

**CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ – CENTRO DE ARBITRAJE Y
CONCILIACIÓN**

**TRIBUNAL ARBITRAL DE MAKRO SUPERMAYORISTA SAS, como parte
Convocante, contra LUZ MARIA BUSTAMANTE ARAÚJO, como parte
Convocada**

15944

1

LAUDO ARBITRAL

**BOGOTÁ D.C., MARZO TREINTA Y UNO (31) DE DOS MIL VEINTE
(2020)**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., marzo treinta y uno (31) de dos mil veinte (2020)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal Arbitral a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre MAKRO SUPERMAYORISTA SAS, como parte Convocante, contra LUZ MARIA BUSTAMANTE ARAÚJO, como parte Convocada.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES

1.- PARTES PROCESALES Y REPRESENTANTES:

1.1.- PARTE CONVOCANTE:

2

La parte Convocante es MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S. (en adelante “MAKRO”, la “Demandante” o la “Convocante”), sociedad domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con NIT. 900059238-5, representada legalmente por el señor FABIAN ALEXANDER DE LA PARRA ANDRADE, identificado con cédula de ciudadanía No 79.570.944 y domiciliado en Bogotá D.C.¹

La parte Convocante ha comparecido al proceso por intermedio de apoderado debidamente constituido².

1.2.- PARTE CONVOCADA

La parte Convocada es LUZ MARIA BUSTAMANTE ARAÚJO, en lo sucesivo, la “Demandada”, o la “Convocada”, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Barranquilla, identificada con cédula de ciudadanía No. 32.830.924.

¹ C. Principal 1, fl. 11-23

² C. Principal 1, fls. 10 y 179

La parte Convocada compareció al proceso por intermedio de apoderado debidamente constituido³.

2.- EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral aparece visible en la cláusula 14 del Contrato de Concesión de Espacio, el cual fue celebrado entre MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S., en calidad de Concedente, y LUZ MARIA BUSTAMANTE ARAÚJO, en calidad de Concesionario, el 25 de abril de 2015. La cláusula es del siguiente tenor⁴:

“Las partes acuerdan que toda diferencia que surja entre ellas con ocasión de la ejecución, interpretación, terminación o liquidación del presente contrato, incluyendo la ejecución de obligaciones, será resuelta por un tribunal de arbitramento compuesto por un árbitro (01) único que fallará en derecho, designado por el centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. El tribunal funcionará en de Bogotá D.C [sic] y su convocatoria y funcionamiento se regirá por las normas vigentes en el momento de su convocatoria. Parágrafo.- Para todos los efectos contractuales, LAS PARTES acuerdan que el domicilio contractual será la ciudad de Bogotá, independientemente del domicilio de las partes o del lugar en que se encuentre el espacio concedido”.

Dicha cláusula arbitral reúne los requisitos de existencia y validez exigidos por la ley para el pacto arbitral, y para los actos jurídicos en general, por las siguientes razones:

3

El pacto arbitral consta en el contrato al que se refiere el presente proceso.

El pacto arbitral fue celebrado por una persona jurídica y una natural, con plena capacidad para celebrar dicho negocio jurídico.

No se ha invocado ni acreditado en el proceso que haya existido algún vicio que afecte la validez o existencia del pacto arbitral.

3.- EL TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL

3.1.- El trámite arbitral se desarrolló con apego a las disposiciones legales que rigen el arbitraje nacional, con pleno cumplimiento de los principios y garantías constitucionales, para lo cual fueron practicadas la totalidad de las pruebas decretadas y no desistidas por las partes.

³ C. Principal 1, fls. 64-65

⁴ C. Pruebas 1, fl. 12

3.2.- La demanda arbitral fue presentada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 26 de diciembre de 2018⁵.

3.3.- De conformidad con lo acordado en la cláusula compromisoria, se designó como árbitro único por sorteo público al Dr. LUIS GUILLERMO ACERO GALLEGO⁶, quien aceptó el nombramiento mediante comunicación dirigida al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá⁷.

3.4.- El 15 de marzo de 2019 se llevó a cabo la audiencia de instalación, en la cual mediante Auto 1 se declaró legalmente instalado el Tribunal Arbitral y se nombró secretario al Dr. Horacio Cruz Tejada. Asimismo, se profirió el Auto 2, mediante el cual se admitió la demanda arbitral, providencia que fue notificada al apoderado de la parte Convocada en la misma fecha, esto es, el 15 de marzo de 2019⁸.

Por su parte, el Dr. Cruz Tejada manifestó la aceptación de la designación en calidad de secretario en la oportunidad señalada en la ley y tomó posesión del cargo ante el Tribunal el 3 de abril de 2019⁹.

3.5.- Dentro de la oportunidad legal, la parte Convocada interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, del cual se corrió el traslado respectivo al extremo Convocante, quien se pronunció oportunamente¹⁰. Dicho recurso fue resuelto de forma desfavorable mediante Auto 3 de 11 de abril de 2019¹¹

4

3.6.- El 23 de abril de 2019, previo a la notificación del Auto 3 de la misma fecha, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda y se ordenó correr traslado de la misma, la parte Convocada presentó escrito de contestación de la demanda formulando excepciones de mérito¹².

3.7.- Vencido el término de traslado de la demanda arbitral, se corrió traslado a la parte Convocante de las excepciones de mérito propuestas por la Convocada en la contestación de la demanda¹³.

⁵ C. Principal 1, fls. 1-9

⁶ C. Principal 1, fls. 42-43

⁷ C. Principal 1, fls. 46-49

⁸ C. Principal 1, fls. 80-84

⁹ C. Principal 1, fls. 93-97

¹⁰ C. Principal 1, fls. 86-92; 98-100

¹¹ C. Principal 1, fls. 106-108

¹² C. Principal 1, fls. 112-128

¹³ C. Principal 1, fls. 129-130

3.8.- El 12 de junio de 2019, dentro de la oportunidad legal la parte Convocante recorrió el traslado de las excepciones de mérito propuestas respecto de la demanda arbitral y solicitó práctica de pruebas¹⁴.

3.9.- El 14 de junio de 2019, la parte Convocada presentó escrito de oposición a las pruebas solicitadas por el extremo Convocante al descorrer traslado de las excepciones de mérito formuladas en la contestación de la demanda¹⁵

3.10.- Mediante Auto 4, proferido el 16 de julio de 2019, el Tribunal convocó a las partes y a sus apoderados a audiencia de conciliación.¹⁶

3.11.- El 22 de julio de 2019 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, sin que se haya logrado acuerdo alguno¹⁷.

3.12.- Mediante Auto 5 de 22 de julio de 2019, el Tribunal fijó las sumas por concepto de honorarios del Tribunal y gastos del proceso. En la misma fecha, el apoderado de la parte Convocada remitió al correo electrónico de la secretaría del Tribunal solicitud de amparo de pobreza, petición que fue negada mediante Auto 6 de 25 de julio de 2019¹⁸.

3.13.- Las sumas por concepto de honorarios del Tribunal y gastos del proceso fueron pagadas, en su totalidad, por la parte Convocante. En consecuencia, por medio de Auto 7 de 3 de septiembre de 2019, el Tribunal procedió a convocar a las partes a la primera audiencia de trámite para el 10 de septiembre de 2019¹⁹.

4. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES.

4.1.- La primera audiencia de trámite se celebró el 10 de septiembre de 2019. Mediante Auto 9, proferido en dicha audiencia, el Tribunal se declaró competente para conocer de las pretensiones contenidas en la demanda arbitral, formulada por MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S., como parte Convocante, contra LUZ MARIA BUSTAMANTE ARAÚJO²⁰, como parte Convocada.

¹⁴ C. Principal 1, fls. 131-145

¹⁵ C. Principal 1, fls. 146-150

¹⁶ C. Principal 1, fls. 151-153

¹⁷ C. Principal 1, fls. 155-158

¹⁸ C. Principal 1, fls. 155-158

¹⁹ C. Principal 1, fls. 166-169

²⁰ C. Principal 2, fls. 173-174

4.2.- En firme la providencia mediante la cual el Tribunal se declaró competente, procedió a pronunciarse sobre el decreto de pruebas, mediante Auto 10, proferido en dicha audiencia²¹.

4.3.- Las pruebas decretadas se practicaron de la siguiente manera:

4.3.1.- En audiencia celebrada el 2 de octubre de 2019, se recibieron las declaraciones de los testigos RONIE CHEGWIN GOELKEL, DIANA PAOLA MOYANO, RICARDO CHEGWIN GOELKEL y de MARCELA PATRICA MESA MORENO. Los señores RONIE CHEGWIN GOELKEL y RICARDO CHEGWIN GOELKEL, comparecieron por video conferencia²². La parte Convocante presentó tacha del testigo RICARDO CHEGWIN GOELKEL, conforme lo señala el artículo 211 del Código General del Proceso.

4.3.2.- El 11 de octubre de 2019 por secretaría fueron librados los oficios con destino a la Dirección General del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente DAMA Barranquilla DAMAB, así como a la Dirección General del Establecimiento Público de Barranquilla Verde, de conformidad con lo ordenado por el Tribunal mediante Auto 10 de 10 de septiembre de 2019²³.

4.3.3.- El 17 de octubre de 2019, el testigo RONNIE CHEGWIN remitió mensaje a la secretaría del Tribunal en respuesta al requerimiento realizado en audiencia celebrada el 2 de octubre de 2019. Dicha información también fue remitida por el apoderado de la Convocada. Lo mismo hizo la parte Convocante mediante correo electrónico enviado en la misma fecha a la secretaría del Tribunal²⁴. Dicha información fue puesta en conocimiento de las partes mediante Auto 14 de 21 de octubre de 2019.

6

4.3.4.- En audiencia celebrada el 21 de octubre de 2019, se recibió la declaración del testigo GUILLERMO ALFREDO ANGARITA CONTRERAS. De igual manera, se realizó la exhibición de los documentos ordenados en el numeral 3.3 del Auto 10 de 10 de septiembre de 2019. Tales documentos se incorporaron al expediente y se pusieron en conocimiento de la parte Convocante mediante Auto 14 de la misma fecha²⁵.

4.3.5.- En la audiencia mencionada en el numeral anterior, la parte Convocada desistió de la práctica del testimonio de JENNY MAIDER TÉLLEZ BARRERA, petición que fue aceptada por el Tribunal mediante Auto 14 de la misma fecha.

4.3.6.- Mediante Auto 15 de 31 de octubre de 2019, se ordenó oficiar nuevamente, tanto al Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente DAMA Barranquilla - DAMAB Dirección General, como a la

²¹ C. Principal 2, fls. 176-183

²² C. Principal 1, fls. 176-183

²³ C. Principal 1, fls. 188-193

²⁴ C. Principal 1, fls. 197-200

²⁵ C. Principal 1, fls. 206-209

Dirección General del Establecimiento Público de Barranquilla Verde, a fin de dar respuesta a lo ordenado en Auto 10 de 10 de septiembre de 2019.

4.3.7.- El 7 de noviembre de 2019 fue remitido al correo electrónico de la secretaría del Tribunal mensaje proveniente del Establecimiento Público de Barranquilla Verde, informando que la solicitud contenida en el oficio fue recibida bajo radicado N. 6932 del 15 de octubre de 2019 y su respuesta se encontraba en trámite.

4.3.8.- En audiencia celebrada el 26 de noviembre de 2019, se practicaron los interrogatorios de las partes. Por la parte Convocada compareció la señora LUZ MARÍA BUSTAMANTE ARAÚJO; entretanto, por la Convocante compareció el señor FABIAN DE LA PARRA ANDRADE, en calidad de representante legal.

4.3.9.- Mediante Auto 17 de 26 de noviembre de 2019, se requirió a la parte Convocante a fin de acreditar dentro de los cinco días siguientes, radicación de los oficios expedidos por el Tribunal con destino al Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente DAMA Barranquilla - DAMAB Dirección General y la Dirección General del Establecimiento Público de Barranquilla Verde. Según consta en informe secretarial de 18 de diciembre de 2019, no se acreditó la radicación de los oficios en mención.

4.3.10.- Comoquiera que no se obtuvo respuesta por parte del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente DAMA Barranquilla - DAMAB Dirección General, ni de la Dirección General del Establecimiento Público de Barranquilla Verde, y la parte Convocante tampoco acreditó la radicación de los oficios expedidos por el Tribunal con destino a tales entidades, mediante Auto 18 de 18 de diciembre de 2019, el Tribunal prescindió de dicha prueba y cerró la etapa probatoria, previa realización del respectivo control de legalidad. De igual manera, convocó a las partes a audiencia para alegaciones finales.

4.3.11.- El 20 de diciembre de 2019 se llevó a cabo la audiencia de alegaciones finales. Los alegatos de conclusión presentados por escrito por las partes fueron incorporados al expediente²⁶. Mediante Auto 19 proferido en dicha audiencia, se fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia de Laudo, el jueves 27 de febrero de 2020, a las 2:00 pm.²⁷.

4.3.12.- Mediante Auto 21 de 27 de febrero de 2020, el Tribunal reprogramó la Audiencia de Laudo para el 31 de marzo de 2020, a las 2:30 pm.

4.3.13.- El 16 de marzo de 2020, mediante Auto 22, por solicitud expresa de las partes, el Tribunal decretó la suspensión del proceso desde el 17 de marzo hasta el 30 de marzo de 2020, ambas fechas inclusive.

²⁶ C. Principal 1, fls. 254-348

²⁷ C. Principal 1, fls. 251-253

5. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO.

El término de duración del presente proceso es de seis (6) meses como quiera que las partes no pactaron lo contrario. En consecuencia, habiendo finalizado la primera audiencia de trámite el día 11 de septiembre de 2019, el término de duración se extiende hasta el 11 de marzo de 2020. No obstante, a dicho término se le deben agregar los días en que el proceso ha estado suspendido, que a la fecha son noventa y un (91) días hábiles, los cuales están comprendidos entre el 12 de septiembre y el 1º de octubre de 2019, ambas fechas inclusive, entre el 5 y 20 de octubre de 2019, ambas fechas inclusive, entre el 25 y el 30 de octubre de 2019, ambas fechas inclusive; entre el 4 de diciembre y el 17 de diciembre de 2019, ambas fechas inclusive; entre el 21 de diciembre de 2019 y el 26 de febrero de 2020, ambas fechas inclusive, y desde el 17 de marzo hasta el 30 de marzo de 2020, ambas fechas inclusive.

Así las cosas, el presente laudo arbitral es proferido dentro del término señalado por la ley.

CAPÍTULO SEGUNDO

SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

8

1.- PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Las pretensiones incoadas por la parte Convocante en la demanda arbitral son²⁸:

3.1.1 Se declare que LUZ MARÍA BUSTAMANTE ARAÚJO incumplió el Contrato de Concesión de Espacio celebrado con MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S., el día veinticinco (25) de abril de 2015, por el no pago de los cánones de arrendamiento dentro de los plazos pactados.

3.1.2 Se declare que LUZ MARÍA BUSTAMANTE ARAÚJO también incumplió el Contrato de Concesión de Espacio celebrado con MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S., el día veinticinco (25) de abril de 2015, por no realizar la entrega del espacio concedido dentro de la cláusula novena del mismo.

3.1.2 [sic] Como consecuencia de las anteriores, se resuelva el Contrato de Concesión de Espacio celebrado el 25 de abril de 2015

²⁸ C. Principal 1, fl. 5

entre MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S y LUZ MARÍA BUSTAMANTE ARAÚJO.

3.1.3 Como consecuencia de todas las anteriores, se le ordene a LUZ MARÍA BUSTAMANTE ARAÚJO la restitución del espacio concedido, el cual se encuentra especificado en el anexo 1 del Contrato de Concesión de Espacio, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria del Laudo Arbitral.

