

TRIBUNAL ARBITRAL

PROHOGAR S.A.S.

CONTRA

D1 S.A.S.

RADICADO No. 146764

LAUDO ARBITRAL

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., Cinco (5) de Septiembre de dos mil veinticuatro (2024).

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el Tribunal Arbitral integrado por el doctor **ANDREW ABELA MALDONADO**, árbitro único, con la secretaria de **ADRIANA MARÍA ZAPATA VARGAS**, a dictar el laudo que pone fin al proceso y resuelve las diferencias surgidas entre **PROHOGAR S.A.S.**, como parte Convocante y **D1 S.A.S.**, como parte Convocada.

El presente laudo se profiere en derecho, dentro del término establecido para el efecto por la ley.

I. ANTECEDENTES

A. PARTES Y SU REPRESENTACIÓN

Las Partes, quienes han acreditado en legal forma su existencia y representación, son:

- 1.1. En calidad de Convocante o Demandante:** PROHOGAR S.A.S., sociedad mercantil legalmente constituida con domicilio en Valledupar - Cesar, identificada con el NIT 800.149.800-9 representada legalmente por el señor MARIO SERRANO ACEVEDO, mayor de edad, domiciliado en Valledupar - Cesar, identificado con cédula de ciudadanía número 5.795.738.
- 1.2. En calidad de Convocada o Demandada:** D1 S.A.S. sociedad mercantil legalmente constituida con domicilio en Bogotá D.C., identificada con el NIT 900.276.962-1 representada legalmente por el señor LUIS FELIPE RINCÓN STERLING, identificado con cédula de ciudadanía número 80.084.588,

Las partes, Convocante y Convocada, se encuentran debidamente representadas en este Arbitraje por sus apoderados judiciales a quienes el Tribunal reconoció personería¹.

B. CONTRATO OBJETO DE LA CONTROVERSIA

El contrato objeto de controversia es el “*Contrato de arrendamiento de local comercial Hospitalito – Valledupar*” cuyo objeto es la entrega “*a título de arrendamiento comercial a favor del ARRENDATARIO, el local comercial con las (sic) nomenclatura 19-75, que se encuentra ubicado en la CALLE 41, con un área de 340 m2metros (sic) cuadrados, con disponibilidad de cinco (5) parqueaderos correspondiente a un metraje de 58,7 m2, situado en la CALLE 41 #19-75 LOCAL 1 de la ciudad de VALLEDUPAR, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 190-32873 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de VALLEDUPAR, para que el ARRENDATARIO lo destine a cualquier actividad lícita dentro de su objeto social, y principalmente a la operación de un establecimiento de Comercio destinado a la venta y almacenamiento de víveres, alimentos y abarrotes, y en forma accesoria a la comercialización de los bienes y servicios que en la práctica comercial comúnmente se suelen vender en los establecimientos de Comercio dedicados a esta actividad.*”, suscrito entre las partes de este trámite el 29 de octubre de 2021².

C. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

La cláusula compromisoria que fue pactada por las partes en el Contrato de Obra suscrito entre las partes el 29 de octubre de 2021 es del siguiente tenor:

“TRIGÉSIMA.- RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: *Todas las eventuales diferencias que llegaren a surgir entre las Partes por razón de la celebración, interpretación, ejecución y terminación del presente Contrato que no pudieren ser solucionadas directamente por ellas mismas en un término máximo de tres (3) meses y que no consten en títulos ejecutivos, se someterán a la decisión de un tribunal de arbitramento integrado por un (1) árbitros (sic), el cual funcionará en la ciudad de Bogotá D.C. y decidirá en derecho. El árbitro deberán (sic) ser abogados (sic) colombianos (sic) de*

¹ Los poderes otorgados a los apoderados obran en el expediente en el Cuaderno Principal 1, en los archivos “013_poder_convocada_20240122.pdf” y “015_poder_convocante_20240123.pdf”. A los abogados de las partes se les reconoció personería mediante auto número 1 que obra en el cuaderno principal 1, en el archivo “016_acta_instalacion_y_deber_informacion_secretaria_zapata_20240123.pdf” y en audiencia realizada el 21 de marzo de 2024 “12_Acta_5_20240321.pdf”.

² Cuaderno de Pruebas. Carpeta 002_Pruebas_Subsanacion_20240129. Archivo “DEMANDA DE ARBITRAJE SUBSANADA TRAMITE 146764-27-201.pdf”

reconocido prestigio, con una experiencia no menor a diez (10) años de ejercicio de la profesión en temas relacionados con derecho comercial y civil. En todo se aplicará el reglamento que sobre arbitramento institucional tenga vigente y establecido del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. Los gastos, honorarios, etc., que genere dicho arbitramento serán sufragados por la Parte que resulte vencida.”³.

D. EL TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL

El presente trámite arbitral se desarrolló con apego a las normas procesales establecidas en el Reglamento de Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y, subsidiariamente en la Ley 1563 de 2012 y el Código General del Proceso, con pleno cumplimiento de los principios y garantías constitucionales.

i. Demanda arbitral

El 9 de noviembre de 2023 PROHOGAR S.A.S. presentó la demanda arbitral en contra de D1 S.A.S.

ii. Designación del árbitro único

El Tribunal se integró por un único árbitro de la lista A del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, cuya designación se hizo por sorteo realizado el 28 de noviembre de 2023. El árbitro único aceptó oportunamente la designación y dio cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 14 y 15 de la Ley 1563 de 2012.

iii. Instalación

El Tribunal se instaló en Audiencia celebrada el 23 de enero de 2024, en la que se designó como secretaria a la doctora Adriana Zapata Vargas, quien, cumplió con lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012 y, toda vez que las partes renunciaron al término de 5 días señalado en la norma antedicha, tomó posesión de su cargo en audiencia. Así mismo, en esta providencia se fijó como lugar de

³ Cuaderno de Pruebas. Carpeta 002_Pruebas_Subsanacion_20240129. Archivo “DEMANDA DE ARBITRAJE SUBSANADA TRAMITE 146764-27-201.pdf”.Pág 147.

funcionamiento y secretaría del Tribunal el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá ubicado en la Calle 76 No. 11-52, sin perjuicio del funcionamiento del Tribunal mediante el uso de las tecnologías de la comunicación y la información. Además, mediante auto número 2, el Tribunal inadmitió la demanda (Autos 1 y 2 – Acta 1)⁴.

iv. La demanda arbitral subsanada y su contestación.

Oportunamente la parte convocante subsanó la demanda, por lo que, mediante auto proferido en audiencia realizada el 31 de enero de 2024, el Tribunal admitió la demanda (Auto 3 - Acta 2)⁵.

Ese mismo día fue practicada la notificación personal del auto admisorio de la demanda a la parte convocada, auto que también fue notificado a la parte convocante.

El 5 de febrero de 2024, la parte convocada presentó recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, recurso que fue negado por el Tribunal, una vez surtido el traslado respectivo, mediante auto proferido en audiencia del 13 de febrero de 2024 (Auto 4 – Acta 3)⁶.

El 28 de febrero de 2024, la parte convocada contestó la demanda oportunamente, formuló excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio y solicitó el decreto y la práctica de pruebas.

En audiencia realizada el 13 de marzo de 2024, ordenó correr traslado de las excepciones de mérito y concedió el término señalado en el artículo 206 del Código General del Proceso, (Auto 5 – Acta 4)⁷, término que venció en silencio. Además, en dicha providencia, el Tribunal recordó a las partes los canales para el envío de memoriales y comunicaciones al Tribunal y fijó fecha para la realización de la audiencia de fijación de honorarios y gastos del proceso, señalando, en todo caso, que, de tener la intención de realizar audiencia de conciliación, los representantes legales de las partes deberían asistir a la audiencia programada.

⁴ Cuaderno Principal 1, archivo "016_acta_instalacion_y_deber_informacion_secretaria_zapata_20240123.pdf"

⁵ Cuaderno Principal 2, archivo "02_Acta_2_20240131.pdf".

⁶ Cuaderno Principal 2, archivo "08_Acta_3_20240213.pdf"

⁷ Cuaderno Principal 2, archivo "11_Acta_4_20240313.pdf"

v. Fijación de honorarios y gastos.

El 21 de marzo de 2024 se realizó la audiencia en la que el Tribunal fijó los honorarios y gastos correspondientes al trámite arbitral⁸ (Auto 8 Acta 5), decisión que se adoptó al no haberse solicitado por las partes la realización del trámite de conciliación facultativo según lo dispone el Reglamento del Centro de Arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En dicha audiencia, además, se reconoció personería al apoderado sustituto de la convocada (Auto 6- Acta 5) y realizó el control de legalidad de la actuación procesal (Auto 7- Acta 5).

Los honorarios fueron pagados oportunamente por ambas partes.

vi. Primera audiencia de trámite

El 22 de abril de 2024, se realizó la primera audiencia de trámite del proceso arbitral⁹. En ella, el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir en derecho las controversias sometidas a su conocimiento (Auto 9 – Acta 6), se pronunció sobre las pruebas solicitadas (Auto 10 – Acta 6) y se realizó el control de legalidad de la actuación procesal (Auto 11 – Acta 6).

vii. Etapa probatoria

La instrucción del proceso se adelantó desde el 22 de abril de 2024 hasta el 11 de junio de 2024, fecha en la cual se realizó el control de legalidad de la actuación procesal y se declaró cerrada la etapa probatoria (Auto 15 – Acta 10)¹⁰.

Previo inicio de la audiencia programada para el 4 de junio de 2024, el apoderado de la parte convocada solicitó el aplazamiento de la audiencia. La solicitud fue atendida mediante audiencia del 5 de junio de 2024 (Auto 13 – Acta 9)¹¹, en la que se dejó constancia de las manifestaciones realizadas por al apoderado de la parte convocante en la fecha en la que estaba programada la realización de la audiencia.

⁸ Cuaderno Principal 2. Archivo “12_Acta_5_20240321.pdf”.

⁹ Cuaderno Principal 2. Archivo “18_Acta_6_20240422.pdf”

¹⁰ Cuaderno Principal 2. Archivo “32_Acta_10_20240611.pdf”

¹¹ Cuaderno Principal 2. Archivo “31_Acta_9_20240605.pdf”

viii. **Alegatos de las Partes**

El 4 de julio de 2024 el tribunal escuchó los alegatos finales de los apoderados de las partes y realizó control de legalidad de la actuación procesal sin que se presentara reparo alguno (Auto 17 - Acta 11).

E. PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS.

Las pruebas decretadas se practicaron de la siguiente manera:

i. **Documentos**

Se ordenó tener como pruebas documentales, con el valor que la ley les asigna:

- a. Las anunciadas por PROHOGAR S.A.S. en la demanda arbitral subsanada, aportados con la demanda arbitral inicial y con la demanda subsanada, las cuales se encuentran en el cuaderno principal número 1, compiladas con el archivo de demanda inicial y en el cuaderno de pruebas en los folios 1 y 2.
- b. Las aportadas por D1 S.A.S. con el escrito de contestación de la demanda subsanada, las cuales se encuentran en el cuaderno de pruebas.

ii. **Interrogatorios y declaraciones de Parte**

Por solicitud de la Convocante se decretó el interrogatorio del representante legal de D1 S.A.S. y la declaración de parte del representante legal de PROHOGAR S.A.S. (Auto 10 – Acta 6) 12.

Las declaraciones se practicaron en audiencia realizada el 29 de abril de 2024. El representante legal de PROHOGAR S.A.S., su la declaración manifestó que intercambió comunicaciones con el señor Gabriel Lugo y que remitió mensajes al Gerente Regional de la época de D1 S.A.S. La parte convocada señaló que existía documentación relacionada con las observaciones que envió PROHOGAR S.A.S. al

¹² Cuaderno Principal 2. Archivo "18 Acta 6 20240422.pdf"

recibir el contrato de arrendamiento. Ambas partes manifestaron haber cursado comunicaciones en relación con la entrega del inmueble, incluyendo texto de actas de devolución del mismo.

Dadas las manifestaciones de las partes, el Tribunal decretó como prueba documental i) las comunicaciones y/o mensajes de WhatsApp o mensajes intercambiados por cualquier otro mecanismo entre el representante legal de PROHOGAR S.A.S. y el señor Gabriel Lugo, en el que constaran las negociaciones o conversaciones relacionadas con el eventual futuro arrendamiento del inmueble de Hospitalito que está identificado en el proceso, (ii) las comunicaciones entre el representante legal de PROHOGAR S.A.S. y el Gerente Regional de D1 S.A.S. y, (iii) Las actas de devolución y similares que estuvieran en poder de PROHOGAR S.A.S. o de D1 S.A.S., (iv) la documentación relativa a las observaciones que envió PROHOGAR S.A.S. al borrador del contrato de arrendamiento, (v) las comunicaciones y/o mensajes de WhatsApp o mensajes relativos a la negociación del Contrato que estuvieran en poder de D1 S.A.S. (Auto 12 – Acta 8). Además, en dicha providencia, el Tribunal concedió el término de 5 días a las partes para aportar la antedicha documentación, les ordenó copiar a su contraparte y dispuso que se corriera traslado de la información aportada por cada parte a su contraparte, traslado que correría en los términos del parágrafo del artículo 9 de la ley 2213 de 2022.

La convocante remitió las pruebas documentales decretadas de oficio el 6 de mayo de 2024, la parte convocada hizo lo propio al día siguiente, 7 de mayo de 2024. La convocada recorrió el traslado mencionado en el numeral anterior el 14 de mayo de 2024. La parte convocante guardó silencio.

iii. Testimonios

Por no haber sido enunciados concretamente los hechos sobre los cuales declararían los testigos Johan Faviany Hinojosa Céspedes, Diego Armando Quintero Martínez y Gabriel Jesús Lugo Socarrás, el Tribunal negó la respectiva solicitud presentada por la parte convocante. Más adelante, el Tribunal decretó dichas declaraciones de oficio (Auto 10 – Acta 6) 13 y las citaciones a los testigos fueron remitidas por secretaría. Los testimonios se practicaron en audiencia que se realizó el 26 de abril de 2024¹⁴.

¹³ Cuaderno Principal 2. Archivo “18_Acta_6_20240422.pdf”

¹⁴ Cuaderno Principal 2. Archivo “24_Acta_7_20240426.pdf”

En audiencia del 29 de abril de 2024¹⁵, la parte convocada reiteró la tacha que formuló contra el testigo Johan Hinojosa y formuló tacha contra el testimonio de Diego Armando Quintero. Las partes hicieron sus respectivas manifestaciones en audiencia.

F. TERMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

Según lo establecido por el artículo 2.44 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el término de duración del proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la Primera Audiencia de Trámite que concluyó el 22 de abril de 2024.

Conforme a lo establecido en el artículo 2.45 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a dicho termino deben adicionarse los días hábiles durante los cuales el presente proceso ha estado suspendido. El término del proceso estuvo suspendido por 57 días hábiles por solicitud conjunta de las partes así:

Número de suspensión	Fechas	Días suspendidos
Primera Suspensión (Acta 10, Auto 16)	Entre 12 de junio de 2024 y el 3 de julio de 2024.	15 hábiles
Segunda Suspensión (Acta 11, Auto 18)	Entre el 5 de julio de 2024 y el 4 de septiembre de 2024	42 días hábiles
	TOTAL:	57 días hábiles

En consecuencia, el término del proceso vence el 27 de enero de 2025, por lo que el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir laudo.

¹⁵ Cuaderno Principal 2. Archivo "26 Acta 8 20240429.pdf"

G. EL CONFLICTO SOMETIDO A CONSIDERACIÓN DEL TRIBUNAL

1.1.1. Pretensiones de la demanda subsanada

En su escrito de demanda subsanada, en adelante “la Demanda”, la parte Convocante formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Que, en sede de arbitramento, la **CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ**, juez natural de arbitramento de conformidad con la cláusula compromisoria del contrato de arrendamiento del local comercial de fecha **29/10/2021**, revise las cláusulas: **QUINTA y DECIMO CUARTA** del contrato de arrendamiento, de conformidad con lo establecido en el **Artículo 868 Del Código De Comercio**, como quiera que las cláusulas desconocen la oferta realizada por el **JEFE DE ZONA DE EXPANSION** de la sociedad **KOBA COLOMBIA SAS hoy D1 SAS**, el señor **GABRIEL JESUS LUGO SOCARRAS**, generando un desequilibrio contractual excesivamente oneroso para el demandante.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la revisión de las cláusulas **QUINTA y DECIMO CUARTA**, se determine la validez, alcance y el carácter vinculante de la oferta mercantil realizada de conformidad con lo establecido en los **artículos 845 y 850 del código de comercio**, la cual contenía los elementos esenciales del negocio y fueron debidamente comunicados y aceptados por las partes, en el sentido de establecer que el contrato de arrendamiento si tenía un plazo inicial de **cinco (05) años**, termino en el cual ninguna de las partes podía darlo por terminado unilateralmente sin indemnizar a la otra parte, pues esto genera un desequilibrio contractual habida cuenta que el demandante apropió de su patrimonio recursos cuantiosos para ejecutar la construcción de un local comercial bajo los lineamientos comerciales y técnicos requeridos por la sociedad demandada para su operación comercial.

TERCERA: Que como consecuencia de la revisión de las cláusulas **QUINTA y DECIMO CUARTA**, se establezca como carácter interpretativo de las mismas lo pactado en los actos precontractuales del contrato de arrendamiento del local comercial, que precede a la oferta comercial celebrada válidamente entre las partes, en el sentido de que siempre tuvieron como finalidad darle cumplimiento al plazo inicialmente celebrado, sin que antes de dicho plazo se pudiera presentar una ruptura contractual de manera unilateral como lo pretende la demandada, por lo que se solicita se declare la ineficacia de las cláusulas **QUINTA y DECIMO CUARTA** del contrato de arrendamiento de local comercial objeto de convocatoria del tribunal de arbitramento y apelando al criterio de la equidad se establezca, que si bien el contrato de arrendamiento del local comercial, tiene un término inicial

*pactado de **cinco (05) años**, antes de este plazo no se pueda dar por terminado anticipadamente por la sociedad demandada, sin que en todo caso una vez superado el plazo o hasta antes de su vencimiento declare su intención de no prorrogar el contrato de arrendamiento.*

CUARTA: *En caso de que se declare la ineficacia de las cláusulas revisadas cláusulas **QUINTA y DECIMO CUARTA**, de conformidad con la **CLAUSULA VIGESIMA PRIMERA-INEFICACIA**, del contrato de arrendamiento de local comercial objeto de convocatoria del tribunal de arbitramento, como quiera que las demás cláusulas conservaran el carácter vinculante, se condene a la demandada en caso de insistir en la terminación anticipada del contrato de arrendamiento, se condene a la demandada al pago de las rentas o cánones de arrendamiento que faltaren para completar el término inicialmente pactado de **cinco (05) años**, conforme a lo acordado por las partes en la oferta comercial de promesa de celebrar un contrato de arrendamiento a **cinco (05) años**, prorrogables por **cinco (05) años**.*

QUINTA: *Se condene a la demandada la sociedad **KOBA COLOMBIA SAS hoy D1 SAS NIT 900.276.962-1**, al pago de las costas, expensas y agencias en derecho, en favor de la demandante la sociedad **PROHOGAR S.A.S.**, identificada con el **NIT 800149800-9**.¹⁶*

En síntesis, los hechos presentados en la demanda subsanada son los siguientes:

Relata la convocante que el 19 de octubre de 2021 se celebró un contrato entre PROHOGAR S.A.S. y la sociedad KOBA COLOMBIA S.A.S., el cual tenía por objeto el arrendamiento del local comercial ubicado en la Calle 41 # 19-75 Local 1 del Barrio San Martín de Valledupar – Cesar para el funcionamiento de un establecimiento comercial denominado “TIENDAS D1 S.A.S.”. Explica que KOBA COLOMBIA S.A.S. cambió su razón social a D1 S.A.S. mediante acta de asamblea de accionistas número 120 de 25 de febrero de 2022.

Agrega la convocante que el término de duración pactada del contrato fue de 5 años, contados a partir de la firma del acta de entrega del local y que el acta fue suscrita el 3 de diciembre de 2021 fecha en la que se recibió a satisfacción el local comercial.

Señala PROHOGAR S.A.S. que el 5 de octubre de 2013 D1 S.A.S., con base en la cláusula decimocuarta del contrato notificó su terminación anticipada, señalando como

¹⁶ Cuaderno principal 2. Archivo “01 Subsancion 20240129.pdf”

fecha de entrega el 10 de diciembre de 2023. A su juicio, la terminación unilateral pactada en el contrato no corresponde a la realidad de la oferta en la etapa precontractual pues durante las negociaciones se propuso que el contrato tuviera un término de 5 años prorrogables por otros 5 años más, teniendo en cuenta que PROHOGAR S.A.S. tendría que hacer cuantiosas inversiones para la construcción del local comercial según los parámetros entregados por su contraparte contractual.

Así, explica la convocante, *“la oferta o propuesta”* realizada por KOBIA COLOMBIA S.A.S. al representante legal de PROHOGAR S.A.S. por intermedio de su “jefe de zona de expansión” señor Gabriel Jesús Lugo Socarrás, *“para la realización del proyecto de negocio jurídico, para la construcción de un local comercial bajo los parámetros técnicos y locativos entregados por la sociedad demandada, contenían los elementos esenciales del negocio y fueron debidamente comunicados y aceptados por las partes de conformidad con lo establecido en los **artículos 845 y 850 del código de comercio**, manifestando en dicha propuesta que el contrato de arrendamiento se garantizaba por 10 años, definidos en el contrato de arrendamiento con termino de vigencia inicial de 05 años prorrogables por 05 años”*.

En 23 de septiembre de 2021 KOBIA COLOMBIA S.A.S. (Hoy D1 S.A.S.) *“mediante comunicación remitida por correo electrónico desde la cuenta gabriel.lugo@kobia-group.com”, notificó al arrendador la aprobación del inmueble presentado “fijando un plazo para la entrega de la construcción de 3 meses”, por intermedio de su “jefe de zona de expansión” señor Gabriel Jesús Lugo Socarrás y le solicitó el envío de varios documentos que se detallan en la demanda subsanada. Dichos documentos fueron remitidos por PROHOGAR S.A.S. lo cual, a juicio de la convocante, constituyó una “muestra inequívoca de la aceptación de la oferta presentada” que implicaba que PROHOGAR S.A.S. construyera el local en un terreno propio y con recursos propios.*

El demandante resaltó en su descripción fáctica lo dispuesto en las cláusulas (i) vigésimo primera, relativa a la eventual declaratoria de invalidez, inoponibilidad o ineficacia de alguna de las cláusulas del contrato, (ii) vigésimo novena relativa al incumplimiento, (iii) trigésima, de resolución de conflictos y (iv) trigésimo primera, cláusula penal, señalando que PROHOGAR S.A.S. cumplió cabalmente el contrato suscrito y que su contraparte contractual le impuso cláusulas lesivas a sus intereses jurídicos y patrimoniales, le impuso una carga desproporcionada afectando el equilibrio contractual de las obligaciones pactadas, por lo que según lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Comercio solicita la *“revisión de las cláusulas QUINTA y DECIMO*

CUARTA del contrato de arrendamiento y obtener un reajuste de las mismas en equidad”

1.1.2. Contestación de la demanda subsanada

En su escrito de contestación, la Convocada objetó el juramento estimatorio y presentó las siguientes excepciones de mérito:

- “9.1 Inaplicabilidad de la oferta.*
- 9.2. Inaplicabilidad de los artículos 845 y 850 del Código de Comercio.*
- 9.3. Inexistencia de incumplimiento contractual*
- 9.4. Aceptación expresa de la cláusula de terminación unilateral*
- 9.5. Inexistencia de elementos de hecho o de derecho para alegar la teoría de la imprevisión*
- 9.6. Inaplicabilidad del artículo 868 del Código de Comercio*
- 9.7. Falta de legitimación por pasiva*
- 9.8. Inexistencia de posición dominante de D1”¹⁷.*

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

A. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Encuentra el Tribunal que las partes convocante y convocada acreditaron su existencia y representación legal, comparecieron al proceso por intermedio de sus representantes legales y sus apoderados judiciales a quienes oportunamente se les reconoció personería conforme a las facultades que les fueron concedidas por sus poderdantes.

El árbitro único fue designado por sorteo público, la instalación del Tribunal se realizó en debida forma, se surtieron adecuadamente los trámites de integración de la *litis*, el Tribunal asumió competencia, decretó y practicó las pruebas decretadas, atendiendo los principios y garantías constitucionales así como lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, norma de procedimiento elegida por las partes para el desarrollo del proceso.

¹⁷ Cuaderno Principal 2, archivo “09 Contestacion 20240228.pdf”

Durante el curso del proceso, el Tribunal realizó el control de legalidad de la actuación procesal en audiencias realizadas los días 21 de marzo, 22 de abril, 11 de junio y 4 de julio de 2024, sin que se hubiera encontrado irregularidad alguna dentro del trámite ni por el Tribunal, ni por los apoderados de las partes.

Según se señaló previamente, el Tribunal se encuentra dentro del término establecido en la ley para proferir el laudo arbitral.

Las pretensiones de la demanda arbitral subsanada y las excepciones contra éstas presentadas se refieren a asuntos de libre disposición y se encuentran enmarcadas en el pacto arbitral, el cual no adolece de vicio alguno que afecte su validez.

Conforme a las anteriores consideraciones, se encuentran cumplidos los presupuestos procesales y, por tanto, el Tribunal procede a pronunciarse sobre el fondo de la controversia puesta a su consideración.

B. TACHAS DE LOS TESTIGOS JOHAN HINOJOSA Y DIEGO ARMANDO QUINTERO

Durante el curso del proceso, la parte Convocada formuló tacha de sospecha sobre la imparcialidad de los testigos Johan Hinojosa y Diego Armando Quintero.

El artículo 211 del Código General del Proceso señala que *“El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”*. Al respecto, observa el Tribunal que la Corte Suprema de Justicia señaló en sentencia de 24 de agosto de 1998 lo siguiente:

“[...] la existencia de un motivo que pueda afectar su imparcialidad no constituye circunstancia de la cual deba inducirse necesariamente que el testigo falte a la verdad. Por ello la ley faculta al juzgador para apreciar tales testimonios de acuerdo con las circunstancias de cada caso, incumbiéndole, como atribución inherente a la discreta autonomía que le asiste en la ponderación de los elementos de convicción, examinar las condiciones personales del testigo en orden a sopesar el mérito que ofrezca su exposición, ‘...decisión que corresponde al ámbito de apreciación razonada y científica del juzgador, y como tal resulta inatacable en casación mientras no se demuestre que tal apreciación es contraria ostensiblemente a la evidencia de los hechos o

notoriamente ilógica, infundada u opuesta a la verdad de los mismos' (G.J. t. CLXXVI, pág. 48)".¹⁸

Conforme a lo dispuesto por la jurisprudencia, se han analizado los testimonios de los señores Johan Hinojosa y Diego Armando Quintero con especial rigor y en conjunto con las demás pruebas obrantes en el proceso, sin que pueda concluirse que los mismos deben desestimarse por completo por cuenta de que presenten un sesgo que impida su valoración. Por tanto, se desestiman las tachas presentadas.

C. CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES

A continuación, corresponde calificar la conducta de las partes y, de ser el caso, derivar indicios de ellas, en los términos señalados en el artículo 280 del Código General del Proceso.

Al respecto, se advierte que las partes y sus apoderados obraron de manera profesional y rigurosa durante todo el trámite arbitral, por lo cual, no deben deducirse indicios en contra de ninguna de ellas. No deja de lado el Tribunal la constancia presentada por el apoderado de la parte convocante al no haberse podido surtir la audiencia programada para el 4 de junio de 2024, pero el Tribunal encuentra que dicha circunstancia no obedeció a una conducta temeraria ni negligente de los apoderados de la parte convocada, sino a asuntos imprevistos debidamente probados, concretamente a la enfermedad de la apoderada principal en el presente proceso.

D. EXCEPCION DE FALTA DE COMPETENCIA

1. Posición de la parte Convocada

Como tema inicial, el Tribunal analiza a continuación la excepción de falta de competencia, que fue planteada por la Convocada en la contestación de la demanda. En tal sentido, manifestó lo siguiente:

“En primer lugar, el Tribunal no es competente en la medida que el demandante no agotó el procedimiento establecido en la cláusula trigésima.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia S-072 del 24 de agosto de 1998, Exp.: 4821

La cláusula dice textualmente lo siguiente:

*“TRIGESIMA.- RESOLUCION DE CONFLICTOS: Todas las eventuales diferencias que llegaren a surgir entre las Partes por razón de la celebración, interpretación, ejecución y terminación del presente Contrato **que no pudieren ser solucionadas directamente por ellas mismas en un término máximo de tres (3) meses** y que no consten en títulos ejecutivos, se someterán a la decisión de un tribunal de arbitramento integrado por un (1) árbitros, el cual funcionará en la ciudad de Bogotá D.C. y decidirá en derecho. El árbitro deberán ser abogados colombianos de reconocido prestigio, con una experiencia no menor a diez (10) años de ejercicio de la profesión en temas relacionados con derecho comercial y civil. En todo se aplicará el reglamento que sobre arbitramento institucional tenga vigente y establecido el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. Los gastos, honorarios, etc., que genere dicho arbitramento serán sufragados por la Parte que resulte vencida.” (Resaltado fuera del texto original).*

Como se puede observar, la cláusula compromisoria establece un requisito de procedibilidad correspondiente a la necesidad de intentar realizar una solución directa del conflicto por un término máximo de 3 meses.

El demandante en ningún momento inició el proceso de solución directa del presunto conflicto. No solicitó reunión alguna, ni tampoco inició un procedimiento de conciliación.

En este sentido, el demandante no agotó el procedimiento previo y necesario para que el Tribunal tenga competencia y pueda conocer de la presente controversia¹⁹.

Como puede observarse, la Convocada plantea que por el hecho que la Convocante no agotó una etapa previa de solución directa de controversias por 3 meses, se omitió un requisito de procedibilidad, que, en su opinión, implica que este Tribunal carezca de competencia para conocer y decidir las controversias planteadas por las Partes.

