y representación legal que obra a folios 12 a 14 del cuaderno principal y en el cual consta que mediante acta No. 23 de la Asamblea de Accionistas, la sociedad Hoteles Charleston se transformó de sociedad anónima a sociedad por acciones simplificada.

Las anteriores circunstancias permiten concluir que las partes en ambos procesos son idénticas y comparecen en la misma calidad.

La identidad de objetos

Como se mencionó, el objeto de un proceso está dado por la pretensión procesal, es decir por aquello que se busca con el litigio o sobre lo cual se quiere que el juez decida.

En el presente caso Aladino pretende “*se declare que la terminación unilateral y arbitraria del contrato de Licencia de Uso de Software celebrado el día 11 de enero de 2008 entre HOTELES CHARLESTON y ALADINO FEGED, por parte de HOTELES CHARLESTON, desde el 21 de septiembre de 2009, le causó daños y perjuicios a ALADINO FEGED*” y en consecuencia se condene a la demandada al pago de los perjuicios ocasionados.

Las pretensiones que otrora formulara ALADINO FEGED en contra de HOTELES CHARLESTON, consistían en que se declarara que esta última había abusado de sus derechos frente a ALADINO FEGED, al haber dado por terminado, de manera unilateral y anticipada, el contrato celebrado el 11 de enero de 2008, y en consecuencia, se ordenara reparar los perjuicios ocasionados por ese abuso.

La exacta individualización de una pretensión, no puede ser obtenida sino poniéndola en relación con la *causa petendi* por cuanto esta última es la que califica y determina el objeto. Obsérvese que mientras en el primero de los procesos las pretensiones reposaban sobre el análisis de la conducta contractual de la convocada y sus efectos, en el presente caso se busca que, a partir de un hecho acreditado y consistente en la terminación ilegal del contrato, se estudien los efectos patrimoniales que esa terminación tuvo para la convocante.

En el arbitraje anterior la decisión conllevaba necesariamente el estudio de dos ámbitos claramente diferenciados, a saber, (i) el estudio de las circunstancias que rodearon la terminación del contrato, y (ii) dependiendo de lo allí decidido, el análisis de la eventuales consecuencias de esa terminación. En contraste, en el presente caso la convocante ha

hecho entrega a este Tribunal de una decisión judicial que califica la terminación, y solicita se proceda al estudio de los efectos que esa terminación contraria a derecho le pudo haber generado, estudio que el Tribunal anterior no abordó por cuanto la conclusión a la que arribó en el primer análisis, no se lo permitió.

En esos términos, mientras en el primer trámite la valoración judicial se centraba en la forma como el contrato se dio por terminado, en el presente proceso el análisis que se solicita se centra en los efectos de esa terminación, reiterando que ellos no fueron objeto de estudio por parte del anterior juez arbitral. En otras palabras, para este Tribunal los objetos son diferente por dos razones fundamentales a saber: (i) porque en el primer proceso se pretendía derivar una responsabilidad por abuso del derecho con sus consecuentes efectos patrimoniales, mientras que en éste se pretende la reparación de unos daños derivados de un incumplimiento contractual, con fundamento en una sentencia que así lo declara y (ii) porque adicionalmente en el primer Tribunal, el tema de los perjuicios no fue objeto de análisis.

En el punto de la cosa juzgada y especialmente en cuanto a su filosofía y su sentido, se considera que para que opere el fenómeno resulta indispensable que el asunto haya sido efectivamente estudiado por el Juez. Considera este Tribunal que no es suficiente con que la pretensión o la excepción hayan sido propuestas en un proceso anterior y no hayan sido resueltas por no cumplirse el condicionamiento necesario para su estudio, pues en ese caso, en estricto sentido, el juzgamiento o decisión previa sobre la cual evidentemente no se puede volver, nunca existió. Para que un asunto adquiriera la calidad de cosa juzgada, se requiere precisamente que haya sido objeto de estudio por el Juez, pues resultaría injusto que si la pretensión fue simplemente planteada y el juez no haya llegado a efectuar su análisis, se pueda entender que ella ya no puede ser objeto de decisión judicial. Sería tan injusto como pretender que se revise específicamente un mismo punto ya estudiado y resuelto por otra autoridad jurisdiccional. Piénsese por ejemplo en el caso de una sentencia absolutoria derivada de un defecto procesal que impidió al juez entrar en

el fondo del asunto; en ese caso sería contrario a la justicia y violatorio del derecho a acceder a ella, acudir a la institución de la cosa juzgada, por cuanto, en estricto sentido, ese defecto procesal impidió el juzgamiento de fondo.

De ahí que, como quedó atrás expuesto, el legislador, avalado por la Corte Constitucional, haya creado excepciones al principio de la cosa juzgada, entre ellas y a título de ejemplo, el fallo inhibitorio. Reposa esa excepción legal en los principios constitucionales fundamentales del acceso a la justicia y del debido proceso, que en últimas se traduce en la posibilidad de que quien planteó una pretensión que no fue estudiada de fondo, por razones que evidentemente no la enervan - como sería el evento de prescripción por ejemplo - tiene el derecho legítimo a que su causa sea estudiada y resuelta por el juzgador.

En ese sentido la Corte Constitucional sostuvo que *“El derecho constitucional fundamental al debido proceso se funda, entre otros aspectos, en la garantía de que, sometido un asunto al examen de los jueces, se obtendrá una definición acerca de él, de donde se desprende que normalmente la sentencia tiene que plasmar la sustancia de la resolución judicial. Hacerla aparente o formal implica, por tanto, la innegable violación de aquél, ya que deja al interesado a la expectativa, contrariando la razón misma del proceso.”*⁵

Y si bien no puede generalizarse porque, como se dijo, pueden presentarse eventos como el de la prescripción o el de la caducidad de la acción los cuales evidentemente cobijan y terminan afectando la totalidad de las pretensiones, lo cierto es que el correcto y justo entendimiento de la figura de la cosa juzgada no puede centrarse en el argumento puramente formal de que el asunto ya fue planteado en un proceso anterior sino que tiene que extenderse a analizar si aquel efectivamente fue estudiado o resuelto por el juez, pues de lo contrario no puede calificarse de “juzgado”.

⁵ Sentencia C-543 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo

La filosofía de la cosa juzgada, consistente en la imposibilidad de que se pueda volver contra actuaciones propias, y encaminada a evitar las contradicciones entre los fallos y a restringir la posibilidad de procesos permanentes entre las partes, debe consultar sin lugar a dudas el criterio de justicia, pues los principios y finalidades de la figura no se violan por el simple hecho de alegar una pretensión no resuelta sino que se violan precisamente cuando se pretende que se vuelva sobre una decisión de fondo ya adoptada que fue resultado de un estudio judicial del asunto. No puede entenderse que existe cosa juzgada, por el simple hecho de que formalmente una pretensión o una excepción se hayan formulado en un proceso anterior. Resulta necesario que esa pretensión o esa defensa, hayan sido efectivamente estudiadas por el juez, pues de lo contrario, simplemente no fueron objeto de análisis judicial.

¿Qué ocurrió en este caso?

Que la parte convocante formuló una pretensión de abuso del derecho con sus consecuencias y que, por no haber encontrado el referido abuso, el juez anterior así lo declaró y lógicamente se abstuvo de estudiar el tema de las consecuencias de ese abuso.

Pero lo que no puede pasarse por alto es que el convocante, también planteó en aquel proceso, por vía de excepción, la existencia de un incumplimiento contractual de la aquí demandada, consistente en que la terminación se hizo antes del plazo contractual y que por ende la carta de finalización del negocio carecía de eficacia, incumplimiento que efectivamente fue declarado en el arbitraje anterior al accederse a la prosperidad de esas excepciones.