3.1.4 Se comisione al Juez Civil Municipal de Barranquilla con las más amplias facultades para que, en caso de que no exista una entrega voluntaria, adelante la diligencia correspondiente.

3.1.5 Se condene en costas y gastos del arbitramento a la demandada.”

2.- HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos de la demanda, que sustentan las pretensiones transcritas, se pueden sintetizar de la siguiente manera:

2.1.- MAKRO SUPERMAYORISTA SAS y LUZ MARIA BUSTAMANTE ARAÚJO celebraron por escrito el pasado 25 de abril de 2015 un “*Contrato de Concesión de Espacio*”, cuyo objeto fue la “*entrega a título de concesión de espacio*” destinado exclusivamente como *LAVADERO DE AUTOS Y LUBRICACIÓN* de aproximadamente de ciento cincuenta metros (150) metros cuadrados ubicado en la zona de parqueaderos de la Tienda Makro de la ciudad de Barranquilla

2.2.- La Convocada, LUZ MARÍA BUSTAMANTE ARAÚJO, en su calidad de concesionaria, se obligó a pagar a título de contraprestación económica a favor de la Convocante, MAKRO SUPERMAYORISTA SAS, la suma de UN MILLON SEISCIENTOS CUATRO MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO PESOS MONEDA LEGAL (\$1.604.825) más los impuestos correspondientes. A decir de la Convocante, dicha suma sería pagada dentro de los cinco (5) primeros días hábiles de cada mes y se aumentaría cada 12 meses de ejecución del contrato *en un porcentaje igual al incremento del índice de precios al consumidor certificado por el DANE, o la autoridad competente, para el cierre inmediatamente anterior, más 2 puntos porcentuales (2%).*

2.3.- Según la Convocante, el espacio concedido estaba destinado exclusivamente para el montaje, instalación y operación de un lavadero de autos y lubricentro, para lo cual la concesionaria se comprometió, conforme quedó plasmado en el inciso segundo de la clausura cuarta del contrato, a obtener y enviar a la concedente para su aprobación: *i) la caracterización fisicoquímica del agua residual generada por la actividad del lavadero de autos y lubricentro ii) el certificado de disposición final de los residuos industriales generados por la operación del lavadero Incluyendo los lodos lubricantes y aceites usados el cual deberá ser emitido por una empresa autorizada iii) las licencias registros y planes ambientales que son exigidos*

para la operación de la actividad punto aparte.

2.4.- A decir de la Convocante, las obligaciones a cargo de la Concesionaria han sido incumplidas desde el inicio de ejecución del contrato, especialmente en lo relacionado con la presentación y entrega a la concedente de la documentación relacionada en el literal anterior, lo que obligó a que mediante comunicación del 15 de septiembre de 2015 suscrita por el señor ENRIQUE TONZO, representante legal de MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S., se le informara el incumplimiento, e inclusive se le solicitara la devolución del espacio concedido.

2.5.- Al entender de la Convocante, a partir de mayo de 2017 la Convocada comenzó sistemáticamente a incumplir con el pago de la contraprestación económica, lo que generó la realización de varios requerimientos encaminados a que se diera cumplimiento al pago de la contraprestación económica, lo que desencadenó la remisión de una comunicación de 18 de mayo de 2018, suscrita por el representante legal de la Convocante, mediante la cual se informó a la Concesionaria la terminación del contrato y la consecuente solicitud de restitución del espacio concedido, situación que, a decir de la Convocante, no ha sido atendida.

2.6.- Según la Convocante, sólo hasta octubre de 2018, la Convocada pagó la totalidad de los cánones de arrendamiento adeudados, lo que, a su entender, no puede considerarse como extensión del plazo o reanudación del contrato ya terminado.

10

3.- LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La parte Convocada contestó oportunamente la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones y negando buena parte de los hechos allí expuestos. En síntesis, manifestó lo siguiente:

3.1.- A decir de la Convocada, entre las mismas partes se celebró un contrato que inició su ejecución el 26 de diciembre de 2011 y se prorrogó año por año; asimismo, que la Convocante decidió realizar un nuevo contrato a partir de 2015, el cual sirve de soporte a la demanda arbitral.

3.2.- Si bien se pactó una contraprestación económica a favor de la Convocante, según la Convocada el contrato no contempló a quién debía realizarse el pago. Al respecto, manifestó además que la Convocante tiene tercerizado el recaudo de cartera en la sociedad PROFITLINE S.A.S., sobre la cual no existe control en relación con la fecha de facturación y recaudo. Resaltó la Convocada que, si no hay entrega oportuna de las facturas, no es posible exigir el pago.

3.3.- De acuerdo con la Convocada, se dio cumplimiento a los requerimientos relacionados con las medidas ambientales exigidas por la ley, lo que se reafirma con el hecho según el cual, hasta la fecha de

contestación de la demanda arbitral, no existe sanción alguna contra la Convocada, ni apertura de investigación por la autoridad ambiental. Señaló que, de no contar con los permisos y licencias ambientales, no sería posible realizar el negocio desarrollado por la Convocada.

3.4.- Afirmó la Convocada que la terminación de contrato por el incumplimiento que adujo la Convocante, obedeció a una terminación unilateral por esta.

3.5.- A decir de la Convocada, no hubo incumplimiento alguno por su parte en relación con el contrato celebrado con la Convocante.

CAPÍTULO TERCERO

PARTE MOTIVA

1.- LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

En el presente caso se encuentran reunidos los requisitos necesarios para que este Tribunal Arbitral pueda proferir laudo arbitral.

Aunado a lo anterior, el presente trámite arbitral se desarrolló con apego a las disposiciones legales que rigen el arbitraje nacional, con pleno cumplimiento de los principios y garantías constitucionales, razón por la cual, al no existir reparo alguno sobre los requisitos en mención, se profiere el presente laudo arbitral.

11

2.- ASPECTOS DE DECISIÓN PREVIA.

2.1.- TACHA DEL TESTIMONIO DEL SEÑOR RICARDO CHEGWIN GOELKEL

El apoderado de la parte Convocante, en el desarrollo de la diligencia de fecha 2 de octubre de 2019, en relación con el testimonio del señor RICARDO CHEGWIN GOELKEL, manifestó lo siguiente:

“DR. VELANDIA: No tengo más preguntas porque el testigo no está aportando absolutamente nada conducente y pertinente al caso y de conformidad con el artículo 211 del Código General solicitó que se tache de sospechoso al testigo que lo permite o al principio de la audiencia o después dado esa relación jurídica o de esa relación económica existente entre la señora Luz María Bustamante y el señor declarante. Gracias”.

Fundamentó la solicitud de tacha de sospecha del testimonio dada la relación económica del testigo con la parte Convocada; tales circunstancias

lo llevaron a advertir una posible afectación de la imparcialidad de la que debe gozar el testimonio.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 211 del Código General del Proceso, establece que *“cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”*; de igual manera, dispone que la tacha debe formularse con expresión de las razones en las que se funda y que el juez analizará el testimonio en el momento de fallar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

Sobre el valor probatorio de un testigo sospechoso, la Corte Suprema de Justicia²⁹ ha dicho que:

“La ley no impide que se reciba la declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquél por el que deben pasar las declaraciones de personas libres de sospecha.

Cuando existe un motivo de sospecha respecto del testigo, se pone en duda, que esté diciendo la verdad al declarar; se desconfia de su relato o de que sus respuestas corresponden a la realidad de lo que ocurrió; se supone que en él pesa más su propio interés en determinado sentido que prestar su colaboración a la justicia para esclarecer los hechos debatidos. El valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se halla contrarrestado por la suposición de que sus afirmaciones sean no verídicas y por consiguiente, por sí solas, jamás pueden producir certeza en el juez”.

12

Así las cosas, la consecuencia directa que surge de la presentación de la tacha por alguna de las partes es que, al momento de fallar o de resolver la controversia, el juez debe estudiar y analizar el testimonio que ha sido tachado, *“de acuerdo con las circunstancias de cada caso”*. Esa circunstancia implica que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la tacha por inhabilidad, no existe una obligación de ‘resolver’ acerca de la sospecha. Lo que se exige de la autoridad judicial es que el testimonio cuestionado se examine con mayor severidad y en consideración de los motivos que le generan desconfianza a quien formula la tacha.

En el presente caso, el Tribunal encuentra que está demostrado y reconocido el vínculo comercial y familiar que existe entre la parte Convocada y el señor RICARDO CHEGWIN³⁰. sin embargo, pese al manto de sospecha que dicha

²⁹ Sentencia Corte Suprema de Justicia de fecha 8 de junio de 1982, citada en la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2006 de la Corte Constitucional, Expediente D-6219.

³⁰ “DR. ACERO: Señor Ricardo le voy a pedir que hable un poquito más pausado porque la conexión no está muy buena. Le quisiera por favor repetir al Tribunal cuál es su relación con la señora Luz María? Por favor.

relación pudiere generar en la declaración del testigo, no se advierte, en principio, interés alguno de él en beneficiar con su testimonio la posición jurídica de la Convocada, pues su versión, sometida al tamiz de la sana crítica, se muestra libre, espontánea y ausente de cualquier sesgo de parcialidad, encaminado a favorecer los intereses de la Convocada, por lo que el Tribunal apreciará su testimonio dentro de la rigurosidad que impone la sospecha de parcialidad y la sana crítica.

Al respecto debe señalarse que dicho testimonio no ofreció mayores elementos de juicio para la solución del caso sometido al análisis del Tribunal y por ello puede ser catalogado como intrascendente.

3.- FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN.

Procede el Tribunal a exponer los motivos, de hecho y de derecho, que soportarán la decisión que finalmente se adoptará. Para efectos metodológicos a continuación se analizarán los siguientes aspectos relevantes: (i) la delimitación de la cuestión fáctica y el problema jurídico que debe ser resuelto por el Tribunal; (ii) consideraciones sobre el marco contractual y legal aplicable; (iii) aspectos adicionales que arrojaron los medios de prueba; (iv) análisis de las excepciones de mérito; (v) conclusiones.

13

3.1.- La delimitación de la cuestión fáctica y el problema jurídico que debe ser resuelto por el Tribunal.

De acuerdo con los hechos planteados en la demanda formulada por la Convocante e, igualmente, a partir de los planteamientos efectuados por la Convocada en su contestación se tiene que en el presente caso la discusión gira en torno a los presuntos incumplimientos que la Convocante le imputa a la Convocada, respecto de varias de las obligaciones a cargo de esta última contenidas en el negocio jurídico suscrito por ellas el día 25 de abril de 2015, denominado “CONTRATO DE CONCESIÓN DE ESPACIO”, (en adelante el “Contrato de Concesión”).

Según la posición de la Convocante, la Convocada incumplió “[D]esde el mismo inicio del contrato” con el suministro de la documentación a la cual se refiere la última de las Cláusulas citadas lo cual generó que la Convocante remitiera una comunicación el día 15 de septiembre de 2015 mediante la cual informó el presunto incumplimiento y solicitara la devolución del espacio concedido. De igual forma la Convocante ha sostenido que la Convocada “a partir del mes de mayo de 2017, la concesionaria demandada comenzó sistemáticamente a incumplir con la contraprestación económica”. También sostuvo que se hicieron varios requerimientos para que se

SR. CHEGWIN: Luz María es la esposa de Ernesto Busche, Ernesto Busche es hermano de mi esposa que es Gloria Busche, este negocio lo montamos entre Ernesto y yo, pero nuestras actividades son diferentes y por eso lo pusimos en nombre y a cargo de Luz María Bustamante que es la esposa de mi cuñado”.

cumpliera con el pago sin éxito y que, frente a esta situación, mediante comunicación del 18 de mayo de 2018, suscrita por el secretario general y representante legal de la Convocante “se declaró el incumplimiento del contrato y su terminación” y se solicitó la restitución de las áreas entregadas sin que ello hubiera sido atendido.

Por su parte la Convocada en la contestación de la demanda, según ya se indicó, sostuvo que la Convocante tiene tercerizado la gestión de recaudo de cartera en “una sociedad diferente a esta sobre la cual no tiene control de la fecha de facturación y del recaudo *per se*” (SIC). Al decir de la Convocada “[S]e han cumplido todos y cada uno de los requerimientos legales relacionados con medidas ambientales, sin que a la fecha de la contestación de esta demanda se tenga una sola, sanción, siquiera la apertura de una investigación por parte de la secretaría del medio ambiente de la ciudad de Barranquilla” (SIC). Así mismo, la Convocada manifestó, en relación con el presunto incumplimiento del pago de la contraprestación pactada en el Contrato de Concesión, que la Convocante no “puede exigir el cumplimiento de una obligación si no cumple con la que a este compete”; en tal sentido, sostuvo la Convocada, en síntesis, que la Convocante no efectuó la entrega oportuna de las facturas respectivas. Con base en estas premisas la Convocada negó que hubiera habido incumplimientos. De igual forma, propuso 3 excepciones de mérito, que denominó “EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO”, “PAGO y “EXCEPCIÓN SUSCEPTIBLE DE DECLARACIÓN OFICIOSA”. Con la primera se indicó, aunque de manera general (es decir, sin indicar de manera específica los fundamentos fácticos de apoyo a tal medio exceptivo) que los supuestos incumplimientos alegados por la Convocante “no eran oponibles” a la Convocada dados los incumplimientos de aquella, mientras que con la segunda se señaló que se ha cumplido a cabalidad con los “pagos de las cuentas cobradas” a la Convocada.

Teniendo presente los anteriores planteamientos de las partes, existen varios aspectos que deben ser resueltos primeramente por el Tribunal, que guardan relación con el alcance de la decisión.

En primer término, resulta importante delimitar el alcance de la demanda y sus pretensiones, para lo cual deberá el Tribunal hacer uso de la facultad de interpretación que ha sido resaltada por la jurisprudencia nacional³¹:

“Y es que el ordenamiento procesal no impone señalar en determinada parte de la demanda o con palabras sacramentales sus designios, sino que basta que ellos afloren francamente de su texto.

Sobre el particular, la Sala en reiteradas ocasiones ha sostenido que “(...) la demanda, en cuanto constituye uno de los confines que enmarca la actividad del juez, debe ser interpretada por éste con miras a desentrañar su genuino sentido, cuando no aflore de manera clara y

³¹ Corte Suprema de Justicia, sala de casación Civil. Sentencia de 20 de enero de 2009. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. 17001310300519930021501.

precisa en ella, evento en el cual aquel debe encaminar su labor hermenéutica a descubrir el propósito original de quien acude a la jurisdicción; es decir, que el juzgador goza de la potestad de escrutar dicho libelo con el fin de esclarecer la voluntad del demandante confusamente expuesta; pero, y esto resulta significativo, en modo alguno, so pretexto de interpretar dicho escrito, puede darle un alcance distinto, o hacerle decir lo que objetivamente no dice, o alterar su contenido, ni siquiera por motivos que estime „justos” o valederos; de suerte, pues, que esa facultad hermenéutica no puede ejercitarse en forma arbitraria o caprichosa, por cuanto comporta una operación sometida al imperio de la razón y del sentido común y, esencialmente, sujeta a los límites fundamentales impuestos por el actor” (Sentencia de 16 de julio de 2008, Exp. No.1997 00457 01, entre otras)”.

Al respecto, si bien es claro que el Tribunal, obrando como juez designado por las partes, debe acudir a la facultad de interpretación de la demanda a efectos de desentrañar el querer de la parte Convocante, también resulta importante ceñirse de la manera más ajustada posible a lo planteado por la misma Convocante en la demanda, particularmente en el *petitum* y en el recuento fáctico.