2. Posición de la parte Convocante

Frente a este planteamiento, la Convocante reiteró la plena competencia del Tribunal para conocer los asuntos sometidos a su consideración y revisión.

¹⁹ Expediente Virtual. 01 PRINCIPAL. PRINCIPAL_02.09 Contestacion_20240228.pdf

3. Consideraciones del Tribunal

3.1. Consideraciones Preliminares

Anota el Tribunal, de entrada, que de manera general unas son las consecuencias y efectos de la omisión de un requisito de procedibilidad, usualmente asociados al no cumplimiento de requisitos de admisibilidad, y otros, por completo separables, aquellos que supondrían la falta de competencia del tribunal arbitral, por ejemplo, debido a insuficiencia o restricciones derivadas del pacto arbitral. Las primeras, subsanables con el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad, no afectarían la competencia del Tribunal (normalmente, solo suspendiendo la continuidad del trámite arbitral), más las segundas si impidiendo la integración o asunción de competencia del tribunal ante una falta comprobada de competencia para conocer el o los asuntos sujetos a su decisión.

Sobre la materia y sin entrar en amplias disquisiciones ajenas al propósito central de las controversias objeto de debate en este arbitraje, las denominadas cláusulas escalonadas o multifuncionales, suponen que las partes establecen pasos o trámites previos a la activación del arbitraje, buscando, como propósito esencial, lograr solucionar sus controversias de manera amistosa y, normalmente, directa, antes de iniciar un trámite arbitral como tal. En este sentido, la doctrina nacional las ha definido de la siguiente manera:

“Tenemos, por consiguiente, que el pacto arbitral escalonado es aquel donde las partes incluyen en su acuerdo de arbitraje la necesidad de agotar mecanismos previos, usualmente relacionados con negociaciones directas o conciliación, de forma preliminar a la iniciación de un trámite arbitral.”²⁰

En tal sentido, entonces, las cláusulas escalonadas suponen la necesidad de agotar etapas o escalones previos (de ahí su denominación tradicional), fases iniciales, antes

²⁰ Sebastián Salazar Castillo, “El Pacto Arbitral Escalonado, Un Análisis de la Sentencia C-602 de 2.019”, pgs. 125 y 126 en Anuario de Arbitraje 2024, Comité Colombiano de Arbitraje, Volumen I. Juan Pablo Cárdenas y Yira López editores. En el mismo sentido, Santiago Talero Rueda “Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable”, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2022, p. 177.

de comenzar el trámite arbitral propiamente dicho, de manera tal que, sin su previo ejercicio, no resulta viable admitir o continuar con el curso normal y ordinario de un arbitraje.

3.2. Las cláusulas escalonadas en arbitraje internacional

Dichas cláusulas son de uso corriente en la práctica del arbitraje comercial internacional, como en materia de arbitraje de inversión (en el cual los denominados períodos de enfriamiento o “cooling off periods”, normalmente de 6 meses, son casi norma standard en los diferentes instrumentos de consentimiento -capítulos de inversión en tratados de libre comercio o en tratados de protección recíproca de inversiones-, como períodos de conversaciones previas entre el estado receptor de la inversión y el inversionista, necesarios para poder presentar la solicitud de arbitraje que active el proceso arbitral de inversiones).

Como regla general, la doctrina y jurisprudencia internacionales han aceptado la viabilidad y validez de este tipo de cláusulas (aun cuando existe algún debate sobre si las mismas suponen agotar un requisito innecesario que tan solo genera demoras en el inicio de un trámite arbitral), con base en el principio de la autonomía de la voluntad privada que deviene en la obligatoriedad de los acuerdos contractuales debidamente suscritos.

De igual manera, existe casi completo consenso sobre el alcance de los efectos derivados de omitir su trámite previo, oscilando entre suponer la falta de un requisito de admisibilidad, a permitir la iniciación de este, pero suspendiendo su continuidad hasta que dichas fases o pasos previos sean completados.

Si bien, entonces, las cláusulas escalonadas son usuales y tienen plenos efectos en materia de arbitraje internacional, no sucede lo mismo frente al arbitraje nacional, como es el caso del proceso que ocupa al Tribunal.

3.3. Las cláusulas escalonadas en arbitraje nacional

En efecto, la visión en esta materia en la práctica judicial y arbitral colombianas ha tenido un decurso diferente, predominantemente orientada a establecer su no obligatoriedad, o, inclusive su ineficacia. Antes de la expedición de la ley 1563 de 2.012, actual estatuto arbitral, la doctrina y jurisprudencia, con contadas excepciones, habían resaltado la inaplicabilidad o ineficacia de este tipo de estipulaciones, sobre la

base argumental que su desarrollo supondría un obstáculo inaceptable al acceso a la administración de justicia.²¹

No obstante lo anterior y la inveterada práctica en materia arbitral de no entender este tipo de cláusulas como vinculantes, esta temática tiene un desarrollo muy concreto que ha confirmado su no obligatoriedad. Mientras la ley 1563 de 2.012 no incluyó regulación alguna al respecto, la ley 1564 de ese mismo año, paralela a la 1563, el CGP, si lo hizo y de manera muy contundente en los siguientes términos:

“Código General del Proceso

Artículo 13. Observancia de normas procesales

Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.

*Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. **El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda.***

Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas. (Subrayas fuera de texto).

Con base en esta disposición legal, que se ha considerado aplicable a los procesos arbitrales, dados los alcances del principio de jurisdiccionalidad en materia arbitral en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional²², hay completo consenso en

²¹ Como fue el caso de la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de 10 de junio de 2009, magistrado ponente Mauricio Fajardo Gómez.

²² La interacción del principio de la convencionalidad o habilitación como elemento básico de la autonomía de la voluntad, que permite la existencia del pacto arbitral, y genera efectos propios en el arbitraje, como por ejemplo la libertad limitada en Colombia de escoger el procedimiento arbitral mientras exista parte pública o que ejerza función administrativa, o de escoger árbitros entre otras muchas (Plasmado, entre muchas otras, en sentencias como la C014 de 2.000, C-242 de 1.997 o C-170 de 2.016), se compagina con el principio de jurisdiccionalidad que supone, entre otras muchas consecuencias que, en Colombia, los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales pro- tēpore y que sus decisiones, laudo incluido, tienen el carácter de fallos judiciales (Entre otras, sentencias como la C-226 de 1.993, SU-174 de 2.007 o C-305 de 2.013).

la práctica arbitral, así como en la jurisprudencia y doctrina nacionales, sobre la no obligatoriedad de las cláusulas escalonadas en procesos arbitrales.²³

Y, más aún, esta posición se ha visto reiterada y cualquier discusión al respecto, concluida, con la sentencia C-602 de 2.019 de la Corte Constitucional, con ponencia del Dr. Alberto Rojas Ríos, que declaró la exequibilidad del art.13 del CGP.

En este sentido, la sentencia C-602 claramente reitera que la ley, no los particulares, puede establecer requisitos de procedibilidad, con lo cual, si las partes no pueden crear, convencionalmente, requisitos para acceder a la justicia estatal, tampoco lo pueden realizar en materia arbitral, dada la asimilación particular del arbitraje a un proceso judicial en las condiciones anteriormente enunciadas.²⁴

Por ende, resulta claro para el Tribunal que, en materia de cláusulas escalonadas en arbitraje nacional, hay un total consenso y un desarrollo constitucional muy elaborado que permite concluir que ellas no son obligatorias y no producen efectos vinculantes si fuesen pactadas en una cláusula compromisoria o compromiso, dados los evidentes efectos del citado art. 13 del CGP. Si bien, algunos autores han sugerido la conveniencia de adoptar estándares internacionales que las permiten y les otorgan plenos efectos, ellos mismos puntualizan que en las condiciones actuales, no hay duda sobre su carácter no vinculante y, por ende, sobre su no aplicabilidad tanto en materia judicial como arbitral.²⁵

3.4. Los antecedentes en el caso concreto

Sobre el particular, el Tribunal había abordado la materia inicialmente, al asumir competencia, en audiencia celebrada el 22 de abril pasado, en la que se profirió el auto No 9, que textualmente señaló lo siguiente:

²³ Solo a título de ejemplo, puede citarse a Néstor Humberto Martínez, quien las considera ineficaces dados los alcances del citado art 13 del CGP. Ver, Martínez Neira, Néstor. "El pacto arbitral", en Aljure, Antonio; Bejarano, Ramiro; Bernal Rafael, et al., Estatuto arbitral colombiano, Legis, Bogotá, 2012, p. 53

²⁴ Por ello la Sentencia citada señala que "*si las partes no pueden establecer requisitos de procedibilidad para iniciar acciones ante los jueces civiles, administrativos, entre otros, tampoco podrían hacerlo para sus trámites ante los árbitros*", ver párrafos 141 y 142 de la misma.

²⁵ En tal sentido, concluye Salazar Castillo en obra citada, a página 135: "*Es claro y pacífico, en términos generales, que las cláusulas escalonadas (en arbitrajes domésticos en Colombia), no impiden el acceso a la administración de justicia, puesto que, por la redacción de la norma y la decisión C-601 de 2019, nuestro sistema concluyó, de forma definitiva, que las mismas no serán de obligatoria observancia. El propósito de las líneas que anteceden se orientó a identificar los motivos para este enfoque y a exponer, someramente, las razones por las que opciones alternas, más amigables con el concepto fundante de la autonomía de la voluntad en el arbitraje, podrían haber sido (o ser en el futuro) sustentos para una aproximación diferente a la materia en Colombia.*"

“Respecto de la competencia, la parte convocada manifestó en su escrito de contestación que el demandante no agotó el procedimiento de solución directa pactado en la cláusula arbitral y que dicho requisito es necesario para que el Tribunal tenga competencia y pueda conocer la controversia puesta a su consideración.

Al respecto, y sin perjuicio de lo que sobre el particular disponga el Tribunal en la oportunidad procesal pertinente, es importante señalar que el Código General del Proceso establece en el inciso segundo de su artículo 13 que “Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda”. En consecuencia, la falta de agotamiento del procedimiento de solución directa pactado por las partes en la cláusula compromisoria, no constituye óbice para que el Tribunal se declare competente, postura ampliamente aceptada por la jurisprudencia y doctrinas nacionales, ya que supondría un obstáculo no aceptable para el acceso a la administración de justicia, en este caso a través de un trámite arbitral”²⁶.

Contra dicho auto No 9, las partes, incluida la Convocada, no interpusieron recurso alguno, con lo cual quedó en firme sin manifestaciones o recursos en contra.

Como puede observarse, desde la fase de asunción de competencia, en la primera audiencia de trámite, el Tribunal tuvo oportunidad de manifestar la carencia de bases de la manifestación (con alcances de excepción), alegada por la Convocada, según la cual el no agotamiento de una fase previa de arreglo directo suponía falta de competencia del Tribunal para conocer de las controversias planteadas por las Partes, dados los alcances y desarrollos del art. 13 del CGP.

De igual manera, en los términos del citado auto No 9 de 22 de abril de 2024, el Tribunal analiza en esta oportunidad, los alcances de esta excepción, para concluir, inequívocamente, que ella no ha de prosperar, como no puede serlo en materia de un arbitraje nacional, dado el expreso mandato del art. 13 del CGP que dispone que este tipo de cláusulas no son de observancia obligatoria, ni impiden al operador judicial - este Tribunal en el caso que nos ocupa-, proceder a admitir o tramitar la demanda respectiva, y, más aún, cualquier estipulación que implique o suponga una restricción

²⁶ Expediente Virtual. 01 PRINCIPAL. PRINCIPAL 02. 18 Acta 6 20240422.pdf

al acceso a la administración de justicia, se entenderá como no escrita, es decir, ineficaz.

Bajo este contexto, la estipulación de la cláusula compromisoria base de este arbitraje, que prescribe el agotamiento de una fase de arreglo amistoso previo de 3 meses entre las Partes, no es de obligatorio cumplimiento, ni impide o previene a este Tribunal para conocer de las controversias puestas a su consideración, mucho menos le imposibilita declararse competente para decidir las. Al respecto, se reitera que existe una dicotomía en la argumentación de la Convocada, ya que unos serían los efectos de este tipo de cláusulas, de ser obligatorias -que en Colombia no lo son en materia de arbitraje nacional-, frente a la admisibilidad de la demanda o solicitud de arbitraje respectiva, y otros, ciertamente poco aceptados por no señalar que casi nunca aceptados, como causal de falta de competencia de un tribunal arbitral para su adecuado conocimiento.

Por ende, como se declarará en la parte resolutive de este Laudo, no ha de prosperar la manifestación, que el Tribunal, en su facultad de interpretar los escritos de demanda y contestación bajo su conocimiento, entiende como una excepción de falta de competencia.

E. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO FORMULADAS POR LA CONVOCADA

A continuación, el Tribunal analizará las pretensiones de la demanda subsanada (“la Demanda”), interpuesta por la Convocante, así como la contestación interpuesta por la Convocada, con las excepciones por ella alegadas, y los demás argumentos que las Partes han esbozado a lo largo de este proceso arbitral.

i. SOBRE LA PRETENSION PRIMERA DE LA DEMANDA

1. Posición de la parte Convocante

Como primera pretensión de la Demanda, la Convocante planteó la siguiente:

“PRIMERA: Que, en sede de arbitramento, la CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, juez natural de arbitramento de conformidad con la cláusula compromisoria del contrato de

*arrendamiento del local comercial de fecha 29/10/2021, revise las cláusulas: QUINTA y DECIMO CUARTA del contrato de arrendamiento, de conformidad con lo establecido en el Artículo 868 Del Código De Comercio, como quiera que las cláusulas desconocen la oferta realizada por el JEFE DE ZONA DE EXPANSION de la sociedad KOBIA COLOMBIA SAS hoy D1 SAS, el señor GABRIEL JESUS LUGO SOCARRAS, generando un desequilibrio contractual excesivamente oneroso para el demandante.*²⁷

En líneas generales, la Convocante le solicita a este Tribunal la revisión de las cláusulas Quinta y Décimo Cuarta del contrato de arrendamiento suscrito entre las Partes, de fecha 29 de octubre de 2.021, en adelante el “Contrato”²⁸, ya que las mismas, según lo plantea, al amparo del art. 868 del Código de Comercio, desconocen la oferta realizada por el Sr. Gabriel Lugo, jefe de Zona de Expansión de la Convocada, generando un desequilibrio contractual excesivamente oneroso.

De entrada, el Tribunal advierte la redacción algo confusa de la pretensión, por lo cual, en ejercicio de sus facultades legales de interpretación de esta pretensión, entiende que su alcance supone revisar dichas cláusulas para determinar si su redacción contradice o desconoce los términos de la oferta que, la Convocante aduce, realizó el funcionario de la Convocada, Sr. Lugo, y, que, con ello, se generó un desequilibrio oneroso excesivo en los términos de la figura de la teoría de la imprevisión, contemplada en el artículo 868 del Código de Comercio.

En síntesis, la Convocante sustenta esta pretensión con la idea que previo a la suscripción del Contrato, la Convocada planteó una oferta de contrato de arrendamiento con unos elementos y condiciones que la motivaron a contratar, entre ellos la existencia de un término de duración del contrato de 5 años, prorrogable, base de su motivación para suscribirlo.

Dicha oferta habría sido realizada por el Sr. Gabriel Lugo, funcionario de la Convocada, en su mensaje de 23 septiembre de 2.021²⁹, además de ser complementada por manifestaciones verbales, que alega fueron hechas por el Sr. Lugo en reuniones de negociación previas a la firma del Contrato.

²⁷ Expediente Virtual. 01_PRINCIPAL. PRINCIPAL_02. 01_Subsanacion_20240129.pdf

²⁸ Expediente Virtual. 02_PRUEBAS. 002_Pruebas_Subsanacion_20240129. DEMANDA DE ARBITRAJE SUBSANADA TRAMITE 146764-27-201.pdf. Pg. 126 y ss.

²⁹ Expediente Virtual. 02_PRUEBAS. 002_Pruebas_Subsanacion_20240129. DEMANDA DE ARBITRAJE SUBSANADA TRAMITE 146764-27-201.pdf. Pg. 157.

En consecuencia, estima, que las citadas cláusulas contractuales contradicen los términos de tal oferta, y al ser ejecutadas por la Convocada, dando por terminado el Contrato de manera anticipada, le causaron un desequilibrio económico cobijado por los alcances de la teoría de imprevisión. En tal sentido, manifiesta en el capítulo de Hechos de la Demanda lo siguiente³⁰:

“QUINTO: Si bien las partes pactaron la terminación unilateral del contrato por parte del ARRENDATARIO, mediante las cláusulas del contrato de arrendamiento del local comercial, no menos es cierto que lo expresado en dicha cláusula, no corresponde a la realidad contractual de la oferta en la etapa precontractual, toda vez que, en la oferta realizada por los ARRENDATARIOS, KOBIA COLOMBIA SAS hoy D1 SAS, realizada por el JEFE DE ZONA DE EXPANSION de la sociedad KOBIA COLOMBIA SAS, el señor GABRIEL JESUS LUGO SOCARRAS, identificado con la cedula de ciudadanía N° 84.087.458, presentada de conformidad con lo establecido en el artículo 850 del código de comercio, se propuso por parte de la sociedad KOBIA COLOMBIA SAS hoy D1 SAS, un contrato de arrendamiento por un término de 05 años, prorrogables por 05 años más, termino propuesto por la sociedad demandada habida cuenta que el ARRENDADOR, debía realizar una inversión cuantiosa en la construcción del local comercial bajo los parámetros técnicos establecidos por la sociedad KOBIA COLOMBIA SAS hoy D1 SAS, adecuaciones locativas y técnicas requeridas por la sociedad demandada para su operación comercial.

SEXTO: En efecto en fecha 23/09/2021 la sociedad KOBIA COLOMBIA SAS hoy D1 SAS, a través del JEFE DE ZONA DE EXPANSION de la sociedad KOBIA COLOMBIA SAS, el señor GABRIEL JESUS LUGO SOCARRAS, identificado con la cedula de ciudadanía N° 84.087.458, mediante comunicación remitida por correo electrónico desde la cuenta gabriel.lugo@koba-group.com , notifico al ARRENDADOR, la aprobación del punto ~~presentado ubicado en la CALLE 41 # 19 - 75 LOCAL 1 DEL BARRIO SAN MARTIN de VALLEDUPAR-CESAR,~~ para el funcionamiento de una de las tiendas D1 SAS, fijando un plazo para la entrega de la construcción de 3 meses.

SEPTIMO: La oferta o propuesta, realizada por el JEFE DE ZONA DE EXPANSION de la sociedad KOBIA COLOMBIA SAS, el señor GABRIEL JESUS LUGO SOCARRAS, identificado con la cedula de ciudadanía N° 84.087.458, realizada al señor MARIO SERRANO ACEVEDO, identificado con la cedula de ciudadanía N° 5.795.738, representante legal de la sociedad PROHOGAR S.A.S., para la realización del proyecto de negocio jurídico, para la construcción de un local comercial bajo los parámetros técnicos y locativos entregados por la sociedad demandada, contenían los elementos esenciales del negocio y fueron debidamente comunicados y aceptados por las partes de

³⁰ Expediente Virtual. 01 PRINCIPAL. PRINCIPAL 02. 01 Subsanacion 20240129.pdf

conformidad con lo establecido en los artículos 845 y 850 del código de comercio, manifestando en dicha propuesta que el contrato de arrendamiento se garantizaba por 10 años, definidos en el contrato de arrendamiento con termino de vigencia inicial de 05 años prorrogables por 05 años.

...

DECIMO CUARTO: Las partes acordaron en el contrato de arrendamiento de local comercial, la CLAUSULA TRIGESIMA PRIMERA-CLAUSULA PENAL, la cual establece que:

(...)...

TRIGÉSIMA PRIMERA.- CLÁUSULA PENAL: En el evento que se presente una causal para la terminación anticipada del Contrato originada en cualquier hecho imputable al ARRENDADOR, el ARRENDADOR pagará al ARRENDATARIO una suma equivalente a seis (6) Cánones Fijos por cada año que falte para la terminación del Contrato, suma que se causará a favor del ARRENDATARIO, sin necesidad de declaración judicial, a título de pena y sin perjuicio del derecho a reclamar la indemnización plena de perjuicios y las inversiones que el ARRENDATARIO haya realizado para la adecuación del Local y puesta en marcha del establecimiento de comercio, y de los demás derechos y acciones establecidos en el Contrato o la ley. Para todos los efectos legales, el presente Documento prestará mérito ejecutivo en los términos de ley.

El demandante cumplió a cabalidad las especificaciones locativas solicitadas por la sociedad demandada, honrando la promesa de contrato acordados y realizando una inversión cuantiosa, acorde con las especificaciones solicitadas por la sociedad demandada, bajo los parámetros técnicos exigidos por la demandada KOBÁ COLOMBIA SAS hoy D1 SAS.

La sociedad demandada KOBÁ COLOMBIA SAS hoy D1 SAS, impuso al ARRENDADOR, cláusulas contractuales lesivas a los intereses jurídicos y patrimoniales de la sociedad demandante, generando un desequilibrio contractual en su propio provecho y en detrimento patrimonial de la sociedad demandante, imponiendo una carga obligacional desproporcionada en su favor y afectando gravemente el equilibrio contractual de las obligaciones pactadas; generando una afectación excesivamente onerosa para la sociedad demandante, por ello de conformidad con lo establecido en el ARTÍCULO 868 DEL CÓDIGO DE COMERCIO debemos acudir a la solicitud de revisión de las cláusulas QUINTA y DECIMO CUARTA del contrato de arrendamiento y obtener un reajuste de las mismas en equidad”.

Asimismo, al alegar resumió su posición de la siguiente manera:

“... Es más, la oferta, si observamos en las pruebas aportadas, la oferta y la información contenida y manifestada a Prohogar se cumplió, uso de suelo, es decir todos los elementos que se solicitaron y la pregunta es, si Prohogar S.A.S. no hubiera tenido esa información del contrato, sería el resultado de lo que hoy está plasmado en el documento, yo pensaría que no, al contrario, está más que demostrado de que la información contenida en los correos electrónicos iniciales en la etapa previa de la formación del contrato, de los tratos preliminares del contrato se cumplió y fue el resultado de lo informado por la persona delegada por D1, sin que por eso se tenga que discutir el hecho de que carecía de facultades.

Es que aquí no se demostró que la información haya sido remitida por el gerente de o el representante legal general de D1, no, eso quedó demostrado; de las declaraciones rendidas se pudo establecer por parte del señor representante legal que representa los intereses de D1, que nunca tuvo una comunicación con el señor Mario Serrano Acevedo, representante legal de en el arrendamiento como arrendador con D1 S.A.S., esos tratos preliminares a los que me estoy refiriendo en la formación del contrato los hizo una persona, con quien el señor Serrano estuvo en permanente contacto, al punto que sus tratos o tratos preliminares sí tienen un alcance, sí tuvieron un alcance de acuerdo definitivo.”³¹

Los diferentes argumentos esgrimidos por la Convocante serán analizados por el Tribunal en este Laudo.

2. Posición de la Parte Convocada

Por su parte, la Convocada se opuso a la viabilidad de esta pretensión presentando, como argumentos básicos, los siguientes:

- 2.1. Que el Sr. Lugo no es representante legal de D1, con lo cual mal pudo efectuar o plantear una propuesta u oferta de contrato.
- 2.2. Que la Convocante no ha comprobado la existencia de una oferta o propuesta de contrato de arrendamiento, ni de su aceptación por parte de la Convocada.
- 2.3. Que los documentos aportados a la Demanda no reúnen los requisitos legales para configurar una oferta contractual y simplemente reflejan unas negociaciones previas, usuales en este tipo de contratos.
- 2.4. Que, en todo caso, las partes en la cláusula vigesimosegunda del Contrato pactaron que el mismo es la ley contractual y que reemplaza cualquier

³¹ Expediente Virtual. 03 AUDIOS VIDEOS. 20240704 Alegatos. 146764 Alegatos 20240704.mp4
Centro de Arbitraje y Conciliación – Cámara de Comercio de Bogotá – Laudo Arbitral – Página 26 de 107

acuerdo o entendimiento anterior, con lo cual aún en el evento de una oferta de contrato anterior, ella fue reemplazada por el Contrato, libremente suscrito por las Partes.

- 2.5. Que las cláusulas que alega esta pretensión fueron acordadas por las Partes en ejercicio de su autonomía contractual, entre partes iguales, sin presión o abuso de posición dominante.
- 2.6. Que, en cualquier evento, no se configuran los elementos propios de la teoría de la imprevisión, al amparo del art. 868 del Código de Comercio, ya que no se trata de ningún evento imprevisible que dificulte la ejecución del Contrato al hacerlo excesivamente oneroso, sino del ejercicio de una facultad contractual, conocida y libremente acordada por la Convocante.

En tal sentido, al contestar la Demanda³², la Convocada manifestó lo siguiente:

“3.1. A la pretensión primera:

NOS OPONEMOS. La primera pretensión se refiere a una solicitud para que se revise las cláusulas quinta y décimo cuarta del contrato de arrendamiento del local comercial, que fue firmado el 29 de octubre de 2021.

El demandante argumenta que estas cláusulas ignoran la oferta inicial hecha por Gabriel Jesús Lugo Socarras, quien es el Jefe de Zona de Expansión de D1. Según el demandante, esto ha generado un desequilibrio contractual que resulta excesivamente oneroso para él.

La revisión de las cláusulas se solicita de acuerdo con lo establecido en el artículo 868 del Código de Comercio de Colombia. Este artículo permite la revisión de cláusulas contractuales que generen una carga excesiva para una de las partes.

En segundo lugar, tampoco se cumplen los presupuestos contenidos en el artículo 868 del Código de Comercio para que el juez pueda revisar las condiciones del contrato por circunstancias extraordinarias.

El artículo 868 del Código de Comercio de Colombia establece que si después de la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, ocurren circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles que alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, esta puede solicitar la revisión del contrato.

³² Expediente Virtual. 01 PRINCIPAL. PRINCIPAL 02. 09 Contestacion 20240228.pdf.

....

En el presente caso, el demandante alega que D1 incumplió la oferta precontractual que establecía un plazo de arrendamiento de cinco años prorrogables por cinco años más, y que le impuso cláusulas contractuales lesivas que generaron un desequilibrio contractual y una afectación excesivamente onerosa para el demandante, quien realizó una inversión cuantiosa en la construcción del local bajo los parámetros técnicos de D1.

No obstante, el demandante no demuestra los elementos esenciales de la teoría de la imprevisión, especialmente que el contrato esté en ejecución, que existan circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, y que la prestación resulte excesivamente onerosa³³. Tampoco tiene en consideración el principio de buena fe contractual y pretende hacer valer y priorizar una supuesta oferta precontractual, la cual tampoco demuestra, frente al contrato suscrito entre las partes”

De igual manera, al alegar de conclusión³⁴, la Convocada resumió su posición de la siguiente manera:

“Entonces es importante aclarar que el demandante no demostró a lo largo de este proceso ni siquiera sumariamente la existencia de una supuesta oferta, ni en los correos electrónicos, ni en los chats aportados, ni a través de los testimonios se logra demostrar que hubo una oferta comercial porque no la hubo. En los hechos que están presentados en la demanda contenidos en los numerales 5, 7, 9 y 10, el demandante menciona la supuesta oferta presentada por el señor Gabriel Lugo, pero no presenta ninguna prueba al respecto, eso sin tener en cuenta que adicionalmente el señor Lugo no tenía capacidad ni para representar a D1, ni para comprometer la voluntad de D1, así entonces el punto de partida es el contrato suscrito libre y voluntariamente por las partes que estipula todas las condiciones acordadas por las mismas, todas las cláusulas contenidas en el contrato son las únicas, junto con los anexos, que rigen la relación contractual y comercial entre Prohogar S.A.S. y D1 S.A.S. Así que desconocer esta situación, además de constituir una violación al principio de buena fe contractual y comercial, vulnera el principio jurídico de no ir contra los propios actos”.

³³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 10113-2014 del 31 de julio de 2014. Radicación número: 68001 31 03 005 2003 00366 01. Magistrada ponente: Margarita Cabello Blanco.

³⁴ Expediente Virtual. 03 AUDIOS VIDEOS. 20240704 Alegatos. 146764 Alegatos 20240704.mp4.

Asimismo, y como base de su oposición, la Convocada interpuso en contra de todas las pretensiones las siguientes excepciones que denominó como: “Inaplicabilidad de la oferta”, “Inaplicabilidad de los artículos 845 y 850 del Código de Comercio”, “Inexistencia de incumplimiento contractual”, “Aceptación expresa de la cláusula de terminación unilateral” “Inexistencia de elementos de hecho o de derecho para alegar la teoría de la imprevisión”, “Inaplicabilidad del artículo 868 del Código de Comercio”, “Falta de legitimación por pasiva”, e “Inexistencia de posición dominante de D1”, cuyos alcances y fundamentos, en lo pertinente, se analizarán a lo largo de este Laudo.

3. Consideraciones del Tribunal

Con base en las anteriores precisiones, el Tribunal considera que, dada la forma en que fue planteada esta pretensión, es necesario analizar en primer lugar, si existió una oferta de contrato de arrendamiento por parte del jefe de expansión de la Convocada, Sr. Lugo (aceptada por la Convocante, expresa o tácitamente), para, en segundo lugar, revisar las cláusulas 5ª y 14 del Contrato y determinar si con ellas se desconoció dicha oferta, de tal manera que, en tercer lugar, se configure un evento imprevisible que impida la ejecución del Contrato por excesiva onerosidad en los términos del art. 868 del Código de Comercio. En todo caso, este análisis se interrelaciona con el contenido de la pretensión segunda de la Demanda, centrada, a su vez, en que se analice la validez de la oferta que la Convocada alega existió entre las Partes y que, en su decir, determinó la realidad negocial detrás del Contrato.