Obsérvese entonces que en aquel trámite Aladino Feged llevó a estudio dos escenarios diferentes, a saber, (i) la terminación por abuso del derecho (por vía de pretensión) y (ii) la terminación por incumplimiento (por vía de excepción). Y del análisis realizado por el árbitro a cargo de ese proceso se encontró que no pudo darse el abuso del derecho, pero sí se encontró que la terminación fue contraria al contrato, sin que se hubiese realizado el

estudio de los perjuicios derivados de esta terminación, por cuanto ella fue planteada, como se dijo, por vía de excepción.

De esta forma el tema de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual por la terminación nunca fue estudiado, e incluso ni siquiera planteado, y por ello, resulta claro concluir que el objeto de este proceso es diferente al del proceso anterior.

Visto de otra manera, el fallo del primer Tribunal, tiene para éste lo que en el capítulo anterior se denominó "un efecto positivo", consistente en ser una decisión obligatoria respecto de los temas que fueron efectivamente estudiados y analizados, cómo lo es aquel de la terminación, y en ese sentido se constituye en antecedente lógico para este, con toda la fuerza de la cosa juzgada. Pero no puede entenderse que el tema de los perjuicios derivados de un incumplimiento contractual - que no fue objeto de estudio en el laudo previo por cuanto procesalmente no fue planteado y fue imposible llegar a él - alcance el carácter de *res iudicata*, pues precisamente se trata de un asunto que no fue abordado en esa decisión. Desde una perspectiva práctica, el correcto entendimiento que se le debe dar a la demanda que da origen a este Tribunal es simplemente que la parte convocante, a partir de una decisión arbitral previa y en firme que declaró la existencia de un incumplimiento contractual, está solicitando el estudio y la eventual condena por los perjuicios que ese incumplimiento le pudo haber causado, en razón a que ese tema nunca fue - ni pudo haber sido - objeto de estudio en el proceso que antecedió.

De esta forma, la existencia de una decisión judicial anterior, que declara probadas las excepciones denominadas "INEFICACIA DE LA CARTA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2009 DIRIGIDA POR HOTELES CHARLESTON A ALADINO FEGED DANDO POR TERMINADO EL CONTRATO" y "PARA EL 21 DE SEPTIEMBRE DE 2009 FECHA EN QUE HOTELES CHARLESTON DIO POR TERMINADO EL CONTRATO LA OBLIGACION DE SALIR EN VIVO A CARGO DE ALADINO FEGED NO ERA EXIGIBLE", constituye sin duda una cosa juzgada en cuanto a la forma como se terminó el contrato lo cual por demás no es objeto de decisión por parte de este árbitro; pero no puede llegarse a

igual conclusión en lo que se refiere al tema de los perjuicios derivados de esos incumplimientos, por dos razones: (i) por cuanto en la demanda anterior no se pidieron perjuicios derivados de un incumplimiento contractual sino de un abuso del derecho, y (ii) por cuanto el tema de los perjuicios por incumplimiento no fue ni siquiera abordado en el laudo, en atención a que la declaratoria de ese incumplimiento se hizo por vía de excepción.

Con fundamento en lo anterior el Tribunal considera que el objeto de los procesos es diferente y ello es suficiente para declarar no probada la excepción de cosa juzgada propuesta en la contestación de la demanda principal, lo cual no obsta para que proceda analizar el tercer requisito exigido por la ley para la configuración de aquella.

La identidad de causas

La causa es, como se dijo, el conjunto de situaciones fácticas que fundamentan la pretensión. Son aquellos hechos históricos relevantes para el proceso.

En el presente caso, puede pensarse a primera vista que la causa está dada por la actuación de la demandada que configuró, al decir de la actora, una terminación anticipada e intempestiva del contrato de licenciamiento de software "IGUANA INN" por parte de Hoteles Charleston, situación que, en opinión de la demandante, le ocasionó ciertos perjuicios.

Sin embargo, si se analizan con mayor detalle los hechos que dan origen a la presente convocatoria, en consonancia con lo solicitado en las pretensiones, es claro que la decisión que en este caso se solicita, tiene como fundamento un fallo arbitral previo y no pretende un estudio de la actuación contractual de la convocada.

En efecto, si bien los hechos de la demanda que da origen a este trámite son similares a los del arbitraje anterior – no podían diferir grandemente – lo cierto es que las circunstancias fácticas que soportan esta demanda

difieren sustancialmente de la convocatoria anterior pues reposan en la existencia de una decisión judicial previa que analizó y resolvió si la terminación del contrato por parte de la demandada estuvo ajustada o no a derecho. El análisis integral de la demanda permite concluir que la convocante parte de un hecho ya decidido judicialmente y consistente en la terminación ilegal del contrato, decisión que requería el estudio detallado de la conducta contractual de Hoteles Charleston, lo cual en el presente caso no corresponde realizar a este Tribunal por cuanto, como atrás se dijo, el estudio que se le exige reposa o parte de un supuesto consistente en que una autoridad judicial declaró ilegal la terminación negocial.

Lo anterior, en consonancia con las reflexiones efectuadas en relación con el tema del objeto, lleva a concluir que la *causa petendi* de este proceso, difiere de la *causa petendi* del primer arbitraje, pues mientras en aquel el fundamento fáctico reposaba en la conducta contractual de la convocada al momento de la terminación del negocio, en el presente asunto, reposa sobre una sentencia en firme que si bien negó las pretensiones de abuso del derecho, declaró por vía de excepción, la existencia de un incumplimiento contractual cuyos efectos no han sido estudiados por juez alguno.

Corolario de lo hasta aquí expuesto es que la demanda presentada en reconvencción por Aladino Feged en contra de Hoteles Charleston dentro del trámite arbitral anterior y la que origina este proceso, no tienen causas idénticas y por lo tanto, el Tribunal encuentra un argumento adicional para concluir que no hay lugar a declarar próspera la excepción de cosa juzgada y, en consecuencia, se procederá a abordar el estudio del tema de los perjuicios reclamados por la convocante.

1.3. El estudio de los perjuicios cuya indemnización se pretende

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1495 del Código Civil, el contrato es “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. A su vez, el artículo 1602 del mismo estatuto nos

indica que los contratos legalmente celebrados son ley para las partes “*y no pueden ser invalidados sino por consentimiento mutuo o por causas legales*”.

Establecido como se encuentra en este caso, mediante laudo de 17 de agosto de 2011, el incumplimiento por parte de Hoteles Charleston del contrato de licencia de uso de software suscrito con Aladino Feged, y el cual consiste en su terminación anticipada, corresponde al Tribunal establecer los demás elementos de la responsabilidad, estos son, el daño y el nexo de causalidad entre éste y el incumplimiento, a fin de resolver las pretensiones condenatorias que fueron puestas a su consideración.

Sobre el particular dispone el artículo 1612 del Código Civil “*Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho (...)*” y el artículo 1605 “*La obligación de dar contiene la de entregar la cosa (...) so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir*”.

Es claro que la ley establece el deber de indemnizar los perjuicios causados siempre que una de las partes haya incumplido alguna de sus obligaciones contractuales, indemnización que conforme al artículo 1613 del Código Civil “*(...) comprende el daño emergente y (el) lucro cesante (...)*” los cuales se deberán, a decir del artículo 1615 del mismo estatuto, “*desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención*”.

El daño emergente consiste en “*el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento*” y el lucro cesante en “*la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento*”. (Artículo 1614 del C.C.)