Al respecto, efectuando una lectura integral de las pretensiones y los hechos de la demanda deben resaltarse los siguientes aspectos relevantes:

En la pretensión 3.1.1. se solicita que se declare que la Convocada incumplió con el Contrato de Concesión “por el no pago de los cánones de arrendamiento dentro de los plazos pactados”.

15

En la pretensión 3.1.2. se solicita igualmente que se declare el incumplimiento del mismo Contrato de Concesión, por parte de la Convocada, “por no realizar la entrega del espacio concedido dentro de la cláusula novena del mismo”.

En relación con este último punto, dado que la pretensión mencionada no lo señala de modo expreso, entiende el Tribunal que el incumplimiento al que se refiere la Convocante se habría dado por el hecho de que la Convocada no efectuó la devolución del área otorgada en concesión, luego de haber recibido la comunicación del 18 de mayo de 2018, la cual será objeto de análisis detallado más adelante.

Si bien en el hecho 2.4. se menciona una comunicación de fecha 15 de septiembre de 2015, en la cual la Convocante habría informado a la Convocada del incumplimiento de algunas obligaciones del Contrato de Concesión, particularmente relacionadas con la no remisión de la documentación a la que se refiere el segundo inciso de su Cláusula 4, del texto mismo de la demanda arbitral surge que luego de esta primera comunicación el Contrato de Concesión siguió ejecutándose (lo cual se verá también refrendado con las pruebas practicadas), por lo que, dado el surgimiento de nuevos incumplimientos al decir de la Convocante, esta remitió la comunicación ya mencionada fechada el 18 de mayo de 2018. En

adición, debe resaltarse que, según el texto mismo de la demanda, la comunicación que para la Convocante resulta ser relevante, en punto a analizar lo atinente a la devolución del área entregada en concesión, no es la del 15 de septiembre de 2015 sino la del 18 de mayo de 2018. Nótese, en tal sentido, que en el numeral 4.3. de capítulo denominado “FUNDAMENTOS DE DERECHO” se sostuvo que “(...) *el contrato se terminó desde el 18 de mayo de 2018 por el no pago de la contraprestación, fecha en la cual se le solicitó la restitución del espacio concedido, y pese a ello la demandada se abstrajo de hacerla pese a que, en el mismo acuerdo de voluntades, se señaló que fuera la razón que fuera la restitución debía realizarse dentro de los 15 días siguientes a la fecha de terminación, lo cual no sucedió*” (SIC). Estas circunstancias llevan al Tribunal a concluir, se insiste, que para la Convocante la comunicación que resulta relevante para efectos de analizar la eventual terminación del Contrato de Concesión y un hipotético incumplimiento de la obligación de proceder a la devolución del área entregada, es la del 18 de mayo de 2018.

Dado que en las pretensiones de la demanda no se hace referencia directa y expresa al presunto incumplimiento por parte de la Convocada de la obligación contenida en el segundo inciso de la Cláusula 4 del Contrato de Concesión como fundamento fáctico de las mismas, no se pronunciará el Tribunal sobre tal aspecto, pues a pesar de que dicho asunto se menciona en alguno de los hechos de la demanda, entiende el Tribunal que esta es apenas una referencia de contexto a fin de explicar los motivos que originaron la comunicación del 15 de septiembre de 2015.

A pesar de que en esta última comunicación se hace referencia a un presunto incumplimiento de la Convocada en relación con la obligación a la cual se acaba de hacer referencia, el Tribunal tomará en consideración la comunicación del 18 de mayo de 2018, a efectos de establecer si hubo un incumplimiento de la Convocada en cuanto a los plazos de entrega del área otorgada en concesión, por los motivos ya expuestos.

En esta última misiva, según se explicará adelante, si bien se mencionan algunos incumplimientos, la Convocante, en últimas, hizo uso de la facultad consagrada en el numeral 4 de la Cláusula 9, sin que para el ejercicio de dicha facultad tenga relevancia la existencia de incumplimientos contractuales.

Si bien en el curso del trámite arbitral surgió el asunto atinente a si la Convocada incurrió en mora con respecto a las facturas con las cuales se le cobraron los rubros por servicios públicos (asunto reglamentado en la Cláusula 6 del Contrato de Concesión), de nuevo debe resaltarse que en la pretensión 3.1.1. se hizo expresa mención a que la declaratoria de incumplimiento se soportó en el “no pago de los cánones de arrendamiento”, a lo cual debe añadirse que en el hecho 2.5. de la demanda se aludió a que, a juicio de la Convocante, la Convocada “a partir de mayo de 2017 (...) comenzó sistemáticamente a incumplir con el pago de la contraprestación económica (...)”. Lo anterior quiere decir que tal aspecto, atinente a un presunto incumplimiento relativo a las facturas sobre servicios públicos, no

se incluyó en el recuento fáctico de la demanda, ni tampoco se hizo alusión a tal circunstancia en las pretensiones, motivo por el cual el Tribunal se abstendrá de pronunciarse sobre dicho asunto.

Si bien en la pretensión 3.1.1., como ya se ha indicado, se señaló que la declaratoria de incumplimiento se soportó en el “no incumplimiento de los cánones de arrendamiento”, entiende el Tribunal que con tal expresión se está haciendo referencia a un presunto incumplimiento del pago de la contraprestación económica a la cual se refiere la Cláusula 7 del Contrato de Concesión. Esta aclaración resulta pertinente, si se tiene en cuenta que el negocio celebrado no fue de arrendamiento sino de concesión de espacio y que, de hecho, las partes convinieron expresamente en la Cláusula 12 del Contrato de Concesión que a este no le serían aplicables de ninguna manera las normas atinentes al contrato de arrendamiento comercial. Por lo tanto, al no haber como tal un “canon de arrendamiento” es indudable que la parte Convocante quiso hacer referencia a la ya mencionada contraprestación incluida en la Cláusula 7.

En síntesis, de acuerdo con el anterior análisis, deberá el Tribunal establecer si la Convocada incurrió en un incumplimiento de sus obligaciones consagradas en el Contrato de Concesión, específicamente las relacionadas con el pago de la contraprestación acordada en la Cláusula 7 del mismo, y con la devolución del área otorgada en concesión en los plazos de la Cláusula 9 de dicho negocio jurídico.

Igualmente resulta importante hacer algunas consideraciones sobre la pretensión 3.1.2., en la cual se solicita que se “*resuelva el Contrato de Concesión de Espacio celebrado el 25 de abril de 2015 entre MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S. y LUZ MARIA BUSTAMENTE ARAÚJO*”. Al respecto, bien es sabido que la resolución de un negocio jurídico implica deshacer el vínculo contractual y retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de su celebración. También es sabido que dicha figura solo resulta aplicable en los contratos de ejecución instantánea sin que sea viable su aplicación en los contratos de tracto sucesivo.

Al respecto ha sostenido la Corte Suprema de Justicia³²

“Ha dicho al respecto la Corte que “[p]or la terminación (o cesación) judicial pierde el contrato su fuerza para el futuro, mas quedan en pie los efectos hasta entonces surtidos. Existió desde que fue concertado hasta que tuvo fin, y mientras existió nacieron de él obligaciones y derechos que se respetan. He aquí el sentido de la terminación, aplicable de preferencia a los contratos llamados de tracto sucesivo, ejecutorios, por oposición a ejecutados, cuyo cumplimiento se hace en prestaciones periódicas o paulatinas. No así la resolución judicial. Por esta el contrato cesa para lo futuro; se extingue retroactivamente desde su nacimiento; (...) se borra; ‘se desatan todos los derechos y

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de veintiséis (26) de agosto de dos mil once (2011). M.P. ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ. Ref.: 05001-3103-016-2002-00007-01.

obligaciones que del contrato emanaron; se vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse; se tiene la convención por no celebrada (...). La resolución obra doblemente sobre el contrato: para lo futuro, quitándole su fuerza; para lo pasado, deshaciendo sus efectos. La cesación únicamente produce el primer resultado' (...)" (Cas. Civ., sentencias del 26 de noviembre de 1935, G.J., T. XLIII, pág. 391 y del 26 de abril de 1955, G.J., T. LXXX, pág. 55).

Ahora bien, en muchos casos, claro está, según las particularidades que cada uno ofrezca, la labor interpretativa que en relación con la demanda le compete a los juzgadores de instancia puede permitirles, por una parte, colegir que, pese a haberse solicitado la "resolución " de un contrato, la reclamación elevada en verdad concierne con la "terminación" del mismo, en cuanto que por la naturaleza de los deberes de prestación asumidos por los contratantes no sea factible retrotraer lo ya dado o entregado, y, por otra, decidir en consonancia con ese entendimiento la respectiva pretensión, sin que para ello constituya un valladar infranqueable el hecho de que las restantes peticiones apunten, equivocadamente, a que como prestaciones consecuenciales se adopten medidas que, en esencia, estén dirigidas a retrotraer la situación al momento de la celebración del correspondiente negocio jurídico, pues en este supuesto bastaría con negar su acogimiento".

En tal medida, de acuerdo con lo señalado, se tiene que la resolución no resulta aplicable a los contratos de ejecución diferida, en la medida en que respecto de las prestaciones ya causadas resultaría imposible retrotraer las cosas al momento anterior a la celebración del negocio jurídico. Por ende, de nuevo acudiendo a la facultad interpretativa de la demanda, entiende el Tribunal que cuando en esta se solicita la "resolución" en realidad se está haciendo referencia a la terminación del Contrato de Concesión. Por lo tanto, en caso de que resulte que efectivamente la Convocada incurrió en el incumplimiento de las obligaciones contractuales ya mencionadas, será procedente analizar si debe declararse la terminación del Contrato de Concesión y cuáles serían las consecuencias de tal declaración.

3.2.- Consideraciones sobre el marco contractual y legal aplicable.

Resulta importante para efectos de la decisión que se adopta en el presente laudo arbitral, establecer el marco contractual y legal que se relaciona con el asunto bajo análisis por parte del Tribunal. En relación con el aspecto contractual, se hará referencia a los apartados y cláusulas del Contrato de Concesión que resultan relevantes de cara la discusión que ha sido planteada por las partes, haciendo algunas anotaciones relativas a su interpretación de conformidad con los cánones que resulten aplicables, cuando ello resulte pertinente, consagrados en los artículos 1618 y siguientes del Código Civil.

Al respecto se tiene que las partes reglamentaron su relación comercial a través del Contrato de Concesión, que fue aportado junto con la demanda arbitral, sobre cuya existencia, validez y eficacia ninguna de las partes ha efectuado algún cuestionamiento.

En relación con la función económica de este tipo de contrato, vale resaltar que doctrinalmente se ha señalado que mediante la concesión de espacios “(...) el concedente (...) decide ceder espacios físicos de su establecimiento o establecimientos de comercio a personas que se denominan concesionarios, que son comerciantes o fabricantes de productos y que desean mercadearlos en los establecimientos acreditados del concedente”³³.

En efecto, acorde con la función económica puesta de presente por la doctrina, con el referido Contrato de Concesión, particularmente su Cláusula 1, la Convocante (que en el texto de dicho negocio jurídico se denominó “LA CONCEDENTE”) entregó a la Convocada (que en el referido acto se denominó “EL CONCESIONARIO”) a título de concesión temporal un espacio de aproximadamente 150 metros cuadrados, ubicado en la zona de los parqueaderos de la tienda de la Convocante de la ciudad de Barranquilla. De igual forma, según la Cláusula 2, el área que fue entregada a la Convocada debía ser empleada como “Lavadero de Autos y Lubricentro”. Para tales efectos, la Convocada quedó autorizada, en virtud del mismo contrato, a llevar a cabo las instalaciones que resultaran necesarias a efectos de cumplir con la destinación acordada.

Si bien en la Cláusula 3 se pactaron las “OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO”, también hay que señalar que a lo largo del Contrato de Concesión se incluyeron obligaciones adicionales para la Convocada, debiendo resaltarse las que resultan pertinentes para el presente análisis.

19

En tal sentido resulta de gran importancia definir, como primera medida, el alcance del numeral 2 de la Cláusula 7 del Contrato de Concesión.

3.2.1- Alcance del numeral 2 de la Cláusula 7 del Contrato de Concesión.

Este análisis resulta relevante si se tiene en cuenta que, como ya se anotó, la Convocante solicitó en la pretensión 3.1.1. que se declare el incumplimiento del Contrato de Concesión por el “no pago de los cánones de arrendamiento dentro de los plazos pactados”. Según la interpretación que se ha hecho de dicha pretensión, a juicio del Tribunal la imputación formulada por la Convocante consiste en que la Convocada no efectuó el pago de la contraprestación económica acordada, a la cual se refiere el aparte bajo análisis.

Al respecto, el numeral 2° de la Cláusula 7 del referido negocio jurídico, estableció que el monto de la contraprestación acordada “(...) *deberá ser*

³³ ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Contratos mercantiles, t. II. Bogotá, Diké, 2002, p. 306.

pagado por EL CONCESIONARIO a LA CONCEDENTE por cada mes de concesión de espacio, a partir de la fecha de la firma del presente contrato. El valor de la contraprestación por la concesión de espacio y el IVA sobre dicho monto, si a ello hay lugar, será pagadero y exigible a más tardar al vencimiento del quinto (5) día hábil de cada mes". La Convocante hizo alusión genérica a esta previsión contractual en el hecho 2.2. Así mismo, en el hecho 2.5. sostuvo que desde el mes de mayo del año 2017 la Convocada "comenzó sistemáticamente a incumplir con el pago de la contraprestación económica". A pesar de estas referencias puntuales a la referida disposición contractual, en el cuerpo de la demanda no se hace alusión expresa a cómo se produjo el presunto incumplimiento.

Cierto es que en el referido numeral las partes señalaron que el pago de la contraprestación debía hacerse "a más tardar al vencimiento del quinto (5) día hábil de cada mes". Sin embargo, este tenor literal debe ser contrastado con el comportamiento que las partes mantuvieron a lo largo de la ejecución contractual, a fin de establecer el verdadero alcance de dicho aparte, de acuerdo con el canon consagrado en el tercer inciso del artículo 1622 del Código Civil. Ello es así por cuanto, como surge de forma clara de los medios de prueba que fueron aportados y practicados en el trámite arbitral, el comportamiento de ambas partes se alejó de la literalidad del numeral 2 de la Cláusula 7 del Contrato de Concesión, según se explica a continuación.

Vale señalar que la necesidad y el deber de interpretar las cláusulas de un contrato, persiste en el juez así estas puedan considerarse claras según su tenor literal, como lo he reconocido la Corte Suprema de Justicia³⁴:

20

"(...) Ha dicho la Corte que no 'por el mero hecho de que ese sentido sea claro, queda proscrita toda investigación de la intención común de las partes, pues puede ocurrir por ejemplo, que las palabras hayan tenido en el contexto espacio temporal en el que el contrato se discutió y nació, un sentido propio y distinto del general, natural y obvio, o que tengan diversas acepciones, o que sea equívoca una palabra determinada mirado el contexto del contrato, o que tenga un significado técnico preciso, o que de entrada al intérprete se le ofrezca, a más del texto claro, una intención común diversa de aquel. En fin, no ha de limitarse siempre el exégeta a una interpretación gramatical por claro que sea el tenor literal del contrato, pues casos hay en los que debe acudir a auscultar la intención común, de lo que han querido o debido querer los contratantes, sobre todo si se tiene en cuenta que es la voluntad interna y no la declarada la que rige la hermenéutica contractual. Y a ese propósito se encaminan las reglas que siguen al mencionado artículo 1618, la principal de ellas, contenida en el artículo 1622, alusivo a lo que las mismas partes contractuales han entendido con las palabras utilizadas en el contrato de cuya interpretación se trata. Es una especie de interpretación auténtica que le imprime vigor al real sentido del contrato por la aplicación práctica que las partes han hecho del

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 27 de mayo de 2008. M.P. EDGARDO VILLAMIL PORTILLA. Exp. No. 11001-31-03-028-2000-00016-01.

mismo' Sent. Cas. Civ. de 1º de agosto de 2002, Exp. No. 6907, subraya la Sala" (Sent. Cas. Civ. de 29 de octubre de 2007, Exp. No. 05038-01)".