En tal sentido, el Tribunal considera que esta pretensión no ha de prosperar, por las siguientes razones:

3.1. La existencia o inexistencia de una oferta de contrato.

Lo primero a determinar, con la revisión de las cláusulas 5ª y 14 del Contrato, es si las mismas desconocieron una oferta de contrato que manifiesta la Convocante efectuó el Sr. Lugo, por lo cual es determinante establecer su existencia y validez (materia ésta última que se analizará en detalle cuando se realice el estudio de la pretensión segunda de la Demanda), y, de serlo, cuáles fueron sus términos y condiciones, de manera tal que las citadas cláusulas del Contrato hayan supuesto una contradicción o violación de los alcances de dicha oferta.

3.1.1. La posición de la Parte Convocante

La Convocante ha señalado que el Sr. Gabriel Lugo, jefe de expansión de la Convocada, le formuló una oferta de contrato de arrendamiento con una duración de 10 años (5 años iniciales, más una posibilidad de prórroga por un término similar), y, con esa premisa, asumió un préstamo bancario para construir el inmueble a ser arrendado a la Convocada en las condiciones que ésta señaló, por lo cual su expectativa era poder compensar los costos respectivos durante su vigencia.

Como argumentos básicos para soportar esta afirmación, la Convocante arguyó los siguientes:

El Sr Gabriel Lugo formuló una oferta de arrendamiento, que se concretó, en su decir, con el mensaje de 23 de septiembre de 2.021. En el mismo, y como lo resalta en el hecho décimo de la Demanda³⁵, *“La oferta presentada por el JEFE DE ZONA DE EXPANSION de la sociedad KOBIA COLOMBIA SAS hoy D1 SAS, el señor GABRIEL JESUS LUGO SOCARRAS, era una oferta para arrendamiento de un local comercial que cumpliera unas especificaciones técnicas dadas por la demandada, en la cual el demandante debía construir dicho local en un lote de terreno de su propiedad, con recursos económicos propios, cumpliendo unos plazos perentorios para la entrega del mismo, de incumplir debía pagar a la demandada perjuicios por cada día de retardo; el lote de terreno fue analizado por los representantes de la sociedad demandada quienes emitieron concepto favorable para la ejecución del proyecto”*.

Esta misma posición la sostiene en otros hechos de la Demanda, ya citado, como los numerados como 5º, 6º, y 7º, que, en síntesis, le llevan a afirmar que el Sr. Lugo, como funcionario de la Convocada, le planteó una oferta de contrato de arrendamiento con una duración de 5 años, que, estima, reúne los requisitos legales establecidos en los artículos 845 y 850 de Código de Comercio.

Más aún, la Convocante estima que la oferta fue un proceso dinámico que se realizó en el tiempo mientras se desarrollaron las conversaciones con el Sr. Lugo, por lo cual su representante legal, Sr. Mario Serrano manifestó lo siguiente al Tribunal en su declaración³⁶:

³⁵ Expediente Virtual. 01_PRINCIPAL. PRINCIPAL_02. 01_Subsanacion_20240129.pdf.

³⁶ Expediente Virtual. 03_AUDIOS_VIDEOS. 20240429_Pruebas. P1 146764 Pruebas 20240429.mp4.

“DR. ABELA: [00:52:06] Muy bien. Usted menciona que hubo una oferta de D1, esa oferta es el documento de fecha septiembre de 2021, que se lo podemos exhibir, por favor, Adriana.

DRA. ZAPATA: [00:52:22] Claro que sí, doctor Abela, un segundo lo busco en el expediente.

SR. SERRANO: [00:52:39] ¿Puedo decir algo al respecto, doctor Abela?

DR. ABELA: [00:52:40] Por supuesto, claro que sí.

SR. SERRANO: [00:52:42] Doctor Abela, mire, la oferta no precisamente debe estar escrita, la oferta se va construyendo en las reuniones, que él me mande un correo donde me dice que el canon es tanto, pues eso sería como la prueba como documental, pero la oferta se va construyendo a través de reuniones, a través de conversaciones.

DR. ABELA: [00:53:12] Más allá de ese hecho de que haya unas conversaciones de tipo verbal, en el cual este documento fue el que usted recibió por escrito.

SR. SERRANO: [00:53:21] Sí, señor.

DR. ABELA: [00:53:23] ¿Es correcto? ¿En adición a este correo de 23 de septiembre de 2021, usted recibió algún otro correo, carta, comunicación de parte de D1 o del señor Lugo actuando como funcionario de D1?

SR. SERRANO: [00:53:37] Sí, tenemos distintas conversaciones, tenemos chat, tenemos, digamos, para construir una oferta se intercambian conversaciones, documentos, correos, mande esto, mande lo otro, haga lo otro, citas, o sea, infinidad de eventos que se dan para un negocio como este.

DR. ABELA: [00:54:07] Usted podría, doctor Serrano, porque es que en este momento la documentación que su mismo apoderado envió, pues básicamente es esta y otras comunicaciones más, pero no, el Tribunal no conoce la existencia de otras comunicaciones o correos electrónicos, o mensajes de WhatsApp que usted hubiese intercambiado con el señor Lugo sobre ese particular, ¿usted estaría en capacidad de enviar esos correos o esos mensajes de WhatsApp debidamente organizados al Tribunal en un periodo X de tiempo?

SR. SERRANO: [00:54:44] Podríamos revisar y organizar lo que podamos encontrar, seguramente se pueden encontrar algunas cosas.”

Como observa el Tribunal, para la Convocante la oferta se estructuró no solo con la comunicación de septiembre de 2.021, sino, también con las conversaciones que sostuvo con el Sr. Lugo, de manera tal que, en conjunto, entendió que todas ellas resultaron en una “oferta” de contrato que incorporaba al menos, en lo esencial, el inmueble a arrendar, una vez construido con las especificaciones requeridas por la Convocada, el canon y la duración del Contrato.

3.1.2. La posición de la Parte Convocada

Por su parte, la Convocada estima que no existió ni se probó oferta alguna de contrato, como tampoco de su aceptación, fuese ella expresa o tácita, ya que las conversaciones que adelantaba el Sr. Lugo eran tan solo eso, negociaciones, ya que el Sr. Lugo carecía de representación legal de D1 SAS, y era claro para ellos y, en su opinión, para la Convocante, que el proceso contractual se concretaba en un contrato que era preparado por la dirección central y el departamento jurídico de la Convocante, y que era ese tenor contractual el que concretó el alcance de los acuerdos entre las Partes, con un alcance final, que descartaba cualesquiera negociaciones o acuerdos anteriores, si los hubiere, en los términos de la cláusula vigésima segunda del Contrato³⁷.

3.1.3. Consideraciones del Tribunal

Por ello, y, en primer lugar, el Tribunal analiza los documentos que fueron allegados al expediente, y, en particular, la comunicación de 23 de septiembre de 2.021, en la que la Convocante estima se plantearon los elementos esenciales de la Oferta realizada por la Convocada.

La citada comunicación³⁸, fue enviada, en su tenor, el 23 de septiembre de 2021, a las 8:10 a.m., por el Sr. Lugo a la Convocante en cabeza del Dr. Mario Serrano (sobre la existencia, tenor y envío de este correo electrónico no existe discusión o debate entre las Partes, como sí lo hay sobre su alcance), en la que se manifiesta que:

“... le confirmo la aprobación del punto presentado por usted ubicado en la carrera 20 # 41 ESQ del municipio de Valledupar- Cesar con un canon de \$10.500.000

³⁷ Expediente Virtual. 01_PRINCIPAL. PRINCIPAL_02. 09_Contestacion_20240228.pdf.

³⁸ Expediente Virtual. 02_PRUEBAS. 002_Pruebas_Subsanacion_20240129. DEMANDA DE ARBITRAJE SUBSANADA TRAMITE 146764-27-201.pdf. Pg. 157.

para la construcción de un local donde podrá funcionar una de nuestras tiendas D1 y con 3 meses para su entrega.

Por lo anterior puede proceder a realizar las gestiones necesarias para llevar a cabo dicho proyecto, para lo cual le solicito los siguientes documentos:

Posteriormente, se allegaron al expediente otras comunicaciones entre las Partes, de las cuales el Tribunal destaca las siguientes:

Correo electrónico de 24 de septiembre de 2021³⁹, en respuesta al mensaje de datos antes citado remitido por el señor Lugo, en la que el Dr. Serrano envía los documentos solicitados por él y resalta que:

*“... **FECHA DE ENTREGA:** La fecha de entrega a convenir de acuerdo a la agilidad con que se adelante los trámites necesarios para ejecución de la obra y trámites del contrato de arrendamiento. ... “ (Subrayas y negrilla fuera de texto).*

Adicionalmente, la Convocante aportó varios correos electrónicos y mensajes de WhatsApp, entre ellos acta de reunión de las Partes de septiembre 10 de 2023, o cruces de mensajes entre las mismas⁴⁰, que se refieren a puntos específicos del Contrato que, entonces, estaba en fase de negociación, o cobijaban un proceso similar en materia de otro contrato de arrendamiento que las Partes suscribieron, relativo a otro inmueble ubicado en el municipio de Puerto Bello en el Departamento del César y que no es materia de debate procesal.

Analizados estos documentos, el Tribunal considera que de ellos no se desprende la existencia de una oferta de contrato de arrendamiento (su validez se analizará posteriormente, advirtiendo desde ya que si no existe tal oferta menos puede aplicarse una análisis riguroso sobre su eficacia jurídica), sino tan solo el desarrollo, por lo demás usual en la práctica comercial, de conversaciones y negociaciones tendientes a celebrar un contrato futuro (sin que al expediente obre la prueba sobre la celebración de contratos preparatorios como una promesa de contrato, que, por lo demás, no fue alegada por las Partes), más no de una oferta en firme, concreta y suficiente que, en

³⁹ Expediente Virtual. 02_PRUEBAS. 03_Pruebas_Contestacion_20240228. Prueba 1 - Correo 23.9.21.pdf.

⁴⁰ Expediente Virtual. 02_PRUEBAS. 04 Convocante remite Prueba Documental De Oficio 20240506.

este caso puntual, hubiese planteado la Convocada a la Convocante, y que ella hubiese, además, aceptado.

La comunicación de 21 de septiembre de 2.021 solo señala que la Convocada aprobó el punto ofrecido por la Convocante para la construcción de un local donde “podrá” funcionar un local de D1. Si bien menciona el valor del canon, no contiene, por ejemplo, mención alguna a los 5 años de duración del Contrato, y, además, enuncia una serie de documentos que la Convocante debe presentar a la Convocada para su estudio.

Por ende, esta comunicación, así como las demás aportadas al expediente, solo demuestran que, para septiembre de 2.021, las Partes se encontraban en la fase de conversaciones y negociaciones tendientes a acordar la suscripción de un contrato de arrendamiento, que incorporaría los términos finales del acuerdo de ellas sobre tal particular. Por ejemplo, y con particular énfasis, el Tribunal destaca que la propia Convocante entendía que tales conversaciones eran negociaciones y no una oferta ya final y definida, cuando en su comunicación, ya reseñada, de 24 de septiembre de 2.021, mencionaba que la fecha de entrega del inmueble se debería convenir de acuerdo a la agilidad con que se adelantarán los trámites necesarios para ejecución de la obra “**y trámites del contrato de arrendamiento.**”

Es, de esa manera, evidente para el Tribunal, que la Convocante sabía que un contrato de arrendamiento debía ser enviado por la Convocada en un futuro para su revisión y eventuales comentarios, y que, en consecuencia, para septiembre de 2.021, no había una oferta definitiva, mucho menos en firme que obligase a la Convocada contractualmente hablando. Podrían haber existido conversaciones, acuerdos si se quiere preliminares (que, en todo caso, no comprobó la Convocada en este proceso), pero todos ellos iniciales, sujetos a desarrollos futuros, y, ciertamente, a su concreción en un contrato futuro, a la postre el Contrato, que solo se suscribiría el 29 de octubre de ese año, seguido de un acta de entrega del inmueble arrendado de 3 de diciembre de 2.021.⁴¹

La formación de un contrato ha sido materia de amplio desarrollo jurisprudencial y doctrinal tanto en derecho comparado como colombiano, amén de la estructuración legal que regímenes, como el nacional, establecen.

⁴¹ Expediente Virtual. 02_PRUEBAS. 04_Convocante_remite_PruebaDocumental_DeOficio_20240506. ACERVO PROBATORIO/00000262-KOBA-ModeloActaEntregaInmueble-91-propietario hospitalito.pdf
Centro de Arbitraje y Conciliación – Cámara de Comercio de Bogotá – Laudo Arbitral – Página 34 de 107

De una parte, en adición a normas generales en materia de contratos consagradas en el Código Civil⁴², desde la expedición del Código de Comercio en 1.971, con vigencia hasta hoy desde el 1º de enero de 1.972, los artículos 845 y siguientes se ocupan de regular no solo los conceptos de oferta y aceptación, sino recogieron tesis jurisprudenciales, ampliamente aceptadas para la época, en materia de deberes y de responsabilidad pre- contractual.

En este sentido, como bien lo anota Pedro Munar⁴³ es corriente que los contratos estén precedidos de negociaciones y conversaciones previas que llevarán finalmente a su suscripción. Por ello anota: *“Sin embargo, es usual que el acuerdo de voluntades sea el fruto de una serie de actos preparatorios que en forma progresiva conducen a los interesados a su conclusión, particularmente cuando es de alguna relevancia”*.

Asimismo, la misma Corte Suprema de Justicia ha concluido que el perfeccionamiento de un contrato requiere, tratándose de contratos meramente consensuales de la presencia de una oferta, debidamente comunicada a su destinatario, y aceptada por este, y en aquellos, solemnes o reales, que demanden una formalidad específica para su perfeccionamiento, del cumplimiento de las mismas⁴⁴, con lo cual es palmario que un contrato puede ser el resultado de múltiples hipótesis, que van desde la presencia de una oferta contractual aceptada, de un contrato preliminar anterior, o la aceptación de uno con condiciones pre establecidas o de adhesión, pero también por la sucesión de conversaciones y negociaciones preliminares que concluyan con un texto contractual que las partes acepten.

Fue esa última, a juicio del Tribunal, la hipótesis aplicable al caso que nos ocupa. No existió, como tal, ni se desprende de las comunicaciones cruzadas entre las Partes en 2.021 (ciertamente no de la de 21 de septiembre ya mencionada), una oferta de contrato de arrendamiento por la simple razón que ella, a diferencia de lo alegado por la Convocante, no contiene los elementos esenciales del negocio como lo exige el art. 845 del Código de Comercio.⁴⁵

⁴² En particular las consignadas en los artículos 1.602 y siguientes, aplicables en materia comercial por expresa remisión del art. 822 del Código de Comercio

⁴³ Pedro Octavio Munar: “Formación del Contrato”, en Derecho de las Obligaciones, Tomo I, obra colectiva, Editorial Temis en asocio con la Universidad de los Andes. Marcela Castro, coordinadora. 2.009, páginas 377 a 405

⁴⁴ Sentencia de 26 de febrero de 2.010 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Rad 2001- 00418, con ponencia del Dr. Arturo Solarte R.

⁴⁵ ARTÍCULO 845. La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario.

Con su sola lectura, se desprende con claridad que ese documento y los demás que obran al expediente, son solo correos o mensajes entre las Partes, que contiene una voluntad de adelantar una negociación de un contrato de arrendamiento, pero no son en sí el contrato final, o suponen la existencia de una oferta final, aceptada por la Convocada.

No solo no contienen los elementos básicos de un contrato de arrendamiento, como el inmueble a arrendar que debió ser construido y no estaba determinado para ese momento, o su término de duración -que si bien pudo hablarse y conversarse, 5 años prorrogables por otros tantos, no se consignan en los mismos-, con lo cual la postura de la Convocante en boca de su representante legal, Dr. Serrano, que la oferta fue un proceso dinámico que se construyó en las diferentes reuniones con el Sr Lugo (sobre cuya capacidad de comprometer a la Convocada, se ocupará más adelante el Tribunal), resulta solo confirmatoria de la hipótesis real: que las Partes, efectivamente, sostuvieron diversas conversaciones y reuniones e intercambiaron mensajes y correos tendientes a celebrar el Contrato, pero que no existió, como tal, una oferta completa, que reuniese los elementos básicos para existir, de conformidad con la ley colombiana, en particular los elementos esenciales, en este caso, de un arrendamiento.

Pero, además, no consta en el expediente que la alegada oferta contractual haya sido comunicada a la Convocada, ni haya sido aceptada, tácita o expresamente por ella, elementos básicos para su estructuración legal al amparo del citado art. 845 del Código de Comercio. Se ha alegado la aplicabilidad del art. 850⁴⁶ de ese Código, en materia de oferta verbal o telefónica, pero tampoco tal posibilidad es aplicable al caso que nos ocupa, ya que se trata de un contrato de arrendamiento sobre un bien inmueble, que si bien es consensual en su naturaleza al amparo de lo previsto en el art. 1973 y siguientes del Código Civil (con las normas especiales en materia de arrendamiento de local comercial consagradas en el artículo 515 y siguientes del Código de Comercio), fue estructurado por las partes por escrito como se desprende de la existencia misma del Contrato que obra al expediente; por ello, claramente se concluye que este contrato no fue uno verbal, en el cual sus elementos básicos -al menos el

Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.

46 ARTÍCULO 850. <PROPUESTA VERBAL>. La propuesta verbal de un negocio entre presentes deberá ser aceptada o rechazada en el acto de oírse. La propuesta hecha por teléfono se asimilará, para los efectos de su aceptación o rechazo, a la propuesta verbal entre presentes.

inmueble arrendado debidamente identificado y el valor del canon-, fuesen definidos, menos aceptados por las Partes de manera simplemente verbal, como puede pretender alegarlo la Convocada.

Por el contrario, las Partes tenían clara conciencia que esas conversaciones (en las que, ciertamente, se discutieron los términos respectivos, incluyendo valor y potencial duración), se concretarían en un contrato final, cuyo borrador no preparó el Sr. Lugo, sino que se conocía de antemano que debía ser sometido a la redacción de las dependencias respectivas (Departamento Jurídico) de la Convocada en sus oficinas centrales en Bogotá, para su revisión posterior por la Convocante, lo que, en realidad, fue del caso. Y, así lo manifestaron las Partes en sus declaraciones ante el Tribunal.

El representante legal de la Convocada, Sr. Luis Felipe Rincón, señaló lo siguiente⁴⁷:

“DR. ABELA: [00:06:10] Muy bien. En ese rol que usted ya lleva prácticamente durante siete años o un poco cercano a los siete años, le agradecería le explique al Tribunal, ¿cómo funciona operativamente y de manera interna en su compañía la mecánica de consecución de un inmueble para su eventual arrendamiento y cuál es el proceso de interlocución que usted tiene con, por ejemplo, un funcionario de la compañía como el doctor Lugo, que es el jefe de expansión para parte de la zona norte, cómo es la interlocución y cuál es el rol que hace la dirección jurídica y la representación legal de la compañía en ese proceso?”

SR. RINCÓN: [00:06:47] Claro que sí, esta compañía por el tamaño que tiene, es una compañía descentralizada, por lo cual estamos divididos por regiones, diez regiones a lo largo de Colombia, cada una de estas regiones tienen unos scouts o jefes de zona, los cuales que, su función es buscar locales y ponerlos en contacto con la compañía para que a través de los comités que haya, gerente de expansión, vale la pena indicar que el señor Lugo, al ser un scout, no toma decisiones dentro de la compañía.

Él simplemente qué hace, poner en contacto al propietario con la compañía, para que una vez el local que el señor Lugo vea y que considera que puede ser interesante para la compañía, lo presente y las personas superiores en cargo, aprueben o no la adquisición o el arrendamiento de estos locales, una vez pasa esto, se inicia toda la consecución documental y negociación del contrato para que finalmente el contrato sea materializado.

⁴⁷ Expediente Virtual. 03_AUDIOS_VIDEOS. 20240429_Pruebas.
P1 146764 Pruebas 20240429.mp4.

El contrato ya es elaborado por jurídica, es un contrato, obviamente esta compañía tiene arrendados 2.500 tiendas, entonces tenemos un contrato tipo, el cual es enviado al arrendador para que él haga sus comentarios, presente observaciones, la compañía los evalúe, se llega a un acuerdo y se procede con la firma del contrato.

Los contratos al ser, como lo dije anteriormente, un proceso, esta compañía al ser descentralizada es suscrito por el director regional, quién es el director regional, el gran gerente general de cada zona de la compañía, quien es la persona, que el representante legal de D1 le da poder y facultad para que suscriba los contratos.

Por su parte, el representante legal de la Convocante señaló al respecto lo siguiente⁴⁸:

“DR. ABELA: [00:36:58] ¿Para usted era claro en ese momento que el señor Lugo no era representante legal de D1?

SR. SERRANO: [00:37:04] No, señor, él era, para la época era scout, lo mismo ahora que es jefe de expansión de Cesar y Guajira, pero no representante legal, en mi amplio conocimiento en las empresas hay designaciones de cargos, en este caso él era jefe de expansión y no, no precisamente tiene uno que negociar con el representante legal, el representante legal en este caso es la última persona, es la que firma el contrato, pues tendrán trámites internos que yo desconozco, pero siempre la negociación fue con el señor Gabriel Lugo, y en ocasiones, aparecía por ahí la arquitecta, que era la que le hacía seguimiento a la obra, pero de ahí en adelante más nadie.”

Y el mismo Sr. Gabriel Lugo, funcionario entonces y hoy de la Convocada, también manifestó lo siguiente:⁴⁹

“DR. ABELA: [00:31:28] Muy bien. En ese rol, cuando usted contacta, como pudo haber contactado al doctor Serrano, usted siempre les dice a las personas con las cuales está contratando, mire yo aquí estoy haciendo esta labor, pero cualquier cosa debe ser validada por Bogotá. ¿O cómo funciona usted comercialmente para hacer esas aproximaciones y esas conversaciones?

SR. LUGO: [00:31:51] Bueno, yo les explico a las personas de que directamente se pasa a un comité para que ellos den la aprobación.

⁴⁸ Expediente Virtual. 03_AUDIOS_VIDEOS. 20240429_Pruebas. P1_146764_Pruebas_20240429.mp4.

⁴⁹ Expediente Virtual. 03_AUDIOS_VIDEOS.20240426_Pruebas.P2_146764_Pruebas_20240426.mp4.

DR. ABELA: [00:31:59] Pero la pregunta no es esa, la pregunta es, cuando usted conversa con él, usted siempre le dice oiga, hable conmigo, pero todo lo que yo diga tiene que ser validado. ¿O cómo maneja usted comercialmente esa relación?
SR. LUGO: [00:32:09] Sí, tal cual”.

Resulta claro para el Tribunal, que las Partes eran totalmente conscientes acerca del papel que desarrollaba el señor Lugo como un intermediario, que si bien podía negociar o conversar sobre condiciones contractuales con la Convocada, su definición dependería de aprobaciones finales por un comité de esa compañía en Bogotá, y que los términos de esa negociación se verterían en un contrato de arrendamiento, cuyo formato -con clausulado ya redactado- era elaborado por la Convocada para la posterior revisión y aprobación de cada cliente, en este caso la Convocante. No existía, en consecuencia, ni era previsible la posibilidad de entender que las manifestaciones del Sr. Lugo constituyeran una oferta final contractual, o una propuesta de negocio que determinase la estructura posterior del arrendamiento una vez fue suscrito, como ocurrió en este caso, ya que la Convocada sabía que esas conversaciones debían ser finalmente aprobadas por las instancias respectivas de la Convocada en sus oficinas de Bogotá, al punto que, como analizará el Tribunal más adelante, el Contrato fue efectivamente enviado para la revisión de la Convocada sin observaciones formales sobre aquellos temas que hoy motivan la controversia objeto de debate arbitral.

Por ende, en esta materia de la oferta de contrato que alega la Convocante que el Sr. Lugo le formuló, concluye el Tribunal que ella no existió porque, en primer lugar, las manifestaciones escritas que ella manifiesta constan entre ellas y especialmente, el mensaje enviado por el Sr. Lugo en septiembre 21 de 2.021, no reúnen los requisitos legales que, al amparo del art. 845 del Código de Comercio, son necesarios para estructurar una oferta de contrato, entre otros, incorporar los elementos esenciales para que se configure un arrendamiento (al menos bien arrendado, que a la fecha debía construirse, y precio), ni ser aceptada por su destinatario, sobre lo cual la Convocante tampoco aportó prueba al respecto.

Segundo, la tesis de una oferta compuesta por comunicaciones escritas y reuniones y conversaciones, que alega el Dr. Mario Serrano explican la existencia de una oferta de contrato, no solo no está probada, sino, por el contrario, solo confirman que lo que, en realidad ocurrió, fue el usual escenario de conversaciones y negociaciones iniciales, que desembocan en la suscripción de un contrato final que recoge y determina, en sus términos, no en los que las Partes lo entendieron antes, o alegan después.

Y, tercero, porque en este caso, resulta inequívoco concluir que la modalidad usada por las Partes para estructurar el Contrato fue que toda negociación que adelantase el Sr. Lugo era aprobada por instancias superiores de la Convocada, finalizando con un contrato que como el que nos ocupa fue elaborado por el área jurídica de la Convocada y fue revisado y suscrito, sin observaciones formales sobre los temas que hoy debate, por la Convocante.

La Convocada, entre las diversas excepciones que formuló en contra de las pretensiones de la Demanda, incluyó las que denominó como “Inaplicabilidad de la Oferta” e “Inaplicabilidad de los artículos 845 y 850 del Código de Comercio”, que sustentó con los siguientes argumentos:

“9.1. Inaplicabilidad de la oferta

Uno de los principales argumentos de la demanda es que se debe aplicar lo establecido en una presunta oferta comercial. No obstante, el demandante no presenta prueba alguna de esta supuesta oferta o de las condiciones establecidas en la mencionada oferta y que fueron aceptadas por D1.

Por el contrario, lo cierto es que existe un contrato de arrendamiento suscrito por el demandante donde se establecen todas las condiciones que regulan la relación comercial.

Teniendo en cuenta lo anterior, partiendo de las reglas de interpretación de los contratos, reguladas desde el artículo 1618 al 1624 del Código Civil no se puede aplicar lo establecido en una supuesta oferta hecha en una etapa precontractual, cuando existe un contrato válido entre las partes.

Además, el contrato, en su cláusula vigésima segunda, claramente establece que el contrato es un acuerdo total y prevalece sobre cualquier acuerdo previo, verbal o escrito.

Por consiguiente, no es procedente aplicar la supuesta oferta mencionada por la demandante porque, no se presenta prueba alguna de su existencia, ni tampoco de las condiciones supuestamente aceptadas. Existe un contrato válido entre las partes que prevalece frente a cualquier acuerdo previo.

9.2. Inaplicabilidad de los artículos 845 y 850 del Código de Comercio

En la misma línea de la excepción anterior, los artículos 845 y 850 del Código de Comercio hacen referencia a las normas que regulan la oferta comercial.

Como se ha dicho clara y reiteradamente, no es procedente aplicar la supuesta oferta mencionada por el demandante porque, no se presenta prueba alguna de su existencia, ni tampoco de las condiciones supuestamente aceptadas. Existe un contrato válido entre las partes que prevalece frente a cualquier acuerdo previo”.⁵⁰

Las excepciones planteadas reflejan la visión, ya expuesta por el Tribunal, en el sentido que no solo no hubo una oferta de contrato, no probada, además, sino que tal hipótesis contrasta con la realidad de los hechos, en los cuales las negociaciones entre las Partes, sin duda conducidas por parte de la Convocada a través de su funcionario, el Sr. Lugo, debían ser aprobadas por instancias superiores de la misma, y se concretaron en el Contrato, tal y como fue suscrito por las Partes.

De esa manera, al no haber una oferta previa, planteada por la Convocada y aceptada por la Convocante, mal puede pretenderse que existían condiciones contractuales específicas diferentes a las que finalmente, de mutuo acuerdo y libremente, las Partes aceptaron al suscribir el Contrato. Son, entonces, esas condiciones y términos contractuales lo que rigen la relación jurídica entre ellas, y no aquellas que la Convocante entendió eran las planteadas en una oferta anterior.

En consecuencia, sin perjuicio del análisis subsiguiente que efectúa el Tribunal sobre esta pretensión, han de prosperar las excepciones denominadas como “Inaplicabilidad de la Oferta” e “Inaplicabilidad de los artículos 845 y 850 del Código de Comercio”, tal y como se declarará en la parte resolutive de este Laudo.

3.2. Las cláusulas 5ª y 14 del Contrato y la contradicción de la oferta alegada.

Efectuado el análisis anterior, el Tribunal ha de ocuparse, siguiendo la forma en que fue planteada esta pretensión, de determinar si las cláusulas 5ª y 14 del Contrato contradicen los términos de la oferta que, alega la Convocante, fue efectuada por la Convocada, en particular estableciendo un término de duración del Contrato por 10 años, 5 años iniciales y una prórroga por un plazo similar.

⁵⁰ Expediente Virtual. 01 PRINCIPAL. PRINCIPAL 02. 09 Contestacion 20240228.pdf

Destacando la particular forma en que fue redactada esta pretensión, pero entendiendo su estructura, el Tribunal reiterará su improcedencia ya que no es posible entender que tal contradicción esté acreditada en este arbitraje, mucho menos que sea jurídicamente vinculante si existiese.

Teniendo en cuenta que son estas cláusulas la base temática esencial de la controversia planteada en la Demanda, se transcriben a continuación:

“QUINTA.- TÉRMINO DE DURACIÓN DEL CONTRATO: *Las Partes acuerdan que el término de duración del presente Contrato será de cinco (5) años contados a partir de la firma del Acta de Entrega del Local por parte del ARRENDATARIO, sin perjuicio de las facultades de terminación anticipada pactadas en este Contrato en favor del ARRENDATARIO. Por lo anterior, el término se reputa forzoso para el ARRENDADOR y voluntario para el ARRENDATARIO.*

*Al vencimiento del plazo inicial, este Contrato se prorrogará automáticamente por periodos de cinco (5) años, al cabo de los cuales, el Contrato se renovará automáticamente por periodos sucesivos e iguales de cinco (5) años cada uno, siempre que el ARRENDADOR no solicite la restitución desahucie al ARRENDATARIO por escrito con seis (6) meses de antelación a la finalización del plazo de la renovación, en los términos y condiciones pactados en la cláusula **SEXTA** del presente Contrato.*

Lo anterior, en todo caso, sin perjuicio del derecho de renovación del Contrato conforme con la legislación aplicable al presente Contrato de arrendamiento comercial, incluyendo pero sin limitarse, al Título I, Libro III, del Código de Comercio.