Las precedentes normas legales disponen con toda claridad que el acreedor puede pedir que el contratante incumplido le indemnice los perjuicios resultantes de su infracción, perjuicios que como se dijo comprenden, además del daño emergente, el lucro cesante.

En el presente caso el demandante Aladino Feged solicita la indemnización de los siguientes “perjuicios”:

A. La cláusula penal pecuniaria indexada y con intereses de mora

B. A título de lucro cesante

1. Las mensualidades pasadas dejadas de recibir derivadas del contrato de licencia de uso de software IGUANA INN, hasta el mes de octubre de 2011 junto con sus intereses de mora.
2. Las mensualidades futuras dejadas de percibir por el contrato de Licencia de Uso de Software IGUANA INN, por el periodo comprendido entre octubre de 2011 y septiembre de 2016.
3. Los ingresos futuros a mediano plazo dejados de percibir por el contrato de Licencia de Uso de Software IGUANA INN para el periodo comprendido entre noviembre de 2016 y octubre de 2021.
4. Las mensualidades pasadas dejadas de recibir derivadas del contrato ALADINO INFORMIX, hasta el mes de octubre de 2011 junto con los intereses de mora.
5. Las mensualidades futuras dejadas de recibir derivadas del contrato ALADINO INFORMIX, desde el mes de octubre de 2011 hasta septiembre de 2016.
6. Las mensualidades futuras dejadas de recibir derivadas del contrato ALADINO INFORMIX, desde el mes de noviembre de 2016 hasta octubre de 2021.

C. A título de daño emergente

1. Los gastos en que incurrió Aladino Feged en el desarrollo del programa IGUANA INN.

2. Los gastos en los que incurrió Aladino Feged con ocasión del Tribunal de Arbitramento conformado por el doctor Carlos Umaña.

Para la demostración de sus perjuicios el convocante solicitó como prueba el dictamen pericial rendido por la perito Clara Emilia Triana Ortiz en el curso del Tribunal de arbitramento de Hoteles Charleston contra Aladino Feged, así como la experticia rendida por el señor Jorge Hernando Díaz Valdiri en ese mismo trámite, junto con la actualización y complementación de este último, que presentó con la demanda.

A continuación procede el Tribunal a realizar un análisis de cada uno de los perjuicios cuya reparación se solicita por la convocante a fin de determinar si esa reparación está llamada a prosperar.

1.3.1 Las mensualidades dejadas de percibir por el programa IGUANA INN (literales a, b, c y d de la pretensión tercera)

¿Qué solicita el convocante en los literales antes mencionados?

Considera la demandante que Hoteles Charleston debe pagarle, a título de lucro cesante, el cargo fijo mensual pactado por las partes por el uso del programa IGUANA INN desde junio de 2008 hasta octubre de 2021 (literales a., c., d. de la pretensión tercera de la demanda principal).

En la cláusula séptima del contrato de licencia de uso de software las partes pactaron lo siguiente:

“SEPTIMO (sic): VALOR DEL CONTRATO. El valor inicial del presente contrato es la suma de CIENTO MILLONES DE PESOS COLOMBIANOS \$100.000.000 antes de IVA por el desarrollo, personalización y puesta en funcionamiento de El Programa en los módulos de Front Desk, POS y CRM que se cancelarán en 5 cuotas de \$20.000.000 a partir de Enero de 2008.

“A partir de Junio de 2008 para la licencia ASP (Application Service Provider), EL CONTRATANTE pagará a EL CONTRATISTA un

cargo fijo mensual por el derecho al uso de de El programa, sus actualizaciones, mantenimiento y soporte por valor de:

- *“Siete millones cien mil pesos colombianos m/ct (\$7.100.000) antes de IVA, por concepto del CRM, Front Desk y POS*
- *“Siete millones ochenta y ocho mil treinta y cinco pesos (\$7.88.035) antes de IVA, por la parte Contable y Financiera que mantienen el valor que históricamente se viene cobrando*

“Estos valores serán pagaderos dentro de los primeros cinco (5) días de cada mes y no incluyen IVA”

En esa cláusula se convinieron diferentes remuneraciones para las múltiples obligaciones que se ejecutarían. Para el desarrollo y puesta en funcionamiento del programa establecieron un valor de \$100.000.000 el cual fue pagado por HOTELES CHARLESTON tal y como se reconoce en los hechos de la demanda y como consta en el dictamen pericial presentado por la perito Clara Emilia Triana Ortiz. Por el uso de los módulos Front Desk, POS y CRM, la suma mensual de \$7.100.000, y por el uso de la parte contable y financiera, una suma periódica de \$7.088.035.

Como prueba de ese perjuicio el convocante allega un dictamen pericial técnico elaborado por el señor Jorge Hernando Díaz Valdiri y cuyos cálculos sirven al demandante para la elaboración de sus pretensiones.

Tal y como se demuestra con esa experticia y como se observa en las pretensiones, el convocante cuando hace referencia a las mensualidades dejadas de percibir por la terminación del contrato de licencia de uso de software IGUANA INN, se refiere exclusivamente a las sumas periódicas que debía pagar Hoteles Charleston por el uso de los módulos CRM, Front Desk y POS del programa, y no a la totalidad de la remuneración que incluía también el pago por el uso del módulo contable y financiero de ese programa (ver preguntas 1 a 6 del dictamen elaborado para actualizar y complementar el concepto económico y valoración de daños, folios 71 y 72 del cuaderno de pruebas número 1).

No puede ser otro el entendimiento de la pretensión más cuando en el cuestionario que resolvió el perito el convocante señaló: "Sobre el contrato IGUANA INN: (...) 1. Ingresos mensuales dejados de percibir derivados del contrato de licenciamiento de uso de software IGUANA INN, celebrado el 8 de enero de 2008, teniendo en cuenta que se adeudan las mensualidades de Junio de 2008 a la fecha por los \$7.100.000 por concepto de CRM, Front desk y POS. (...) 2. Los ingresos mensuales dejados de percibir hacia el futuro (corto plazo) para un periodo de cinco (5) años (noviembre de 2011 a octubre de 2013) derivados del contrato de licenciamiento de uso de software IGUANA INN, aplicando los valores pactados históricos (referidos en el numeral anterior), teniendo en cuenta sus incrementos anuales. (...) 3. Los ingresos mensuales dejados de percibir hacia el futuro (mediano plazo) para un periodo de seis (6) a diez (10) años (noviembre de 2011 a octubre de 2021) derivados del contrato de licenciamiento de uso de software IGUANA INN, aplicando los valores pactados históricos (referidos en el numeral primero), teniendo en cuenta sus incrementos anuales. (...) 4. Valor presente de los gastos incurridos en el desarrollo del programa IGUANA INN para HOTELES CHARLESTON. (...) 5. Indicar valores pagados o incurridos por ALADINO FEGED con ocasión del Tribunal de Arbitramento de HOTELES CHARLESTON contra ALADINO FEGED (...) 6. Incluir el valor de la cláusula penal (...)".

Debe resaltarse que las respuestas dadas por el perito a esas preguntas coinciden exactamente con el valor de las pretensiones de la demanda por concepto de las sumas dejadas de percibir por la terminación del contrato IGUANA INN.

En consecuencia, el Tribunal entiende que cuando la parte pretende el pago de las mensualidades dejadas de percibir derivadas del contrato IGUANA INN, se refiere exclusivamente al pago por concepto de CRM, Front Desk y POS.

¿Procede el pago de la indemnización por este concepto?