En relación con los varios cánones sobre interpretación contractual, incluidos en los artículos 1618 y siguientes del Código Civil, resalta el Tribunal que resulta aplicable al presente asunto el establecido en el inciso tercero del artículo 1622 de la misma obra. Ello en la medida en que, en el presente caso, no existen en el expediente medios de prueba de los cuales pueda inferirse de modo razonable cuál pudo ser la real intención de las partes en relación con el contenido del numeral 2 de la Cláusula 7 del Contrato de Concesión, por lo que no habría lugar a aplicar el canon consagrado en el artículo 1618 del Código Civil. Por el contrario, existe abundante material probatorio con base en el cual puede concluirse cuál fue, en efecto, el comportamiento de las partes en relación con el pago de la contraprestación acordada.

Así, tanto de las pruebas documentales que fueron aportadas por las partes, como de las suministradas por la testigo Diana Paola Moyano por solicitud oficiosa del Tribunal, así como de las diversas declaraciones rendidas, surge que dicho comportamiento implicó que para el pago de la contraprestación por parte de la Convocada debía surtirse una serie de pasos que implicaba la participación de ambas partes.

En efecto, en el cuaderno 1 de pruebas reposan múltiples facturas que fueron emitidas por la Convocante y en las cuales se identifica como "cliente" a la Convocada. Para el efecto, véanse las facturas que, en copia, obran a folios 69 y siguientes de dicho cuaderno. En algunas de ellas se hace alusión al cobro propiamente dicho de la contraprestación económica, tal como sucede, por ejemplo, con la copia de la factura 9229 visible a folio 69, en la cual se indica que el cobro correspondiente es por "CONCESIÓN ESPACIO MES DE ENERO 2018". En otras no se hace alusión al cobro de la contraprestación, sino al de servicios públicos, al cual hace referencia la Cláusula 6 del Contrato de Concesión, como sucede con la copia obrante a folio 70 del mismo cuaderno, aspecto sobre el cual el Tribunal no profundizará de acuerdo con lo ya explicado. En el mismo cuaderno de pruebas obran varios documentos adicionales que se refieren a la manera en la que se pagaba la contraprestación por parte de la Convocada. Así, a folios 86 y siguientes se encuentra la copia de un *voucher* de Redeban en el cual aparece un pago a favor de "MAKRO VILLA SANTOS" por valor de \$ 4.749.665, así como un recibo de caja, de número 04-11261 y con el logo de la Convocante, por igual valor, en el cual aparece manuscrito "Pago Factura concesión espacios y servicios Mes junio 2019 FA - 10520 FA10622". Similares documentos, en copia, aparecen en los folios subsiguientes del mismo cuaderno.

Así mismo, a folios 52 y siguientes aparece una comunicación elaborada por la señora Diana Paola Moyano de la firma Profitline, de fecha 11 de junio de 2019 y dirigido a la Convocante, en la cual, en suma, se presenta un informe de cartera de la Convocada a varias fechas, junto con una relación de varias facturas. También se hace mención en el cuerpo de esta comunicación a

cuándo se habrían cancelado las facturas que corresponden al estado de la cartera en cada fecha, así como la inclusión de copia de algunos de los *vauchers* con los cuales se efectuó el pago y los recibos de caja correspondientes. Vale señalar que, aunque esta comunicación no se encuentra suscrita, se puede inferir razonablemente que fue elaborada efectivamente por la señora Moyano de la empresa Profitline, pues en el encabezado del documento aparece el logo de esta última y al final de la misiva aparece el nombre de la señora Moyano. Además, la señora Moyano en audiencia tuvo a la vista dicha comunicación sin haber efectuado ninguna observación en la cual renegara o rechazara su autoría.

A folios 99 y siguientes aparecen también algunas copias de varios *vauchers* y recibos de caja, similares a los ya comentados. También aparecen, en copia, varias conversaciones de WhatsApp, en las que se hace alusión al tema de los pagos de la contraprestación. Si bien los participantes en las conversaciones no aparecen identificados plenamente, del contenido de las copias surge que las mismas se habrían llevado a cabo entre una funcionaria de nombre “Jenny” de la sociedad Profitline y el señor Ronie Chegwin Goelkel quien en su momento se desempeñaba como administrador del lavadero de carros según su propia declaración³⁵.

Varios de los declarantes señalaron efectivamente que las conversaciones del día a día se llevaban a cabo entre la señora Jenny Tellez de Profitline y el señor Ronie Chegwin Goelkel por parte del lavadero de carros³⁶. Vale señalar que similares copias de conversaciones de WhatsApp aparecen a folios 131 y siguientes del mismo cuaderno de pruebas.

A folios 155 y siguientes obran las piezas documentales que fueron aportadas por la parte Convocada. En esencia coinciden con las que se acaban de referir, esto es, aparecen copias de varias facturas con el logo de la Convocante, algunas de ellas referidas al pago de los servicios públicos y otras por concepto de pago de la contraprestación. También aparecen varios recibos de caja, algunos *vouchers* en original y un recibo de consignación original de Davivienda (folio 159) con su respectivo recibo de caja (folio 160).

³⁵ Ver páginas 7 de la transcripción correspondiente:

“DR. VELANDIA: Muy buenos días al honorable Tribunal, al señor Ronie y a todos los presentes. Procedo a realizar el cuestionario de preguntas al señor Ronie de la siguiente manera: señor Robie, usted mencionó en los antecedentes de ley que es administrador o funge como colaborador, o como factor de ese establecimiento de comercio, eso es cierto?”

SR. CHEGWIN: Sí, yo era la persona encargada de la parte administrativa del negocio.

DR. VELANDIA: Era o lo es?

SR. CHEGWIN: En ese lo era, yo llevé un mes viviendo en Barcelona”.

³⁶ Mencionó el señor CHEGWIN, según consta en la página 4 de la transcripción:

“Me sentaron con una persona que se llama Jenni Téllez de la empresa Profitline, en ese momento es que me entero yo que la cosa había cambiado con el tema de los cobros de la factura porque previamente a eso se había hecho únicamente con Makro”.

A folio 241 aparece otra documentación aportada por la Convocante al descorrer el traslado otorgado frente a los documentos aportados por la Convocada la que, de igual forma, coincide con la ya referida.

Vale señalar que tanto en la documentación que fue requerida a la señora Diana Paola Moyano, como la allegada por la parte Convocante en varias oportunidades, aparece de igual forma una relación de las facturas que a juicio de esta última se encontraban en mora, la cual fue solicitada igualmente de forma oficiosa por el Tribunal³⁷. Vale señalar desde ya que esta relación no fue objetada por la parte Convocada, ni tampoco esta última aportó documentación o información adicional con la cual se pudiera discutir sobre su contenido. Sobre esta relación de las facturas se harán algunas consideraciones más adelante.

Por su parte, varios de los declarantes se refirieron igualmente a cómo era el modus operandi para efectos de realizar el pago de la prestación económica:

En su declaración el señor Ronie Chegwin Goelkel se refirió en reiteradas oportunidades, al hecho de que la Convocada expedía facturas para el cobro de la contraprestación económica y que de hecho era él el que las recibía en su calidad de administrador del lavadero de carros³⁸. En tal sentido el declarante explicó de la siguiente manera el proceso de pago:

“El proceso de pago era el siguiente: nosotros recibíamos las facturas, yo personalmente era el que hacía los pagos porque lo hacía con la tarjeta y me acercaba a un cajero de Makro y me entendía, digamos no todos estaban autorizados para hacer este proceso, se acercaba alguno que estuviera autorizado y por medio del datáfono yo cancelaba las facturas, a mí me entregaban una voucher con el que yo me acercaba al administrador de Makro y este me daba un recibido”³⁹.

23

El mismo señor Ronie Chegwin Goelkel indicó que la Convocante no expidió las facturas dentro de los 5 primeros días de cada mes⁴⁰ y que, según su dicho, se procedía a cancelar dichas facturas luego de que las mismas se recibían.

La señora Diana Paola Moyano explicó cómo la Convocante expedía las facturas y le suministraba a Profitline una relación de la cartera, vencida o

³⁷ Tal como se observa a folios 129, 130, 127, 128, 241 y 242 del cuaderno 1 de pruebas.

³⁸ Ver páginas 5 y ss. de la transcripción correspondiente.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ Cfr. p. 6 de la transcripción:

*“DR. MARCELES: Okey. Ronie la facturación durante todo el tiempo que ustedes tenían este contrato era entregada puntualmente dentro de los 5 primeros días de cada mes?
SR. CHEGWIN: Por supuesto que no, incluso me atrevo a confirmar después de todo lo que ha pasado en este año 2019 a mí me ha tocado manda correos a pedir que por favor me envíen la factura”.*

no, para que esta última la gestionara o administrara⁴¹. También el señor Guillermo Alfredo Angarita en su declaración explicó que la Convocante le suministraba a Profitline los datos completos acerca de la situación de cartera, con posterioridad a que las facturas respectivas habían sido expedidas⁴²

En cuanto al plazo para el pago luego de la expedición de las facturas a las que ya se ha hecho alusión debe indicarse que, en el cuerpo de las mismas, según las copias que obran en el expediente, si bien se indicó la fecha de expedición no se señaló de forma expresa la fecha de vencimiento. Sin embargo, de varias de las pruebas obrantes en el expediente es posible concluir de modo razonado que las partes acordaron que ese plazo sería de 15 días comunes luego de la expedición de cada factura. Para arribar a esta conclusión debe tenerse en cuenta:

La señora Diana Paola Moyano, indicó en su declaración que el pago de las facturas debía hacerse entre los 15 o 20 días posteriores⁴³, aun cuando dijo no poder recordar con exactitud el punto.

La misma señora Moyano en su declaración explicó en detalle cuál era el rol de la empresa Profitline en la cual laboraba, que no era otro que el de gestionar la cartera de la Convocante. En tal sentido manifestó que esta

⁴¹ Ver página 20 de la transcripción correspondiente:

“DR. ACERO: En relación con el caso concreto de la señora Luz María, le quisiera preguntar: usted algo se refirió en la pregunta que se le hizo sobre el conocimiento del caso, pero usted sabe o le consta si en el caso de la señora Luz María del contrato al que usted se refirió, Makro Supermayorista le solicitó a Profitline el cobro de alguna cartera atrasada por parte de la señora Luz María?”

SRA. MOYANO: Explícitamente con ese cliente no fue, como le indiqué, nos entregan toda la base de cartera la cual se debe gestionar y se empieza hacer trámite más minuciosamente o más periódicamente a los que están en mora, a los que entran en mora.

DR. ACERO: Perdón, no le entiendo bien, Makro le entrega una base de datos con la cartera, esa cartera es cartera vencida?”

SRA. MOYANO: Total, o sea, toda la cartera, a partir de que Makro emite su factura ya entra gestión de nosotros”.

⁴² Ver p. 2 de la transcripción correspondiente:

“DR. ACERO: ¿Cuándo arranca la labor de Profitline, en qué momento?”

SR. ANGARITA: La labor de Profitline arranca en el momento en que ya la factura fue radicada, que se generó una obligación frente al cliente y que ya esa factura aparece en el estado de cuenta de nuestro cliente; en sus sistemas de información, en el ERP del cliente, con base en esta información el cliente nos reporta mediante un archivo plano o interfase la información de la cartera de cada uno de sus clientes, esa cartera sube a nuestro sistemas de información, a los dispositivos móviles que utiliza nuestro personal en campo o a los dispositivos de oficina que nosotros tenemos y visualizamos el estado de la cartera de cada uno de los clientes, procedemos a hacer una labor de visitas”.

⁴³ Ver p. 26 de la transcripción correspondiente:

“DR. VELANDIA: Indique a este Tribunal si recuerda porque pues ya está ordenado para documentarlo mediante una prueba oficiosa de acompañar las facturas y acompañar obviamente los requerimientos, las fechas aproximadas en que Makro realizaba o debía, o utilizaba presentar frente a Luz María Bustamante para el pago de esa contraprestación?”

SRA. MOYANO: Tengo entendido, el tema de facturación de fecha de Makro pues no tenemos como mucho conocimiento, pero tengo entendido que las fechas de generación de facturas deben ser durante los primeros 10 días de cada mes y posterior dan entre 15, 20 días para el pago de estas, pero como tal no”.

última le entregaba a Profitline una base con los datos de la facturación⁴⁴. De igual manera, la señora Moyano indicó que para la labor de gestión y cobranza que adelantaba Profitline se debía tener en cuenta si las facturas se encontraban vencidas o no, para lo cual recibía toda la información de facturación de parte de la Convocante.

En el expediente hay varias comunicaciones de las cuales puede inferirse efectivamente que el plazo que se había establecido por las partes para el pago de las facturas era de 15 días comunes luego de su fecha de expedición. Así, a folio 52 del cuaderno 1 de pruebas, obra comunicación de fecha 11 de junio de 2019, la cual aparece elaborada por la señora Diana Paola Moyano, y que está dirigida a la Convocante, en la cual se presenta un informe sobre la gestión realizada “al cliente BUSTAMANTE ARAÚJO LUZ MARINA”. En dicha comunicación, en cada uno de los cuadros en los que se hacen las relaciones de la facturas, se indica que la fecha de vencimiento de cada una de ellas era a los 15 días comunes⁴⁵. El hecho de que esta comunicación fuera dirigida a la Convocante y que de hecho fuera aportada por esta al descorrer el traslado de las excepciones de mérito, sin hacer ninguna salvedad sobre su contenido, permite concluir al Tribunal que los datos de vencimiento a los cuales se ha hecho alusión fueron efectivamente suministrados y conocidos por la propia Convocante.

Adicionalmente, en el expediente obran varias comunicaciones⁴⁶ que fueron dirigidas a la Convocada, suscritas por la señora Diana Paola Moyano, y en las cuales aparecen los nombres de la Convocante y de Profitline, lo cual permite inferir que su contenido y la información que de él se desprende fue conocido por ambas partes. No obra en el expediente ningún medio de prueba en el cual conste que alguna de las partes efectuó alguna manifestación con la cual se discrepara de la información de las citadas comunicaciones. En todas ellas aparece que el vencimiento de las facturas que se relacionan es a los 15 días comunes luego de la fecha de expedición.

Finalmente, como ya se indicó, también en el expediente obra la relación de las facturas que según la Convocada estuvieron en mora, en la cual, de igual manera, se incluye como fecha de vencimiento de las facturas los 15 días comunes luego de su expedición. Esta relación fue suministrada por la señora Diana Paola Moyano como respuesta a una orden oficiosa del Tribunal y por la propia Convocada al descorrer el traslado otorgado frente a los documentos aportados por la Convocada en la exhibición de documentos ordenada. Vale decir que ninguna de las partes, particularmente la Convocada, allegó información o documentación con la

⁴⁴ Ver p. 20 de la transcripción correspondiente:

“DR. ACERO: Esa firma, Profitline, tiene la labor de expedir facturación a favor de Makro?”

DR. ACERO: No, expedir no, solo se gestiona, quien expide la factura es directamente Makro Supermayorista y nos entrega una base, un detalle de cada factura que emitió con su respectivo valor y eso es lo que nosotros entramos a cobrar al cliente” (SIC).