No obstante el término de duración, el ARRENDATARIO tendrá derecho de dar por terminado el Contrato de Arrendamiento en cualquier momento de su vigencia, dando aviso previo al ARRENDADOR con una antelación de no menos de dos (2) meses calendario a la fecha en que desee dar por terminado el Contrato. En tales casos, el ARRENDADOR renuncia al cobro de la renta y cantidades asimiladas correspondientes al período contractual o de prorroga o renovación no cumplido así como a cualquier otra cantidad o indemnización derivada de dicha resolución anticipada.

*En el evento en que se produzca la renovación del Contrato en los términos de la cláusula **SEXTA**, y existan diferencias entre las Partes, dichas diferencias podrán solucionarse acudiendo al procedimiento perital previsto en el artículo 519 del Código de Comercio.*

Las Partes establecen que en el evento que el Usufructo celebrado entre los Nudos Propietarios y los Usufructuarios se dé por terminado, el presente Contrato continuará vigente con los Nudos Propietarios, quienes asumen los derechos y obligaciones que les corresponden como ARRENDADOR. Para efectos de reporte de información y certificaciones de retenciones de impuestos se realizarán conforme a la ley.

DECIMOCUARTA.- TERMINACIÓN: *El presente Contrato se terminará, además de las causales establecidas en la ley, por las siguientes causales:*

14.1. *Este Contrato podrá darse por terminado en cualquier momento por acuerdo escrito entre las Partes;*

14.2. *El ARRENDATARIO tendrá derecho de dar por terminado el Contrato de Arrendamiento en cualquier momento de su vigencia en los siguientes casos:*

14.2.1. *El ARRENDATARIO tendrá derecho de dar por terminado el Contrato de Arrendamiento en cualquier momento, por decisión unilateral, durante su vigencia inicial o cualquiera de sus prórrogas o renovaciones, dando aviso al ARRENDADOR con dos (2) meses calendario de anticipación a la fecha en que desee dar por terminado el Contrato. La facultad aquí prevista no se pacta a favor del ARRENDADOR. En tales casos, el ARRENDADOR renuncia al cobro de la renta y cantidades asimiladas correspondientes al período contractual o de prórroga o renovación no cumplido, así como a cualquier otra cantidad o indemnización derivada de dicha resolución anticipada.*

14.2.2. *En el caso en que por decisión de autoridad competente se prohíba o restrinja la utilización del Local para los fines para los cuales lo ha arrendado el ARRENDATARIO, y/o se prohíba o restrinja la utilización de la zona destinada a parqueadero;*

14.2.3. *En el caso en que por decisión de autoridad competente se prohíba la inversión extranjera en Colombia.*

14.2.4. *En el caso en que el ARRENDATARIO no pueda ejercer su objeto social o le sea prohibido el ejercicio de su actividad como comerciante impidiéndole la operación del Local o la Tienda, siempre y cuando la prohibición o restricción no obedezcan a causas imputables al ARRENDATARIO.*

14.2.5. *En el caso en que se presenten hechos notorios tales como: guerra, ataque subversivo, golpe de estado o conmoción interior que imposibilite o dificulte gravemente el desarrollo del negocio que operará en el Local.*

14.2.6. *Por situaciones ambientales y/o sanitarias que pongan en riesgo el desarrollo de la operación del Establecimiento del ARRENDATARIO.*

14.2.7. *En el evento en que no se suscriban los contratos de arrendamiento sobre los inmuebles que conforman la Tienda; o en el evento en que cualquiera de los inmuebles que conforman la Tienda no sean entregados al ARRENDATARIO a su satisfacción; o en el evento en que se produzca una causal de terminación del contrato de arrendamiento sobre cualquiera de los inmuebles que conforman la Tienda y para el ARRENDATARIO, a su exclusivo criterio, no sea posible o conveniente mantener abierto el establecimiento solamente en el Local.*

En tales casos, el ARRENDADOR renuncia al cobro de la renta y cantidades asimiladas correspondientes al período contractual o de prórroga o renovación no cumplido, así como a cualquier otra cantidad o indemnización derivada de dicha resolución anticipada

*Para que se dé aplicación a las causales de terminación por los hechos enunciados en los numerales **14.2.2.** a **14.2.4.** el ARRENDATARIO deberá enviar al ARRENDADOR, quien admitirá como prueba, los siguientes documentos: (i) una comunicación en la que notifique de la ocurrencia del hecho; y, (iii) copia de la decisión de la autoridad competente respectiva.*

*Para que se de aplicación a las causales de terminación por los hechos enunciados en los numerales **14.2.6** y **14.2.7**, el ARRENDATARIO deberá enviar al ARRENDADOR una comunicación en la que notifique de la ocurrencia del hecho.*

*La causal enunciada en el numeral **14.2.5.** se tendrá como un hecho notorio y por lo tanto no requerirá de prueba adicional a la notificación que del mismo del ARRENDATARIO al ARRENDADOR.*

*En todos los casos en que se presente alguna de las causales de terminación establecidas en los numerales **14.2.2.** a **14.2.5.** de la presente cláusula, el Contrato se dará por terminado a los treinta (30) días siguientes a la notificación que del hecho haga el ARRENDATARIO al ARRENDADOR en los términos aquí regulados.*

14.3. *Por vencimiento del término de duración de este Contrato, siempre que se produzca el desahucio de ley, en los términos aquí previstos.*

14.4. *El ARRENDATARIO podrá dar por terminado el presente Contrato frente a cualquier incumplimiento de las obligaciones en cabeza del ARRENDADOR, sin*

*necesidad de declaración o requerimiento privado o judicial alguno, incluyendo pero sin limitarse a: (a) en el evento en que a la fecha establecida en la cláusula **NOVENA** de este Contrato el ARRENDADOR no le haya hecho entrega del Local al ARRENDATARIO, el ARRENDATARIO, sin perjuicio de las sanciones allí previstas a cargo del ARRENDADOR, podrá dar por terminado el presente Contrato sin que haya lugar al pago de penalidad, sanción y/o indemnización alguna a favor del ARRENDADOR; (b) en el evento de cualquier inexactitud, falsedad o incumplimiento de las declaraciones contenidas en la cláusula **DECIMOSÉPTIMA** sobre declaraciones y garantías, o en cualquier otra cláusula del Contrato; (c) en el evento en que el ARRENDADOR sea incorporado en alguna de las listas que administra la Oficina de Control de Activos del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América o cualquier otra lista del gobierno Colombiano;*

14.5. El ARRENDADOR podrá dar por terminado el presente Contrato en el evento en que el ARRENDATARIO sea incorporado en alguna de las listas que administra la Oficina de Control de Activos del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América o cualquier otra lista del gobierno colombiano y/o en caso de estar relacionado o involucrado con actividades delictivas.⁵¹

Como comentario general, las citadas cláusulas regulan, en primer lugar, la duración del Contrato (5 años, prorrogables, con la posibilidad de una terminación anticipada a discreción de la convocada, como arrendataria, mediante una comunicación previa de dos meses. Y, en segundo lugar, la cláusula 14 desarrolla los diferentes eventos y causales de terminación contractual, concentrándose la sección 14.2.1, en la aquella derivada de la decisión unilateral de la Convocada, que no requiere motivación y frente a la cual, la Convocante renuncia a cualquier cobro por cánones derivados del término faltante por ejecutar del contrato, o el de sus prórrogas.

En materia del segundo elemento que daría eventual viabilidad a esta pretensión, la existencia de una contradicción entre estas 2 cláusulas y la oferta de contrato que alega la Convocante existió (básicamente definiendo un término de duración contractual de 5 años, prorrogables por otros tantos más), el Tribunal no encuentra que exista tal contradicción, entre otras, por las dos siguientes razones:

Como primera razón, para que estas cláusulas fuesen contradictorias con la alegada oferta, debe existir una oferta clara completa y exigible (además de válida, como se analizará más adelante), que expresamente estableciera condiciones diferentes a las

⁵¹ Expediente Virtual. 02_PRUEBAS. 002_Pruebas_Subsanacion_20240129. DEMANDA DE ARBITRAJE SUBSANADA TRAMITE 146764-27-201.pdf. Pg. 126 y ss.

consignadas en el Contrato y que, a su turno, le generen efectos perjudiciales (en su tenor, condiciones más gravosas a la luz del art. 868 del Código de Comercio).

Pues bien, tal contradicción es materialmente imposible por sustracción de materia. En efecto, el Tribunal ya determinó la inexistencia de una oferta realizada por la Convocada (incluyendo una que estableciese un término contractual de 10 años), entre otras razones por no haberse aportado al expediente, y porque aquellas supuestas que hizo son solo desarrollos de procesos previos de negociación entre las Partes, siempre sujetos a aprobación de instancias superiores de la Convocada, como claramente lo sabía la Convocante.

De esa manera, y más allá del alcance de las citadas cláusulas 5ª y 14, no puede desconocerse algo que no nació a la vida jurídica, y que solo alcanzó a ser un desarrollo previo en un proceso de negociaciones contractuales. Más aún, el Tribunal indagó si las eventuales negociaciones y manifestaciones que alega la Convocada le realizó el Sr. Lugo, generaron expectativas razonables sobre un término de duración mínimo del Contrato, libre de la viabilidad de una terminación anticipada por la Convocada, lo que el Sr. Lugo negó, mientras el Dr. Serrano afirmó que lo entendía así, pero sin explicar porque tales expectativas no fueron finalmente consignadas en el Contrato.

En tal sentido, el Sr. Lugo señaló lo siguiente al Tribunal⁵²:

“DR. ABELA: [00:16:00] Muy bien. En lo que a usted le consta, entiendo que su función es de jefe de expansión. ¿Ustedes le hicieron explícita o implícitamente algún tipo de ofrecimiento que diera a entenderle a Prohogar que el contrato de arrendamiento iba a tener una duración determinada de cinco o diez años, o cuál es su entendimiento sobre el particular?”

SR. LUGO: [00:16:28] Bueno, es que, el tema es que el contrato tiene una duración de cinco años, un Contrato Tipo que envía directamente jurídico.

DR. ABELA: [00:16:38] La pregunta es, ¿si dentro del proceso precontractual, dentro del proceso de negociaciones que usted obviamente tuvo a cabo, y que usted fue quien lo lideró, usted, ya sea a través de una comunicación o de otra manera, le hizo un ofrecimiento, le dio a entender, motivó de alguna manera a Prohogar para celebrar este contrato, más allá de lo que el contrato diga, sobre la base de una duración mínima determinada?”

SR. LUGO: No señor.

⁵² Expediente Virtual. 03 AUDIOS VIDEOS.20240426 Pruebas.P2 146764 Pruebas 20240426.mp4.
Centro de Arbitraje y Conciliación – Cámara de Comercio de Bogotá – Laudo Arbitral – Página 46 de 107

DR. MEZA: [00:21:41] ¿En ese proceso de concertación previa que ustedes hicieron allí en representación de D1, contaba usted con amplísimas facultades, está autorizado en su rol de jefe de expansión para hacer este tipo de reuniones, de acercamientos?

SR. LUGO: [00:21:59] De acercamientos sí, sí señor.

DR. MEZA: [00:22:04] ¿Contaba usted en este tipo de reuniones con la posibilidad o con la facultad para comprometer posteriormente en un contrato de arrendamiento a D1 S.A.S.?

SR. LUGO: [00:22:17] No, no señor”.

Claramente puede concluir el Tribunal que, dada la estructura de tramitación y aprobación del Contrato, el Sr. Lugo no entendió ofrecer una duración del Contrato ajena a la facultad de la Convocada de decretar su terminación anticipada, ni entendió generar una expectativa en tal sentido, ya que el Contrato como le fue planteado a la Convocante, como instancia reguladora final del acuerdo celebrado, no contemplaba tal escenario.

Por su parte, la Convocante tenía una visión diferente, como lo expuso el Dr. Mario Serrano en su declaración⁵³:

“DR. ABELA: [00:42:01] Muy bien. ¿Usted le formuló a ese borrador de contrato algún tipo de observación, comentario sobre su alcance?

SR. SERRANO: [00:42:12] Claro que sí, en las conversaciones del negocio ellos le mandan a uno un modelo de contrato, digamos uno empieza a mirar el contrato y yo le vi al contrato, le dije yo, señor Gabriel de todo este contrato lo que me preocupa es la cláusula de terminación del contrato, porque dicen que pueden terminar el contrato en cualquier momento, entonces me dice el señor Gabriel no se preocupe, señor Mario, ahí no va a ocurrir absolutamente nada, fíjese, tenemos 1.900 tiendas, casi 2 mil tiendas abiertas, no se cierra una tienda, en la Regional Cesar y Guajira no se ha cerrado la primer tienda, y.

Además, le dije yo, señor Gabriel, sin que esto dijera nada en el contrato, si por ejemplo, se les ocurre que la tienda no vende, no hay ningún problema, porque nosotros manejamos como una bolsa donde las tiendas que no venden la subsidian las que venden o ha visto usted que en la Regional mía se haya cerrado una tienda, tan es así que esta es, solamente han cerrado dos tiendas

⁵³ Expediente Virtual. 03_AUDIOS_VIDEOS. 20240429_Pruebas.
P1 146764 Pruebas 20240429.mp4.

en la regional... de más de 100 tiendas, entonces nosotros fuimos los primeros, y.

Por ejemplo, yo de haber sabido que esto iba a ocurrir, de ninguna manera hubiera firmado el contrato y hubiera hecho un local a medida con unas especificaciones para, en este caso D1, no hubiera firmado el contrato, uno digamos, tiene la esperanza de que por lo menos se cumpla el primer período y se renueve para el segundo período, por qué, porque la inversión de estos locales es importante y uno, digamos, sale uno con este contrato, en mi caso a darlo, a ignorarlo, darlo como garantía a Bancolombia para que ellos le desembolsen recursos a uno para adelantar las obras, y.

Por ejemplo, como ilustración, en este momento tiene conocimiento el banco de la situación que estamos viviendo y como yo tengo otro local con ellos, me dicen no es ninguna garantía ese contrato con D1, tenemos que reconsiderar la garantía con los negocios con usted, porque estos contratos no tienen ninguna, ninguna seriedad, ningún, porque en cualquier momento pueden sacarlo, qué es lo que está ocurriendo y estamos en un estrés muy preocupante porque también le tenemos otro local a ellos en Pueblobello que no sabemos qué vaya a ocurrir, porque en lo que estamos y tenemos otro local con ellos, entonces es muy estresante la situación en este momento con D1 y mucha inseguridad jurídica”.

La Convocante entendió algo diferente, y manifiesta haber tenido una expectativa de duración contractual, sin perjuicio de lo cual no solo no formuló observación formal al borrador del Contrato, cuando pudo hacerlo, sino que lo firmó, y lo ejecutó por varios años sin objeción alguna hasta octubre de 2.023⁵⁴, cuando la Convocada le comunicó la terminación anticipada del Contrato a partir de 10 de diciembre de ese año.

No puede compartir el Tribunal la posición de la Convocante ya que no solo no hubo una oferta de contrato previa al Contrato, que este pudiera contradecir, sino que, como se analiza a continuación, el mismo fue suscrito sin observaciones por la Convocante aceptando sus términos, pero, más aún, conociendo desde el principio que el Sr. Lugo no tenía capacidad de comprometer la voluntad de la Convocante, y que las negociaciones y conversaciones tenían que ser aprobadas por instancias superiores de la Convocada, para plasmarse en un contrato final, como efectivamente ocurrió.

⁵⁴ Comunicación de 5 de octubre de 2023. Expediente Virtual. 02_PRUEBAS. 002_Pruebas_Subsanacion_20240129. DEMANDA DE ARBITRAJE SUBSANADA TRAMITE 146764-27-201.pdf. Pg. 156.

No puede entenderse que una compañía de la trayectoria de la Convocante, liderada por el Dr. Serrano, pudiera aducir la existencia de una expectativa razonable de un término mínimo efectivo de duración contractual, cuando a lo largo del proceso de suscripción y revisión del Contrato, no hizo patentes tales expectativas, simplemente confiando en las razones, que alega, le dio el Sr. Lugo.

De esa manera, al no existir una oferta de contrato, mal pueden estas dos estipulaciones contractuales contradecirla o ser discordantes.

En adición a lo anterior, de por si suficiente para descartar la configuración de una contradicción como la alegada por la Convocante, la misma es además inexistente por la estructura de suscripción que precedió al Contrato, pero también por sus propios términos y cláusulas, nuevamente, libremente aceptados por la Convocante.

En este sentido, como se ha manifestado anteriormente, la Convocante era consciente que las negociaciones que adelantaba con el Sr. Lugo requerían aprobación posterior de la Convocada (por, ello, mal puede entender el Tribunal que las alegadas manifestaciones del Sr. Lugo, no fueran luego contrastadas con el borrador del Contrato una vez lo revisó), y, además, que, revisado el Contrato, con su departamento jurídico no solo no las plantease (manifestando que confiaba en las explicaciones del Sr. Lugo sobre la baja posibilidad que ello ocurriese- la terminación anticipada-), sino lo suscribiese sin advertir su clausulado e implicaciones.

En efecto, siendo consciente de que las conversaciones con el Sr. Lugo requerían aprobación de la Convocada, y que cualquier acuerdo se materializaría en un contrato cuyo borrador suministraría la Convocada, la Convocante no solo no expresó observaciones al borrador del Contrato, sino que, al suscribirlo, aceptó sus términos de manera libre y espontánea, tal y como el propio Dr. Serrano manifestó al Tribunal en su declaración⁵⁵:

“DR. ABELA: [00:41:04] Muy bien. ¿Usted tuvo durante el proceso de negociación y previo a la firma del contrato, algún tipo de asesoría jurídica en este proceso, doctor Serrano?”

SR. SERRANO: [00:41:16] Pues lo que normalmente se tiene, digamos, muchas veces uno pelea con el departamento jurídico porque le dice que no,

⁵⁵ Expediente Virtual. 03_AUDIOS_VIDEOS. 20240429_Pruebas.
P1 146764 Pruebas 20240429.mp4.

que las condiciones de ese contrato no son favorables por una cosa y por la otra, pero sí, siempre se utiliza el concepto del abogado.

DR. ABELA: [00:41:42] ¿Usted tiene un departamento interno en su compañía, jurídico?

SR. SERRANO: [00:41:46] Sí, señor, sí, señor, claro que sí, el doctor Francisco Meza lo lidera.

DR. ABELA: [00:41:50] Muy bien, listo. O sea, usted tuvo asesoría jurídica en este proceso de negociación y de firma del contrato, esa es la respuesta que yo puedo entender.

SR. SERRANO: [00:41:59] Sí, señor.

...

DR. ABELA: [00:59:58] De acuerdo, si eso es así, nuevamente le pregunto, ¿por qué no se hizo oportunamente ese comentario sobre la cláusula de terminación anticipada? Más allá de lo que el señor Lugo le hubiese dicho en ese momento.

SR. SERRANO: [01:00:11] Le ratifico lo dicho, para el momento del transcurso de la negociación con el señor Lugo no, no vi necesario por la argumentación de él y dicho de alguna forma, el contrato es o es, o sea, ni un punto, ni una coma, es lo que el contrato dice y es exactamente el mismo contrato que tengo en ambos casos, en lo que a mí se refiere y he tenido el cuidado en este término de mirar algo, algunos otros contratos de algunas otras personas y es un contrato idéntico como son los dos contratos míos y he visto algunos otros contratos exactamente iguales.

...

DRA. DANGOND: [01:23:33] Gracias, doctor Abela. La pregunta, señor Serrano, es, ¿por qué si mandaron una observación en relación con un punto del contrato, que es la entrega de la licencia, no la hicieron sobre las dos cláusulas de terminación anticipada que le generaron inquietud a usted como nos lo ha manifestado?

SR. SERRANO: [01:23:55] No lo creí necesario.

DRA. DANGOND: [01:24:01] Es decir, la pregunta siguiente es, ¿usted firma el contrato con conocimiento de esas dos cláusulas de terminación anticipada?

SR. SERRANO: [01:24:12] Sí, señora.

DRA. DANGOND: [01:26:58] Gracias, doctor Abela. La pregunta entonces sería, ¿dado que una de las pretensiones de su demanda es declarar la ineficacia de dos cláusulas, la cláusula 5.^a y la 14.^a, por qué pretenden la ineficacia de esas dos cláusulas y reconoce que el contrato es válido para las dos partes y lo firmó con conocimiento de causa?

DR. ABELA: [01:27:24] Doctor Serrano.

SR. SERRANO: [01:27:27] Hay una oferta comercial donde, hay una oferta comercial, con esa cláusula se desconoce la oferta comercial, a uno le hacen una oferta donde se hace un contrato a 5 años, que es por eso que se hace el contrato, por 5, con una renovación de 5 años más, entonces si uno firma el contrato con la tranquilidad de que se van a cumplir los 5 años y que se va a tener en cuenta todo el proceso de construcción de todas las, de todo lo que se hace para que se dé el negocio, en ningún momento piensa uno la ocurrencia de que por lo menos no se vaya a cumplir los primeros 5 años, esa es digamos, con la certeza y la tranquilidad que uno firma el contrato de arrendamiento.

DRA. DANGOND: [01:28:27] Cuando usted recibe el contrato y dice que lo lee, encuentra también una cláusula que habla que el contrato es lo que rige la relación entre las partes y nada más, solo el contrato, ¿es consciente de esa cláusula?

SR. SERRANO: [01:28:48] No, no, no lo recuerdo, no lo recuerdo, seguramente usted tiene el contrato ahí y seguramente no, yo no lo recuerdo, porque por encima de escritorio de nuestro pasan muchos documentos, no y no, y uno está firmando documentos permanentemente.

DRA. DANGOND: [01:30:12] Gracias. Me voy a permitir leerla, señor Serrano, dice: “22.^a Contrato total, el presente contrato y sus anexos establece el único y entero acuerdo entre las partes con respecto al arrendamiento del local aquí previsto y prevalecerán sobre cualquier acuerdo previo, verbal o escrito existente entre las partes y redundará en beneficio de sus herederos, sucesores y cesionarios.” ¿Recordaba usted esa cláusula?

SR. SERRANO: [01:30:45] Nunca desconocemos las cláusulas, el clausulado del contrato, he aquí se está discutiendo la interpretación de algunas cláusulas, es lo que es, lo que genera el conflicto, ya, es, para eso es el arbitramento, es

más que para discutir si dice o no dice, en ningún momento se ha desconocido el clausulado, porque se firmó el contrato, pero se discute la oferta comercial, eso es lo que estamos discutiendo.

DRA. DANGOND: [01:31:19] Bueno, pero a sabiendas de la existencia de esta cláusula, ¿por qué pretende usted hacer valer un supuesto acuerdo previo?

SR. SERRANO: [01:31:36] Por todo lo que implica la negociación, digamos, distinto por todo lo que implica la necesidad y la oferta comercial, es que nosotros no, a ver, este negocio no nace de cero, hay unas inversiones y aquí hay una posición dominante donde poco importa lo que nosotros hacemos para ustedes tomar decisiones que no corresponden, porque lo acaban a uno de alguna manera, por sobre todo lo que ustedes hacen y no se tiene en cuenta, todo lo que uno hace para sacar adelante un local como este, para ponerlo al servicio de ustedes, para que antes de cumplir 2 años le digan a uno chao, hasta aquí.

DRA. DANGOND: [01:32:38] ¿Se sintió usted obligado por D1 a hacer las inversiones que hizo para el local, para arrendar ese local comercial, es, bueno, se sintió usted obligado?

SR. SERRANO: [01:32:51] No, señora, todo se hizo voluntariamente, aquí nadie obligó a nadie.”

De la declaración anterior, el Tribunal claramente entiende la realidad de la negociación y suscripción del Contrato. Lo primero, la Convocada entendió que el Contrato tenía una duración de 5 años, y pensó que la terminación anticipada no se produciría. No obstante, lo anterior, libremente lo suscribió sin observaciones sobre la materia concreta de las cláusulas 5ª y 14 -que manifiesta le preocuparon, y se lo manifestó al Sr. Lugo-, a pesar de haber contado con asesoría jurídica previa, en cabeza de su departamento legal.

No puede aceptar el Tribunal la argumentación que una empresa con trayectoria, que tiene amplia experiencia como rentista de capital por más de 15 años⁵⁶ como la Convocante, previa revisión de su departamento jurídico (y conociendo que las negociaciones y conversaciones con el Sr. Lugo requerían, como ya analizó el Tribunal, aprobación de instancias superiores de la Convocante), haya revisado y

⁵⁶ Afirmación que el mismo Dr. Serrano manifestó en su declaración. Expediente Virtual. 03 AUDIOS VIDEOS. 20240429 Pruebas. P1 146764 Pruebas 20240429.mp4

suscrito el Contrato, manifestando observaciones sobre la fecha de la licencia de construcción, pero no sobre estas dos cláusulas que manifiesta le preocupaban, para luego ejecutarlo por casi dos años sin inconveniente alguno ni alegación sobre sus alcances o efectos, para con este arbitraje manifestar que su desarrollo le causan gravosas consecuencias económicas que le eran imprevisibles al tenor de lo previsto por el art. 868 del Código de Comercio, lo que, ciertamente, constituye una modificación de su propia conducta, de sus propios actos anteriores a esta reclamación.

Para ello, aduce la existencia de una “oferta” de contrato que la motivó a contratar, pero la misma no fue aportada al expediente, ni se deduce del tenor el Contrato, como tampoco corresponde a la actuación previa y posterior de la Convocante hasta la interposición de la demanda arbitral.

El Tribunal encuentra probado en el expediente que: (i), No hubo durante el proceso de negociación, manifestación formal de la Convocante a la Convocada expresando su preocupación, negativa a aceptar dicha disposición o manifestación similar por el alcance de las cláusulas 5ª y 14 del Contrato, por no considerarla “necesaria” (ii) Que el borrador del Contrato fue revisado previamente por su departamento legal, (iii) que cláusulas similares obran en otro contrato de arrendamiento que suscribió con la Convocada -local en Puerto Bello- Cesar-, sin que hasta la fecha haya acreditado haber efectuado sobre el mismo manifestación sobre su ilegalidad o ineficacia, (iv) Que suscribió libremente el Contrato, y (v) Que si bien no recordó el tenor de la cláusula 22 del Contrato, dicho tenor habría de ser el que corresponde a lo que se firmó en su oportunidad.

Bajo tales parámetros, no encuentra el Tribunal asidero legal o probatorio alguno que permita determinar que existió una oferta contractual previa a la suscripción del Contrato que le generase algún tipo de expectativa contractual a la Convocante, mucho menos que tales expectativas hubiesen sido expuestas o comunicadas oportunamente a la Convocada para su manejo contractual respectivo, lo que claramente demuestra que aceptó el Contrato como lo firmó y mal puede alegar hoy que sus términos no le son aceptables, o le son desfavorables.

En adición a lo anterior, un argumento adicional confirma la posición del Tribunal sobre la inexistencia de una contradicción entre las cláusulas 5ª y 14 del Contrato y la alegada oferta previa, que no encuentra el Tribunal existente.

En efecto, al suscribir el Contrato sin observaciones (como afirmó que lo hizo), la Convocada aceptó el alcance de su clausulado, como ley contractual que vincula a las Partes al amparo de lo prescrito por el art. 1603 del Código Civil. Más aún, el principio de la buena fe⁵⁷, aplicable a toda actuación jurídica, contractual o precontractual⁵⁸, impone a la Convocante actuar no solo con ausencia de dolo, sino también con la diligencia de un buen comerciante en esta clase de negocios inmobiliarios propios de su actividad comercial⁵⁹ por más de 15 años.

Entonces, no solo no formuló observaciones sobre el borrador de Contrato, en sus cláusulas 5ª y 14, no planteó ajustes a las mismas, por no considerarlo necesario, como tampoco invocó en parte alguna del mismo, por ejemplo, como habría podido ser y es de estilo en un capítulo de consideraciones, la existencia o alcances de lo acordado en esa “oferta”, que entendió le fue planteada por el Sr. Lugo y que fue causa relevante para su interés en ese arrendamiento.

Llama la atención del Tribunal el hecho que tales posibilidades no solo no hubiesen sido planteadas en su momento, menos implementadas, sino que su viabilidad hubiera sido posible como la misma Convocada manifestó haber realizado en otros contratos similares. Al respecto, su representante legal manifestó lo siguiente al Tribunal⁶⁰:

“DR. ABELA: [00:12:16] Correcto. ¿Ustedes recibieron de parte de Prohogar en algún momento observaciones, cuestionamientos, solicitudes de ajuste en las cláusulas?”

SR. RINCÓN: [00:12:26] Solamente recibimos unas observaciones para el tema de la licencia de construcción del local, porque no contábamos con la licencia de construcción que exigimos, entonces el señor estaba pidiendo un plazo para

⁵⁷ De consagración constitucional en Colombia, según lo establece el art. 83 de la Constitución.

⁵⁸ Art. 863 del Código de Comercio.

⁵⁹ En su declaración, el Dr. Serrano manifestó lo siguiente:

“DR. ABELA: [00:33:01] ¿A qué se dedica Prohogar?”

SR. SERRANO: [00:33:04] Bueno, hemos venido evolucionando a través del tiempo, Prohogar nace como financiera en electrodomésticos, nosotros somos, para la época éramos muy fuertes en el tema de electrodomésticos, me refiero a la familia, entonces teníamos, a nivel costa, digamos regional, el negocio de electrodomésticos. / Las cosas vinieron cambiando y pues apareció, los bancos de las microfinanzas, aparecieron Brilla, Codensa, todas estas financieras y nos fueron como sacando del mercado, entonces migramos al tema inmobiliario y es en lo que estamos trabajando ya hace años, pues nos quedaron locales de las tiendas que nosotros teníamos y en este momento estamos más que todo en el sector inmobiliario, rentista de capitales, es más o menos lo que en este momento estamos haciendo, ya en esto llevamos más o menos 15 años”. Expediente Virtual. 03_AUDIOS_VIDEOS. 20240429_Pruebas. P1_146764_Pruebas_20240429.mp4

⁶⁰ Expediente Virtual. 03_AUDIOS_VIDEOS. 20240429_Pruebas. P1_146764_Pruebas_20240429.mp4

entregar la licencia de construcción por las demás cláusulas del contrato no, no se manifestó en nada

...