El daño es la modificación o alteración de una situación favorable. Es el elemento esencial de la responsabilidad, de suerte que si aquel no existe o no puede probarse, no obstante haber una culpa o un incumplimiento contractual, no existirá responsabilidad.

Para que el daño sea indemnizable, es necesario que reúna tres características, estas son, que sea personal, cierto y directo. El carácter personal, se refiere a que el daño debe haber sido sufrido por quien lo reclama; el carácter directo consiste en que el perjuicio reclamado tiene que provenir del hecho dañino, y la certeza se refiere a que se haya efectivamente ocasionado o se vaya a producir.

En el caso objeto de estudio, específicamente en lo que se refiere al grupo de pretensiones que se viene analizando, no es difícil establecer que el perjuicio cuya indemnización pretende el demandado ha sido sufrido directamente por él, en atención a que en caso de nacer la obligación, era la parte convocante la llamada a recibir dicha remuneración.

Tampoco existe duda de que la falta de retribución por el uso del programa IGUANA INN se deriva de la terminación del contrato por parte de la convocada, pues de haber continuado según el curso normal de los acontecimientos, lo esperable es que tal retribución se hubiere causado.

En relación con la certidumbre, nótese que para la fecha de terminación del contrato el programa aún no había salido en vivo y que como se mencionó, era ese hecho el que generaba la obligación de pagar la remuneración por su uso.

Existe en realidad un hecho incierto consistente en que el programa saldría en vivo en la fecha pactada por las partes, hecho que no se pudo constatar por la terminación anticipada por parte de Hoteles Charleston.

No obstante lo anterior esa situación no implica que no exista un daño, pues si bien no puede asegurarse que el 25 de septiembre Aladino habría entregado el programa a entera satisfacción de Hoteles Charleston, lo cierto es que sí existía una gran posibilidad de que lo hiciera y es esa pérdida de la posibilidad de obtener el derecho a la remuneración la que constituye el daño en este caso.

Lo que sucedió es que Hoteles Charleston, con la terminación anticipada del contrato, privó a Aladino de la oportunidad de sacar en vivo el programa y con ello, de su derecho a recibir las mensualidades por el uso del software. Ese daño es conocido por la doctrina y la jurisprudencia como "pérdida de la oportunidad" o "pérdida del chance" y es aceptado como un daño cierto e indemnizable.

¿Desde cuándo se causaron los perjuicios por este concepto?

Como se mencionó, la parte demandante estima que Hoteles Charleston debe pagarle las mensualidades dejadas de percibir por el uso del programa IGUANA INN en los módulos CRM, Front Desk y POS desde junio de 2008 hasta octubre de 2021, pues a su juicio es lo que habría recibido de no darse la terminación unilateral por parte de la contratante.

Y si bien las partes acordaron que el pago por el uso del Programa se haría a partir de junio de 2008, lo cierto es que como se verá a continuación dicha fecha correspondía al momento en que, según el cronograma inicial, debía salir en vivo el programa en el primero de los hoteles.

En efecto, a folios 260 y 261 del cuaderno de pruebas número 5, obra carta del 17 de diciembre de 2007, enviada por Aladino Feged a Hoteles Charleston, en la cual Aladino manifiesta que en junio de 2008 saldría en vivo el programa en Hotel Charleston Bogotá, y que en los meses siguientes, se haría en Casa Medina y Charleston Cartagena.

Lo anterior significa que la fecha desde la cual la convocada tenía que pagar por el uso del programa, debía corresponder a aquella que

inicialmente se había previsto para que el mismo comenzara a funcionar. Sin embargo, como quedó establecido en el proceso, la entrada en funcionamiento del programa nunca se dio, pues si bien se intentó en varias ocasiones “salir en vivo” lo cierto es que hasta en el último intento se encontraron inconvenientes que hicieron que el programa no fuera utilizado por Hoteles Charleston.

La correcta interpretación del contrato conlleva a que el derecho al cobro por el uso del programa debía corresponder con el momento en que su utilización se iniciara adecuadamente, lo cual, en la práctica, no fue desde junio de 2008 como lo solicita la convocante pues lo cierto es que para esa fecha el programa no salió en vivo y por ende mal podría reclamarse la remuneración por su utilización. Una interpretación diferente no tiene cabida pues, como lo señala la cláusula séptima, dicho valor correspondía al “*derecho al uso de de El programa, sus actualizaciones, mantenimiento y soporte*”.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el contrato se terminó de manera anticipada por Hoteles Charleston, ello impidió a Aladino Feged salir en vivo el 27 de septiembre de 2009, lo cual hubiera generado en aquel la obligación de pagar la remuneración mensual por el uso del programa. En consecuencia, en caso de salir en vivo, era sólo a partir de esa fecha en que Aladino podía cobrar por el uso del software lo cual debe ser tenido en cuenta por el Tribunal al momento de liquidar los perjuicios.

¿Hasta cuándo se causaron los perjuicios por este concepto?

Establecido lo anterior, es procedente determinar hasta qué momento, en caso de salir en vivo, Aladino tenía derecho a percibir la remuneración por el uso del programa.

Para el efecto es necesario nuevamente remitirse al texto del contrato que da origen a este litigio, obrante a folios 1 a 8 del cuaderno de pruebas número 3, y el cual fue suscrito por las partes el 11 de enero de 2008.

Según su cláusula octava, el contrato tendría una duración de dos años, prorrogable automáticamente por iguales periodos si las partes no manifestaban lo contrario; y en la cláusula novena, el contratante se obligó a no terminar el convenio "*antes de los primeros Doce (12) meses de duración del Servicio de licencia ASP*".

Se observa entonces que aparentemente las dos cláusulas pueden ser contradictorias, pues mientras en la primera se acordó una duración mínima de dos años con prórrogas automáticas, en la segunda, las partes convinieron una permanencia mínima de 12 meses. ¿Cómo debe entonces hacerse una interpretación de las dos estipulaciones, que permita que ambas produzcan efectos?

Teniendo en cuenta que la entrada en operación tenía que haberse dado como máximo el 27 de septiembre de 2009, es claro que el año mínimo de permanencia se extendería hasta el 27 de septiembre de 2010; pero al mismo tiempo como esa permanencia mínima se extendió más allá del mes de enero de 2010, tendremos que entender que la prórroga automática correspondiente al periodo 2010 – 2012 tenía necesariamente que haberse dado. Recordemos como quedó resuelto en el laudo arbitral anterior, que en el contrato no existe la facultad de terminación unilateral y por ende no puede entenderse que vencido el año mínimo de permanencia el contrato se podía dar por terminado, pues una tal interpretación dejaría sin efecto el contenido de la cláusula octava que tenía una duración mínima de dos años.

Contrario a lo que pretende el demandante, la certeza del derecho a la remuneración no puede tenerse más allá del 10 de enero de 2012 por cuanto resulta una simple eventualidad el hecho de que si el programa salía en vivo, el contrato se hubiere renovado por las partes más allá de ese periodo, máximo cuando la relación contractual se había tornado muy dificultosa, como puede evidenciarse en las múltiples comunicaciones que reposan en el expediente. Lo único cierto es que la convocada estaba obligada a utilizarlo y a pagar la remuneración correspondiente por un periodo mínimo de un año desde su salida en vivo lo cual implicaba la

prórroga automática hasta el 2012, pero no puede concluirse que el contrato se siguiera prorrogando hasta el 2021 como se pretende en la demanda.

Corolario de lo hasta aquí expuesto es que el daño consistente en la falta de remuneración por los módulos CRM, Front Desk y POS desde enero de 2012 hasta octubre de 2021 es eventual y por lo tanto el Tribunal negará parcialmente las pretensiones.