⁴⁵ Ver folios 52, 54, 55, 56, 57, 59, 59 y 60 del cuaderno 1 de pruebas.

⁴⁶ Ver folios 61 a 68 del cuaderno 1 de pruebas.

cual se cuestionara el contenido de esta relación. Si bien el apoderado de la Convocada, en su momento, efectuó algunas manifestaciones por escrito sobre tal relación, vale señalar que las mismas en lo absoluto desvirtúan dicho contenido, según se explicará más adelante.

De acuerdo con lo anterior es posible concluir razonablemente cuál fue el comportamiento de las partes en relación con el pago de la contraprestación acordada, y cuál, por lo tanto, debe ser el sentido que se le debe dar al numeral 2 de la Cláusula 7 del Contrato de Concesión, de acuerdo con el canon consagrado en el tercer inciso del artículo 1622 del Código Civil. Este sentido es, que en realidad el pago de dicha contraprestación no se debía hacer dentro de los cinco primeros días hábiles de cada mes, sino dentro de los 15 días comunes, luego de que la Convocante emitiera la factura correspondiente a cada mensualidad. Como se ha visto, la Convocante efectuaba dicha expedición y entregaba cada factura al administrador de lavadero de carros, esto es, el señor Ronie Chegwin Goelkel. De manera posterior, este procedía a efectuar el pago en las cajas de la Convocante y a informar al administrador de la tienda, entregando el *voucher* de pago respectivo, frente a lo cual se expedía el respectivo recibo de caja. En algunos de estos recibos se indicaban qué facturas se estaban cancelando, aunque en otros se indicó genéricamente que se hacía el pago de la contraprestación. Ya se verá que, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, debe concluirse que la Convocada luego de haber hecho los pagos, indicó en todos los casos a cuáles facturas debían aplicarse los mismos, bien por información brindada directamente a los funcionarios de la Convocante, o bien por información suministrada directamente a Profitline.

Debe señalarse, para concluir el presente análisis que, si bien el representante legal de la Convocante sostuvo de forma reiterada en su declaración rendida ante el Tribunal, que el pago de la contraprestación debía hacerse dentro de los cinco primeros días hábiles de cada mes, esta versión no resulta compatible con la información que surge de los demás medios de prueba, según el análisis efectuado y al cual se ha hecho alusión.

3.2.2- Alcance del numeral 4 de la Cláusula 9 del Contrato de Concesión.

Resulta importante igualmente, para los efectos del análisis que se efectúa en este laudo, establecer los alcances del numeral 4 de la Cláusula 9 del Contrato de Concesión, la cual consagró la posibilidad de que cualquiera de las partes lo diera por terminado de manera unilateral, con la remisión de un preaviso.

Si bien no existe una previsión legal en el Código Civil, o en el Código de Comercio, que se refiera en términos generales a la posibilidad de que las partes acuerden en un negocio jurídico, la posibilidad de darlo por terminado de modo unilateral, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha defendido la validez de este tipo de cláusulas en los contratos de tracto sucesivo.

Así, ha señalado al respecto⁴⁷:

“La falta de enunciación expresa en el Código Civil dentro de los modos extintivos, no es escollo ni argumentación plausible para descartar la terminación unilateral, por cuanto como quedó sentado, la ley la consagra en numerosas hipótesis y contratos de derecho privado, sin concernir solo a los estatales. Inclusive, la figura existe en el derecho privado, antes de su plasmación en la contratación estatal, y no es extraña la locución, pues utiliza el vocablo ‘terminación’ (artículo 870, C. de Co), ‘dar por terminado el contrato’ (art. 973, C. de Co), justas causas ‘para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial’ (art. 1325, C. de Co).

(...)

En general, ante la ausencia de prohibición normativa expresa, es ineluctable concluir la validez de estas cláusulas, por obedecer a la libertad contractual de las partes, facultadas para celebrar el acto dispositivo y disponer su terminación, aún sin declaración judicial, previendo el derecho a aniquilarlo, lo cual no significa ni puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia, por cuanto toda controversia respecto de su eficacia o ejercicio, corresponde definirla a los jueces, como se explica más adelante.

Partiendo de la precedente premisa, la jurisprudencia reconoce validez a las cláusulas de terminación de los contratos bilaterales, onerosos, conmutativos y de ejecución sucesiva (Cas. Civ. sentencia de 3 de septiembre de 1941, LII, 1966, 36 y ss; 23 de febrero de 1961, XCIV, 549), y las relativas a ‘[l]a condición resolutoria estipulada expresamente por los contratantes [que] resuelve de pleno derecho el contrato sin que se requiera declaración judicial’.

27

El referido numeral 4 de la Cláusula 9 del Contrato de Concesión estableció:

“Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de las partes podrá además dar por terminado el contrato de manera unilateral en cualquier tiempo, sin necesidad de causa o justificación alguna, mediante preaviso escrito dado a la otra con treinta (30) días calendario de antelación a la fecha que determine para la terminación, sin lugar al cobro de indemnización, compensación, pena o retribución de ninguna de las partes”.

Para el Tribunal es claro que este numeral estableció la posibilidad de que cualquiera de las partes diera por terminado el Contrato de Concesión, en cualquier tiempo, sin importar la razón que hubiese motivado dicha determinación y sin necesidad siquiera de dar una justificación al respecto. En cuanto causal de terminación autónoma, claramente se diferencia de las

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de agosto de 2011. M. P. William Namén-Vargas. Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01.

consagradas en otros numerales de la misma Cláusula 9, en las que sí resulta palmaria la necesidad de que la terminación esté fundamentada en el incumplimiento de alguna de las obligaciones incluidas en el negocio celebrado, tal como sucede con el numeral 3, en el que se acordó como causal de terminación el incumplimiento de “EL CONCESIONARIO” y, así mismo, en el PARÁGRAFO PRIMERO de la misma Cláusula 9, en el que igualmente se establecieron como causales o motivos para la terminación diversas circunstancias atribuibles a “EL CONCESIONARIO”.

Resulta importante igualmente tener en consideración el PARÁGRAFO SEGUNDO de la referida Cláusula 9, en el cual se estableció que “[E]n todo caso de terminación del presente contrato por cualquier causa, EL CONCESIONARIO estará obligado a entregar el espacio concedido libre de cualquier elemento y en el mismo estado recibido (...) dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de terminación del contrato”.

Para el Tribunal, la lectura conjunta de estas dos disposiciones contractuales, esto es, del numeral 4 y del PARÁGRAFO SEGUNDO, ambos de la Cláusula 9, arroja que en caso de que alguna de las partes optara por aquella forma de terminación, el Contrato de Concesión terminaría 30 días calendario luego del envío de la comunicación contentiva del pre-aviso. Una vez vencido este término, el negocio jurídico se encontraría terminado y, en tal evento, empezaría a correr el término de 15 días para que EL CONCESIONARIO procediera a devolver el área otorgada en concesión.

De igual forma debe considerarse que tanto en el numeral 3 de la Cláusula 7, como en el PARÁGRAFO TERCERO de la Cláusula 9 del Contrato de Concesión, se estableció que, en caso de terminación del mismo, EL CONCESIONARIO debería cancelar el valor de la contraprestación acordada que se causara hasta el momento en que se produjera la devolución del área entregada. En tal medida, acudiendo al canon contenido en el primer inciso del artículo 1622 del Código Civil⁴⁸ (contentivo de la denominada “interpretación sistemática”), resulta necesario entender el alcance de los numerales en los cuales se estableció la posibilidad de terminación unilateral del Contrato de Concesión, incluyendo el numeral 4 de la Cláusula 9. En virtud de tal alcance, la eventual e hipotética ocurrencia y operancia de alguna de dichas causales no resultaba en lo absoluto incompatible con el hecho de que, con posterioridad a dicha ocurrencia, la contraprestación por el uso del área tuviera que seguir siendo asumida por la Convocada hasta la efectiva devolución por esta última del área entregada, en la medida en que tal hipótesis fue expresamente prevista en dos apartados diferentes del Contrato de Concesión.

3.2.3- Acerca de la vigencia del Contrato de Concesión.

Debe el Tribunal ocuparse de un aspecto relevante, atinente a la vigencia del Contrato de Concesión, asunto que si bien fue tratado someramente en

⁴⁸ Señala esta disposición: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”.

alguna de las declaraciones rendidas⁴⁹, también es preciso señalar que el mismo no mereció un debate de profundidad entre las partes. Al respecto, en la Cláusula 9 del Contrato de Concesión se estableció de forma clara que el término del mismo era de 6 meses “*a partir de la entrega del espacio objeto del presente contrato*”. Además, se dispuso que “*solo se entenderá prorrogado si las partes, luego de la finalización del término inicial, manifiestan su intención de prorrogarlo, por otrosí al presente contrato suscrito por los representantes legales de las partes y por la vigencia que se pacte en dicho documento*”. Finalmente, se señaló en la misma Cláusula que “[E]n caso contrario, éste contrato terminará de ipso facto y sin necesidad de requerimiento adicional o constitución en mora al cual renuncian las partes” (SIC).

Pese a la claridad de lo acordado en la Cláusula en mención, nuevamente debe acudir el Tribunal al canon consagrado en el tercer inciso del artículo 1622 del Código Civil, sobre el cual ya se han ofrecido suficientes explicaciones. Ello en la medida en que las partes se comportaron de manera disímil con lo establecido en la disposición contractual aludida. Bien es cierto que no hay en el expediente, vestigio alguno de que se hubiera suscrito un Otrosí al Contrato de Concesión con el cual se hubiera ampliado la vigencia del mismo. De igual forma la Convocada al absolver el interrogatorio de parte formulado por el apoderado de la Convocante manifestó de forma clara que no se había celebrado Otrosí alguno. También la Convocada en su declaración admitió que no hubo comunicación de alguna de las partes con la cual se manifestara la voluntad de prorrogar la vigencia del Contrato de Concesión. No obstante, más allá de estas circunstancias, surge evidente de las pruebas obrantes en el expediente, particularmente de las documentales, que las partes siguieron ejecutando el Contrato de Concesión, sin que haya medio de prueba alguno en el cual conste que hubo una manifestación en contrario en razón del vencimiento del término inicial.

A partir del tercer inciso del artículo 1622 del Código Civil, es factible concluir que las partes, con su comportamiento, entendieron que el Contrato de Concesión, pese al vencimiento del término inicial, debía seguir ejecutándose. Y dado que no hay otra cláusula que establezca términos adicionales, debe concluirse que la vigencia se tornó en indefinida. Por lo demás vale señalar que ninguna de las pretensiones se refiere al tema de la vigencia propiamente dicho. Refuerza las anteriores conclusiones el hecho de que 3 años después de celebrado el Contrato de Concesión, y varios años luego de vencida la vigencia inicial de los 6 meses la Convocante remitiera la comunicación del 18 de mayo de 2018. Es claro que si la Convocante hubiera considerado que el negocio jurídico estaba terminado por vencimiento del término inicial no habría tenido necesidad de acudir a la figura de la terminación unilateral y simplemente se habría limitado a solicitar la devolución del área entregada por vencimiento del comentado plazo.

⁴⁹ Ver página 9 de la transcripción correspondiente a la declaración del señor Ronie Chegwin Goelkel.

3.3.- Aspectos adicionales que arrojaron los medios de prueba.

3.3.1- Análisis del comportamiento de la Convocada frente al cumplimiento de la contraprestación acordada en la Cláusula 7 del Contrato de Concesión.

Teniendo presente el alcance que el Tribunal la ha dado al numeral 2 de la Cláusula 7 del Contrato de Concesión, debe analizarse si la Convocada adecuó o no su comportamiento a dicha disposición contractual, de acuerdo con la información que arrojan los medios de prueba obrantes en el expediente.

Al respecto, a partir de dicho material probatorio debe concluirse que la Convocada incurrió en el incumplimiento de la prestación económica acordada en la Cláusula 7 del Contrato de Concesión y que, además, ese incumplimiento fue reiterado y sistemático y por ende grave, es decir, de tal entidad y magnitud que debe abrirse paso la acción resolutoria, que en el presente caso se traduce en la terminación del Contrato de Concesión al ser el mismo de tracto sucesivo, de acuerdo con la jurisprudencia que al respecto ha elaborado la Corte Suprema de Justicia.

Para arribar a esta conclusión debe tenerse en cuenta:

El señor Guillermo Alfredo Angarita explicó en su declaración, cómo la Convocada había incurrido en “un estado de mora bastante alto”, y que en el mes de mayo de 2018 había hecho un pago pero que había quedado un saldo pendiente⁵⁰:

30

“DR. ACERO: Infórmele al Tribunal todo lo que sepa del caso específico de la señora Luz María.

SR. ANGARITA: Bueno, digamos que lo que conozco de la situación de la señora Luz María es que es un cliente que por alguna circunstancia presentaba un estado de mora bastante alto de sus facturas y pues digamos que en mayo del año pasado, del año 2018 hizo un pago sobre una suma que debía de 15 millones de pesos dejando un saldo pendiente de 6 millones de pesos, o sea hizo un abono de esas facturas por el orden de 9 millones de pesos”.

(...)

SR. ANGARITA: Sí, entonces usted me pregunta que cuál es el conocimiento que tengo, el conocimiento que tengo es que es un cliente que presenta permanentemente un estado de cartera en mora con una mora importante y pues digamos que el alcance de nuestra función es básicamente estar permanentemente visitando a este cliente, también tengo entendido que el administrador de este punto de venta, un señor

⁵⁰ Ver p. 4 de la transcripción correspondiente.

que se denomina Rony, no se encontraba muchas veces en el local cuando íbamos a hacer la gestión de cobro y eso dificultaba permanentemente la labor; a él se le llamaba o se le mandaba en chat información de sus estados de cuentas, pero a pesar de todo el seguimiento que se le hacía al proceso no lográbamos de manera efectiva lograr ese recaudo.

Toda esta información es compartida con nuestro cliente, nosotros normalmente hacemos una reunión periódica mensual, como mínimo son dos a tres reuniones al mes en donde generamos el estado de cuenta de todos los clientes y ponemos en alerta a nuestro cliente de aquellos que tienen morosidad mas alta y pues entendemos que este es un tema que se conoce desde hace bastante tiempo la situación de este cliente en particular”.

El mismo declarante explicó una situación de mora particular que se produjo desde el año 2017⁵¹:

SR. ANGARITA: Okey, pues digamos, dentro del detalle que tengo acá, como les manifestaba, digamos el 12 de junio la cartera, el saldo total de la cartera quedo en 6.937.110, el 14 de junio se canceló otra factura de 1.816.000 mil pesos, se aplicaron dos facturas ahí el 14 de junio, el saldo a 31 de julio bajó a 4.721.471 en las dos facturas que le mencioné; en el mes de agosto también se cancelaron nuevamente dos facturas, el estado de cartera al 31 de agosto era de 2.320.128.

31

DR. VELANDIA: Me gustaría que precisara el año por favor.

SR.ANGARITA: 31 de agosto de 2018 la cartera está en 2.320.128, el 30 de septiembre de 2018 la cartera subió a 6.977.291 con un saldo de tres facturas en mora; el 08 de octubre se generaron pagos de tres facturas quedando la cartera a 27 de diciembre de 2018 en 3.093.509 pesos, en enero de 2019 el saldo de la cartera quedó en 2.320.128 con una factura, la numero 141 en mora de 15 días; el 28 de febrero de 2019 subió la facturación a 8.837.233 con tres facturas, posteriormente se aplicaron algunos pagos, en abril subió la cartera nuevamente a 10.254.192 con cinco facturas en mora, el 10 de junio de 2019 bajó a 4.453.708 con dos facturas en mora, ese es el estado que tenemos hasta junio de 2019”.