DR. ABELA: [00:27:06] Gracias, doctor Meza. Finalmente quisiera preguntarle lo siguiente, doctor Rincón: la existencia de una cláusula de terminación anticipada exclusivamente en cabeza de D1 y no, y obviamente no aplicable al arrendador por la obvia estructura legal aplicable al tema, ¿es una, digamos, una práctica generalizada en la estructura contractual de D1 con sus diferentes clientes?

SR. RINCÓN: [00:27:37] O sea, lo que el doctor me está diciendo, ¿si es una práctica tener esa cláusula de nuestros modelos de contrato?

DR. ABELA: [00:27:42] Sí, señor, es una cláusula usual, normal.

SR. RINCÓN: [00:27:46] Totalmente usual, doctor, están todos los modelos de contrato que la modulamos, la modificamos, la corregimos, damos cláusula, la quitamos dependiendo del tipo de inversión que haga el propietario y que el propietario señale la necesidad de establecer esa permanencia mínima o la exclusión de la cláusula.

DR. ABELA: [00:28:05] Esa, usted me acaba de contestar la siguiente pregunta, hasta qué punto y desde una perspectiva de caso a caso, ¿ustedes han negociado contratos en los cuales esa cláusula sea bilateral, por ejemplo?

SR. RINCÓN: [00:28:16] Bilateral no, pero sí la hemos quitado.

DR. ABELA: [00:28:21] Muy bien. Y también me decía usted que han pactado casos en los cuales esa facultad de determinación judicial no se puede realizar sino una vez culminado un periodo inicial de permanencia mínima acordado.

SR. RINCÓN: [00:28:31] Sí, señor.

DR. ABELA: [00:28:31] ¿También ha ocurrido?

SR. RINCÓN: [00:28:32] También eso ocurrió.”

Como puede observarse, la Convocada no ejerció ni planteó ninguna de estas opciones, ni antes de suscribir el Contrato, ni, al menos que lo

hubiese alegado en este arbitraje, durante los casi dos años de su ejecución hasta octubre de 2.023. Por ende, concluye el Tribunal aceptó el Contrato sin observaciones y en pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad, sin que hubiera manifestado formalmente preocupación alguna derivada de la facultad contractual prevista en las citadas cláusulas a la Convocada para darlo por terminado de manera anticipada.

Y, sumado a todo lo anterior, habiendo aceptado y suscrito la Convocante el Contrato sin reparo alguno sobre estas 2 cláusulas, sin mención de ningún tipo sobre la oferta previa que hoy alega ante este Tribunal existió y que lo motivó a contratar, tampoco toma en consideración otra disposición del mismo Contrato que señala con total claridad que, aún si tal oferta o cualquier otro tipo de acuerdo previo hubiese existido (que se reitera, no es del caso), ellos se tendrían como no aplicables, al ser superpuestos por lo pactado en el Contrato. Es la muy usual cláusula del contrato final o total, precisamente incluida en contratos precedidos de negociaciones previas, para evitar controversias o discusiones sobre el texto finalmente aplicable.

En tal sentido, la cláusula 22^a del Contrato⁶¹, prescribe lo siguiente:

“VIGÉSIMA SEGUNDA. - CONTRATO TOTAL: El presente Contrato y sus anexos establecen el único y entero acuerdo entre las Partes con respecto al arrendamiento del Local aquí previsto, y prevalecerán sobre cualquier acuerdo previo, verbal o escrito, existente entre las Partes y redunda en beneficio de sus herederos, sucesores y cesionarios.”

Aún si la oferta hubiese existido y hubiese sido aportada al expediente, que no lo fue, el alcance de esta disposición del Contrato habría eliminado cualquier alcance o efecto en derecho de lo que en tal oferta o acuerdo previo se hubiese podido establecer o acordar. No puede analizarse el Contrato de manera aislada como lo pretende la Demanda para centrarse en una oferta anterior que se alega existió, sin revisar que el mismo Contrato le quitó efectos a ella o a cualquier otro acuerdo precontractual que las Partes hubiese celebrado con anterioridad a su suscripción.

Mientras la citada cláusula 22 se encuentre vigente, como es el caso hasta la fecha de esta Laudo, no es posible aplicar efecto alguno a acuerdo precontractual alguno, cuyo

⁶¹ Expediente Virtual. 02_PRUEBAS. 002_Pruebas_Subsanacion_20240129. DEMANDA DE ARBITRAJE SUBSANADA TRAMITE 146764-27-201.pdf. Pg. 126 y ss.

tenor no hubiese sido considerado en el Contrato mismo, lo que, se repite, no fue del caso en el asunto a consideración del Tribunal.

Por ello, el Tribunal tampoco encuentra que se hubiere acreditado que la citada oferta, no existente, haya sido contradicha por los términos de las citadas cláusulas 5ª y 14, que, en cambio, fueron libremente aceptadas como vinculantes por la Convocante al suscribir el Contrato sin observación alguna -como habría podido hacerlo-, y, además, cuando también el Contrato, cláusula 22 citada, subsumió cualquier efecto potencial de tal oferta en los términos y alcances del Contrato, tal y como fue suscrito por las Partes el 29 de octubre de 2.021.

Por último, el Tribunal habría debido analizar si con tal contradicción, el uso por parte de la Convocada de la facultad contractual de terminar anticipadamente el Contrato supuso la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión alegada, al generar gravosas condiciones para su ejecución.

Al respecto, considera innecesario el Tribunal realizar análisis adicionales al respecto, ya que, no existiendo oferta previa, ni por ende contradicción entre sus términos y los de las cláusulas 5ª y 14 del Contrato, mal puede existir por sustracción total de materia, la posibilidad de un desequilibrio económico que le impidiera a la Convocante, en los términos del artículo 868 del Código de Comercio, continuar con su ejecución sin entrar en gravosas condiciones que se lo harían en extremo difícil.⁶²

Sin perjuicio de lo anterior, en todo caso, advierte el Tribunal que tampoco habrían sido aplicables a este caso los elementos que tradicionalmente se han exigido para la prosperidad de una pretensión de esta naturaleza, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina especializada.⁶³

⁶² Al tenor del citado artículo 868 del Código de Comercio, que señala lo siguiente:

"ARTÍCULO 868. <REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS>. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea"

⁶³ Solo a título de ejemplo, los desarrollados por la Sentencias de mayo 23 de 1,938, con ponencia del Dr. Arturo Tapias Pilonieta, o de febrero 21 de 2.012 con ponencia del Dr. William Namen V., ambas de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia

En efecto, en el caso que nos ocupa no existe circunstancias ni extraordinarias, ni imprevisibles o imprevistas **posteriores** a la celebración del Contrato, ya que el uso de la facultad de la Convocante de terminarlo anticipadamente existía desde su misma suscripción y la Convocante las conoció y no las objetó. Más aún, según el propio testimonio del Dr. Serrano, le preocuparon en su oportunidad, pero decidió no hacer observaciones al respecto por considerarlas “innecesarias”.

Es más, el hecho de que la circunstancia relativa a la eventual terminación anticipada del contrato hubiera sido expresamente pactada, resulta excluyendo la aplicación de la teoría de la imprevisión pues dicha circunstancia fue prevista en el contrato, es decir, no fue imprevisible ni imprevista, requisitos indispensables para la aplicación de la teoría de la imprevisión.

A su vez, la Convocante nunca alegó tales circunstancias durante la ejecución del Contrato mientras estuvo vigente y solo lo hizo con ocasión de este proceso ante su terminación anticipada, con lo cual no es procedente tal solicitud, ya que el mismo y sus prestaciones ya fueron cumplidas en su oportunidad. Por lo demás, no comprobó la Convocante ni alegó cuales fueron, además del uso de una facultad contractual, las circunstancias imprevisibles o extraordinarias que, en su opinión, le impiden ejecutar el contrato sin consecuencias gravosas o excesivamente onerosas.

Por ende, y, en resumen, tampoco habría sido posible decretar la existencia de tal desequilibrio contractual, si ello hubiese sido posible por existir una oferta previa que hubiera sido desconocida por el Contrato, ya que, de un análisis palmario, no se configurarían tampoco los presupuestos para hacer efectiva la teoría de la imprevisión para este caso.

De igual manera, y por sustracción de materia, el Tribunal no analiza las demás excepciones interpuestas por la Convocada, al haber prosperado, como se señaló anteriormente, dos de las que fueron planteadas, las cuales resultan suficientes para enervar la pretensión primera de la demanda.

ii. SOBRE LA PRETENSION SEGUNDA DE LA DEMANDA

1. Posición de la Parte Convocante

Como segunda pretensión de la Demanda, la Convocante planteó la siguiente:

“SEGUNDA: Que como consecuencia de la revisión de las cláusulas QUINTA y DECIMO CUARTA, se determine la validez, alcance y el carácter vinculante de la oferta mercantil realizada de conformidad con lo establecido en los artículos 845 y 850 del código de comercio, la cual contenía los elementos esenciales del negocio y fueron debidamente comunicados y aceptados por las partes, en el sentido de establecer que el contrato de arrendamiento si tenía un plazo inicial de cinco (05) años, termino en el cual ninguna de las partes podía darlo por terminado unilateralmente sin indemnizar a la otra parte, pues esto genera un desequilibrio contractual habida cuenta que el demandante apropio de su patrimonio recursos cuantiosos para ejecutar la construcción de un local comercial bajo los lineamientos comerciales y técnicos requeridos por la sociedad demandada para su operación comercial”⁶⁴.

Nuevamente, el Tribunal advierte la especial redacción de esta pretensión, y la interrelación que plantea sobre múltiples elementos y que, en síntesis, supone para el Tribunal (i) revisar las citas cláusulas 5ª y 14 del Contrato, para (ii) determinar que la oferta que estima realizó la Convocante era válida, vinculante y señalar sus alcances, (iii) que ella fue comunicada y aceptada por las Partes, (iv) que ella proveía un término de duración contractual de 5 años, durante el cual ninguna de ellas podía darlo por terminado de manera anticipada sin indemnizar a su contraparte, (v) dado el desequilibrio económico que ello le generaría dados los dineros que tuvo que invertir para la construcción del local comercial objeto del arrendamiento.

Para sustentar esta pretensión, la Convocante invoca, en líneas generales, los mismos hechos y fundamentos argüidos en la pretensión primera anterior, por lo cual y en aras de no reiterar lo ya expuesto, el Tribunal hace referencia a lo manifestado en capítulo anterior.

En todo caso, la Convocante considera que la Convocada, por conducto de su jefe de expansión en la zona, S. Gabriel Lugo, presentó una oferta de contrato de arrendamiento, completa en sus elementos, valida y vinculante, que fue aceptada, por

⁶⁴ Expediente Virtual. 02_PRUEBAS. 002_Pruebas_Subsanacion_20240129. DEMANDA DE ARBITRAJE SUBSANADA TRAMITE 146764-27-201.pdf. Pg. 126 y ss.

medio de la cual, en su parecer, dicho arrendamiento tendría una duración de 10 años, 5 iniciales y 5 prorrogables, que la motivaron a construir el local en donde operó una tienda de la Convocada en la ciudad de Valledupar.

Tal argumento fue reiterado en su alegato de conclusión de la siguiente manera⁶⁵:

“Se podría decir que al punto de que si generaron obligación a contratar, porque ello decantó en la única y exclusivamente firma del contrato, por ende el... (Fallas de red) romper injustificadamente y basado en una regla o una estipulación contractual, desconociendo los tratos o las responsabilidades adquiridas en la etapa precontractual está fuera de contexto aquí. Es decir, si bien se pudo establecer que D1 en un momento determinado podría dar por terminado el contrato de arrendamiento desconoce el trato preliminar señalado, es decir dónde quedan esas estipulaciones previas, dónde queda esa responsabilidad precontractual, esos tratos preliminares, además que son de la estirpe y son de la esencia del principio de la buena fe comercial propia de los comerciantes.”

2. Posición de la Parte Convocada.

Por su parte, la Convocada se opuso a la viabilidad de esta pretensión reiterando algunos de los argumentos ya expuestos frente a la pretensión primera y recalcando los siguientes:

- 2.1. Que el Sr. Lugo no es representante legal de D1, con lo cual mal pudo efectuar o plantear una propuesta de contrato.
- 2.2. Que la Convocante no ha comprobado la existencia de una oferta o propuesta de contrato de arrendamiento, ni de su aceptación por parte de la Convocada.
- 2.3. Que los documentos aportados a la Demanda no reúnen los requisitos legales para configurar una oferta contractual, y simplemente reflejan unas negociaciones previas, usuales en este tipo de contratos.
- 2.4. Que, en todo caso, las partes en la cláusula vigesimosegunda del Contrato pactaron que el mismo es la ley contractual y que reemplaza cualquier acuerdo o entendimiento anterior, con lo cual aún en el evento de una oferta de contrato anterior, ella fue reemplazada por el Contrato, libremente suscrito por las Partes.

⁶⁵ Expediente Virtual. 03 AUDIOS VIDEOS. 20240704 Alegatos. 146764 Alegatos 20240704.mp4
Centro de Arbitraje y Conciliación – Cámara de Comercio de Bogotá – Laudo Arbitral – Página 60 de 107

- 2.5. Que la actitud de la Convocante desconoce el alcance del Contrato y supone una violación al principio de la buena fe, al ir en contra de sus propios actos.

En tal sentido, al contestar la Demanda⁶⁶, la Convocada manifestó lo siguiente:

“3.2. A la pretensión segunda:

NOS OPONEMOS. *La segunda pretensión en la demanda es que se revise la validez, alcance y carácter vinculante de la oferta mercantil, que fue realizada de acuerdo con los artículos 845 y 850 del código de comercio. Esta oferta contenía los elementos esenciales del negocio y fue debidamente comunicada y aceptada por las partes. Se busca establecer que el contrato de arrendamiento tenía un plazo inicial de cinco años, durante el cual ninguna de las partes podía terminarlo unilateralmente sin indemnizar a la otra parte. Esto se debe a que el demandante invirtió una cantidad significativa de su patrimonio para construir un local comercial de acuerdo con los lineamientos comerciales y técnicos requeridos por la sociedad demandada para su operación comercial.*

En primer lugar, el demandante pretende hacer valer una supuesta oferta frente al contrato suscrito entre las partes lo cual desconoce lo acordado en el texto completo del contrato, especialmente la cláusula vigésima segunda que dice textualmente que:

“VIGÉSIMA SEGUNDA.- CONTRATO TOTAL: El presente Contrato y sus anexos establecen el único y entero acuerdo entre las Partes con respecto al arrendamiento del Local aquí previsto, y prevalecerán sobre cualquier acuerdo previo, verbal o escrito, existente entre las Partes y redunda en beneficio de sus herederos, sucesores y cesionarios.”

Esto demuestra un actuar de mala fe contractual por parte del demandante. El artículo 871 del Código de comercio establece que los contratos deben ser celebrados y ejecutados de buena fe y los contratos obligan no solo a lo que se acuerda explícitamente, sino también a todo lo que corresponde a su naturaleza.

Esto significa que las partes involucradas en un contrato están obligadas a actuar con honestidad y justicia, no solo en relación con los términos explícitos del contrato, sino también en relación con sus implicaciones inherentes según la ley, las costumbres locales y la equidad.

⁶⁶ Expediente Virtual. 01 PRINCIPAL. PRINCIPAL 02. 09 Contestacion 20240228.pdf.

Para la Corte Suprema de Justicia, el principio de buena fe es un deber de comportamiento probo, honesto y leal que deben observar las partes en la formación, ejecución y extinción de los contratos.

El incumplimiento del deber de buena fe puede dar lugar a la invalidez de las cláusulas abusivas que transgredan el mandato legal, o a la indemnización de los perjuicios causados por la conducta desleal o de mala fe⁶⁷.

La demandante pretende desconocer los acuerdos plasmados en el contrato y hacer valer una supuesta oferta que omite demostrar.

En segundo lugar, aunque la demandante no lo menciona, el proceso corresponde a un proceso de responsabilidad civil contractual. Es decir, se aplican los presupuestos de la responsabilidad civil contractual. No obstante, el demandante pretende hacer valer elementos de la responsabilidad civil extracontractual alegando la aplicabilidad de la etapa de negociación entre las partes.

Ahora bien, es importante aclarar que el demandante no demostró, ni siquiera sumariamente, la existencia de la supuesta oferta. En los hechos 5, 7, 9, 10 el demandante menciona la supuesta oferta presentada por el señor GABRIEL JESUS LUGO SOCARRAS, pero no presenta ninguna prueba al respecto.

De esta forma, el punto de partida es el contrato suscrito libre y voluntariamente por las partes que estipula todas las condiciones acordadas por las partes que regían el negocio. Por lo tanto, desconocer esta situación además de constituir una violación al principio de buena fe, vulnera el principio jurídico de no ir contra los propios actos.

En este punto, vale la pena resaltar el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, que es una regla que expresa el principio de buena fe y tiene como objetivo proteger los intereses legítimos de ciertos sujetos jurídicos. Obliga a mantener una conducta coherente con los actos previos propios y prohíbe actuar en contra de ellos.

Este principio (regla) ha sido desarrollado e implementado por las altas cortes para evitar comportamientos incoherentes que atenten contra la buena fe y la

⁶⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de diciembre de 2011. Radicación número: 1100131030142001-01489-01 Jaime Alberto Arrubla Paucar.

confianza legítima. Se considera un límite al ejercicio de los derechos subjetivos para promover comportamientos coherentes y el respeto de la buena fe⁶⁸.

En el presente caso, la demandante pretende desconocer el contrato suscrito el 29 de octubre de 2021 y todo el tiempo de ejecución del contrato. También pretende hacer valer elementos de la etapa precontractual desconociendo directamente las estipulaciones del contrato. Todo esto demuestra no solo una violación grave del principio de buena fe, sino también una violación al contrato mismo. Generando un daño a D1.”

Asimismo, le son aplicables a esta pretensión las excepciones ya mencionadas en capítulo anterior, que no se reiteran para evitar repeticiones y su argumentación fue confirmada en su alegato de conclusiones en los siguientes términos:⁶⁹

“Prohogar S.A.S., afirma que D1 impuso cláusulas contractuales lesivas, generando un desequilibrio contractual, imponiendo una carga obligacional desproporcionada y afectando gravemente el equilibrio contractual de las obligaciones pactadas, esto es falso: Primero, no existe ninguna prueba de ella; y segundo, se desvirtúa con lo afirmado por el representante legal de Prohogar, quien manifestó haber leído el contrato y a pesar de haber sido advertido por su oficina jurídica interna del riesgo de las cláusulas 5ª y 14ª decidió firmar bajo su propio riesgo, y afirma no haber sido obligado ni constreñido a llevar a cabo ningún tipo de adecuación... (Fallas de red) a realizar las inversiones para poder arrendar el local.”

3. Consideraciones del Tribunal

Como se manifestó anteriormente y en uso de sus facultades de interpretación ante la redacción confusa de esta Pretensión, el Tribunal entiende que se busca que se determine la validez de la oferta que entiende la Convocante le formuló la Convocada, que se determine y declare que fue comunicada y aceptada, y con base en ella se revisen las cláusulas 5ª y 14 del Contrato, para declarar que, en virtud de la alegada oferta, no era viable terminar anticipadamente el Contrato antes de 5 años habida cuenta de las inversiones económicas efectuadas para la construcción del local objeto del mismo.

En tal sentido, la pretensión no ha de prosperar por las siguientes razones:

⁶⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia STC294-2023 del 25 de enero de 2023. Radicación número: 05001-22-03-000-2022-00670-01. Magistrado ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

⁶⁹ Expediente Virtual. 03 AUDIOS VIDEOS. 20240704 Alegatos. 146764 Alegatos 20240704.mp4.

En torno a esta pretensión, el análisis legal sobre la validez de la oferta implicaría, entre muchas otras materias, que la Convocante se hubiera ocupado de considerar los elementos legales básicos que la constituyen, entre ellos la capacidad de quien la formuló, la ausencia de vicios del consentimiento y la existencia de un objeto y causa lícitos, análisis que no se efectuó a lo largo de este arbitraje.

Sin perjuicio de lo anterior, afirma la Convocante que la alegada oferta existió, fue válida al reunir todos los elementos que la tipifican a la luz del art. 845 del Código de Comercio, y fue debidamente comunicada y aceptada por las Partes.

Ya en materia de la pretensión primera anterior, el Tribunal analizó en detalle los elementos de existencia de la alegada oferta, concluyendo que no existió, o no se aportó al expediente, una oferta de contrato de arrendamiento que reúna las características anunciadas en la Demanda, y que aquella que se alega la constituye (correo electrónico de 21 de septiembre de 2.021, varias veces reseñados y mensajes de datos y correos aportados), no reúnen los requisitos legales para poder siquiera ser considerada como una oferta de contrato existente.

Por ello y para no ser repetitivo, el Tribunal hace referencia y reitera los argumentos expuestos en capítulo anterior, para concluir que no existió oferta de arrendamiento formulada por la Convocada en favor de la Convocante, con lo cual, por obvia sustracción de materia, no puede existir, en derecho, una oferta válida que produzca efectos legales y contractuales. Este solo argumento es suficiente para declarar la improcedencia de esta pretensión. Al no existir la oferta, ella no puede ser válida y se hace innecesario cualquier análisis o consideración adicional por parte del Tribunal.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal se referirá a dos temas que claramente permiten concluir que la oferta alegada no solo es inexistente, sino también es inválida o no es aplicable, a la luz de la ley colombiana.

3.1. Los efectos de la cláusula 22 del Contrato.

La primera se relaciona con la materia ya analizada en el capítulo anterior sobre la pretensión primera de la Demanda y consiste en los efectos de la cláusula 22 del Contrato suscrito por las Partes. Como se analizó en su oportunidad, habiéndose acordado entre las Partes, como se hizo, una estipulación que hace del Contrato la ley contractual aplicable y que deja sin efectos cualquier acuerdo, verbal o escrito, anterior

entre ellas, la invocación de una oferta previa, así ella existiese o fuera válida, deja de ser relevante ya que las mismas partes así lo quisieron.

Fueron ellas, las Partes, quienes suscribieron el Contrato en los términos en que fue acordado y fue la Convocante, quien habiendo podido objetar o modificar algunas de sus cláusulas, no lo hizo como en detalle se analizó en capítulo precedente. Mal puede alegarse años después que existió una supuesta oferta y que el Contrato, que ella no objetó, que suscribió libremente y ejecutó por casi dos años, contradice una oferta anterior que establecía, en su decir, condiciones distintas. Por ello, el Tribunal reitera las consideraciones expuestas en su oportunidad y no las repite para evitar consideraciones innecesarias.

3.2. Análisis de la capacidad del señor Gabriel Lugo.

De otra parte, el Tribunal estima necesario analizar una temática adicional, ampliamente debatida en este proceso, y que incide directamente en la validez de la alegada oferta, si ella hubiera existido. Se refiere a la capacidad del Sr. Gabriel Lugo para formular una oferta que vinculara jurídicamente a la Convocada, y si, en el contexto en que el Contrato fue negociado, es posible entender que el Sr. Lugo, aún si fuese capaz de obligar a la compañía en que trabaja, realmente al negociar con la Convocante asumía y presentaba “ofertas” de contrato, o simplemente y con conocimiento de la Convocante, se limitaba a ser un intermediario cuyas negociaciones requerían de una aprobación subsiguiente de sus superiores.

El alcance de las actividades del Sr. Lugo ha sido materia central del debate objeto de este arbitraje. Es a él a quien la Convocante le atribuye haber formulado una oferta en unas condiciones, luego desconocidas en el Contrato. Oferta que la Convocante -como ya se analizó en capítulo precedente- aduce se estructuró no solo con los correos electrónicos aportados, sino que se construyó, también, con lo conversado en las reuniones en que se negoció el Contrato.

Para el Tribunal es claro que, contrario a lo alegado por la Convocante, el Sr. Lugo carecía de la capacidad para formular ofertas, no solo porque sus funciones, que la Convocante conocía, no incluían tales facultades, sino porque, además, el Sr. Lugo no era ni antes, ni durante ni después de las negociaciones con la Convocante, representante legal de la Convocada con facultades suficientes para poder obligarla en derecho. Y tales hechos están acreditados plenamente en este arbitraje como se explica a continuación.

El papel y funciones desempeñados por el Sr. Lugo, como *scout* y luego jefe de expansión de zona regional de la Convocante es claro y no admite interpretación diferente. Era en la época y lo es aún, un funcionario de esa compañía que encuentra inmuebles o puntos para que operen tiendas de D1 en la zona norte, y sirve como enlace para contactar a los propietarios y negociar, ad-referéndum de instancias superiores, las condiciones físicas y contractuales de los respectivos contratos de arrendamiento.

Tales funciones las realizaba sin tener representación legal de la Convocada, y sin negociar borradores de contrato, por lo cual tanto la suscripción de tales contratos, como la redacción y aceptación de cambios en los mismos dependen de un comité en las oficinas centrales de la Convocada en Bogotá, por conducto de su departamento jurídico. Si existían ajustes, cambios o propuestas de un propietario, el Sr. Lugo las transmitía a sus superiores, quienes tomaban las decisiones respectivas.

Y las declaraciones de las Partes son claras al respecto, tal y como se transcriben a continuación, inicialmente la declaración del representante legal de la Convocada, Luis Felipe Rincón⁷⁰:

“DR. ABELA: [00:06:10] Muy bien. En ese rol que usted ya lleva prácticamente durante siete años o un poco cercano a los siete años, le agradecería le explique al Tribunal, ¿cómo funciona operativamente y de manera interna en su compañía la mecánica de consecución de un inmueble para su eventual arrendamiento y cuál es el proceso de interlocución que usted tiene con, por ejemplo, un funcionario de la compañía como el doctor Lugo, que es el jefe de expansión para parte de la zona norte, cómo es la interlocución y cuál es el rol que hace la dirección jurídica y la representación legal de la compañía en ese proceso?”

SR. RINCÓN: [00:06:47] Claro que sí, esta compañía por el tamaño que tiene, es una compañía descentralizada, por lo cual estamos divididos por regiones, diez regiones a lo largo de Colombia, cada una de estas regiones tienen unos scouts o jefes de zona, los cuales que, su función es buscar locales y ponerlos en contacto con la compañía para que a través de los comités que haya, gerente de expansión, vale la pena indicar que el señor Lugo, al ser un scout, no toma decisiones dentro de la compañía.

⁷⁰ Expediente Virtual. 03_AUDIOS_VIDEOS. 20240429_Pruebas.
P1 146764 Pruebas 20240429.mp4.

Él simplemente qué hace, poner en contacto al propietario con la compañía, para que una vez el local que el señor Lugo vea y que considera que puede ser interesante para la compañía, lo presente y las personas superiores en cargo, aprueben o no la adquisición o el arrendamiento de estos locales, una vez pasa esto, se inicia toda la consecución documental y negociación del contrato para que finalmente el contrato sea materializado.

El contrato ya es elaborado por jurídica, es un contrato, obviamente esta compañía tiene arrendados 2.500 tiendas, entonces tenemos un contrato tipo, el cual es enviado al arrendador para que él haga sus comentarios, presente observaciones, la compañía los evalúe, se llega a un acuerdo y se procede con la firma del contrato.

Los contratos al ser, como lo dije anteriormente, un proceso, esta compañía al ser descentralizada es suscrito por el director regional, quién es el director regional, el gran gerente general de cada zona de la compañía, quien es la persona, que el representante legal de D1 le da poder y facultad para que suscriba los contratos.

DR. ABELA: [00:09:20] No se preocupe, le preguntaba lo siguiente, con el mayor gusto le repito la pregunta, dentro de lo que usted nos acaba de explicar, hay unas personas que usted menciona que es el scout o el jefe de expansión, el cargo pues básicamente, esa persona, usted nos decía que básicamente se encarga de contactar al propietario e iniciar conversaciones y negociaciones, ¿cuál es el alcance de sus facultades en esa negociación y en esas conversaciones, doctor Rincón?

SR. RINCÓN: [00:09:45] Ahí perdí otra vez los últimos, los primeros 10 segundos, pero creo que, más o menos la función del señor Lugo y el alcance que tiene el señor Lugo dentro de la compañía, ¿no cierto?

DR. ABELA: [00:09:53] Sí, señor. ¿Y cuál es su interlocución con ese tercero propietario potencial cliente para un contrato de arrendamiento de un local comercial?

SR. RINCÓN: [00:10:02] Es un intermediario que lleva las indicaciones que lleva la compañía y pone en contacto al arrendador con la compañía, es decir, oiga, estamos interesados en el local que vimos, necesito estos documentos y lo transmite a la compañía para que analice el precio, el valor del canon, le diga si estamos de acuerdo o no estamos de acuerdo, y si finalmente la compañía dice estoy de acuerdo con ese punto, enviarle los documentos y el contrato para que se empiece a discutir la negociación pertinente para que se plasme en el contrato, es un intermediario.

DR. ABELA: [00:10:37] Perfecto. En la visión de ustedes y eso es lo que obviamente el Tribunal quiere conocer en este momento, ¿lo que el señor Lugo en este caso o

cualquier otro, persona que ocupe un cargo similar en otras regiones del país, no compromete la responsabilidad directa de la compañía o sí la compromete?

SR. RINCÓN: [00:10:56] No, señor, porque sería creo que irresponsable por parte de la compañía, que 20, 30 personas que desempeñan el mismo cargo del señor Lugo puedan tomar decisiones y comprometan a la compañía.