La liquidación del perjuicio derivado de las mensualidades dejadas de percibir por Aladino como consecuencia de la terminación anticipada del contrato

Teniendo en cuenta que como consecuencia de la terminación unilateral por parte de Hoteles Charleston, Aladino Feged perdió la oportunidad de recibir la remuneración por el uso de los módulos CRM, Front Desk y POS, desde el 27 de septiembre de 2009 hasta el 10 de enero de 2012, pérdida que el Tribunal considera es equivalente a la suma mensual de \$7.100.000, la convocada está en la obligación de pagar la suma de \$ 194.776.667 que surge de multiplicar la remuneración por 27 meses y 13 días, y así se declarará en la parte resolutive de este laudo. Sobre esa cifra no se accederá a la pretensión de actualización por cuanto las partes en el contrato no convinieron que ella sería actualizada en las prórrogas, pero sí se causarán intereses moratorios a partir de la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda, como pasa a explicarse a continuación.

Los intereses de mora

En cuanto a los intereses moratorios de que trata el literal b de la pretensión tercera de la demanda, es necesario remitirnos a las normas pertinentes del Código Civil y de Comercio.

El artículo 1617 el Código Civil dispone "*Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: /.../ 1. Se siguen debiendo los intereses*

convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; queda sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos (...)” ; y el artículo 884 del Código de Comercio prevé “Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990 (...)”.

Lo anterior significa que en caso de mora de obligaciones dinerarias derivadas de contratos de naturaleza mercantil, como el que nos ocupa, el acreedor tendrá derecho al pago de un interés equivalente a una y media veces el bancario corriente.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 1608 del Código Civil, “El deudor está en mora:

“1o. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.”

“2° Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

“3° En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”

En el presente caso nos encontramos en el tercero de los eventos, puesto que como se vio, la obligación de pagar las mensualidades por el uso del programa nunca nació en atención al hecho de que Hoteles Charleston impidió que Aladino tuviera la oportunidad de salir en vivo, y por lo tanto no existe un plazo que haya sido incumplido. En este punto debe tenerse en cuenta que el perjuicio que por este concepto se indemniza no corresponde a un lucro cesante sino a una pérdida de oportunidad, y por

ende la causación de intereses moratorios solamente puede contabilizarse desde el momento en que se requiere judicialmente al deudor para su pago.

Teniendo en cuenta lo anterior es necesario remitirse al artículo 90 del Código de Procedimiento Civil según el cual “(...) *La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin*”.

En el presente caso el convocante presentó la demanda en la cual reclamaba los perjuicios derivados de la terminación unilateral, el 25 de noviembre de 2011, la cual fue notificada al demandado el 27 de enero de 2012, motivo por el cual es a partir del día siguiente a esa fecha que la convocada está en la obligación de pagar los intereses de mora los cuales se liquidan a continuación.

INTERESES						
CAPITAL	MES	AÑO	TASA(%)	T Diaria	DÍAS	INTERESES DE MORA
\$ 194.776.666,67	Enero	2012	19,92%	0,0498%	4	\$387.845,44
\$ 194.776.666,67	Febrero	2012	19,92%	0,0498%	29	\$2.811.879,46
\$ 194.776.666,67	Marzo	2012	19,92%	0,0498%	31	\$3.005.802,18
\$ 194.776.666,67	Abril	2012	20,52%	0,0511%	30	\$2.988.780,04
\$ 194.776.666,67	Mayo	2012	20,52%	0,0511%	31	\$3.088.406,04
\$ 194.776.666,67	Junio	2012	20,52%	0,0511%	30	\$2.988.780,04
\$ 194.776.666,67	Julio	2012	20,86%	0,0519%	31	\$3.135.033,03
\$ 194.776.666,67	Agosto	2012	20,86%	0,0519%	31	\$3.135.033,03
\$ 194.776.666,67	Septiembre	2012	20,86%	0,0519%	30	\$3.033.902,93
\$ 194.776.666,67	Octubre	2012	20,89%	0,0520%	31	\$3.139.140,90
\$ 194.776.666,67	Noviembre	2012	20,89%	0,0520%	30	\$3.037.878,29
\$ 194.776.666,67	Diciembre	2012	20,89%	0,0520%	31	\$3.139.140,90
\$ 194.776.666,67	Enero	2013	20,75%	0,0517%	31	\$3.119.962,16
\$ 194.776.666,67	Febrero	2013	20,75%	0,0517%	5	\$503.219,70
INTERESES						\$37.514.804,13

1.3.2 Las mensualidades derivadas del “contrato ALADINO INFORMIX”(literales h, i, j y k de la pretensión tercera)

Solicita el convocante la indemnización de los perjuicios consistentes en “*las mensualidades dejadas de recibir derivadas del contrato ALADINO*”

INFORMIX” hasta octubre de 2021, y señala en los hechos de la demanda - específicamente en el 6.2. - que con la terminación del contrato Hoteles Charleston privó a Aladino de seguir percibiendo el valor que aquel le venía pagando por “el uso de la licencia del programa ALADINO INFORMIX, previsto también en la cláusula séptima del contrato de licencia de uso de software (...).”

La lectura literal de la pretensión hace pensar que la parte convocante está solicitando pagos derivados de un contrato distinto a aquel que da origen a este proceso, pues menciona específicamente el uso de la licencia del programa ALADINO INFORMIX. En este sentido, y para determinar la procedencia o no de la pretensión, el Tribunal procede a efectuar una interpretación de la demanda integrando las pretensiones con los hechos que la fundamentan.

Tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia han manifestado que es obligación del Juez interpretar la demanda en aquellos eventos en que la parte demandante no hubiere dirigido sus pretensiones de manera correcta, dado que la congruencia no puede ser pretexto para que el fallador eluda su labor hermenéutica frente a aquélla, pues debe dar aplicación al principio de primacía de lo sustancial sobre las formalidades, de manera que de acuerdo con el contexto de la misma, pueda determinarse con claridad el verdadero sentido de cada una de las pretensiones.

Sobre el particular el Consejo de Estado ha manifestado *“Reitera la Sala la jurisprudencia que ha sostenido en decisiones anteriores, en las cuales se ha considerado que es deber del juez interpretar la demanda como un todo armónico, deber que no constituye una mera liberalidad sino el cumplimiento de los artículos 228 y 229 de la Constitución, que consagran como principios de la administración de justicia la prevalencia del derecho sustancial y la garantía a su acceso. La falta de técnica en la demanda no es óbice para que el juzgador desentrañe su sentido; aunque, claro está,*

teniendo buen cuidado de no alterar el propósito expresado por el actor y siempre que no se contravenga el derecho de defensa de la otra parte⁶

En el presente caso, pese a la imprecisión de los literales h, i, j y k de la pretensión tercera de la convocatoria, la correcta interpretación de la demanda lleva a la inequívoca conclusión de que en aquellas solicitudes, el convocante pretende el pago de la suma prevista en el segundo punto del segundo párrafo de la cláusula séptima del contrato de licencia de uso del software celebrado el 11 de enero de 2008, que textualmente dispone que Hoteles Charleston pagaría a Aladino Feged la suma de *“Siete millones ochenta y ocho mil treinta y cinco pesos (\$7.88.035) antes de IVA, por la parte Contable y Financiera que mantienen el valor que históricamente se viene cobrando”*.

Por lo anterior, se accederá igualmente al pago de la suma mencionada aplicando los mismos criterios y parámetros trazados en el acápite inmediatamente anterior, esto es, precisando que la condena se proferirá a partir del 27 de septiembre de 2010 y hasta el 10 de enero de 2012 sin que sea admisible la actualización solicitada por las mismas razones expuestas anteriormente, y accediendo a la condena por concepto de intereses moratorios contabilizados desde la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda a la convocada.