El señor Ronie Chegwin Goelkel, quien fungió como administrador del lavadero de carros de la Convocada, en su declaración reconoció que hubo mora en el pago de algunas de las facturas:

“DR. ACERO: De acuerdo, entonces le quiero preguntar señor Ronie, recordándole el juramento que usted prestó al Tribunal, se presentaron atrasos o no en el pago de la facturación que fue recibida por parte de la señora Luz María Bustamante?”

⁵¹ Ver p. 15 de la transcripción correspondiente.

SR. CHEGWIN: Como comenté a nosotros nos entregado un documento en el que se debían unos \$15 millones de pesos, yo pedí una cita para mostrar que eso no era correcto, me senté con la señorita Jenni Téllez a confirmarlo y en ese momento me di cuenta de que esos \$15 millones de pesos pasaron a ser una deuda de una factura por un valor aproximado de \$1.800.000, es decir, evidentemente sí en ese momento había una factura que yo no poseía, yo no tenía en mi poder se debía”.

Vale señalar que el testigo Ronie Chegwin Goelkel pretendió matizar la situación de mora indicando que luego de la revisión que se hizo de la cartera con la señora Jenni Téllez (funcionaria de Profitline) se concluyó que hubo una especie de error y que el saldo pendiente era mucho menor. Según se explicará adelante, estos eventos narrados por el declarante se remontan a los meses de abril y mayo de 2018. De acuerdo con las demás pruebas obrantes en el expediente, ya se verá cómo las afirmaciones del señor Chegwin Goelkel lucen, cuando menos, inexactas pues el monto de la cartera pendiente efectivamente se redujo, pero porque la Convocada procedió a efectuar el pago de varias facturas que estaban en mora para el mes de abril de 2018 luego de haber recibido la comunicación del 23 de abril de 2018 la cual se encuentra a folio 61 del expediente.

También reconoció el declarante, que en varias oportunidades se pagaron varias facturas “acumuladas”⁵², circunstancia que guarda coherencia con varias de las piezas documentales obrantes en el expediente.

32

“DR. ACERO: Usted sabe su condición de administrador si se acumularon algunas facturas por pagar que fueran, repito la pregunta: usted sabe en su condición de administrador del establecimiento si se acumularon algunas facturas que fueron pagadas, digamos, en grupos, o se hicieron abonos no a una sino a varias facturas por parte de la señora Luz María?”

SR. CHEGWIN: Sí, sí claro, cuando se acumulaban las facturas se pagaban acumuladas, sí.

DR. ACERO: Usted tiene posibilidad de informarle al Tribunal, puede no ser en este Tribunal, pero se le requiere para que nos informe por favor, eso cuándo sucedió y respecto de qué número de facturas? Si no tiene la información en este momento le podríamos dar unos 3 días para que usted nos hiciera llegar esa información.

SR. CHEGWIN: No hay ningún problema, pero le puedo adelantar que como comenté al principio este año, a comienzos de este año sucedió eso y se pidieron muchas veces facturas, se mandaron 100... juntas todas y se pagaron todas juntas”.

⁵² Ver p. 15 de la transcripción correspondiente.

Es más, con base en el material probatorio puede decirse que este modo de obrar de la Convocada consistente en el pago de varias facturas acumuladas era frecuente. Véase, por ejemplo, los siguientes documentos obrantes en el cuaderno 1 de pruebas: a folio 88 obra en copia recibo de caja No. 04-11193, en el que de hecho se afirma que se están cancelando varias facturas. A folio 89 obra recibo de caja No. 04-11230, de fecha 14 de mayo de 2018, en el cual se incluye el concepto “Pago de Facturas” por un valor muy superior al que para el 2018 correspondía al pago de la contraprestación⁵³, lo cual permite inferir que con este valor se estaban pagando necesariamente varias facturas acumuladas. Igual circunstancia se desprende de los recibos obrantes en copia a folios 93 y 97. Este modo de obrar permite concluir que cuando se pagaban facturas acumuladas necesariamente alguna o algunas de ellas se encontraban en mora, circunstancia que además guarda coherencia con el estado de cartera que fue aportado por la señora Diana Paola Moyano en respuesta a prueba oficiosa del Tribunal, y así mismo por la Convocante, listados que no fueron ni objetados, ni desvirtuaron en su contenido por la parte Convocada.

La testigo Diana Paola Moyano, funcionaria de Profitline explicó cómo efectivamente la Convocada había incurrido reiteradamente en mora en el pago de las facturas, y cómo para abril de 2018 algunas de las facturas en mora databan del año 2017⁵⁴:

“DR. ACERO: Entonces vuelvo y formulo la pregunta: en el caso de la señora Luz María al ejercer esa labor de recaudo se presentó mora en el pago de alguna de las facturas expedidas por Makro Supermayorista?”

SRA. MOYANO: Sí, de acuerdo con la gestión que se realizó sí hubo facturación en mora.

DR. ACERO: Usted podría informar al Tribunal que facturas si lo recuerda aproximadamente en qué épocas, de cuánto fue la mora, si esa mora se solucionó o no? Lo que recuerde

SRA. MOYANO: Sí hubo facturación en mora que de hecho es donde empieza como mi gestión en esea momento, en el 2018 se emitió un comunicado con una relación de facturas del 2017 que la señora Bustamante tenía en mora, más o menos en cuantía sería como \$10 millones más o menos en su momento que fue como el inicial para empezar hacer la gestión de cobranza.

DR. ACERO: Para la labor de cobranza también estaba encargado Profitline de hacer ese ejercicio de cobro cuando hubiese mora?

SRA. MOYANO: No entiendo la pregunta.

⁵³ Según las facturas que obran en el expediente, el valor de la contraprestación para el año 2018, ascendía a \$1.949.687. Ver folios 75, 77 y 79 del cuaderno 1 de pruebas.

⁵⁴ Ver p. 21 de la transcripción correspondiente.

DR. ACERO: Es decir, no solo el recaudo de las facturas que no estaban vencidas, sino cuando ya se presentaba la mora Profitline también ejercía el cobro?

SRA. MOYANO: Sí señor.

DR. ACERO: Es correcto?

SRA. MOYANO: Sí.

DR. ACERO: Con la señora Luz María hubo necesidad de efectuar esta labor de cobro?

SRA. MOYANO: Sí señor”.

El análisis de las piezas documentales permite concluir que las versiones dadas por la señora Diana Paola Moyano y el señor Guillermo Alfredo Angarita son coherentes y guardan correlación con lo sucedido. En suma, del conjunto de pruebas aludidas puede concluirse, se insiste, que la Convocada incurrió de modo reiterativo y sistemático en mora en relación con el pago de las facturas atinentes a la contraprestación, y que en algunas ocasiones estas moras alcanzaron largos periodos de tiempo.

Así, a folio 52 del cuaderno de pruebas 1, se encuentra el informe de fecha 11 de junio de 2019, dirigido por Profitline a la Convocante, elaborado por la señora Diana Paola Moyano. En él se hace referencia a la situación de cartera en varias fechas puntuales, y cómo esta situación le fue comunicada a la Convocada mediante varias comunicaciones. Se hace, primeramente, alusión a la comunicación de fecha 23 de abril de 2018, en la cual se detallan varias facturas pendientes de pago, algunas de las cuales datan del año 2017. A continuación, en el referido informe se explica lo acontecido a raíz de esta comunicación. Se indica (ver folio 52) que se “*inicia conciliación de cuentas con el cliente, dado que manifiesta que lo que se encuentra en cartera no es correcto a la deuda que posee*” (SIC) y que se “*programa visita para el 23 de mayo, el cliente buscara los respectivos soportes y entregará para verificación*” (SIC). A continuación, a folio 53 aparece un *voucher* de 2 de mayo de 2018; uno de 18 de mayo del mismo año y finalmente otro *voucher* del 24 de mayo de 2018, con una copia (ilegible) de un recibo de caja. Al lado de cada imagen se indica las facturas que se están cancelando con cada pago. De acuerdo con estos documentos puede concluirse que efectivamente la Convocada, para el mes de abril de 2018, se encontraba en mora respecto de las facturas mencionadas en la relación incluida en la citada comunicación, varias de las cuales eran facturas por concepto del pago de la contraprestación, y que las mismas vinieron a ser canceladas únicamente cuando se efectuó el requerimiento por parte de Profitline mediante la comunicación ya mencionada. Esto sucedió, entre otras, con las facturas 7189 (cuya mora fue de 362 días)⁵⁵, 7732 (cuya mora fue de

⁵⁵ Ver relación de cartera aportada por Diana Paola Moyano, visible a folio 127 del cuaderno 1 de pruebas.

289 días) y 9740. En este informe del 11 de junio de 2019 se detallan otras facturas cuyo pago también fue tardío, si bien en algunos otros casos el pago se hizo antes del vencimiento del término de los 15 días comunes luego de la expedición.

Como ya se ha indicado, de manera oficiosa el Tribunal solicitó a la señora Diana Paola Moyano, que suministrara un estado general de la cartera a cargo de la Convocada, informando cuándo se habían cancelado las facturas que hubieran estado en mora. Al respecto esta información consta a folios 127 y siguientes del cuaderno 1 de pruebas. Entre los folios 136 y 151 se encuentra un análisis desagregado por grupos de facturas, en el cual aparecen los datos de las mismas, las fechas en las cuales fueron pagadas y los días en mora. En la tabla que aparece a folios 127 y 128 aparece este informe totalizado. De esta tabla surge que desde el mes de enero de 2017 se habían presentado algunas moras y que esta situación se volvió recurrente a partir del mes de mayo del mismo año. Como se puede observar, particularmente con los días de mora de incluidos en la última columna de la derecha puede concluirse que, en efecto, la Convocada incurrió de modo reiterado y sistemático en mora respecto de múltiples facturas y que en algunos casos la mora alcanzó alturas de más de 300 días. Desde el mes de enero de 2017, hasta el mes de junio de 2018⁵⁶, se pueden contar al menos 14 facturas en las que hubo algún tipo de mora. Esto quiere decir que, en un lapso de 18 meses, en algo más del 77% de los meses la Convocada incurrió en mora. De donde fuerza concluir, por estas circunstancias que, al menos en ese período, la Conducta mencionada de la Convocada fue generalizada.

Vale resaltar, que esta información y documentación fue puesta en conocimiento de las partes en su momento⁵⁷. La parte Convocada no allegó información o medios probatorios nuevos o diferentes con los cuales se pudiera desvirtuar o controvertir su contenido, particularmente la situación de mora a la cual se acaba de hacer referencia. Es de resaltar que la Convocada en las diversas oportunidades probatorias tampoco aportó información o medios probatorios que condujeran a una conclusión opuesta o diferente sobre el estado de la cartera a cargo de la Convocada, particularmente de las moras en las cuales incurrió. Igual asunto sucedió con la documentación aportada con la exhibición de documentos, dentro de la cual se incluyeron múltiples facturas que no tienen relevancia para el análisis que se viene haciendo, en la medida en que no corresponden al periodo en el cual la Convocada incurrió en mora de manera regular, esto es, se trata de facturas posteriores al mes de octubre de 2018, con las cuales se ha pretendido por la Convocada generar la idea de que no existió la mora aludida. Sin embargo, y el Tribunal lo resalta, no se allegó ninguna información o documentación con la cual se pueda entender controvertida la información suministrada por la señora Diana Paola Moyano,

⁵⁶ La mención al mes de junio de 2018 se explicará más adelante, cuando se haga referencia a la comunicación del 18 de mayo de 2018.

⁵⁷ Ver Auto 14 del 21 de octubre de 2019, obrante a folio 208 del cuaderno principal.

particularmente la relación de la cartera de la Convocada obrante a folios 127 y 128.

En su momento el apoderado de la Convocada aportó un memorial⁵⁸ en el cual se hacen algunas consideraciones sobre la información incluida en la referida relación, con las cuales, a juicio del Tribunal, no se descarta dicho contenido. En efecto, sobre la supuesta mora en la expedición de las facturas por parte de la Convocada se remite el Tribunal a las consideraciones acerca de la excepción de contrato no cumplido. En relación con el término para el pago de las facturas, se remite el Tribunal a las consideraciones efectuadas en el análisis sobre el comportamiento de las partes, efectuado en el numeral 3.2.1. precedente. En todo caso, debe insistirse en que, de acuerdo con los medios de prueba practicados, no existen elementos de juicio que permitan considerar que las partes hayan establecido que el término de vencimiento de las referidas facturas era de 30 días y no de 15 como ya se explicó. Al respecto el apoderado de la Convocada indicó que las señoras Marcela Patricia Mesa y Diana Paola Moyano habían señalado que en el presente caso el vencimiento de las facturas fue a 30 días. Al respecto, el Tribunal considera que las afirmaciones de la señora Mesa⁵⁹ sobre el particular se hicieron de modo genérico, sin hacer referencia específica al caso de la Convocada, ni agregar elementos de juicio con los cuales se pudiera respaldar su dicho. De hecho, valga la anotación, la señora Mesa incurrió en algunas imprecisiones en su declaración, a partir de las cuales puede concluirse que la declarante no conocía el manejo particular de la situación específica derivada del Contrato de Concesión. Por su parte, como ya se indicó, la señora Diana Paola Moyano afirmó que según recordaba los pagos debían hacerse en los 15 o 20 días posteriores a la expedición⁶⁰ de cada factura, más no a los 30 días.

36

De manera adicional el Tribunal de forma oficiosa solicitó al señor Ronnie Chegwin Goelkel en su declaración, que allegara al proceso un estado de la cartera con las fechas en las cuales se efectuó la cancelación de las facturas

⁵⁸ Ver folios 213 y siguientes del cuaderno principal.

⁵⁹ Ver p. 64 de la transcripción respectiva. Allí la declarante afirmó:

“(...) las tiendas por procedimiento deben expedir las facturas a las canciones los 8 primeros días de cada mes y entregárselas posteriormente al cliente, el cliente las paga puede ser un mes vencido y las paga al mes posterior”.

(...)

DR. VELANDIA: Cuál es la diferencia de tiempo que debe tener entonces entre la emisión de la factura para pagar al siguiente mes para que la tenga recibida oportunamente y este procesa a pagar?

SRA. MESA: Nosotros damos 30 días de pago.

DR. VELANDIA: 30 días de pago después de recibida la factura?

SRA. MESA: Después de la emisión, sí.

DR. VELANDIA: Y en ese caso no es necesario seguir el procedimiento o la regla que establece el contrato o eso usted lo desconoce?

SRA. MESA: No tengo conocimiento.

⁶⁰ Ver página 20 de la transcripción correspondiente.

expedidas por la Convocante. A pesar de que, en la audiencia correspondiente, llevada a cabo el 2 de octubre de 2019, manifestó que suministraría esta información finalmente se abstuvo de hacerlo⁶¹. Al respecto, el Tribunal no puede dejar pasar por alto esta circunstancia, pues el referido señor obró efectivamente como administrador del establecimiento de la Convocada y, por ende, debía tener manera de acceder a la información o documentación solicitada. A no dudarlo, la actuación del señor Chegwin Goelkel no puede calificarse sino como claramente omisiva y tendiente a desatender la solicitud del Tribunal. Sin embargo, también se resalta que era la Convocada quien ha debido estar interesada y pendiente de que esta información y documentación fuera alistada a efectos de que el Tribunal pudiera recibirla, por lo que claramente hubo también una actuación omisiva de su parte, la cual debe ser valorada por el Tribunal en obediencia del artículo 280 del Código General del Proceso. En aplicación de dicha disposición, la referida conducta omisiva debe llevar a la conclusión razonable de que la Convocada no cuenta con información o documentación adicional con la cual se pueda desvirtuar la obrante en el expediente, particularmente la referida a los informes de la cartera de la Convocada, así como el cuadro con estado general de la misma obrante a folios 127 y 128 del cuaderno 1 de pruebas.