DR. ABELA: [00:11:07] ¿Hasta qué punto las comunicaciones que envía el señor Lugo o las conversaciones que una persona como el señor Lugo realice con un cliente, de alguna manera no pueden generar algún tipo de indicación o de algún tipo de expectativa para ese cliente, usted, cuál es la visión de la compañía sobre ese particular?

SR. RINCÓN: [00:11:26] No, porque precisamente y además para curarnos, curarnos en salud o como para establecer en el contrato, tenemos una cláusula que dice que este es el acuerdo total y que reemplaza cualquier expectativa que llegara a haber como usted lo manifiesta, de que el señor comprometa la compañía, entonces precisamente para eso, el único documento que plasma todas los acuerdos que hay es el contrato y precisamente para eso se le comparte al arrendador para que haga las manifestaciones que considere pertinentes.

Y, en ese mismo sentido, el Sr. Lugo manifestó lo siguiente⁷¹:

“DR. ABELA: [00:12:54] ¿Usted recuerda quién suscribió el contrato de arrendamiento entre D1 y Prohogar, a nombre de D1?

SR. LUGO: [00:13:01] Creo que en su momento fue la doctora Elvia Mónica, que era la gerente regional.

DR. ABELA: [00:13:09] ¿La doctora Elvia era por ende representante legal de D1?

SR. LUGO: [00:13:13] Era la gerente regional.

DR. ABELA: [00:13:17] Por eso, pero tenía capacidad de representación de D1 en ese momento.

SR. LUGO: Sí señor

DR. ABELA: [00:13:58] ¿Usted suscribió esa acta de entrega?

SR. LUGO: Sí señor.

DR. ABELA: [00:14:00] ¿Si usted no es representante legal de D1 cómo suscribe el acta de recibo de ese inmueble? Pregunto yo.

SR. LUGO: [00:14:10] No, no, no, lo que pasa es que nosotros recibimos que está a satisfacción lo que se le pidió al propietario en el contrato, el layout

DR. ABELA: [00:16:00] Muy bien. En lo que a usted le consta, entiendo que su función es de jefe de expansión. ¿Ustedes le hicieron explícita o implícitamente algún tipo de

⁷¹ *Ibíd.*

ofrecimiento que diera a entenderle a Prohogar que el contrato de arrendamiento iba a tener una duración determinada de cinco o diez años, o cuál es su entendimiento sobre el particular?

SR. LUGO: [00:16:28] Bueno, es que, el tema es que el contrato tiene una duración de cinco años, un Contrato Tipo que envía directamente jurídico.

DR. ABELA: [00:16:38] La pregunta es, ¿si dentro del proceso precontractual, dentro del proceso de negociaciones que usted obviamente tuvo a cabo, y que usted fue quien lo lideró, usted, ya sea a través de una comunicación o de otra manera, le hizo un ofrecimiento, le dio a entender, motivó de alguna manera a Prohogar para celebrar este contrato, más allá de lo que el contrato diga, sobre la base de una duración mínima determinada?

SR. LUGO: No señor.

...

DR. MEZA: [00:21:41] ¿En ese proceso de concertación previa que ustedes hicieron allí en representación de D1, contaba usted con amplísimas facultades, está autorizado en su rol de jefe de expansión para hacer este tipo de reuniones, de acercamientos?

SR. LUGO: [00:21:59] De acercamientos sí, sí señor

DR. MEZA: [00:22:04] ¿Contaba usted en este tipo de reuniones con la posibilidad o con la facultad para comprometer posteriormente en un contrato de arrendamiento a D1 S.A.S.?

SR. LUGO: [00:22:17] No, no señor.

...

DRA. DANGOND: [00:27:19] ¿En ese sentido, usted tiene la capacidad de negociar las cláusulas del contrato que envía con la información que envía a Bogotá?

SR. LUGO: [00:27:27] No señora, si el propietario tiene problemas con alguna cláusula, se le envía la notificación a Bogotá.

Por su parte, la Convocante por conducto de su representante legal, Dr. Mario Serrano, manifestó lo siguiente al respecto⁷²:

“DR. ABELA: [00:36:58] ¿Para usted era claro en ese momento que el señor Lugo no era representante legal de D1?

SR. SERRANO: [00:37:04] No, señor, él era, para la época era scout, lo mismo ahora que es jefe de expansión de Cesar y Guajira, pero no representante legal, en mi amplio conocimiento en las empresas hay designaciones de cargos, en este caso él era jefe de expansión y no, no precisamente tiene uno que negociar con el representante legal, el representante legal en este caso es la última persona, es la que firma el contrato, pues tendrán trámites internos que yo desconozco, pero siempre la negociación fue

⁷² *Ibídem.*

con el señor Gabriel Lugo, y en ocasiones, aparecía por ahí la arquitecta, que era la que le hacía seguimiento a la obra, pero de ahí en adelante más nadie”.

Con base en las consideraciones anteriores, el Tribunal claramente concluye lo siguiente:

- 3.2.1. El Sr. Gabriel Lugo era y es funcionario de la Convocante, con el cargo de scout, y, posteriormente, jefe de expansión para los departamentos de César y la Guajira.
- 3.2.2. En ejercicio de su cargo, el Sr. Lugo se encargaba, fundamentalmente, de conseguir inmuebles que fueran atractivos para su compañía como locales para sus tiendas, y, una vez localizados, era el enlace con el propietario para organizar la logística operativa y jurídica asociada a los arrendamientos respectivos.
- 3.2.3. Si bien el Sr. Lugo adelantaba las negociaciones con los propietarios, tanto el modelo de contrato de arrendamiento, como la aceptación de cualquier ajuste, y en general, de las condiciones de este dependían de instancias superiores, lo cual era y es de conocimiento de los propietarios.
- 3.2.4. Los ajustes a tales borradores eran viables, pero dependían de decisiones a ser adoptadas por el departamento legal de la Convocada.
- 3.2.5. El Sr. Lugo no detentaba, como tampoco lo hace hoy, la representación legal de la Convocada, por lo cual cualquier negociación o manifestación que realice debe ser aprobada por sus superiores, sin que las mismas, de haberse realizado, puedan comprometer directamente a la Convocada.

Bajo este escenario, el Tribunal señala que era claro para las Partes que el Sr. Lugo era un enlace con funciones de coordinación y transmisión de información, que opera en la zona norte del país, y se encarga de conseguir los locales, contactar a sus propietarios, y una vez se determina el mutuo interés en contratar, de tramitar los contratos de arrendamiento respectivos, con la premisa que las condiciones y el clausulado correspondientes dependen de instancias superiores, y que carece de autonomía para negociar, menos para formular ofertas o suscribir contratos.

Podría aducirse que el Sr. Lugo ejerció, de alguna manera, una especie de mandato o representación aparente en los términos del art. 842 del Código de Comercio⁷³, por el cual, según las costumbres comerciales o su propia culpa si alguien da lugar a entender que una persona, no teniendo facultades, lo está para representarla, caso en el cual los negocios que este “representante legal” celebre lo obligarán, siempre y cuando el tercero actúe de buena fe exenta de culpa.

En el caso bajo estudio, tal hipótesis no es aplicable porque, tal y como se ha acreditado, la Convocante siempre tuvo claro que el Sr. Lugo no era un representante legal de la Convocada⁷⁴, no pudo asumir por sus actos tal condición, así como era consciente que los acuerdos a que llegase con el Sr. Lugo requerían aprobación posterior y que, por ende, el Contrato, como ley contractual entre las Partes, no era elaborado, mucho menos acordado por el Sr. Lugo, quien ejercía como un intermediario entre la Convocante y las instancias decisorias de la Convocada en su oficinas de Bogotá.

De esa manera, entonces, el Tribunal considera que el Sr. Lugo no tenía capacidad para presentar ofertas de contrato en nombre y representación de la Convocada por carecer de capacidad para ello, con lo cual los efectos vinculantes de sus acciones, a la luz de lo establecido por el art. 833 del Código de Comercio⁷⁵, no eran aplicables por ausencia de facultades.

De igual manera, no actuó el Sr. Lugo como un mandatario con facultades de representación aparente porque nunca dio a entender (en realidad, era todo lo contrario), que actuaba en nombre de la Convocada con plenas facultades para comprometerla, sino que las dos partes eran conscientes de la falta de capacidad del

⁷³ **ARTÍCULO 842. <REPRESENTACIÓN APARENTE>**. Quién dé motivo a que se crea, conforme a las costumbres comerciales o por su culpa, que una persona está facultada para celebrar un negocio jurídico, quedará obligado en los términos pactados ante terceros de buena fe exenta de culpa.

⁷⁴ Tal y como lo reconoció expresamente su representante legal, Dr. Serrano, en declaración ya reseñada anteriormente. Expediente Virtual. 03_AUDIOS_VIDEOS. 20240429_Pruebas. P1_146764_Pruebas_20240429.mp4

⁷⁵ **ARTÍCULO 833. <EFECTOS JURÍDICOS DE LA REPRESENTACIÓN>**. Los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con éste. La regla anterior no se aplicará a los negocios propuestos o celebrados por intermediario que carezca de facultad para representar.

Sr. Lugo para vincular a la Convocada con sus actos. Era, pues, un intermediario, un enlace en la zona que tramitaba los contratos, y cuyas manifestaciones no pueden constituir una oferta o propuesta de contrato bajo los parámetros legales.

Si a ello se le suma que la cláusula 22 del Contrato señaló expresamente que cualquier acuerdo previo quedaba sin efectos frente a su tenor literal, y que él fue negociado y aceptado libremente y sin observaciones por la Convocante, como ya se ha reseñado en declaración del Dr. Mario Serrano, resulta concluyente para el Tribunal que ninguna manifestación del Sr. Lugo (que, se reitera, tampoco constituye una oferta existente que reúna los requisitos legales exigidos por el art. 845 del Código de Comercio en todos los documentos aportados al expediente), puede ser declarada como una oferta válida, ya que, de entrada, no reúne ni los elementos esenciales del negocio, ni es formulada por persona capaz de representar a una persona jurídica como lo es la Convocada.

Así las cosas, no constituyendo ni el correo de 23 de septiembre de 2021, ni los demás correos o mensajes de datos, ya reseñados, y a los que se hizo referencia en capítulo anterior, una oferta existente, menos válida de contrato de arrendamiento, el Tribunal estima que no es necesario, por evidente sustracción de materia, continuar analizando los demás elementos que permitirían la prosperidad de esta pretensión tal y como fue planteada.

No siendo una oferta válida de contrato la alegada por la Convocante supuestamente formulada por el Sr. Lugo, no es necesario ni revisar la incidencia de las cláusulas 5ª y 14 del Contrato, ni que la alegada oferta contemplaba un término de duración para el mismo de mínimo 5 años, que permitiese amortizar la inversión efectuada por la Convocante para la construcción del inmueble que era su objeto.

Se reitera, no solo no hubo oferta vinculante en los términos alegados por la Convocante, mucho menos una válida, sino que las condiciones acordadas por las Partes en el Contrato fueron libremente negociadas y aceptadas por ella, con carácter vinculante reemplazando cualquier acuerdo o entendimiento anterior, de cualquier clase, a la luz de la cláusula 22 ya citada.

En ese mismo sentido, no puede menos que anotar el Tribunal que la Convocante celebró dos contratos de arrendamiento con la Convocada, el que nos ocupa y es objeto de este arbitraje, que se ejecutó sin discusión por casi dos años, y uno adicional en el municipio de Puerto Bello, sin que tampoco sobre éste (al menos en lo que obra

al expediente, o lo que fue alegado en este arbitraje), se hubiese argumentado su invalidez o ineficacia, o la de sus cláusulas 5ª y 14, hasta la presentación de la demanda arbitral que nos ocupa.

Por tal razón y dadas las argumentaciones anteriores, el Tribunal encuentra que han de prosperar las excepciones interpuestas por la Convocada y que denominó como “Inaplicabilidad de la oferta”, “Inaplicabilidad de los artículos 845 y 850 del Código de Comercio” y “Aceptación expresa de la cláusula de terminación unilateral”, lo que se decretará en la parte resolutive de este laudo, sin que sea necesario, por economía procesal y sustracción de materia, que se realice el estudio de las demás excepciones por ella planteadas.

iii. SOBRE LA PRETENSION TERCERA DE LA DEMANDA

1. Posición de la Parte Convocante

Como tercera pretensión de la Demanda, la Convocante planteó la siguiente:

“TERCERA: Que como consecuencia de la revisión de las cláusulas QUINTA y DECIMO CUARTA, se establezca como carácter interpretativo de las mismas lo pactado en los actos precontractuales del contrato de arrendamiento del local comercial, que precede a la oferta comercial celebrada válidamente entre las partes, en el sentido de que siempre tuvieron como finalidad darle cumplimiento al plazo inicialmente celebrado, sin que antes de dicho plazo se pudiera presentar una ruptura contractual de manera unilateral como lo pretende la demandada, por lo que se solicita se declare la ineficacia de las cláusulas QUINTA y DECIMO CUARTA del contrato de arrendamiento de local comercial objeto de convocatoria del tribunal de arbitramento y apelando al criterio de la equidad se establezca, que si bien el contrato de arrendamiento del local comercial, tiene un término inicial pactado de cinco (05) años, antes de este plazo no se pueda dar por terminado anticipadamente por la sociedad demandada, sin que en todo caso una vez superado el plazo o hasta antes de su vencimiento declare su intención de no prorrogar el contrato de arrendamiento.”⁷⁶.

Como fundamento de esta pretensión, la Convocante, al igual que con las pretensiones anteriores (por lo cual se reiteran las consideraciones efectuadas en capítulos anteriores), ha señalado la existencia de la oferta efectuada por el Sr. Gabriel Lugo y

⁷⁶ Expediente Virtual. 01 PRINCIPAL. PRINCIPAL_02.01 Subsanacion_20240129.pdf

de actos precontractuales, ya analizados, por los cuales y en su opinión se acordó la duración del Contrato y la imposibilidad de darlo por terminado de manera unilateral antes de su vencimiento, así como que una vez vencido el plazo original de 5 años, tampoco era posible darlo por terminado antes del vencimiento de su prórroga.

Por tal razón, afirma y solicita la declaración de ineficacia de las cláusulas 5ª y 14 del Contrato, para que apelando a un criterio de equidad se determine que no es viable tal terminación anticipada antes del vencimiento de término inicial de 5 años. En tal sentido, manifestó lo siguiente en la Demanda⁷⁷;

“De igual manera las partes siempre tuvieron en cuenta las reglas generales de lo establecido en el código de comercio, de allí las partes de conformidad con la oferta comercial, generada en la etapa precontractual de conformidad con lo establecido en el artículo 850 del código de comercio y ss, realizada por el JEFE DE ZONA DE EXPANSION de la sociedad KOBÁ COLOMBIA SAS, el señor GABRIEL JESUS LUGO SOCARRAS, identificado con la cedula de ciudadanía N° 84.087.458, se propuso por parte de la sociedad KOBÁ COLOMBIA SAS hoy D1 SAS, un contrato de arrendamiento por un término de 05 años, prorrogables por 05 años más, termino propuesto por la sociedad demandada habida cuenta que el ARRENDADOR, debía realizar una inversión cuantiosa en la construcción del local comercial bajo los parámetros técnicos establecidos por la sociedad KOBÁ COLOMBIA SAS hoy D1 SAS, adecuaciones locativas y técnicas requeridas por la sociedad demandada para su operación comercial.

...

El clausulado del contrato objeto de revisión, prevé esta situación jurídica que se presenta y en la CLAUSULA VIGESIMA PRIMERA-INEFICACIA, la cual establece que, en caso de declaratoria de invalidez, ineficacia o inoponibilidad de alguna de las cláusulas, las demás conservaran el carácter vinculante, comprometiéndose las partes que en dicho caso realizara un esfuerzo razonable para acordar una nueva disposición válida y efectiva que reemplace a aquella que ha sido declarada inválida, ineficaz o inoponible, y que en la medida de lo posible, logre su intención y objetivos. “

A su vez, al alegar de conclusión señaló lo siguiente⁷⁸:

“Entonces sí hay un marco jurídico señalado, válido, que nos permite establecer que lo que se está expresando o sustentando en este arbitramento sí es vinculante en el

⁷⁷ Ibídem.

⁷⁸ Expediente Virtual. 03 AUDIOS VIDEOS. 20240704 Alegatos. 146764 Alegatos 20240704.mp4.

término de la oferta, que sí es necesario interpretar y/o anular y/o declarar la ineficacia de la cláusula de terminación por lo menos como se solicitó en la demanda hasta el vencimiento del primer plazo que es de cinco años. Yo no voy a... estableció que este extremo no quiso someter a consideración ni siquiera la prórroga, pues es evidente que esa terminación para las partes unilateral, se entendió luego del primer plazo, y es que debe ser así porque como también lo ha dicho el demandante, este no va a recuperar la inversión que hizo en los primeros 5 años de ejecución del contrato, es claro que no lo va a lograr, no va a llevar a feliz término esa inversión, no va a tener un lucro en esa balanza financiera que puede tener un contrato de esta naturaleza, que lo que se pretende es obtener un beneficio económico.

Ahora, para que esto no quede tampoco como un pensamiento del que lo está diciendo o como un sueño, consideramos siempre que tenemos un sustento y un marco normativo que nos permita señalar que sí, que evidentemente hay una ruptura en el equilibrio contractual, es que las cláusulas pactadas en sede de cumplimiento no se honraron por parte de D1, observamos que viola todo principio negocial el hecho de esperar dos años y por qué esperar dos años y por qué no lo hicieron en un año, la pregunta es también por qué no lo hicieron al mes siguiente de haber recibido la tienda, si observamos... (Fallas de red) la balanza de cumplimientos obligacionales, tenemos la claridad de que todo se cumplió por parte de Prohogar, pero qué cumplió D1; no, no observamos que ese comportamiento de reciprocidad obligacional.”

2. Posición de la Parte Convocada

Por su parte, la Convocada se opuso a esta pretensión, esencialmente manifestando que no existen actos precontractuales aplicables al negocio objeto del debate procesal, ya que la totalidad del acuerdo entre las partes consta en el Contrato. Asimismo, señaló que las cláusulas cuya ineficacia se solicita no solo son existentes, sino válidas, ya que no existe norma alguna que las prohíba, ni sobre ellas se predica vicio o causal de invalidez aplicable, así como ellas fueron el producto del libre acuerdo de las Partes, libre de vicios del consentimiento. En tal sentido al contestar la Demanda⁷⁹, señaló lo siguiente, reiterando el Tribunal que, en contra de esta pretensión, son aplicables las excepciones ya reseñadas anteriormente, interpuestas de manera general en contra de todas las pretensiones de la Demanda:

“3.3. A la pretensión tercera:

NOS OPONEMOS. La tercera pretensión se refiere a la revisión de las cláusulas QUINTA y DECIMO CUARTA del contrato de arrendamiento. El demandante solicita que se

⁷⁹ Expediente Virtual. 01 PRINCIPAL. PRINCIPAL_02.09 Contestacion_20240228.pdf

interpreten estas cláusulas en el contexto de los actos precontractuales y la oferta comercial válida entre las partes. Según el demandante, la intención original siempre fue cumplir con el plazo inicial acordado, sin que se pudiera terminar el contrato de manera unilateral antes de ese plazo. Por lo tanto, se solicita que se declare la ineficacia de estas cláusulas y que, apelando al criterio de equidad, se establezca que el contrato de arrendamiento, que tiene un término inicial pactado de cinco años, no se pueda dar por terminado anticipadamente por la sociedad demandada. Además, se solicita que, una vez superado el plazo o hasta antes de su vencimiento, la sociedad demandada no pueda declarar su intención de no prorrogar el contrato de arrendamiento.

Como se puede observar, el demandante pretende hacer valer elementos de la etapa precontractual desconociendo el contenido mismo del contrato. Además, tiene la intención directa de que D1 no pueda terminar el contrato. Es decir, pretende obligar a D1 a estar en una relación contractual sin posibilidad alguna de poder darlo por terminado. Esto, además de estar en contravía de cualquier ámbito comercial general, violenta múltiples principios contractuales mencionados anteriormente.

A su vez, la demandante habla de la “intención original” y apela al criterio de equidad. La intención de las partes se consignó claramente en el contrato. El cual fue negociado libre y voluntariamente entre las partes. No existe ningún tipo de error o vicio generado en la etapa de negociaciones que afecte la validez o existencia del contrato. Por consiguiente, desconocer el contrato es un incumplimiento grave al mismo. Además, como claramente se establece en la cláusula compromisoria, el Tribunal debe fallar en derecho y no en equidad. Por lo que no es procedente aplicar un criterio de equidad en el presente caso.

En tercer lugar, el demandante solicita que se declare la ineficacia de las cláusulas, lo que a simple vista es una indebida acumulación de pretensiones dado que en la misma pretensión está solicitando la revisión de las cláusulas y la ineficacia de éstas. En el mismo sentido, esto demuestra que la demanda no cumple con los requisitos del artículo 82 del CGP, especialmente el numeral 4 que contempla que se debe expresar con precisión y claridad lo que se pretende. En este caso, no es clara la intención del demandante: si la revisión de la cláusula o la ineficacia.

Por su parte, es importante precisar que la ineficacia no requiere declaración judicial y debe estar expresamente contemplada en la ley. De esta forma, lo que se debió solicitar es la nulidad de las cláusulas.

En términos generales, la ineficacia se refiere a todos los casos en que un acto, inicialmente, no produce efectos jurídicos, o deja de producirlos por alguna circunstancia posterior ajena al acto mismo. Por otro lado, la nulidad se refiere a la privación de los

*efectos jurídicos de un acto debido a la inobservancia o carencia de algún requisito previsto por la norma para la integración del negocio*⁸⁰

Ninguno de estos dos casos es aplicable al caso concreto. Las estipulaciones relacionadas con la terminación unilateral del contrato son acuerdos lícitos y avalados por la Corte Suprema de Justicia.

Las cláusulas de terminación unilateral del contrato son estipulaciones de las partes que permite a una de las partes poner fin al contrato sin necesidad de justificación ni proceso judicial, previa notificación a la otra parte.

...

Adicionalmente se estudia la legalidad y validez de la cláusula de terminación unilateral a la luz de la normativa colombiana, específicamente el Código Civil y el Código de Comercio. La cláusula de terminación unilateral está sujeta a la evaluación de su conformidad con los requisitos generales de validez de los contratos. Estos requisitos incluyen la capacidad legal de las partes, el consentimiento sin vicios, la licitud del objeto y una causa lícita, de acuerdo con el Código Civil colombiano.

...

Para determinar la procedencia de una cláusula de terminación unilateral, es esencial considerar varios elementos:

- *La cláusula debe cumplir con los requisitos generales de validez de los contratos, asegurando que las partes tengan la capacidad legal para contratar, que el consentimiento no esté viciado, que el objeto del contrato sea lícito y que exista una causa lícita.*
- *La cláusula debe ser coherente con las normas imperativas establecidas en la legislación colombiana. La contravención de normas imperativas podría conducir a la nulidad absoluta de la cláusula.*
- *Se destaca la importancia de la buena fe y el deber de coherencia en la terminación unilateral. Esto implica que la parte que ejerce la cláusula debe hacerlo de manera coherente con los principios legales y éticos, evitando abusos o prácticas desleales.*

En el presente caso, la cláusula de terminación unilateral del contrato cumple con todos los presupuestos legales y jurisprudenciales. El contrato es completamente válido y aplicable a las partes. La cláusula no contraría ninguna norma imperativa y tampoco constituye una condición meramente potestativa. Además, se aplicó de forma coherente y sin mediar abuso o prácticas desleales”.

⁸⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de agosto de 2010. Radicación número: 05001-3103-017-2002-00189-01 César Julio Valencia Copete.

De igual manera, al alegar de conclusión manifestó lo siguiente⁸¹:

“Bien, finalmente o para ir terminando sobre la ineficacia y la invalidez y la inoponibilidad, lo que dice Prohogar S.A.S., es que la cláusula 4ª de terminación anticipada no corresponde a la negociación a partir de una oferta comercial que se hizo en la etapa precontractual, reiteramos que no existe tal oferta en los términos señalados por el convocado, en términos de una vigencia o un término mínimo de duración del contrato de arrendamiento a 5, 10 o 15 años. Reiteramos que el correo del 23 de septiembre del 2021 lo que contiene es la solicitud de unos documentos para la elaboración del modelo de contrato, en la medida que el punto fue aprobado por las instancias correspondientes de unos años después de haber sido presentado por el scout, señor Gabriel Lugo.”

3. Consideraciones del Tribunal

Como se ha manifestado en materia de las pretensiones anteriores, la redacción de esta tercera incorpora varios elementos, lo que supone para el Tribunal, al amparo de su facultad de interpretarlas, una labor de integración y adecuado entendimiento.

Por una parte, esta pretensión solicita revisar las cláusulas 5ª y 14 del Contrato, para, a la luz de la tanta veces alegada oferta de contrato de arrendamiento, determinar que existió un término contractual de 5 años antes del cual no era posible darlo por terminado de manera anticipada.

Por tal situación, y en la misma pretensión (sin que ello suponga una indebida acumulación de pretensiones como lo sostiene la Convocada, sino una compuesta de varios elementos redactados de manera no siempre clara y que supone que el Tribunal, como lo hace, deba claramente identificar sus alcances), solicita que se decrete su ineficacia sin hacer una clara explicación de los motivos que sustentan tal petición; con ello, parece indicar que la misma surge de la contradicción -objeto de las dos primeras pretensiones de la Demanda, cuya prosperidad se denegó en los términos anotados en capítulos anteriores de este Laudo-, entre las dos cláusulas bajo revisión y la oferta de contrato que alega existió (y que, se reitera, el Tribunal ya desestimó al analizar las dos primeras pretensiones de la Demanda), particularmente por el hecho que indica que el término contractual era de 5 años, sin que antes de su vencimiento, alega, fuera posible, al amparo de las cláusulas en comento, decretar la terminación anticipada del Contrato.

⁸¹ Expediente Virtual. 03 AUDIOS VIDEOS. 20240704 Alegatos. 146764 Alegatos 20240704.mp4

A su vez, y como corolario de lo anterior, la Pretensión solicita que, apelando a criterios de equidad, el Tribunal decrete que no es viable la terminación anticipada del Contrato antes del alegado vencimiento del término contractual de 5 años, y que tampoco lo sea antes de aquel de su prórroga si a ella hubiere lugar.

En síntesis, la Demanda ahora requiere el análisis de la ineficacia de las citadas dos cláusulas, 5ª y 14, sin que se haya precisado claramente en la Demanda el alcance del concepto de ineficacia, para, también, declarar que no es viable la terminación anticipada del término de duración del Contrato, o del sus prórrogas, antes de haberse cumplido el original del Contrato, de 5 años, todo ello porque, estima, las mismas son ineficaces por contrariar un acuerdo precontractual celebrado entre las Partes.

Por ello, y antes de analizar el objeto mismo de la Pretensión dada la ausencia de precisión de la Convocante sobre los alcances del concepto de ineficacia, a la luz del derecho colombiano, el Tribunal realiza las siguientes consideraciones generales sobre la materia:

3.1. Los conceptos de ineficacia, inexistencia y nulidad.

El alcance y contextualización del concepto de ineficacia de los actos jurídicos, no es ni ha sido un tema pacífico en la doctrina⁸² y en las legislaciones occidentales durante siglos, tendencia a la cual Colombia no es ajena.

En efecto, la diferenciación de los conceptos de inexistencia, como eventual causal de ineficacia de un acto jurídico, de aquel concerniente a su nulidad (en últimas, la clara y hoy en día evidente diferenciación entre los elementos esenciales del acto jurídico sin los cuales no puede existir, que marcan la teoría de la inexistencia, frente a aquellos no esenciales que suponen su existencia pero llevan a su nulidad), como elemento de validez del contrato, y, su interacción con la noción de ineficacia como una especie de título genérico que determine la debida estructuración de un negocio jurídico, es debate de la mayor importancia en el derecho de obligaciones.

⁸² Solo a título de ejemplo, baste citar el planteamiento que ya ofrecía la muy conocida obra del profesor Guillermo Ospina Fernández que permite sintetizar la problemática, en “Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos” Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, Editorial Temis, 1980, páginas 429 a 433.

Bajo ese planteamiento muy general e inicial y sin entrar en disquisiciones adicionales que resultan innecesarias para los propósitos de este Laudo, el Código Civil colombiano⁸³ no fue particularmente preciso en definir con exactitud los requisitos o elementos que configuran la existencia de un contrato, cuya omisión o no cumplimiento, da lugar a su inexistencia, mientras que sí lo hizo con aquellos que derivan en su nulidad, ya sea absoluta o relativa, sin que opere en Colombia la figura de la “nulidad” de pleno derecho, que, como se verá, se adopta en la regulación comercial con el nombre de “ineficacia”. Por ello, la inexistencia opera de pleno derecho sin que sea necesaria su declaración judicial (que, en todo caso, puede solicitarse para verificar su ocurrencia), mientras que tal declaración judicial es siempre necesaria tratándose de nulidades, cualquiera que sea su tipo.⁸⁴

En efecto, la construcción civilista de la teoría de la inexistencia en derecho colombiano ha sido fundamentalmente doctrinaria y jurisprudencial, pero ha partido de regulaciones como las consagradas en el art. 1501 del Código Civil⁸⁵, que claramente establece y puntualiza el alcance de las cosas esenciales del contrato, sin las cuales o no produce efecto, o degenera en otro tipo contractual⁸⁶, con lo cual resulta evidente que si bien (y como fue del caso con muchas otras codificaciones decimonónicas), el Código Civil no reguló expresamente la inexistencia, si la estructuró como elemento básico de la configuración de los contratos, con lo cual resulta totalmente aceptado en la jurisprudencia y doctrina nacionales que en Colombia, unos son los elementos de la existencia del acto jurídico y otros los de su validez.

Por ende, unos serán los efectos derivados de la inexistencia de un contrato y otros, por supuesto, los aparejados a su nulidad. Em líneas generales son elementos de la existencia del acto jurídico⁸⁷: (i) La presencia de una manifestación de voluntad o

⁸³ Como ha sido ampliamente comentado, la figura de la inexistencia del negocio jurídico no fue contemplada

⁸⁴ Ospina Fernández y Ospina Acosta, obra citada ibidem, pg 431.