La liquidación de esas sumas, es la siguiente:

Capital = \$7.088.035 X 27 meses y 13 días = \$194.448.426,83

Los intereses se calculan conforme al siguiente cuadro:

INTERESES						
CAPITAL	MES	AÑO	TASA(%)	T Diaria	DÍAS	INTERESES DE MORA
\$ 194.448.426,83	Enero	2012	19,92%	0,0498%	4	\$387.191,84
\$ 194.448.426,83	Febrero	2012	19,92%	0,0498%	29	\$ 2.807.140,85
\$ 194.448.426,83	Marzo	2012	19,92%	0,0498%	31	\$ 3.000.736,77
\$ 194.448.426,83	Abril	2012	20,52%	0,0511%	30	\$2.983.743,31
\$ 194.448.426,83	Mayo	2012	20,52%	0,0511%	31	\$3.083.201,42

⁶ Sección Tercera, Sentencia de 31 de Agosto de 2006, C.P. Ruth Stella Correa Palacio Exp. 68001-23-31-000-2000-09610-01 (15772).

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
ALADINO FEGED LIMITADA CONTRA HOTELES CHARLESTON S.A.S.

\$ 194.448.426,83	Junio	2012	20,52%	0,0511%	30	\$2.983.743,31
\$ 194.448.426,83	Julio	2012	20,86%	0,0519%	31	\$3.129.749,84
\$ 194.448.426,83	Agosto	2012	20,86%	0,0519%	31	\$3.129.749,84
\$ 194.448.426,83	Septiembre	2012	20,86%	0,0519%	30	\$3.028.790,17
\$ 194.448.426,83	Octubre	2012	20,89%	0,0520%	31	\$3.133.850,78
\$ 194.448.426,83	Noviembre	2012	20,89%	0,0520%	30	\$3.032.758,82
\$ 194.448.426,83	Diciembre	2012	20,89%	0,0520%	31	\$3.133.850,78
\$ 194.448.426,83	Enero	2013	20,75%	0,0517%	31	\$3.114.704,36
\$ 194.448.426,83	Febrero	2013	20,75%	0,0517%	5	\$502.371,67
INTERESES						\$37.451.583,76

1.3.3 Los gastos en que incurrió Aladino Feged en el desarrollo del programa IGUANA INN (literal f de la pretensión tercera)

Pretende el convocante que Hoteles Charleston indemnice, a título de daño emergente, los gastos en los cuales incurrió en el desarrollo del programa IGUANA INN.

Para resolver esta pretensión es necesario preguntarse cuál es la causa de dichos gastos, ¿fue la suscripción y ejecución del contrato de licencia de uso de software? O ¿se originaron en la terminación de dicho negocio?

La respuesta salta a la vista. Los gastos en que incurrió Aladino en el desarrollo del programa son consecuencia directa de la ejecución del contrato que celebró con Hoteles Charleston. La terminación de ese negocio de ninguna manera incidió en esas erogaciones.

Recordemos que el nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento en este caso, es requisito indispensable para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria. No cualquier erogación constituye un daño, y no cualquier daño tiene nexo de causalidad con la conducta del agente.

En el presente caso las sumas invertidas por Aladino en el desarrollo del programa IGUANA INN no pueden considerarse un daño, pues ellas fueron una inversión necesaria para el cumplimiento de las obligaciones por parte de Aladino, quien además recibió una contraprestación por ese concepto.

En ese sentido no puede hablarse de daño, pues recibió una remuneración por su trabajo.

Adicionalmente, y en el eventual caso que tales erogaciones se consideraran un daño, las mismas no guardan relación de causalidad con el incumplimiento, pues aquel no es causa adecuada, ni siquiera condicional de aquellas.

Por lo brevemente expuesto la solicitud contenida en el literal f de la pretensión tercera de la demanda será negada y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

1.3.4 Los gastos en que incurrió Aladino Feged con ocasión del Tribunal de Arbitramento de Hoteles Charleston contra Aladino Feged (literal g de la pretensión tercera)

Al igual que la pretensión anterior, los gastos en los cuales incurrió Aladino en el Tribunal que precedió a este no pueden ser indemnizados, por la sencilla razón de que no existe nexo de causalidad entre el incumplimiento de Hoteles Charleston y la convocatoria del Tribunal anterior, la cual se inicia en una pretensión propia de Hoteles Charleston y no con base en su incumplimiento.

En esos términos la solicitud contenida en el literal g de la petición tercera será negada.

1.3.5 La Cláusula Penal Pecuniaria

El convocante pretende el pago de la cláusula penal pecuniaria contenida en la cláusula quinta del contrato de licencia de uso de software y en la cual las partes convinieron "*Sin perjuicio de las acciones legales de la parte cumplida, el incumplimiento de una de las partes de cualquiera de las obligaciones dará derecho a la otra al pago de la suma*

de **CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$50.000.000)** además del valor de los perjuicios causados por el incumplimiento".

La cláusula penal, que en este caso constituye una pena y no una tasación anticipada de perjuicios, está regulada en los artículos 1592 y siguientes del Código Civil y consiste en "aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal".

Para que sea exigible la pena contenida en este tipo de cláusula basta, como lo dispone el 1599 del C.C., la inejecución de lo pactado. Por lo tanto, demostrado como se encuentra el incumplimiento por parte de Hoteles Charleston, la pretensión del pago de la cláusula penal está llamada a prosperar.

Ahora bien, el artículo 1595 de ese estatuto dispone "Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva. /.../ Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse".

En el presente caso puede afirmarse que la obligación incumplida por Hoteles Charleston consistió en continuar el contrato hasta su terminación. Por lo tanto, atendiendo a la naturaleza de la cláusula penal que nos ocupa, su pago se hizo exigible, al tenor de lo previsto en el artículo 1595 citado, desde que se constituyó en mora al deudor, que como se vio ocurrió el pasado 27 de enero de 2012 con la notificación a Hoteles Charleston, del auto admisorio de la demanda.

Solicita la convocante además del pago de la pena, la actualización de la misma y en el literal I de la pretensión tercera, el pago de los intereses de mora.

El tema de la actualización de la cláusula penal ha sido extremadamente controvertido por la doctrina y por la jurisprudencia, y sobre él se encuentran posiciones encontradas. Sin embargo en este punto el Tribunal coincide con la posición de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que, al momento de pactarse la cláusula penal, la pérdida de poder adquisitivo de la moneda es un hecho previsible para ambas partes del contrato y por ende, si su interés es mantenerla actualizada para el caso en que ella llegue a ser exigible, es su deber acordar en la misma fórmulas de actualización.

Sobre ese tema la Corte ha sostenido lo siguiente:

*“En torno a las anteriores circunstancias no se ve razonabilidad a la argumentación justificatoria de la corrección de la cláusula penal, invocando, como lo hace alguna doctrina externa, fenómenos de imprevisión o el postulado de la buena fe, o el abuso del derecho, porque todos se desmienten con apoyo en el conocimiento y la previsibilidad que antes se explicaba, además de considerarse que la pena se estipula precisamente para sancionar a un deudor incumplido, y generalmente con un rol recíproco para ambas partes. Legalmente esa conciencia sobre los hechos pudiera llevar a las partes a la estipulación de cláusulas de valor que mantuvieran el equilibrio económico de la pena, para enervar así el efecto nocivo de la inflación, pero si esa disposición no se pacta, el remedio judicial no se abre paso porque habrá que presumir que el monto de la pena sigue siendo equitativo(...)”*⁷

Por lo anterior el Tribunal habrá de negar la actualización de la cláusula penal.