Dado que en el expediente obran varios reportes por pago de facturas, resulta importante analizar las razones por las cuales en relación con las facturas del año 2017 y 2018, algunas de ellas permanecieron en mora a pesar de haberse efectuado pagos posteriores a las mismas. La respuesta a este interrogante y que deja incólume la conclusión sobre la mora en la cual incurrió la Convocada, es que esta, de acuerdo con el material probatorio al cual se ha hecho referencia, una vez hacía los pagos en las cajas de la Convocante, o bien mediante consignación bancaria, informaba de las facturas que estaba cancelando al personal de la propia Convocante, o a los funcionarios de Profitline quienes, a su turno, transmitían esta información a la Convocante. Es decir, fue la Convocada la que siempre informó a cuáles facturas debían aplicarse los pagos que efectuaba. Para arribar a esta conclusión debe tenerse en cuenta:

37

El señor Guillermo Alfredo Angarita explicó en su declaración, cómo la función de gestión y administración de la cartera de la Convocante por parte de Profitline se adelantaba luego de que se expedían las facturas por parte de aquella, efectuando visitas o estando en constante comunicación con los clientes, a efectos de hacer el seguimiento de dicha cartera. Parte de estas funciones, consistía en recibir la información de los pagos efectuados y a cuáles facturas estos se debían aplicar⁶²:

“DR. ACERO: ¿Cuándo arranca la labor de Profitline, en qué momento?”

SR. ANGARITA: La labor de Profitline arranca en el momento en que ya la factura fue radicada, que se generó una obligación frente al cliente y

⁶¹ Ver folio 182 y 183 del cuaderno principal.

⁶² Ver p. 3 de la transcripción correspondiente.

que ya esa factura aparece en el estado de cuenta de nuestro cliente; en sus sistemas de información, en el ERP del cliente, con base en esta información el cliente nos reporta mediante un archivo plano o interfase la información de la cartera de cada uno de sus clientes, esa cartera sube a nuestro sistemas de información, a los dispositivos móviles que utiliza nuestro personal en campo o a los dispositivos de oficina que nosotros tenemos y visualizamos el estado de la cartera de cada uno de los clientes, procedemos a hacer una labor de visitas.

Normalmente nosotros visitamos 2 a 3 veces a los clientes a lo largo del mes para recordarles sus compromisos de pago, habrá clientes que por situaciones particulares nos piden que hagamos esa gestión telefónica o en acuerdo con Makro lo manejamos así y habrá otros clientes en que se hace la gestión presencial, tenemos personal a nivel Nacional en todas las ciudades del país y ahí gestionamos la cartera en cada uno de estos clientes, nuestro personal se presenta frente al cliente, le informa a qué viene, el propósito de la visita.

Le entrega sus estados de cuenta, le entrega la información de la cartera que se debe e inician un proceso de verificación de los pagos de las carteras vencidas, de las aplicaciones a los cuales se van hacer esos pagos de las facturas correspondientes y tan pronto termina nuestra visita, toda esa información sube a nuestros aplicativos y se la transferimos a Makro vía mail para que ellos tengan la información totalmente soportada de los pagos realizados y el equipo de Makro hace la aplicación de esos pagos dentro del sistema" (subrayado fuera de texto).

38

El mismo declarante explicó cómo era la política para la aplicación de los pagos efectuados por los clientes de la Convocante⁶³:

DR. ACERO: *¿Hay alguna política sobre cómo hacer esas aplicaciones? es decir, si hay una mora de una altura equis y si entra un pago, ese pago se tiene que ir a la mora más antigua o a la factura que indique el cliente ¿cómo se sabe a qué se hace ese pago?*

SR. ANGARITA: *Claro, normalmente nuestra gestión siempre opera es: nos sentamos con el cliente, verificamos su estado de cuenta y cuando él produce los pagos se verifican sobre las facturas que se están haciendo las aplicaciones de estos pagos, entonces, cuando el cliente nos da toda esta información, nosotros procedemos a generar la información en nuestro sistema para que cuando se haga la aplicación se aplique sobre las facturas con las cuales se definió con el cliente la aplicación.*

(...)

⁶³ Ver p. 12 de la transcripción correspondiente.

DR. ACERO: ¿O sea, el cliente indica a qué facturas se debe hacer la aplicación?

SR. ANGARITA: Es una tarea conjunta; es decir, el cliente manifiesta que tiene un estado de mora y reconoce un estado de mora, nosotros presentamos al cliente su estado de mora factura a factura y él da la información respecto de sobre qué factura se está aplicando dichos pagos (subrayado fuera de texto).

También debe señalarse que, en el expediente, obran varios comprobantes de pago que, según lo explicó la señora Diana Paola Moyano, eran expedidos por la Convocante una vez que se hacían los pagos respectivos por parte del administrador del lavadero de carros. En varios de tales comprobantes consta la información relacionada con las facturas a las cuales debían aplicarse los pagos, la cual era suministrada por el funcionario o dependiente del lavadero de carros que procediera a hacer dichos pagos⁶⁴.

Si bien en algunos comprobantes de pago obrantes en el expediente no se indica a qué facturas se debían aplicar los pagos, debe estimarse que la conclusión antes mencionada no sufre variación, esto es, que los pagos se hicieron por la Convocada, o por sus dependientes, con el fin de que fueran aplicados a ciertas facturas específicas, y que tal dato lo suministró esta última a la firma Profitline. Para ello deben considerarse algunas razones adicionales. Al respecto, nótese que todos los pagos efectuados, incluyendo aquellos cuyos comprobantes tienen una mención genérica, como “Pago de Factura” o “Pago de Factura Concesión”⁶⁵, se hicieron por valores específicos que correspondían al valor de una factura o a la sumatoria de varias facturas, como consta en el informe a folios 52 y siguientes del cuaderno 1 de pruebas. Esto permite inferir que tales pagos se hicieron para que los mismos fueran aplicados respecto de ciertas facturas que luego fueron informadas a la firma Profitline, quien a su turno suministró esta información a la Convocante.

39

La señora Diana Paola Moyano también explicó en su declaración, cómo los pagos efectuados se aplicaban a las facturas que la Convocada le informaba a Profitline⁶⁶:

“DR. MARCELES: Okey. Acaba de manifestar que... unos de los recibos provisionales s de caja y que solo se recibió provisionales de caja hacen aplicación de los pagos.

SRA. MOYANO: Si señor.

DR. MARCELES: Solicito la venia del árbitro y a la venia de la secretaria le exhiba los folios 94, 89, 93, 96 y 95 y va a ver los recibos de caja No.

⁶⁴ Ver folios 86, 88, 97.

⁶⁵ Ver folio 94 del cuaderno 1 de pruebas.

⁶⁶ Ver p. 39 y siguientes de la transcripción correspondiente.

11086 que está a folio 94, 11230 que está a folio 89, 1109 a folio 89, 1109 a folio 93, 11483 folio 96, 11520 a folio 95 y ellos a texto seguido dicen:

Que se pagan facturas de concesión el 11086 por \$4.441.112 y en ninguna parte dice que número de facturas aplica, e 11230 recibe \$6.397.110 y dice únicamente pago de facturas sin individualizar, el 11099 está a folio dice \$3.598.392 y se recibe únicamente ese concepto pago de facturas sin individualizar sobre qué está recibiendo, a folio 96 el recibo 11483 recibe \$2.300.127 y dice pago de factura de concesión sin identificar qué factura está pagando, a folio 95 el recibo 11520 recibo de pago bajo \$8.837.231 dice únicamente pago de concesión, una pregunta ratificante de lo que ya había hecho el árbitro es: cómo saben ustedes a qué facturas van aplicar este... (Interpelado)

DR. ACERO: Un segundo, voy a mirar los folios, cuáles son los folios?

DR. MARCELES: 93, 94, 95, 96 y 89.

SRA. MOYANO: No, ya revisé y entiendo.

DR. ACERO: Adelante.

SRA. MOYANO: Teniendo en cuenta la inquietud del doctor efectivamente hay unos recibos que no tienen los números de las facturas explícitas en el documento, pero entonces también como le comentaba al inicio de la sección, la comunicación que nosotros tenemos es las facturas que nos indica el cliente, entonces en esos casos diría yo que fue comunicación directa con el cliente en el cual nos informó a qué facturas deberíamos aplicar.

40

Sin embargo, pues teniendo en cuenta cómo la raíz de la citación, la factura o le recibo de caja provisional que relaciona exactamente las 3 facturas que en su momento estaban en morosidad pues sí las relacionan, que son las 3 del 2017, si hubo relación en el documento del 24 de mayo donde sí las notificó, entonces pues de pronto no hubo error ahí en la aplicación del pago, sí en el documento que no estén en los posteriores documentos en algunos no había los números de facturas pero sí hay comunicación directa con el cliente y nosotros aplicamos exactamente a las facturas que nos dice el cliente.

DR. ACERO: Diana, pero esas comunicaciones a las que usted se refiere fueron verbales o escritas?

SRA. MOYANO: Puede ser verbal y puede ser escrita, en ocasiones enviamos correo al cliente informándole se recibió pago por x valor por favor indíquenos a qué facturas debemos aplicarlos, y si tenemos el contacto directo se recibe de manera telefónica” (subrayado fuera de texto).

Vale señalar que el dicho de la señora Moyano está respaldado por las copias de las varias conversaciones de WhatsApp que fueron aportadas al expediente, en las cuales consta la constante comunicación entre personal de la Convocada y personal de Profitline, siendo uno de los tópicos recurrentes el asunto atinente a cuáles facturas se cancelaban con los pagos.

Debe reiterarse que para el Tribunal es de gran relevancia el hecho de que la Convocada no hubiera aportado alguna información o documentación adicional, que condujera a arribar a una conclusión diferente, a pesar de las múltiples oportunidades que tuvo para el efecto. En ninguna oportunidad la Convocada aportó algún medio de prueba adicional que condujera a concluir, por ejemplo, que el *modus operandi* de las partes fue otro o que los pagos se debían efectuar a la factura más vencida. Vale señalar que la señora Marcela Patricia Mesa hizo una afirmación en este último sentido, sin embargo, la misma no se acompasa con lo que arrojan los demás medios de prueba. Adicionalmente debe considerarse que, en relación con el punto, resulta más coherente y creíble la versión ofrecida por Diana Patricia Moyano, en la medida en que Profitline, en lo que se refiere a la facturación, fue quien tuvo la relación directa con la Convocada y sus dependientes, y no la Convocante.

Por todo lo expuesto, debe concluirse que la Convocada no plegó su comportamiento a los dictados contractuales, particularmente en lo que se refiere al pago de la contraprestación. Por ende, la pretensión resolutoria debe salir avante, lo cual, en el presente caso, se traduce en que el Contrato de Concesión deberá darse por terminado, según las anotaciones que más adelante se hacen en cuanto al momento de la terminación.

41

Vale señalar que, si bien en el presente caso las facturas que estuvieron en mora fueron finalmente canceladas (por lo que podría decirse que la declaratoria de incumplimiento no debería ser acogida), también debe advertirse que el cumplimiento tardío también puede ser la base de la acción resolutoria, cuando ese incumplimiento es grave, tal como ha sucedido a juicio del Tribunal, como lo tiene sentado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia⁶⁷:

“Dada la necesidad de analizar las circunstancias del caso particular para determinar si, de manera ciertamente excepcional, la acción resolutoria es improcedente en presencia del cumplimiento tardío del contratante demandado, en la providencia antes citada la Sala señaló que “es preciso examinar en cada caso los efectos del retardo en la prestación y la actitud de los contratantes, particularmente la del deudor, a quien de ningún modo se le puede patrocinar que pague tardíamente para obtener provecho censurable, como acontece, por ejemplo, cuando pretende prevalerse de la depreciación de la moneda o las fluctuaciones de la economía” (CCLV, 653, 654).

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia, sala de casación Civil. Sentencia de 18 de diciembre de 2009. M.P. Pedro Arturo Solarte Rodríguez. Exp. 41001-3103-004-1996-09616-01.

6.4. Como se puede observar, la jurisprudencia vigente de la Corporación considera que el cumplimiento tardío o extemporáneo de la obligación no impide que el contratante cumplido pueda ejercer la acción resolutoria del contrato, particularmente cuando el plazo pactado –y desatendido- se pueda considerar esencial, esto es, en aquellos casos en los que la ejecución de la prestación con posterioridad a una cierta oportunidad sea ya inútil al acreedor en cuanto que su interés en el derecho de crédito ha sido definitivamente lesionado, o cuando el incumplimiento genera una frustración del fin práctico perseguido por las partes en el negocio, o, por último, cuando se pueda observar un razonable interés en la resolución del contrato. Contrario sensu, si las circunstancias del caso concreto permiten concluir que la ejecución retardada de las obligaciones del contratante demandado no presenta características como las anteriormente mencionadas, en cuyo caso, se precisa, se puede considerar que el incumplimiento no tiene la gravedad o la entidad como para ser considerado un incumplimiento resolutorio, criterios como la equidad o la prevención del abuso del derecho, y la aplicación del principio de conservación de los contratos, hacen aconsejable que no se deba estimar la pretensión resolutoria en esas condiciones puesta a consideración de la administración de justicia”.

En el presente caso, atendiendo las circunstancias particulares, puede concluirse que el cumplimiento tardío por parte de la Convocada fue reiterado y sistemático, como ya se analizó, y por eso de tal entidad que debe dar lugar a la terminación del Contrato de Concesión, para lo cual, además, debe tenerse en consideración el interés de la Convocante en que el mismo fuera finalizado, en razón de la comunicación del 18 de mayo de 2018 a la cual se hará referencia enseguida.

42

3.3.2.- Análisis de la comunicación del 18 de mayo de 2018, su sentido y sus efectos sobre el Contrato de Concesión.

De acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentra acreditado que la Convocante envió a la Convocada una comunicación, fechada el 18 de mayo de 2018, y con la cual dio por terminado el Contrato de Concesión.

Al respecto es preciso hacer las siguientes consideraciones:

Si bien en la primera parte de la comunicación se mencionan los incumplimientos en los cuales habría incurrido la Convocada como aparente motivo para la terminación, en el cuerpo de la misiva se cita el numeral 4 de la Cláusula 9 del Contrato de Concesión, cuyo alcance ya fue analizado en el numeral 3.2.2. anterior.

Para el Tribunal la Convocante prefirió hacer uso de dicho numeral, no obstante que habría podido invocar el numeral 3 o alguno de los numerales del PARÁGRAFO PRIMERO, de la Cláusula 9.

Como se advirtió en el análisis aludido, el numeral 4 de la citada Cláusula permitía que cualquiera de las partes diera por terminado el Contrato de Concesión, sin necesidad de invocar causa o justificación alguna. Por ende, no resulta preciso analizar la validez de los motivos expuestos en la comunicación del 18 de mayo de 2018. Sencillamente, la Convocante, de modo unilateral, manifestó su voluntad de dar por terminado el negocio jurídico, acudiendo a lo pactado.

En tal medida, acudiendo al análisis contemplado en el numeral 3.2.2. se tiene que la fecha de la comunicación fue el 18 de mayo de 2018, por lo que la terminación del Contrato de Concesión ocurrió el día 18 de junio de 2018, si se toman en cuenta los 30 días de preaviso acordados. Luego de esto comenzaron a correr los 15 días para que la Convocada devolviera el área entregada en concesión, según el PARÁGRAFO SEGUNDO de la misma Cláusula 9, los cuales vencieron el 3 de julio del mismo año.