⁸⁵ ARTÍCULO 1501. <COSAS ESENCIALES, ACCIDENTALES Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS>. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

⁸⁶ Sin perjuicio de su deducción de otras normas del Código Civil, que permiten deducir su estructuración, como lo son los arts., 1500, 1741 y 1760.

⁸⁷ Al respecto, ver Alonso Paredes Hernández, “Ineficacia del Acto Jurídico”, en Derecho de las Obligaciones, Tomo I, obra colectiva coordinada por Marcela Castro de Cifuentes, Editorial Temis en asocio con la Universidad de los Andes, 2.009, páginas 531 a 599.

consentimiento -con lo cual la regulación comercial de oferta, concurso e invitaciones a contratar, y aceptación de estas, ya con regulación concreta a partir de los arts. 845 y siguientes del Código de Comercio, cobra total importancia-, (ii) la configuración y posibilidad de un objeto, es decir la creación, modificación o extinción de una relación negocial, y la presencia del concepto de causa como motivación para contratar y (iii), sobre la base de la consensualidad como la regla general de contratación⁸⁸, la necesidad expresa de reunir o configurar una solemnidad o requisito solemne por expreso mandato legal⁸⁹, como puede ser la presencia de un consentimiento por escrito, vb., una escritura pública, o la creación contractual de formalidades no previstas por la ley.

Por su parte, y en líneas muy generales habrá lugar a la nulidad de los actos jurídicos (arts. 1740 y siguientes del Código Civil, y 899 y 900 del Código de Comercio), cuando falte capacidad (absoluta o relativa en las clasificaciones anteriores a la vigencia de las leyes 1306 de 2.009 y 1998 de 2019), cuando exista un consentimiento viciado (error, fuerza o dolo), cuando se configure objeto o causa ilícitos, y cuando no se reúnan las formalidades propias del acto o se contrarie normas imperativas, salvo que la ley disponga otro efecto.

De otra parte, la normatividad comercial, que es la aplicable al caso que nos ocupa (se trata de un típico acto de comercial, el arrendamiento de un local comercial suscrito entre dos sociedades mercantiles, como inequívocamente lo son la Convocante y la Convocada⁹⁰), es decir y en concreto, el Código de Comercio, en regulación que ha despertado numerosos comentarios encontrados, diferencia las figuras de la ineficacia, la inexistencia y la nulidad (sea absoluta o relativa- bajo el nombre de anulabilidad-), ello sin entrar a analizar figuras como la nulidad parcial, o la inoponibilidad, con matices y características propias que la tipifican con elementos particulares, no siempre alineados con la estructuración de la normatividad civil, que

⁸⁸ Arts. 1494 y 1502 del Código Civil y 824 del Código de Comercio.

⁸⁹ Art. 1500 del Código Civil.

⁹⁰ Sobre su carácter de sociedades comerciales, baste simplemente hacer referencia a los respectivos certificados de existencia y representación expedidos por las Cámaras de Comercio de Bogotá y Valledupar. Expediente Virtual. 02_PRUEBAS. 002_Pruebas_Subsanacion_20240129. DEMANDA DE ARBITRAJE SUBSANADA TRAMITE 146764-27-201.pdf. Pgs. 1 y ss.

le es aplicable por remisión directa en todo lo no por ella previsto, como se ha anotado en virtud del art. 822 citado.⁹¹

En tal sentido, el art. 897 del Código Comercial regula la ineficacia como figura propia e independiente de la inexistencia, considerando que el acto es ineficaz cuando el mismo código (y, se ha entendido por extensión, cualquier otra norma imperativa de carácter mercantil), señale expresamente que el mismo no produce efectos, con lo cual dicho acto carecerá de efectos sin necesidad de declaración judicial.⁹²

Se trata en consecuencia, el acto ineficaz, bajo la óptica más reducida de la definición citada de aquel que expresamente contraría disposición legal que expresamente señala que su estructuración no produce efecto alguno o se entiende por no escrita; es decir, aquel que desafía de manera directa normal expresa e imperativa que de manera concreta le asigna a tal estipulación la no causación de efectos en derecho. Es, bajo una mera perspectiva de tipificación legal, una sanción al negocio jurídico con alcances muy específicos y cuya configuración opera de pleno derecho.

A su vez, el Código de Comercio no solo consagra de manera expresa la inexistencia del acto jurídico (se reitera, no consagrada expresamente en el Código Civil), sino que la diferencia de la citada figura de la ineficacia.⁹³

En tal sentido, la definición de inexistencia citada, tal y como la recoge el inciso 2º del art 898 del Código de Comercio, resume la evolución jurisprudencial de esta figura en el país en buena parte del siglo XX, para reiterar los conceptos ya expuestos, por los cuales un acto es inexistente cuando se celebre sin reunir las solemnidades previstas por la ley para su formación, o falte alguno de sus elementos esenciales (básicamente la ausencia de objeto, causa o consentimiento).

⁹¹ ARTÍCULO 897. <INEFICACIA DE PLENO DERECHO>. Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

⁹² Tal tipo de disposiciones son frecuentes a lo largo de la regulación comercial, citando este Tribunal, solo a título de ejemplo, normas como los arts. 150, 200, 524, 1.055 y 1.328 del Código de Comercio.

⁹³ ARTÍCULO 898. <RATIFICACIÓN EXPRESA E INEXISTENCIA>. La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa.

Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.

Anotando el error conceptual que aporta este art. 898 cuando regula la “ratificación” del acto inexistente, que por su propia naturaleza no puede ratificarse, sino que debe volver a ser celebrado cumpliendo con la solemnidad omitida⁹⁴, se ha presentado discusión sobre la conveniencia legal de diferenciar dos figuras que cumplen un papel similar, con efectos legales paralelos, es decir llamar ineficaz a un acto que, *per se*, es inexistente, sin perjuicio de lo cual, a la luz de una definición legal, existen actos ineficaces (los que contrarían norma legal expresa que les asigna la carencia de efectos o el entenderse como no escritos), y actos inexistentes, cuando en ausencia de tales disposiciones legales y siguiendo los criterios tradicionales sobre la materia, o no reúnen alguno de los requisitos de su esencia, u omiten las solemnidades prescritas para el efecto por la ley.

De igual manera, el Código de Comercio, a la par del Civil, regula en los artículos 899 y 900, la nulidad del acto jurídico, nulidad absoluta y anulabilidad⁹⁵, siguiendo en líneas generales los lineamientos de esta figura establecidos en el Código Civil, consagrando nuevas figuras ya decantadas en la jurisprudencia para la época de su expedición, como la nulidad parcial (art.902), y aquella predicable de negocios plurilaterales (art. 903), con lo cual, en materia mercantil, desde una tipología legal, se diferencia la ineficacia, de la inexistencia, y de la nulidad.

La diferencia entre ineficacia y nulidad ha sido debatida por la doctrina y jurisprudencia nacional, considerándola innecesaria⁹⁶, sin embargo y reconociendo su similitud, otros

94 Lo cual fue amplia y rápidamente entendido por la jurisprudencia y doctrinas nacionales desde prácticamente la expedición del Código de Comercio. Véase, por ejemplo, la Resolución 3193 de 11 de julio de 1.973 de la Superintendencia de Sociedades.

95 ARTÍCULO 899. <NULIDAD ABSOLUTA>. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

- 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;
- 2) Cuando tenga {causa u objeto ilícitos}, y
- 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

ARTÍCULO 900. <ANULABILIDAD>. Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil. Esta acción sólo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que ésta haya cesado

96 Por ejemplo, véase la sentencia de 11 de enero de 2.011 de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia de la Dra. Liana Aida Lizarazo

autores la justifican dados los efectos de pleno derecho, retroactivos y sin necesidad de declaración judicial, propios de la ineficacia mercantil.⁹⁷

Reflexión adicional realiza el Tribunal en torno al alcance del concepto de ineficacia en derecho colombiano. De una parte, podría entenderse en una visión más restringida, como aquella definida por el art. 897 del Código de Comercio, con lo cual solo habría ineficacia de un acto jurídico, cuando contraríe norma expresa legal que le asigne a tal estipulación la respectiva carencia de efectos, o que ella se entienda como no escrita.

De otra parte, un sector jurisprudencial y doctrinal en Colombia ha entendido a la ineficacia como el concepto genérico que engloba a las demás categorías de sanciones por defectos en la formación del acto jurídico. En tal sentido, la ineficacia en su sentido más restringido, la inexistencia, la nulidad, o figuras como la inoponibilidad (art. 901 del Código de Comercio), o los efectos de la teoría de la imprevisión ya mencionada en capítulos anteriores, serían modalidades y especies del género ineficacia, que las englobaría a todas ellas.⁹⁸

A juicio del Tribunal, no resulta posible desconocer el texto expreso de la ley mercantil que de manera concreta diferencia las figuras en los términos muy generales ya expuestos, sin perjuicio de lo cual comparte los comentarios que sobre esta clasificación se han esbozado, ya que, conceptualmente hablando, los conceptos legales de ineficacia e inexistencia son idénticos (aún en sus efectos y en la no necesidad de declaración judicial para su operatividad), y la nulidad absoluta absorbe los eventos de violación de norma legal imperativa o ausencia de requisitos. No obstante lo anterior, reitera que, desde una perspectiva de tipificación legal, tales figuras son diferenciables y tienen una regulación y alcances propios y particulares.

3.2. El caso concreto.

Efectuadas las anteriores consideraciones generales, y analizando el caso que ocupa la atención del Tribunal, la primera temática a abordar, revisando las cláusulas 5ª y 14 del Contrato, como lo solicita la pretensión tercera de la Demanda, es la determinar

⁹⁷ Véase Paredes Hernández, obra citada, página 595.

⁹⁸ Es el caso de Paredes Hernández, en la obra citada, que habla de “ineficacia por nulidad” (pg. 575), o de “ineficacia por inexistencia” (pg. 564), o la expresada en la sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, de 6 de agosto de 2010, radicación 2002-00/189, con ponencia del Dr. César Julio Valencia C., cuando señala que: “*Suelen distinguirse, de manera general, tres categorías de acuerdos ineficaces en términos genéricos: los inexistentes, los inválidos y los inoponibles ...*”.

(para efectos de estudiar su “ineficacia”, según lo solicitado por la Convocante), es si tal “ineficacia”, se debe entender en un sentido restringido, es decir, en función de la definición y elementos contemplados en el art. 897 del Código de Comercio, o si debe entenderse en un contexto más amplio, según lo explicado anteriormente, para contemplar a la ineficacia como un término genérico, lo cual supondría revisar si estas cláusulas son no solo ineficaces, sino también inexistentes o nulas, y, en consecuencia, entenderlas como separables del resto del clausulado del Contrato que permanecería vigente.

Al mismo tiempo, habría de analizarse (en un ejercicio de interpretación que efectúa el Tribunal), que tal “ineficacia” sería parcial, ya que solo se referiría a la facultad unilateral de la Convocada de terminar anticipadamente el Contrato de manera unilateral a su propia discreción, sin afectar las demás estipulaciones contenidas en tales cláusulas 5ª y 14, asumiendo el alcance de una nulidad parcial.

Todo lo anterior, dada la ausencia en la Demanda y en las alegaciones de la Convocante, en clarificar los alcances y el sustento de esta pretensión, que como ya se resaltó, solo se fundamenta en la contradicción alegada entre estas cláusulas y el alcance de una oferta que manifiesta le realizó el Sr. Gabriel Lugo, como funcionario de la Convocada, y que, en su opinión y se repite, estableció un plazo de duración contractual de 5 años que impedía su terminación anticipada.

El Tribunal, en aras de dar un amplio espectro a su análisis y para abarcar todas las opciones sobre el concepto de ineficacia del acto jurídico, adoptará la posición más amplia, máxime ante la ausencia de una sustentación detallada de la Convocante al respecto. Pero sea que adopte, como lo hace, esta revisión del concepto de ineficacia desde una perspectiva más amplia y genérica (para entenderla como una sombrilla conceptual que involucra también a la inexistencia y a la nulidad), como si adoptase una visión más restringida, limitándola, como bien podría, a la noción legal de ineficacia mercantil, la decisión sería la misma y es que la pretensión no ha de prosperar por las siguientes razones:

Si se analiza la figura contemplada en las cláusulas 5ª y 14 ya reseñadas, es decir, los denominados pactos de terminación anticipada, en este caso solo estipulados en favor de la Convocada, su inclusión en un contrato no solo no es, en sí y como tal, una posibilidad prohibida o que tenga una consagración que la deje sin efectos en materia de contratos de arrendamiento de locales comerciales cuando se trate que un arrendatario lo de por terminado de manera anticipada (diferente consideración podría

predicarse si fuese el arrendador quien pretendiese no hacer efectivo el derecho de renovación previsto en los arts. 518 y siguientes del Código de Comercio), sino que este tipo de pactos han sido considerados como viables y plenamente válidos, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina nacional en internacional.

Por ejemplo, Jorge Oviedo Alban llega a la siguiente conclusión sobre este tipo de pactos⁹⁹:

“el principio de intangibilidad del contrato, reconocido en el Código Civil, este es ley para las partes y una vez perfeccionado está llamado a producir sus efectos y no termina sino por consentimiento mutuo o por causas legales, de lo cual surge que a los contratantes no les está permitido dar por terminado de manera unilateral el acuerdo contractual. No obstante, ya sea por pacto entre las partes o por expresa y excepcional facultad legal, los contratantes podrían ponerle fin al contrato de manera unilateral.

Las cláusulas de terminación unilateral del contrato han sido admitidas en el Derecho Privado colombiano, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, incluyendo una serie de laudos arbitrales. De todas maneras, debe tenerse en cuenta que tales cláusulas encuentran límites en principios generales como el abuso del derecho y la buena fe, lo cual puede conllevar incluso que la cláusula sea calificada como abusiva, y por ende violatoria de normas imperativas, con la consecuente posible declaración de nulidad absoluta parcial de las mismas”.

Por ende, conceptualmente hablando, y en desarrollo el principio de autonomía de la voluntad, las partes de un contrato bien pueden incluir acuerdos que permita a una o a ambas darlo por terminado anticipadamente aún sin justificación y como una decisión unilateral -cumpliendo con las condiciones acordadas para su ejercicio si a ello hubiere lugar-, cuando tal acuerdo cumpla con todos elementos propios para la validez de cualquier acuerdo (capacidad, consentimiento exento de vicios, y objeto y causa lícitos), resaltando que debe sea el producto de un consentimiento válido e informado que se materialice en dicho contrato, y mientras no exista norma expresa que los prohíba o restrinja para casos concretos, o cuando quiera que no sea el producto de la mala fe negocial, como sería la hipótesis de un acuerdo realizado por una parte en abuso de posición dominante.

99 Jorge Oviedo Albán: “La cláusula de terminación unilateral del contrato” Vniversitas, núm. 138, 2019, Pontificia Universidad Javeriana, Pgs 11 y 12.

De allí, pues, que lejos de ser inviables, este tipo de pactos son posibles, válidos y de frecuente estructuración en la práctica negocial, mientras no supongan violación de normas expresas que los impidan, o no adolezcan de un objeto ilícito que genere su nulidad absoluta. Tal viabilidad ha sido, también, reiterada por la jurisprudencia nacional¹⁰⁰, en diversas sentencias que reseña Oviedo Alban¹⁰¹, así como en otras que podrían reseñarse¹⁰², que solo confirman que, lejos de ser ilícitos o prohibidos, ellos han sido ampliamente reconocidos y aceptados en la práctica jurídica nacional, ello sin hacer mayor análisis en derecho comparado, en el cual también tienen amplia aceptación.

Bajo este breve marco conceptual, y en función del pacto contenido en las cláusulas 5ª y 14 del Contrato, ya reseñadas anteriormente, que le permiten a la Convocada darlo por terminado, de manera unilateral y sin necesidad de motivación previa, con la sola exigencia de un preaviso de 2 meses a la Convocante, cabe inicialmente analizar si su estipulación supone o genera su ineficacia, a la luz de lo previsto por el ya citado art. 897 del Código de Comercio.

Sobre el particular, en opinión del Tribunal estas dos cláusulas en la materia sometida a su consideración (posibilidad de la Convocada de dar por terminado el Contrato de manera anticipada), no son ineficaces de pleno derecho ya que no existe norma legal que establezca que la inclusión de un pacto como el adoptado en un contrato de arrendamiento de un inmueble destinado a un establecimiento de comercio por parte de un arrendatario se entienda por no escrito o no produzca efecto, como sería el presupuesto exigido por la norma en comento. Solo existe tal restricción, para el arrendador que quisiera dar por terminado tal tipo de contratos después de 2 años de

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 3 de septiembre de 1941, magistrado ponente Ricardo Hiestrosa-Daza, *Gaceta Judicial*, tomo LII, número 1977, 36-46, 38 (1941). Disponible en: [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20LII%20n.%C2%B0%201977-1982%20\(1941-1942\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20LII%20n.%C2%B0%201977-1982%20(1941-1942).pdf)

Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 14 de diciembre de 2001, magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo-Jaramillo, expediente 6230. Disponible en: [http://www.cortesuprema.gov.co, http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=sentencia_2_de_febrero_2001.doc](http://www.cortesuprema.gov.co/http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=sentencia_2_de_febrero_2001.doc)

Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de agosto de 2011, magistrado ponente William Namén-Vargas, ref. 11001-3103-012-1999-01957-01. Disponible en: <http://www.cortesuprema.gov.co>, <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/-316765778>

¹⁰¹ Oviedo Alban, Jorge, obra citada, páginas 20 y 21.

¹⁰² Como, por ejemplo, la Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de 21 de marzo de 2.021, con ponencia del Dr. Luis Armando Tolosa.

ocupación del inmueble por un empresario con el mismo establecimiento, en los términos del art. 518 del Código de Comercio (ello descontando los 3 eventos previstos por dicha norma legal), tal y como expresamente lo contempla el art. 524 de ese mismo Código.¹⁰³

Por lo tanto, en ausencia de una disposición legal expresa que estableciera que su estipulación en un contrato (o en uno de arrendamiento mercantil en particular), careciera de efectos, la prosperidad de una pretensión en tal sentido, al amparo de lo dispuesto por el art. 897 del Código de Comercio, ha de fracasar por la ausencia de tal regulación en derecho colombiano.

Por lo demás, destaca el Tribunal la falta de argumentación de la Convocante para identificar la supuesta fundamentación de su solicitud, que, se reitera, solo se ha basado en la alegada (pero declarada como no existente), presencia de una oferta de contrato previa que sujetaba el clausulado del Contrato y a la Convocada a no darlo por terminado anticipadamente al menos antes de los 5 años iniciales de su duración, aun cuando la pretensión también pareciera referirse a su prorroga por el mismo término.

Analiza a continuación el Tribunal, adoptando en esta oportunidad una visión amplia del concepto de ineficacia, si las cláusulas bajo estudio y revisión son inexistentes, en los términos ya reseñados del art. 898 del Código de Comercio. La respuesta es, igualmente, negativa.

Para que estas cláusulas fuesen inexistentes debería o haber omitido cumplir con una solemnidad legal requerida para su celebración, o haber pretermitido alguno de sus requisitos esenciales.

Anotando de entrada que la inexistencia de las cláusulas 5ª y 14 del Contrato es materialmente imposible sin afectar la existencia del Contrato como un todo, el Tribunal señala, en primer lugar, que su existencia y validez (salvo lo anotado por la Convocante frente a estas dos cláusulas en particular), no ha sido discutido por las Partes en este

¹⁰³ ARTÍCULO 524. <CARÁCTER IMPERATIVO DE ESTAS NORMAS>. Contra las normas previstas en los artículos 518 a 523, inclusive, de este Capítulo, no producirá efectos ninguna estipulación de las partes.

arbitraje. Por el contrario, ellas reconocieron su suscripción y la aceptaron sin controversia u oposición.¹⁰⁴

Por lo tanto, de entrada, la inexistencia de estas dos cláusulas es inescindible de la del Contrato, por lo cual, su separabilidad para los efectos de la cláusula 21 del mismo es imposible, ya que mal podría ser inexistente una cláusula como la 5ª o 14, y existente su restante clausulado, ya que no es posible entender que de ellas se predicase la ausencia de un elemento de su esencia, o la omisión de una solemnidad (por lo demás no prevista legalmente ni para el contrato en sí, ni para las cláusulas), necesaria para su existencia en derecho, sin que tales deficiencias se aplicasen al contrato en general.

Pero, además, no es predicable su inexistencia ya que:

3.2.1. En materia de la eventual omisión de solemnidades sustanciales previstas por la ley colombiana para la formación de un contrato de arrendamiento o de una cláusula de terminación anticipada por un arrendatario bajo el mismo, no hay requisitos o solemnidades especiales de ningún tipo, por lo cual el principio básico de consensualidad reconocido por el art. 824 del Código de Comercio, se aplica en su integridad. En el caso del Contrato, y por razones que las Partes estimaron conveniente y recogiendo una práctica usual, se celebró por escrito, sin que tal circunstancia sea un requisito legal necesario para su existencia.

3.2.2. De otra parte, y desde el punto de vista de su materialidad al reunir los elementos básicos de la esencia de un contrato de arrendamiento, el

¹⁰⁴ La Convocante aceptó la debida suscripción del Contrato en el hecho primero de la Demanda, que señala lo siguiente: "PRIMERO: En fecha 29/10/2021, entre la sociedad comercial PROHOGAR S.A.S., identificada con el NIT 800149800-9 y la sociedad comercial denominada KOBÁ COLOMBIA SAS, se celebró un contrato de arrendamiento de un local comercial ubicado en la CALLE 41 # 19 - 75 LOCAL 1 DEL BARRIO SAN MARTIN de VALLEDUPAR-CESAR, inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria N° 190-32873 de la OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS DE VALLEDUPARCESAR, para el funcionamiento de un establecimiento comercial denominado TIENDAS D1 SAS.". Expediente Virtual. 01_PRINCIPAL. PRINCIPAL_02. 01_Subsanacion_20240129.pdf.

Por su parte, la Convocada también aceptó la debida suscripción del Contrato, cuanto al contestar este hecho primero de la Demanda, manifestó lo siguiente:

"2.1. **Al hecho primero: ES CIERTO**". Expediente Virtual. 01_PRINCIPAL. PRINCIPAL_02. 09_Contestacion_20240228.pdf.

Contrato de entrada reúne un consentimiento mutuo (claramente reconocido por las Partes al aceptar, como ya se reseñó, la suscripción del Contrato, pero que, además como se consignó en cita en capítulo anterior del Laudo, el propio representante legal de la Convocante aceptó haber “libremente” negociado y suscrito) ¹⁰⁵.

Además, existe un claro objeto contractual (inmueble a arrendar y canon), con lo cual se reúnen de manera completa los elementos básicos de la esencia de un arrendamiento, que, valga la pena anotar las Partes han aceptado como un contrato no solo celebrado en su integridad, sino ejecutado de manera satisfactoria por 2 años.

Ahora, de considerarse las cláusulas 5ª y 14, por separado, si ello fuera posible, resulta a su vez claro de su misma redacción y lectura, que las Partes otorgaron a la Convocada una facultad clara e inequívoca de terminar anticipadamente el Contrato, de manera unilateral y a su discreción, mediante un preaviso, con lo cual los elementos básicos para entenderlas como existentes están presentes, y no requieren de mayor elucubración interpretativa de este Tribunal.

De igual manera, el Tribunal analiza la eventual invalidez de las citadas dos cláusulas, tanto por su nulidad absoluta como por anulabilidad como nulidad relativa.

En primer lugar, en materia de nulidad absoluta, que debería ser declarada por el Tribunal de manera oficiosa si fuera evidente al expediente arbitral, sería necesario que la Convocante hubiera acreditado -lo que no hizo y como se verá manifestó todo lo contrario al alegar de conclusión-, o que fuere manifiesto para el Tribunal, que la Convocante era incapaz de manera absoluta, o que se presentase objeto o causa ilícita, o que se contrariase norma imperativa al celebrar el Contrato, o las dos cláusulas en comento en particular.

En relación con la capacidad de la Convocante, no se advierte causal alguna de incapacidad, ya que es una sociedad comercial debidamente constituida, debidamente representada por su representante legal, Dr. Mario Serrano, quien actuó al suscribir el Contrato con plenas facultades (en momento alguno, se reitera se ha argüido la falta de capacidad del Dr. Serrano), quien es una persona mayor de edad y en pleno ejercicio de su actividad comercial. Más aún, se reitera el Contrato fue ejecutado por la Convocante por dos años después de su suscripción sin ninguna queja o comentario

¹⁰⁵ En mención que obra en su declaración varias veces referenciada.

de ninguna de las Partes en torno a esta materia, por lo cual no advierte el Tribunal causal alguna, que, por capacidad, afecte ni al Contrato ni a sus cláusulas 5ª y 14 en particular. Consideración similar se predica de la Convocada, y de su representante legal al suscribir el Contrato.

En cuanto a un potencial objeto o causa ilícitos, lo primero a anotar, de por sí concluyente, es que la propia Convocante al alegar¹⁰⁶ expresamente manifestó la ausencia de cualquier objeto o causa ilícitas en relación con el Contrato (y su clausulado), lo cual, de entrada, descarta cualquier discusión o alegación sobre la materia.

Sin perjuicio de lo anterior, no observa el Tribunal ni aparece al expediente, circunstancia alguna que le permita determinar la presencia de una causa ilícita para contratar. Todo lo contrario¹⁰⁷, a las Partes las motivó un obvio interés recíproco de obtener, la Convocada, un inmueble en el cual desarrollar sus actividades comerciales y, a la Convocante, de obtener el pago de un canon por permitir tal uso y goce, con lo cual no existe una causa ilícita demostrada, ni alegada, que el Tribunal deba considerar.

Tampoco se alegó, ni obra al expediente circunstancia alguna que permita al Tribunal considerar la existencia de objeto ilícito ya sea derivado de la suscripción del Contrato, o de las cláusulas 5ª y 14 en concreto. No se contraría norma imperativa que prohíba su suscripción o ejecución, ni existe formalidad alguna que se predique para su validez. Por el contrario, nada más lícito y regulado que el contrato de arrendamiento¹⁰⁸

¹⁰⁶ Al alegar, la Convocante manifestó lo siguiente: “El consentimiento no estuvo viciado, obviamente el objeto fue lícito, la causa fue lícita y la forma contractual se exteriorizó con el consentimiento de las partes, ...”. Expediente Virtual. 03_AUDIOS_VIDEOS.20240704_Alegatos.146764_Alegatos_20240704.mp4

¹⁰⁷ Como también lo manifestó la Convocante al alegar, en los siguientes términos:

“Es aquí donde está también demostrado dos cosas: que ambos son comerciantes, tanto D1 como Prohogar no hacen estos contratos sin ánimo de lucro como una fundación, no; ambos buscaron evidentemente un sustento, un equilibrio comercial en sus finanzas, uno en la obtención de una renta o canon, el otro en la necesidad de expandir y de sostener una operación y hacer presencia institucional mercantil en un territorio determinado, eso está establecido por la declaración de uno de los testigos que a propósito también dio o comprobó el tema de la oferta que se hizo, entonces eso nos lleva a colegir forzosamente que aquí las dos partes enfrentadas son comerciantes, no es una persona natural cualquiera, la naturaleza y la implicación financiera de esta operación implicó, no un mero contrato de vivienda urbana no, estamos hablando de unos rubros y de unas sumas bastante considerables en los que una de las partes cumplió cabalmente, y me refiero a Prohogar S.A.S., con las ofertas o las intenciones negociales que suscitaron este contrato de arrendamiento”. Expediente Virtual. 03_AUDIOS_VIDEOS.20240704_Alegatos.146764_Alegatos_20240704.mp4

¹⁰⁸ Arts. 1973 y siguientes del Código Civil con las regulaciones especiales sobre arrendamiento de establecimiento de comercio, de los artículos 518 a 524 del Código de Comercio.

(contrato usual y de frecuente utilización), así, como se reitera lo anotado en numerales anteriores, no existe norma alguna que prohíba o restrinja la estipulación de un pacto de terminación anticipada, por parte de un arrendatario, del término de duración de un contrato de arrendamiento de un establecimiento de comercio, objeto central del contenido en controversia de las citadas cláusulas 5ª y 14. Y, se reitera, no existe norma legal que imponga formalidad alguna ni para suscribir el Contrato, ni sus cláusulas 5ª o 14, cuya omisión pudiera devenir en un objeto ilícito.

Temática siguiente consiste en determinar la existencia de una causal de anulabilidad del Contrato, y, más en concreto, de sus cláusulas 5ª y 14, al existir una eventual causal de nulidad relativa.

En materia de incapacidad relativa, el Tribunal descarta tal hipótesis, no solo por no haber sido alegada, sino porque no se advierte ninguna circunstancia que permita concluir que ninguno de los representantes legales de las Partes, no tuviera plena capacidad para suscribir el Contrato, haciendo énfasis que el representante legal de la Convocante, Dr. Serrano actuó o asistió, debidamente identificado, en todas las audiencias en las que se desarrolló este arbitraje, como consta en las diferentes actas que obran al expediente.

Tampoco se alegó u obra evento alguno que permita alegar dolo o fuerza en la suscripción del Contrato, con lo cual la única alegación efectuada por la Convocante, la que concreta al alegar de conclusión¹⁰⁹, es la de un eventual error en la intención o móvil para contratar en particular en materia de las cláusulas 5ª y 14, en concreto en el término de duración del Contrato, que siempre, alega, entendió era de 5 años, prorrogable, por lo cual, alega la Convocante, se siente que las suscribió en error cuando su entendimiento era diferente al de su tenor. En este sentido, destaca el Tribunal como la Convocante manifestó en el mismo alegato -cita ya reseñada-, que no existieron vicios de consentimiento al suscribir el Contrato, para luego, en cita

¹⁰⁹ Como consta a folio ___ del expediente digital, sin que tal situación haya sido patente en la Demanda, pero si al alegar en los siguientes términos:

“También tenemos que entender que desde el punto de vista del consentimiento, este también se vio afectado, el consentimiento del convocante a este Tribunal también se vio afectado, porque de haber conocido con información veraz, comprobable y verificable de que ellos iban a probar a ver si les iba bien, no lo hubiera celebrado, eso está claro. Entonces sí hay una afectación en el consentimiento del contrato, sí la hay. A usted le dicen en una contratación mire, yo voy a probar si me va bien el primer mes listo; eso genera incertidumbre, el contrato se celebró insisto, conforme a lo pactado en los tratos preliminares al contrato, los tratos preliminares siempre privilegiaron la buena fe negociada, no privilegiaron lo escrito, al punto que se concretó la información si observamos la suma de todas las ofertas, de todos los comentarios, el tratamiento que había, el relacionamiento que había en los actos preliminares del contrato: se cumplieron”

también reseñada anteriormente, manifestar que, si lo hubo sobre los móviles para contratar, lo que genera una evidente contradicción.