En cuanto al cobro de intereses, por tratarse de una obligación dineraria, el Tribunal considera que los mismos son procedentes desde el 27 de enero de 2012, fecha en la cual se constituyó en mora a Hoteles Charleston.

⁷ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Magistrado ponente José Fernando Ramírez Gómez. 23 de junio de 2000. Expediente No. 4823.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
ALADINO FEGED LIMITADA CONTRA HOTELES CHARLESTON S.A.S.

La siguiente es la liquidación de los intereses de mora causados sobre el valor de la cláusula penal.

INTERESES						
CAPITAL	MES	AÑO	TASA(%)	T Diaria	DÍAS	INTERESES DE MORA
\$ 50.000.000,00	Enero	2012	19,92%	0,0498%	4	\$ 99.561,58
\$ 50.000.000,00	Febrero	2012	19,92%	0,0498%	29	\$721.821,44
\$ 50.000.000,00	Marzo	2012	19,92%	0,0498%	31	\$ 771.602,22
\$ 50.000.000,00	Abril	2012	20,52%	0,0511%	30	\$ 767.232,57
\$ 50.000.000,00	Mayo	2012	20,52%	0,0511%	31	\$ 792.806,98
\$ 50.000.000,00	Junio	2012	20,52%	0,0511%	30	\$ 767.232,57
\$ 50.000.000,00	Julio	2012	20,86%	0,0519%	31	\$804.776,33
\$ 50.000.000,00	Agosto	2012	20,86%	0,0519%	31	\$804.776,33
\$ 50.000.000,00	Septiembre	2012	20,86%	0,0519%	30	\$778.815,81
\$ 50.000.000,00	Octubre	2012	20,89%	0,0520%	31	\$805.830,84
\$ 50.000.000,00	Noviembre	2012	20,89%	0,0520%	30	\$779.836,30
\$ 50.000.000,00	Diciembre	2012	20,89%	0,0520%	31	\$805.830,84
\$ 50.000.000,00	Enero	2013	20,75%	0,0517%	31	\$800.907,58
\$ 50.000.000,00	Febrero	2013	20,75%	0,0517%	5	\$129.178,64
INTERESES						\$ 9.630.210,02

En consecuencia el Tribunal condenará a Hoteles Charleston a pagar a Aladino Feged, la suma de nueve millones seiscientos treinta mil doscientos diez pesos con dos centavos (\$9.630.210,02) por concepto de intereses de mora causados sobre el valor de la cláusula penal pecuniaria.

1.3.6 Conclusión

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, esto es que no todas las sumas cuya indemnización se reclama habrán de prosperar, el Tribunal habrá de declarar parcialmente probada la excepción propuesta por la convocada denominada "inexistencia de perjuicios" y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

No sucederá así con la tercera excepción denominada "indebido uso de la acción declarativa la cual se fundamenta en que el demandante pretende convertir este proceso "en una especie de proceso ejecutivo", pues lo cierto es que, como ha quedado expuesto, el Tribunal no ha encontrado un título ejecutivo en el laudo arbitral anterior sino que ha

efectuado con detalle el análisis relativo a la procedencia o no de cada una de las sumas reclamadas, y especialmente de la existencia del derecho a cada una de ellas, lo cual impide sin duda concluir que exista un título ejecutivo.

II. SOLUCIÓN A LA CONTROVERSIA PLANTEADA POR LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y SU CONTESTACIÓN.

2.1 Planteamiento del problema

En la pretensión primera de la demanda de reconvencción, el apoderado de la parte convocada – demandante en reconvencción – solicita que se declare que Aladino Feged, al presentar la demanda arbitral que da origen a este proceso, “...en violación del principio de cosa juzgada, abusó de su derecho a litigar” y como consecuencia de ese abuso, le ocasionó perjuicios a Hoteles Charleston, los cuales debe indemnizar.

En la contestación a la demanda de reconvencción, el apoderado de la convocante, en adición al alegato sobre falta de competencia de este Tribunal para conocer de la contrademanda y sobre ausencia de arbitrabilidad objetiva, temas que ya fueron resueltos en la primera audiencia de trámite, invocó igualmente como medio de defensa la “inexistencia del abuso del derecho a litigar”.

Corresponde en consecuencia retomar en primer lugar, el tema relativo a la competencia de este Tribunal para estudiar y resolver las pretensiones de la demanda de reconvencción, para posteriormente, si ello es procedente, abordar el estudio del abuso del derecho alegado por Hoteles Charleston.

2.2 La competencia de este Tribunal para conocer las pretensiones de la demanda de reconvencción

Tal y como se expuso en detalle en el curso de la primera audiencia de trámite, este Tribunal considera que es competente para conocer las

controversias planteadas en la demanda de reconvención, por las razones que, en síntesis, se exponen a continuación:

La cláusula compromisoria que da origen a este proceso, es de aquellas que bien podrían calificarse como "amplias". En efecto, en su texto las partes acordaron en cuanto a su objeto, que los árbitros son los llamados a conocer de disputas "*surgidas por razón o con ocasión del presente contrato*".

No se incluyó en ella un listado taxativo de eventos que deban ser resueltos por los árbitros, ni mucho menos se restringieron esos casos a uno o unos pocos. Por el contrario se utilizaron expresiones que admiten la posibilidad de una interpretación generosa, esto es, que dan cabida a un sinnúmero de eventos o hipótesis que pueden presentarse "*con ocasión*" o "*por razón*" del contrato.

No cabe duda de que en aplicación del principio de interpretación que propende por el respeto de la voluntad común de las partes, la intención que los contratantes tuvieron al acordar esa estipulación es que las controversias que surgieran "*por razón*" o "*con ocasión*" del contrato fueran resueltas por árbitros. En otras palabras, y sin que sea posible establecer o conocer en detalle las tratativas que precedieron su acuerdo - si ellas existieron -, lo único cierto es que la voluntad de los extremos de la relación comercial es que no fuera el juez estatal quien resolviera sus conflictos, sino que fuera un juez arbitral. Ahora bien, es claro que cuando dos sujetos celebran un acuerdo de arbitraje de la amplitud de aquel que aquí se analiza, no están previendo en detalle qué tipo de controversias desean llevar a conocimiento de los árbitros, y podría incluso decirse que ni siquiera están esperando el advenimiento de disputas entre ellos, pero lo cierto e irrefutable es que decidieron cambiar de juez, y asignar a uno o varios árbitros la facultad de ser ellos quienes se ocuparan de las eventuales divergencias que en relación con el contrato pudieran acontecer entre ellas.

Ahora bien, el abuso del derecho en que se fundamenta la demanda de reconvencción tiene como origen una discusión derivada del contrato y tiene como esencia el uso excesivo -por vía de la acción -de un derecho nacido de aquél, por lo cual resultaría poco acertado desligarlo tajantemente del negocio jurídico que contiene la cláusula arbitral.

Si bien el abuso del ejercicio del derecho de acción puede generar una responsabilidad de naturaleza extracontractual, lo cierto es que no puede pasarse por alto que en el presente caso ese derecho de acción, que es meramente instrumental, surge de un derecho sustancial que tiene su origen en el contrato y que bien puede catalogarse como el surgimiento de una controversia “por razón” o “con ocasión” de aquel.