Como está de sobra probado en el trámite arbitral, la Convocante no ha procedido de manera voluntaria a devolver el área entregada, pues la ha seguido ocupando con el negocio del lavadero de autos, por lo que ha incumplido igualmente la obligación de devolución consagrada en el referido PARÁGRAFO SEGUNDO. No hay evidencia alguna de que la Convocada se hubiese plegado a devolver el área entregada y que la Convocante se hubiera rehusado a recibirla.

También existe evidencia suficiente, particularmente la consistente en los medios de prueba documentales que ya han sido analizados en abundancia, de que luego de la fecha de terminación del Contrato de Concesión, la Convocante ha seguido facturando el cobro de la contraprestación acordada en la Cláusula 7. Si bien podría pensarse que ello implicaría una especie de contradicción o de que la Convocante habría renunciado a la terminación, según el análisis efectuado en el numeral 3.2.2. se tiene que dicho cobro es perfectamente compatible con el hecho de la terminación, según lo acordado en el numeral 3 de la Cláusula 7 y en el PARÁGRAFO TERCERO de la Cláusula 9, del Contrato de Concesión.

3.4.- Análisis de las excepciones de mérito.

3.4.1.- Sobre la excepción de contrato no cumplido.

En relación con la primera excepción formulada por la Convocada vale decir que, de acuerdo con el artículo 167 del Código General del Proceso, aquella tenía la carga de demostrar, de un lado, una inejecución de las obligaciones a cargo de la Convocante y, de otro, que la Convocada hubiera estado dispuesta a cumplir con sus propias obligaciones. Sin embargo, ninguna de las dos cosas quedó demostrada en el trámite arbitral.

Al respecto la Convocada planteó que la obligación supuestamente incumplida por la Convocante habría sido la de expedir las facturas

respectivas en un momento determinado. Sobre el particular vale señalar que dicho argumento está llamado al fracaso en la medida en que la expedición de las referidas facturas no puede ser considerada como una obligación propiamente dicha a cargo de la Convocante, sino que ello forma parte de la dinámica propia del negocio jurídico celebrado por las partes. En efecto, si se observa bien, por parte alguna del Contrato de Concesión se pactó que existiese una obligación particular en cabeza de la Convocante, consistente en la expedición de las facturas, o que dicha expedición debería producirse en un momento determinado. De acuerdo con el análisis ya efectuado acerca del comportamiento de las partes, con base en el cual el Tribunal estableció el sentido o alcance del numeral 2 de la Cláusula 7 del Contrato de Concesión, debe señalarse que la expedición de las facturas era simplemente una condición natural para que la Convocada procediera con el pago de la contraprestación, correspondiendo dicha expedición, más bien, a un deber de colaboración en cabeza de la Convocante en su calidad de acreedor de la prestación económica⁶⁸.

En tales términos, si la Convocante pretendía que la Convocada cancelara la prestación económica de cada mes debía proceder a expedir las facturas respectivas. Y si en algún momento la Convocante no expidió las referidas facturas con mayor prontitud, la única consecuencia habría sido que los pagos que la Convocada debía efectuar se irían a hacer en un lapso más prolongado del que hubiera resultado deseable para la propia Convocante, pues, recuérdese, la Convocada contaba con 15 días comunes para efectuar dicho pago luego de la expedición de las facturas. En últimas: si las facturas se hubieran expedido con mayor prontitud, los pagos igualmente se habrían tenido que hacer de forma más rápida también. Pero lo cierto es que, para la Convocada, por lo ya explicado, el momento de expedición de las facturas le era indiferente.

El planteamiento de la Convocada, su teoría del caso, consistió, en síntesis, en que la mora en el pago de contraprestación acordada se habría producido por una demora en la expedición de las facturas por parte de la Convocante. Sin embargo, este planteamiento de la Convocada parte de una premisa que no se acompasa con la información que arrojan los medios de prueba obrantes en el expediente. En efecto, por ninguna parte hay evidencia que apunte a que la Convocante imputó mora en el pago de la contraprestación a la Convocada sin haber expedido antes la factura respectiva. Por el contrario, todas las moras que surgen de las pruebas del expediente y que ya fueron analizadas, corresponden a facturas que fueron expedidas y respecto de las cuales transcurrieron los 15 días comunes para el pago.

En tal medida, el argumento central de la Convocada, según el cual su mora estaría excusada a su turno por una “demora” en la expedición de las facturas deviene en infundado por la razón expuesta, pues nunca la Convocante, según los medios de prueba, cobró o imputo mora a la Convocada antes de haberse expedido las facturas aludidas.

⁶⁸ Sobre el deber de colaboración del acreedor para con el deudor cfr. HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 555 y 556.

En razón de lo anterior, dado que la Convocada no cumplió con la carga señalada en el artículo 167 del Código General del Proceso, pues no se demostró que la Convocante hubiera incumplido alguna de sus obligaciones y que la Convocada estuviera presta a cumplir las suyas (pues de hecho quedó evidenciado lo contrario) la excepción propuesta deberá ser negada.

3.4.2.- Sobre la excepción de pago.

La Convocada propuso otra excepción que denominó “pago” y en la cual sostuvo que “[E]l demandado ha cumplido a cabalidad con todos y cada uno de los pagos de las cuentas que han sido cobradas a este. Es inoponible a este las cuentas causadas sin que han sido notificadas a esta”.

Al respecto, de acuerdo con el material probatorio que ya ha sido ampliamente analizado, se tiene que la Convocada incurrió en un incumplimiento de sus obligaciones, particularmente del pago de la contraprestación. En relación con las facturas emitidas por la Convocante, en el periodo entre enero de 2017 y junio de 2018, se evidenció un cumplimiento tardío de las mismas, con base en lo cual la pretensión de terminación será acogida. Por tanto, en relación con el supuesto pago no cumplió tampoco la Convocada con la carga que le imponía el artículo 167 del Código General del proceso, por lo que la excepción también será negada.

45

3.4.3.- Sobre la tercera excepción.

Sobre la excepción denominada “EXCEPCIÓN SUSCEPTIBLE DE DECLARACIÓN OFICIOSA” advierte el Tribunal que no quedó acreditada ninguna circunstancia fáctica adicional que amerite que se deba declarar de oficio alguna excepción de mérito que no hubiese sido alegada por la parte Convocada.

3.4.- Conclusión.

Conclusión de lo expuesto es que las pretensiones de la demanda arbitral serán acogidas, debiéndose declarar el Contrato de Concesión terminado por dos razones. En primer lugar, por haberse producido el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la Convocada, particularmente la relacionada con el pago de la contraprestación acordada, por lo cual debe hacerse operar la consecuencia jurídica del artículo 1546 del Código Civil la cual implica, de acuerdo con la jurisprudencia nacional, en tratándose de negocios jurídicos de tracto sucesivo como el Contrato de Concesión, decretar su terminación. En segundo lugar, por haber la Convocante ejercitado la facultad consagrada en el numeral 4 de la Cláusula 9 del Contrato de Concesión.

Al respecto, deberán armonizarse los dos motivos de terminación, pues no tendría sentido declarar terminado el Contrato de Concesión con posterioridad al 18 de junio de 2018, fecha en la cual produjo efectos la comunicación del 18 de mayo de 2018 remitida por la Convocante. Dado que al 18 de junio de 2018 se había verificado la evidente y sistemática mora de la Convocada el Tribunal declarará terminado el Contrato de Concesión en esta fecha, por las dos razones ya enunciadas.

Dado que no se ha verificado la entrega voluntaria del área entregada en concesión por la Convocada, deberá proceder esta a efectuar tal devolución, en el término solicitado en la demanda, esto es, dentro de los 3 días hábiles siguientes a la ejecutoria del laudo arbitral.

Si bien en la pretensión 3.1.4 se solicita se “comisione al Juez Civil Municipal de Barranquilla” a efectos de llevar a cabo la entrega del área entregada en concesión, dicha solicitud deberá negarse en la medida en que, para los efectos de proceder a la entrega, no es posible acudir al mecanismo de la comisión, si se tiene en cuenta la vigencia temporal de este Tribunal. En caso de que la Convocada no se avenga a cumplir voluntariamente las órdenes establecidas en el Laudo, podrá la Convocante acudir ante los jueces ordinarios, a través de los trámites señalados en la ley, a efectos de materializar dichas órdenes.

Finalmente, el Tribunal advierte que por cuestiones lógicas se deberá invertir el orden de las pretensiones 3.1.2. y 3.1.3. (numerada erróneamente como 3.1.2.). Ello en razón a que no tiene sentido declarar que la Convocada incumplió con la obligación de restituir el área entregada, sin antes declarar la terminación del Contrato de Concesión a partir del día 18 de junio de 2018.

4.- LA CONDUCTA DE LAS PARTES

La frase final del primer inciso del art. 280 del C.G.P. –referente al contenido de las sentencias– establece que “[e]l juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las Partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas”. Al respecto ya se explicó cómo se analizó y valoró la conducta omisiva de la Convocada en relación con el apoyo que se ha debido brindar para que el señor Ronnie Chegwin Goelkel suministrara la información solicitada oficiosamente por el Tribunal.

Salvo la cuestión anotada, el Tribunal pone de presente que a todo lo largo del Proceso, las Partes y sus respectivos apoderados obraron con pleno apego a la ética y a las prácticas de buena conducta procesal que eran de esperarse de unas y de otros, motivo por el cual no cabe censura o reproche alguno.

5.- LAS COSTAS Y SU LIQUIDACIÓN

Para efectos de costas en este proceso arbitral es aplicable lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual, en su numeral primero, enseña que *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”*.

Teniendo en cuenta que, salvo lo concerniente con la pretensión 3.1.4, referida a la comisión al juez civil municipal de Barranquilla para la correspondiente entrega del espacio concedido, las pretensiones de la demanda prosperan en su totalidad, en tanto que todas las excepciones de mérito fueron negadas, sin desconocer el carácter objetivo del criterio rector aplicable en materia de costas según lo dispuesto en el ya citado numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso, el Tribunal considera procedente condenar a LUZ MARÍA BUSTAMANTE ARAÚJO a pagar a MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S. el monto equivalente al cien por ciento (100%) del valor de las costas, para lo cual se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 8° del citado artículo 365 ya citado, según el cual *“... cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*.

Encuentra el Tribunal que, si bien el 26 de noviembre de 2019 fue expedida certificación en la que consta que la parte Convocante canceló las sumas de honorarios y gastos de este Tribunal que le correspondía pagar al extremo Convocado⁶⁹, no se encuentra acreditado en el expediente que haya mediado ejecución para el pago de dicha suma de dinero, razón por la cual para la liquidación de las costas se tendrá en cuenta la totalidad de los honorarios y gastos del proceso pagados por la Convocante, tal como lo ordena el artículo 27 de la ley 1563 de 2012.

Téngase en cuenta que mediante Auto 15 de 31 de octubre de 2019⁷⁰, el Tribunal dispuso que al momento de realizar la liquidación de gastos se hará la respectiva devolución del IVA relativo al segundo contado de los honorarios del árbitro, si a ello hubiere lugar, por lo que en la liquidación de costas sólo se tendrá en cuenta el IVA correspondiente al primer 50% de los honorarios del árbitro, el cual ya se encuentra causado.

Concepto	IVA 19%	Total
100% honorarios del árbitro único = \$30.000.000	\$2.850.000 (50%)	\$32.850.000
100% honorarios del secretario = \$15.000.000	Sin IVA	\$15.000.000

⁶⁹ C. Principal, fl. 236

⁷⁰ C. Principal, fls. 222-224

**TRIBUNAL ARBITRAL DE MAKRO SUPERMAYORISTA SAS contra LUZ MARIA
BUSTAMANTE ARAÚJO - 15944**

100% gastos de funcionamiento del Centro de Arbitraje = \$15.000.000	\$ 2.850.000	\$17.850.000
	TOTAL	\$65.700.000

En relación con las agencias en derecho, rubro que igualmente hace parte de las costas, el Tribunal las fija en la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS MCTE. (\$30.000.000), monto que corresponde al valor de los honorarios del árbitro único.

Así las cosas, el valor de las costas que LUZ MARÍA BUSTAMANTE ARAÚJO debe pagar a favor de MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S. asciende a la suma de NOVENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS MCTE. (\$95.700.000), y por tal monto se impondrá condena en la parte resolutive del Laudo.

CAPÍTULO CUARTO

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y en ejercicio de la competencia deferida por los sujetos negociales, el Tribunal Arbitral constituido para resolver las diferencias entre MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S., como parte Convocante, contra LUZ MARIA BUSTAMANTE ARAÚJO, como parte Convocada,

48

RESUELVE:

PRIMERO.- Niéguese en su totalidad las excepciones de mérito formuladas por la parte Convocada.

SEGUNDO.- Declárese que **LUZ MARIA BUSTAMANTE ARAÚJO** incumplió el Contrato de Concesión de Espacio celebrado con **MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S.**, en lo que hace a la contraprestación económica pactada en el mismo según lo expuesto en los fundamentos de la presente decisión.

TERCERO.- Declárese terminado el Contrato de Concesión de Espacio celebrado entre **LUZ MARIA BUSTAMANTE ARAÚJO** y **MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S.**, a partir del 18 de junio del 2018, en razón del mencionado incumplimiento y por haber la Convocante hecho uso de la facultad consagrada en el numeral 4 de la Cláusula 9 del referido negocio jurídico.

CUARTO.- Declárese que **LUZ MARIA BUSTAMANTE ARAÚJO** incumplió, así mismo, la obligación de proceder a devolver el área entregada en

**TRIBUNAL ARBITRAL DE MAKRO SUPERMAYORISTA SAS contra LUZ MARIA
BUSTAMANTE ARAÚJO - 15944**

concesión, al haber vencido los 15 días posteriores a la fecha de terminación, sin que dicha devolución se hubiese materializado.

QUINTO.- Ordénese a **LUZ MARIA BUSTAMENTE ARAÚJO** que, en el término de 3 días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente laudo, proceda a la devolución, en favor de **MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S.**, del espacio concedido en virtud del Contrato de Concesión de Espacio.

SEXTO.- Niéguese la pretensión rotulada con el número 3.1.4. por las razones expuestas en la parte motiva del laudo.

SÉPTIMO.- Condénese a **LUZ MARIA BUSTAMENTE ARAÚJO** en favor de **MAKRO SUPERMAYORISTA S.A.S.**, por concepto de costas, a pagar la suma de NOVENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS MCTE. (\$95.700.000).

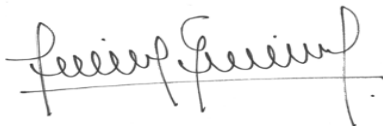
OCTAVO.- Declarar causado el saldo de los honorarios del Árbitro Único y del Secretario, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1563 de 2012 y teniendo en cuenta la contribución especial arbitral establecida en el artículo 22 de la Ley 1743 de 2014 –modificado por el artículo 362 de la Ley 1819 de 2016–. Cada una de las Partes expedirá los certificados de retención correspondientes. En la oportunidad legal, el Árbitro Único hará la liquidación final de gastos y devolverá el saldo, si lo hubiere.

NOVENO.- Disponer que por Secretaría se expidan copias de este Laudo con destino a cada una de las Partes.


49

DÉCIMO.- Disponer que el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El presente Laudo queda notificado en Audiencia.



LUIS GUILLERMO ACERO GALLEGO
Árbitro Único



HORACIO CRUZ TEJADA
Secretario