Por ello, analizado lo anterior así como el texto del convenio arbitral, para el Tribunal el abuso que se plantea en la reconvencción no se encuentra del todo desligado del contrato de licencia de uso de software, es decir, existe un vínculo o conexión indirecta con dicho negocio al estar de por medio un derecho sustantivo derivado del contrato y una cláusula compromisoria que, como negocio jurídico, igualmente puede ser utilizada en exceso, en este caso, como se dice en la reconvencción, en contravía del principio de la cosa juzgada, controversia que, por virtud de la amplitud de la misma estipulación, le correspondería resolver a este Tribunal de Arbitraje y no a la jurisdicción ordinaria.

Vistas así las cosas y aceptando que el abuso del derecho a litigar tiene naturaleza extracontractual, al estar de por medio en este caso una cláusula compromisoria de contenido muy amplio, el litigio planteado en la demanda de reconvencción tiene una relación o vínculo innegables con el contrato al cual accede dicha cláusula, por lo cual le corresponde a este Tribunal conocer y resolver dicho litigio. Como bien lo señala la doctrina, este es un caso de responsabilidad extracontractual que ha surgido con ocasión o por razón del ejercicio de un derecho contractual, es decir, se trata de un asunto litigioso de raigambre extracontractual pero que no hubiese enfrentado a las partes de no mediar el contrato mencionado o de mediar uno diferente. Por ello, para el Tribunal, el asunto litigioso que se

plantea en la demanda de reconvención surge por razón del contrato de licenciamiento de uso de software y la competencia para decidirlo, en razón de la amplitud de la cláusula compromisoria, está radicada en la justicia arbitral, decisión que además coincide con el principio "*favorem arbitratis*".

Con fundamento en estas consideraciones, habrá de declararse la no prosperidad de las excepciones denominadas "Incompetencia absoluta del Tribunal de Arbitramento para conocer de la demanda de reconvención formulada por Hoteles Charleston S.A.S en contra de Aladino Feged Ltda por un supuesto abuso del derecho a litigar" y "Ausencia de Arbitrabilidad Objetiva", lo cual permite abordar al análisis de fondo del problema que se plantea en la demanda de reconvención.

2.3 El supuesto abuso del derecho a litigar

Para Hoteles Charleston, la parte convocante ha abusado de su derecho a litigar por presentar "*una demanda arbitral de fecha 25 de noviembre de 2011 (...) en violación del principio de cosa juzgada*"

Como se ha reiterado en el presente laudo, el principio de interpretación de la demanda, lleva a concluir que las pretensiones de la reconvención reposan en el desconocimiento del principio de la cosa juzgada, tema que fue estudiado en detalle al inicio de esta providencia y respecto del cual se concluyó que en este caso no existió desconocimiento de ese principio.

Así las cosas el Tribunal no encuentra probados los fundamentos de las pretensiones de la demanda de reconvención, por lo cual habrá de declarar probada la excepción denominada "inexistencia del abuso del derecho a litigar", propuesta por Aladino Feged en la contestación a la demanda de reconvención.

III. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 1395 DE 2010

Teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda, es claro que para efectos del juramento estimatorio la norma vigente y por ende aplicable, es la contenida en el artículo 10 de la ley 1395 de 2010. Corresponde entonces al Tribunal, analizar a la luz de esa disposición, si en este proceso resulta procedente la sanción contemplada en ella por ser excesiva la cantidad estimada en relación con el monto de la condena, lo cual adicionalmente fue solicitado por la parte convocada al contestar la demanda.

Para ese efecto, el Tribunal observa que en la convocatoria, la cuantía se estimó en la suma de \$2.306'950.451,92, y que el total de las condenas aquí impuestas asciende a la suma de \$523'821.691,42. Se presenta entonces una diferencia de \$1.783'128.760,50 la cual excede en más del 30% a aquella que resultó de la regulación efectuada por el Tribunal. Por ello se hace necesaria la imposición de la sanción prevista en la referida norma, que asciende al 10% de la diferencia, esto es a la suma de \$178.312.876,05 la cual podrá ser compensada por la convocada del total de las condenas a su cargo.

IV. COSTAS

Conforme a los lineamientos establecidos en los numerales 1 y 5 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, y teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda prosperarán parcialmente al igual que las excepciones propuestas respecto de ella, y que demanda de reconvencción no prospera, el Tribunal se abstendrá de condenar en costas.

V. PARTE RESOLUTIVA

En merito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento integrado para resolver las diferencias surgidas entre **ALADINO FEGED LTDA.**, por una parte, y por la otra, **HOTELES CHARLESTON**

SAS, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de ley, y en cumplimiento de la misión encomendada por los compromitentes para tal fin,

RESUELVE

Respecto de la demanda principal y su contestación

Primero: Declarar no probadas las excepciones de “cosa juzgada” e “indebido uso de la acción declarativa”.

Segundo: Declarar parcialmente probada la excepción de “inexistencia de perjuicios”.

Tercero: Declarar que la terminación unilateral y arbitraria por parte de Hoteles Charleston, del contrato de licencia de uso de software celebrado el 11 de enero de 2008 con Aladino Feged, le causó daños y perjuicios a Aladino Feged.

Cuarto: Condenar a Hoteles Charleston SAS a pagar a Aladino Feged LTDA., dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoría del presente laudo, las siguientes sumas de dinero:

4.1. CIENTO NOVENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS (\$194.776.666,67) por concepto de las mensualidades dejadas de recibir derivadas del contrato de licencia de uso de software IGUANA INN.

4.2. TREINTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS CATORCE MIL OCHOCIENTOS CUATRO PESOS CON TRECE CENTAVOS (\$37.514.804,13) por concepto de intereses moratorios causados sobre la suma de que trata el numeral anterior.

4.3. CIENTO NOVENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS VEINTISÉIS PESOS CON

OCHENTA Y TRES CENTAVOS (\$194.448.426,83) por concepto de las mensualidades dejadas de recibir derivadas del uso del módulo contable y financiero del programa IGUANA INN denominado en la demanda ALADINO INFORMIX.

4.4. TREINTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON SETENTA Y SEIS CENTAVOS (\$37.451.583,76) por concepto de intereses moratorios causados sobre la suma de que trata el numeral anterior.

4.5 CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000) a título de cláusula penal pecuniaria.

4.6 NUEVE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA MIL DOSCIENTOS DIEZ PESOS CON DOS CENTAVOS (\$9.630.210,02) por concepto de intereses moratorios causados sobre la suma de que trata el numeral anterior.

Quinto: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

Respecto de la demanda de reconvención y su contestación

Sexto: Declarar no probadas las excepciones denominadas "Incompetencia absoluta del Tribunal de Arbitramento para conocer de la demanda de reconvención formulada por Hoteles Charleston S.A.S en contra de Aladino Feged Ltda por un supuesto abuso del derecho a litigar" y "Ausencia de Arbitrabilidad Objetiva".

Séptimo: Declarar probada la excepción denominada "Inexistencia del abuso del derecho a litigar".

Octavo: Negar, en consecuencia, la totalidad de las pretensiones de la demanda de reconvención.

Respecto de la aplicación del artículo 10 de la ley 1395 de 2010

Noveno: Condenar a Aladino Feged Ltda. a pagar a Hoteles Charleston SAS la suma de CIENTO SETENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS DOCE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS CON CINCO CENTAVOS (\$178.312.876,05) los cuales podrán ser descontados por Hoteles Charleston del total de las condenas a su cargo.

Décimo: Abstenerse de proferir condena en costas.

Undécimo: Ordenar la expedición de copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes.

Duodécimo: Ordenar la devolución del expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Esta providencia queda notificada en estrados.

ANTONIO PABÓN SANTANDER
Árbitro

HENRY SANABRIA SANTOS
Secretario