Nuevamente, el Tribunal ha de acudir a sus facultades de interpretar el alcance de las alegaciones de las Partes, en este caso de la Convocante, que no profundizó en las razones de sus alegaciones sobre la materia, ni formuló un concreto análisis legal que las sustentase. En concreto y descartando cualquier otra forma de error (de derecho, de hecho, sobre la naturaleza del contrato, sobre la cosa o sobre la persona), la Convocante ha manifestado que obró bajo error sobre una característica o condición de la cosa, en los términos, interpreta el Tribunal, del art. 1511 del Código Civil. 110

La Convocante considera y manifiesta¹¹¹ al alegar, que, si bien el Contrato es válido y frente al mismo no se presentaron vicios del consentimiento, si los hay en materia de las cláusulas 5ª y 14, ya que contrató sobre la base de una duración mínima del Contrato, y que, en su opinión y, por ende, una cláusula de terminación anticipada contradice tal entendimiento, lo mismo que si hubiese conocido que bajas rentabilidades futuras de la Convocada fuesen el detonante de una decisión de tal alcance.

Esta forma de error ha sido ampliamente estudiada en derecho colombiano y tiene estrecha cercanía con la falta o errada motivación, y, de contera, con la causa falsa, o cuando se refiere a un elemento esencial de las prestaciones derivadas del acto o contrato en cuestión.

En relación con el error sobre elemento esencial, es menester demostrar que existe una discrepancia o diferencia entre una calidad esencial del contrato o de una de sus prestaciones y lo que cree una parte al respecto. Como anota Alonso Paredes: “ ... es decir, la cosa sobre la que se contrató no tiene las condiciones que se creía” ¹¹². Asimismo, el error debe ser sobre un elemento o calidad “esencial”, no sobre un tema menor o no relevante, bajo criterios objetivos, con lo cual este tipo de error usualmente se relaciona con

¹¹⁰ ARTICULO 1511. <ERROR DE HECHO SOBRE LA CALIDAD DEL OBJETO>. El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.

El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.

¹¹¹ Expediente Virtual. 03_AUDIOS_VIDEOS. 20240704_Alegatos. 146764_Alegatos_20240704.mp4.

¹¹² Alonso Paredes H, obra citada, pg. 554.

características físicas de la cosa contratada (como la norma misma señala a título de ejemplo), o, eventualmente con un elemento determinante de una prestación esencial de un contrato como el tipo de bien, el precio a pagar, o su duración (si ella permite entender que hubo error claro y determinante al respecto).

En materia del error y la intención de contratar, objeto del segundo inciso del art. 1511 del Código Civil, el conflicto ocurre entre la causa o móvil para contratar y lo estipulado en el contrato, pero con la nota que esa causa motiva debe ser común para las partes contractuales, y no solo para una de ellas, siendo, por ende, común y conocida para todas ellas, de manera que sea, sobre un elemento contractual, motivo o elemento que determine la voluntad de las partes.¹¹³

Analizando el caso en concreto, no encuentra el Tribunal que la argumentación de la Convocada pueda ser de recibo, ni tiene vocación de prosperar, por las siguientes razones:

- a. En relación con una percepción errónea de la Convocante, sobre un elemento esencial del Contrato, su duración (sin duda elemento esencial y determinante), existe, sin embargo, una consideración diferente sobre si un pacto de terminación anticipada lo configura ya que ambas concuerdan en que la duración del Contrato era de 5 años, prorrogable por otro tanto, solo que la Convocada podía darlo por terminado de manera anticipada.

Pero aún, si se concluyese que las cláusulas 5ª y 14 suponen una distorsión efectiva del término de duración contractual, 5 años, y, por ende, suponen un error esencial en una calidad determinante de una estipulación básica del Contrato, no es posible para el Tribunal entender que hubo un “error” de la Convocada entre lo que entendió pactar y lo que efectivamente se acordó.

En efecto, argüir dos años después de suscribir el Contrato, durante los cuales se ejecutó sin contratiempos (recibiendo los cánones de arrendamiento respectivos), y sin alegar la existencia de observación alguna sobre estas dos cláusulas, que entendió que ellas, 5ª y 14,

¹¹³ Véase sentencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de 28 de febrero de 1.936, con ponencia del Dr. Eduardo Zuleta Angel, y de 9 de mayo de 1.952, con ponencia de Dr. Rodríguez Peña.

contradicen su entendimiento sobre su duración mínima, sobre la base de una oferta del Sr. Lugo (que ya el Tribunal determinó, no existe), que le prometía al menos 5 años de duración contractual, sobre la base de las inversiones económicas en que incurrió para llevar a cabo esta operación comercial, carece de asidero en la realidad probada al expediente.

Y, se reitera, lo ya reseñado en capítulos anteriores de este Laudo, la Convocante y su representante legal declararon tener amplia experiencia en operaciones inmobiliarias, de no menos de 15 años¹¹⁴, con lo cual mal se puede hablar de un comerciante inexperto o desconocedor de este tipo de operaciones de arrendamiento, que, además, suscribió otro contrato similar con la Convocada, sobre otro inmueble de su propiedad¹¹⁵.

Pero, más aún, la Convocante señaló que el Contrato fue revisado por su departamento jurídico¹¹⁶, en cabeza del hoy apoderado en este arbitraje, quien pudo revisarlo y, que, si bien advirtió esta circunstancia, el Dr. Serrano decidió no formular reparo u observación alguna por no considerarlo “necesario”¹¹⁷, como bien hubiera podido (confiado en lo que, alega, le manifestaba el Sr. Lugo, quien, se reitera y sabía la Convocante, carecía de facultades para comprometer a la Convocada). Y, adicionalmente, esta ausencia de error se confirma cuando el propio Dr. Serrano declaró que al contratar actuó “libremente”¹¹⁸, sin presiones de la Convocada ya que nadie actuó bajo presión, con lo cual se descarta no solo cualquier tipo de fuerza o constreñimiento, sino el hecho inequívoco que contrató sin presiones, por su propia voluntad y conocía en detalle el alcance de las cláusulas 5ª y 14 del Contrato, las que, ahora alega fueron suscritas por error en su entendimiento.

Mal puede alegarse “error” en un elemento esencial del Contrato, cuando la Convocante conoció suficientemente el alcance de las cláusulas 5ª y 14, las pudo revisar y tuvo asesoría jurídica y no las objetó, contravirtió o

¹¹⁴ Ver declaración ya citada del Dr. Mario Serrano. Expediente Virtual. 03_AUDIOS_VIDEOS. 20240429_Pruebas. P1_146764_Pruebas_20240429.mp4

¹¹⁵ Arrendamiento ya reseñado ubicado en el municipio de Puerto Bello, Cesar y que, según se manifestó, sigue vigente.

¹¹⁶ Ver declaración ya reseñada del Dr. Mario Serrano. Expediente Virtual. 03_AUDIOS_VIDEOS. 20240429_Pruebas. P1_146764_Pruebas_20240429.mp4

¹¹⁷ Declaración de Mario Serrano. *Ibidem*.

¹¹⁸ *Ibidem*.

comentó en su momento, sobre la base de una oferta hecha por el Sr. Lugo, de quien, a ciencia cierta, sabía no podía comprometer a su contraparte siendo un intermediario que dependía de superiores para efectos decisorios. Resulta claro para el Tribunal que la Convocante conoció en detalle el Contrato, lo aceptó en sus términos, incluyendo las cláusulas en comento, y asumió sus efectos sin manifestación expresa alguna, ya que no lo estimó necesario. Por ello, no puede ser de recibo hoy su argumentación sobre un supuesto error sobre la verdadera dimensión del término del Contrato, ya que asumió sin rechazo la posibilidad que la Convocada, como ocurrió en 2.023, decidiera darlo por terminado de manera anticipada.

- b. Y, tampoco, encuentra el Tribunal fundado, si ello hubiere sido el caso, alegar un error sobre la causa o los motivos determinantes para contratar, porque sencillamente tales motivos no constan ni son comunes para las dos Partes en el Contrato.

No encuentra el Tribunal manifestación expresa de alguna de las Partes en documento (o en cualquier otra forma de comunicación con mensajes de WhatsApp u otros), alguno previo o posterior a la suscripción del Contrato que permita inferir siquiera que un término mínimo, no terminable anticipadamente, era motivo o causa para contratar, mucho menos que ello fuera causa común para las partes, como expresamente lo exige el mandato del art. 1511 del Código Civil. Tampoco obra al Contrato, por ejemplo, en sus consideraciones o en otro clausulado, manifestación de las Partes que consigne esta supuesta causa motiva para contratar: término de duración mínimo que permitiera amortizar las inversiones efectuadas por la Convocante para la construcción del inmueble objeto del Contrato. Y tal voluntad motiva no manifiesta no puede alegarse años después como supuesto error que vicia en concreto partes, no identificadas cabe reiterar, de dos cláusulas, pero solo de ellas porque en lo demás la voluntad contractual sí fue clara y libre de errores.

- c. Reiterando la ausencia de vicios de consentimiento y la no presencia de eventos que determinen, aún de oficio, la configuración de una nulidad absoluta derivada de un objeto o causa ilícitos, el Tribunal no ha de realizar manifestación o decisión sobre los efectos legales de un

hipotético escenario de abuso de posición dominante por parte de la Convocada.

Lo anterior ya que, si bien esta materia fue aducida por la Convocada como excepción de mérito, no hizo parte de pretensión alguna de la demanda, ni de alegación o argumentación a lo largo del debate procesal, y siendo una materia que ha debido alegarse y fundarse por la Convocante, que no lo fue, impide, por obvios efectos de congruencia de este Laudo, al Tribunal efectuar cualquier consideración o decisión adicional.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, y a la luz de lo solicitado por la Convocante en esta pretensión, no encuentra el Tribunal que, revisadas las cláusulas 5ª y 14 del Contrato, puede encontrarse elemento o causal alguna que determine o configure su ineficacia a la luz de las normas legales aplicables.

Bajo tal escenario y por sustracción de materia, no es necesario para el Tribunal analizar los demás elementos que determinarían la prosperidad de la pretensión, incluyendo no solo la declaratoria de ineficacia de algunos apartes de las citadas estipulaciones, sino sus efectos en función de criterios de equidad frente a las inversiones que, alega, realizó para la construcción del local objeto del Contrato.

De esa manera, y como lo declarara en la parte resolutoria del Laudo, no ha de prosperar esta pretensión tercera, como sí ha de serlo la excepción interpuesta por la Convocada y que denominó como “Aceptación expresa de la cláusula de terminación unilateral”.

Por último, el Tribunal resalta que en la pretensión se solicitaba al Tribunal la adopción de decisiones basadas en criterios de equidad (es decir, sin motivar sus decisiones con base en la normatividad aplicable), lo que había sido imposible ya que, al tenor de la cláusula compromisoria ya citada anteriormente, las controversias planteadas a su consideración deben fallarse en derecho, lo que haría, igualmente, inviable cualquier pronunciamiento de este Tribunal con tal fundamento. Siendo la cláusula compromisoria el marco básico que determina la competencia del Tribunal, y habiendo sido acordado entre las Partes, que cualesquiera controversias asociadas al Contrato debían ser decididas en derecho, mal habría podido el Tribunal haber declarado la prosperidad de esta pretensión que se aleja ostensiblemente de lo pactado entre ellas.

iv. SOBRE LA PRETENSION CUARTA DE LA DEMANDA

1. Posición de la Parte Convocante.

Como cuarta pretensión de la Demanda, la Convocante planteó la siguiente:

*“CUARTA: En caso de que se declare la ineficacia de las cláusulas revisadas cláusulas QUINTA y DECIMO CUARTA, de conformidad con la CLAUSULA VIGESIMA PRIMERA-INEFICACIA, del contrato de arrendamiento de local comercial objeto de convocatoria del tribunal de arbitramento, como quiera que las demás cláusulas conservaran el carácter vinculante, se condene a la demandada en caso de insistir en la terminación anticipada del contrato de arrendamiento, se condene a la demandada al pago de las rentas o cánones de arrendamiento que faltaren para completar el termino inicialmente pactado de cinco (05) años, conforme a lo acordado por las partes en la oferta comercial de promesa de celebrar un contrato de arrendamiento a cinco (05) años, prorrogables por cinco (05) años”.*¹¹⁹

Como fundamento de esta pretensión, la Convocante señala que, de declararse la ineficacia de las cláusulas 5ª y 14 del Contrato, debe hacerse efectivo el término inicial de duración de 5 años, por lo cual han de pagarse los cánones no pagados durante el remanente de tal plazo, los que estima, junto con otros conceptos, en el capítulo del juramento estimatorio de la Demanda. Los fundamentos de esta pueden deducirse de los parámetros generales sobre indemnización de perjuicios contractuales por un incumplimiento de la Convocada de respetar las condiciones de la alegada oferta en cuanto al plazo contractual de al menos 5 años, que se vio frustrado cuando la Convocada hizo uso de las prerrogativas consagradas por tales estipulaciones que considera ineficaces.

Nuevamente, la base sustrato de esta pretensión indemnizatoria, que nutre por igual a las pretensiones anteriores, es la alegada existencia de una oferta efectuada por el Sr. Gabriel Lugo y de actos precontractuales, ya analizados, por los cuales y en su opinión se acordó la duración del Contrato en detrimento de sus intereses.

2. Posición de la Parte Convocada.

¹¹⁹ Expediente Virtual. 01_PRINCIPAL.PRINCIPAL_02.01_Subsanacion_20240129.pdf

Por su parte, la Convocada, al contestar la Demanda¹²⁰, se opuso a esta pretensión en los siguientes términos que reafirmó al alegar de conclusión, básicamente señalando que no existe ineficacia de las cláusulas en comento, así como que no es viable desconocer la aplicación de una disposición contractual válidamente contratada ante una oferta precontractual, a su juicio, inexistente, por lo cual alegó el no incumplimiento de sus obligaciones contractuales, que estima, por el contrario, devenir del ejercicio de facultades contractuales válidamente acordadas por las Partes:

“

3.4. A la pretensión cuarta:

NOS OPONEMOS. *La cuarta pretensión se refiere a las consecuencias de la posible declaración de ineficacia de las cláusulas QUINTA y DECIMO CUARTA del contrato de arrendamiento. Si se declaran ineficaces, y dado que las demás cláusulas conservarían su carácter vinculante, se solicita que se condene a la parte demandada, en caso de insistir en la terminación anticipada del contrato de arrendamiento, al pago de las rentas o cánones de arrendamiento que faltaren para completar el término inicialmente pactado de cinco años. Esto se solicita de acuerdo con lo establecido en la oferta comercial de promesa de celebrar un contrato de arrendamiento a cinco años, prorrogables por cinco años más. En resumen, se busca garantizar el cumplimiento del plazo inicial del contrato, incluso en caso de ineficacia de ciertas cláusulas.*

Teniendo en cuenta todo lo anterior y bajo la claridad de que la cláusula de terminación del contrato es completamente válida, que no se puede hacer valer supuestos de la etapa precontractual en el contrato y que la demandante pretende inaplicar las condiciones estipuladas en el contrato, la solicitud de la demandante no tiene fundamento alguno.

La terminación del contrato se realizó a través del mecanismo contractual legalmente acordado entre las partes. Es el demandante el que pretende desconocer los términos y condiciones que se estipularon entre las partes de buena fe y en igualdad de condiciones. El demandante es el que pretende vulnerar los principios de la contratación, sobre todo el de buena fe y el de no ir en contra de sus propios actos, para inaplicar el contrato e incumplirlo. Es el demandante el que está generando un daño con la presentación de la demanda y quiere desconocer el contrato válidamente suscrito y ejecutado por 2 años. “

3. Consideraciones del Tribunal.

¹²⁰ Expediente Virtual. 01 PRINCIPAL. PRINCIPAL 02. 09 Contestacion 20240228.pdf.

La solicitud indemnizatoria contenida en esta pretensión se deriva, una vez más debe acudir el Tribunal a sus facultades de interpretación, de un supuesto incumplimiento de la Convocada del Contrato al no respetar el plazo de 5 años que, en su concepto, se originaba en una oferta previa que le efectuó el Sr. Lugo, con lo cual declaradas, al menos en parte como ineficaces la cláusulas 5ª y 14, la terminación anticipada declarada por la Convocada en octubre de 2023, y efectiva desde diciembre de ese año, le supondría perjuicios por cánones faltantes del lapso contractual no cumplido y otras conceptos en suma superior a \$600 millones de pesos.

Como se anotó en capítulo anterior, el Tribunal no encontró que existiera oferta mercantil de contrato, ni ineficacia en las cláusulas 5ª y 14 del Contrato, ni incumplimiento contractual alguno de las obligaciones de la Convocada al hacer uso de las facultades por ellas consagradas, en particular por un alegado término mínimo de duración de 5 años, por lo cual no hay lugar a decretar indemnización de perjuicios alguna.

Así las cosas, no es procedente la declaratoria de responsabilidad por los perjuicios reclamados por la Convocante, dado que no se configuran los elementos que componen la responsabilidad civil contractual. En efecto, para que sea viable ejercer y que prospere una acción indemnizatoria de perjuicios aparejada a una de resolución o cumplimiento contractual a las que se refiere el artículo 1546 del Código Civil, en concordancia con el 870 del Código de Comercio, o para la viabilidad de una acción indemnizatoria por incumplimiento de una obligación, a la luz de lo establecido por el artículo 1613 y siguientes del Código Civil, deben consolidarse una serie de presupuestos básicos, incluyendo no solo la presencia de un incumplimiento contractual probado y declarable, de un nexo causal, de un daño indemnizable y de un contrato válido y debidamente ejecutado. Esta posición ha sido reiterada no solo por la doctrina nacional, sino por la Jurisprudencia Colombiana, en una estructura interpretativa que se ha mantenido vigente por décadas.¹²¹

Por ello y de entrada, advierte el tribunal la ausencia de hecho generador, ya que no hay un acto o hecho de donde nazca la responsabilidad civil contractual o precontractual asociada al Contrato, y que pudiera derivar en la causación de un daño.

¹²¹ En adición a las ya reseñadas, baste citar la Sentencia de 26 de enero de 1967 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia o la reciente obra “Derecho de Obligaciones”, publicada por la Universidad de los Andes con Editorial Temis en 2010, Tomo II, Volumen I, Capítulo I, “El Hecho Ilícito. Nociones Fundamentales”, por Marcela Castro de Cifuentes, páginas 19 y ss.

Como se ha anotado, no se comprobó incumplimiento alguno de la Convocada, como tampoco ineficacia de las cláusulas 5ª y 14 en cuestión.

A su vez, resalta el Tribunal la ausencia de culpa a cargo de la Convocada que sea factor generador del daño. En materia de responsabilidad contractual, la culpa se define como *“el factor subjetivo de la responsabilidad, la relación entre el querer del deudor y el incumplimiento del contrato”*¹²², elemento que no se encuentra presente dentro del proceso que nos ocupa.

Por ello, al no haberse comprobado incumplimiento contractual alguno, de entrada, no se configura uno de los presupuestos esenciales de la acción indemnizatoria solicitada, la que no puede, en consecuencia, prosperar, lo que hace innecesario cualquier análisis adicional de los requisitos adicionales que la configura.

Si la Convocante sufrió daños y éstos se hubieran reflejado en perjuicios patrimoniales o extrapatrimoniales, en todo caso, ellos no se han dado por causa ni con ocasión del Contrato objeto de esta demanda, ni del ejercicio de las facultades contempladas en sus cláusulas 5ª y 14. En la realidad fáctica derivada del proceso que nos ocupa, no se puede identificar un daño cierto que tenga relación directa con la terminación anticipada del Contrato.

En la Demanda no hay evidencia alguna de daño emergente, y los perjuicios patrimoniales correspondientes al lucro cesante que alega el demandante que se le causaron con ocasión del supuesto incumplimiento contractual (cánones pendientes, entre otros), no se habrían causado por el incumplimiento de la Convocada.

Por todo lo anterior, al no haber prosperado ninguna de las pretensiones declarativas anteriores, en particular la tercera, sobre ineficacia de las cláusulas 5ª y 14 del Contrato, carecen de fundamento las pretensiones citadas sobre reclamación de una indemnización de perjuicios consecuenciales, al no existir elemento alguno configurativo de una responsabilidad civil a cargo de la Convocada.

De esa manera, no ha de prosperar la pretensión cuarta de la demanda y, en su lugar, se declarará probada la excepción interpuesta por la Convocada denominada *“Inexistencia de incumplimiento contractual”*, tal y como se consignará en la parte

¹²² MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. Responsabilidad Civil Extracontractual. Temis. Undécima edición. Bogotá. 2003. Pág. 34.

resolutoria del Laudo.

En relación con la quinta pretensión de la Demanda, sobre costas y agencias en derecho, que la Convocada rechaza en los términos de su contestación¹²³, el Laudo hará referencia en capítulo siguiente que regulará esta materia.

v. SOBRE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO FORMULADAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El artículo 282 del Código General del Proceso, señala en su tercer inciso:

“Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes. En este caso si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia”.

En el presente caso, el Tribunal ha encontrado probadas las excepciones “Inaplicabilidad de la Oferta”, “Inaplicabilidad de los artículos 845 y 850 del Código de Comercio”, “Aceptación expresa de la cláusula de terminación unilateral” e “Inexistencia de incumplimiento contractual”, tal como se ha analizado ampliamente en el presente laudo arbitral. Dichas excepciones tuvieron la virtud de enervar la totalidad de las pretensiones de la demanda y por tanto, el Tribunal se abstendrá de pronunciarse sobre las restantes y así se declarará en la parte resolutoria de esta providencia.

F. JURAMENTO ESTIMATORIO

El artículo 206 del Código General del Proceso, señala que “*Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos.*” Asimismo, dispone que dicha suma constituirá prueba del monto de los perjuicios mientras su cuantía no sea objetada por la contraparte en el término de traslado respectivo.

¹²³ Expediente Virtual. 01_PRINCIPAL. PRINCIPAL_02. 01_Subsanacion_20240129.pdf y Expediente Virtual. 01_PRINCIPAL. PRINCIPAL_02. 09_Contestacion_20240228.pdf.

Además, dicha norma establece las consecuencias que deben aplicarse en caso de estimación excesiva de perjuicios (Inc. 4 Art. 206 CGP), o en caso de que estos se nieguen por falta de prueba (Par. Art. 206 CGP).

Sin embargo, la jurisprudencia ha señalado que dichas sanciones no pueden imponerse de forma automática, sino que ellas deben aplicarse considerando la conducta de quien realizó la estimación. En tal sentido, la Corte Constitucional señaló “Esta sanción tiene finalidades legítimas, tales como preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas ‘temerarias’ y ‘fabulosas’ en el sistema procesal colombiano”, lo cual implica, como es elemental, el análisis de la conducta desplegada por el demandante y no simplemente la imposición casi inmediata de la sanción cuando quiera que lo probado en el proceso resulte ser inferior a lo estimado, en la proporción indicada en la norma”¹²⁴.

En el presente caso no prosperaron las pretensiones de la demanda arbitral, pero dicha circunstancia no se presentó por falta de diligencia de la parte convocante sino por cuanto las consideraciones jurídicas adoptadas por este Tribunal, desde el punto de vista sustancial, se apartaron de aquellas presentadas por la parte convocante. En efecto, la convocante presentó su declaración juramentada de perjuicios en su escrito de demanda arbitral sin que pueda encontrarse atisbo de temeridad o mala fe, con el firme convencimiento de sus argumentos jurídicos y presentando elementos probatorios para soportar su dicho.

En consecuencia, no hay lugar a imponer sanción alguna a la parte convocante por esta causa y así se declarará en la parte resolutive del presente laudo arbitral.

G. COSTAS

Corresponde al Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, proferir condena en costas que, según lo señala el artículo 361 del citado estatuto procesal se componen de gastos incurridos durante el proceso y agencias en derecho. Este último concepto se define como “*la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora*”.¹²⁵

¹²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-279 de 2013.

¹²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 2002.

Considerando que en el presente trámite arbitral no prosperaron las pretensiones de la demanda, le corresponde a la convocante asumir el 100% de las costas según la siguiente liquidación.

i) Las expensas procesales

La suma total de honorarios y gastos decretada por el Tribunal ascendió a la suma de \$37.031.482 más IVA, para un total de cuarenta y tres millones ochocientos setenta y siete mil cuatrocientos sesenta y cuatro pesos (\$43.877.464), valor que tomará el Tribunal para calcular las expensas procesales.

El pago de dicha suma fue realizado por mitades por cada una de las partes, con lo cual, le corresponde a la Convocante pagar a la Convocada por concepto de expensas y gastos la suma de veintiún millones novecientos treinta y ocho mil setecientos treinta y dos pesos (\$21.938.731).

ii) Las agencias en derecho

En lo que hace referencia a las agencias en derecho, el Consejo de Estado en sentencia de fecha 26 de enero de 2023¹²⁶, aclaró que las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura no resultan aplicables a los procesos arbitrales:

“... el recurrente señala que la tasación de las agencias en derecho no tuvo en cuenta el numeral 4 del artículo 366 del CGP ni el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

“19.- Es cierto que el numeral 4 del artículo 366 del CGP indica que <<deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura>>. En todo caso, la decisión no comportaría un apartamiento manifiesto o evidente del derecho aplicable teniendo en cuenta el ámbito de aplicación del Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura Esta norma no señala que sea aplicable a los procesos arbitrales: <<ARTÍCULO 1º. Objeto y alcance. El presente acuerdo regula las tarifas para efectos de la fijación de agencias en derecho y se aplica a los procesos que se tramiten en las especialidades civil, familia, laboral y penal de la jurisdicción ordinaria y a los de la jurisdicción de lo contencioso administrativo>>”

¹²⁶ Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Radicación 11001-03-26-000-2022-00131-00 (68550), MP. Dr. Martín Bermúdez Muñoz.

Por tanto, el Tribunal tomará como parámetros para fijar las agencias en derecho las disposiciones del artículo 365 del Código General del Proceso, tomando en cuenta la naturaleza del proceso, su duración, la gestión realizada por el apoderado de la convocada, los costos del arbitraje y el hecho de que las partes acordaron aplicar el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá como norma de procedimiento, y, en consecuencia fijará como agencias en derecho la suma de COP\$18.015.741, que corresponden a los honorarios decretados para el árbitro único.

En consecuencia, por concepto de costas procesales, la parte Convocante deberá pagar a la Convocada la suma de treinta y nueve millones novecientos noventa mil cuatrocientos setenta y dos pesos (\$39.990.472).

VI. PARTE RESOLUTIVA

Por las razones expuestas en este Laudo, el Tribunal Arbitral conformado para resolver en derecho las controversias surgidas entre **PROHOGAR S.A.S.**, como parte Convocante, y **D1 S.A.S.** como parte Convocada, decidiendo en derecho y mediante decisión del árbitro único, en cumplimiento de la misión encomendada por las partes y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Por las razones expuestas en la parte motiva, declarar que no prospera la excepción de Falta de Competencia del Tribunal, interpuesta por D1 S.A.S.

SEGUNDO: Por las razones expuestas en la parte motiva, en materia de la pretensión primera de la demanda, declarar probadas las excepciones propuestas por D1 S.A.S., denominadas como “*Inaplicabilidad de la Oferta*” e “*Inaplicabilidad de los artículos 845 y 850 del Código de Comercio*”.

TERCERO: Por las razones expuestas en la parte motiva, declarar que no prospera la Primera Pretensión de la Demanda.

CUARTO: Por las razones expuestas en la parte motiva, en materia de la pretensión segunda de la demanda, declarar probadas las excepciones propuestas por D1 S.A.S., denominadas como “*Inaplicabilidad de la Oferta*”, “*Inaplicabilidad de los artículos 845 y 850 del Código de Comercio*” y “*Aceptación expresa de la cláusula de terminación unilateral*”

QUINTO: Por las razones expuestas en la parte motiva, declarar que no prospera la Segunda Pretensión de la Demanda.

SEXTO: Por las razones expuestas en la parte motiva, en materia de la pretensión tercera de la demanda, declarar probada la excepción propuesta por D1 S.A.S., denominada como “*Aceptación expresa de la cláusula de terminación unilateral*”

SEPTIMO: Por las razones expuestas en la parte motiva, declarar que no prospera la Tercera Pretensión de la Demanda.

OCTAVO: Por las razones expuestas en la parte motiva, en materia de la pretensión cuarta de la demanda, declarar probada la excepción propuesta por D1 S.A.S., denominada como “*Inexistencia de incumplimiento contractual*”.

NOVENO: Por las razones expuestas en la parte motiva, declarar que no prospera la Cuarta Pretensión de la Demanda.

DECIMO: En los términos del artículo 828 del Código General del Proceso, toda vez que las excepciones “*Inaplicabilidad de la Oferta*”, “*Inaplicabilidad de los artículos 845 y 850 del Código de Comercio*”, “*Aceptación expresa de la cláusula de terminación unilateral*” e “*Inexistencia de incumplimiento contractual*”, enervaron todas las pretensiones de la demanda, abstenerse de pronunciarse sobre los demás medios exceptivos propuestos por la parte Convocada.

DECIMO PRIMERO: Por las consideraciones de la parte motiva de esta providencia, CONDENAR, por concepto de costas y agencias en derecho, a PROHOGAR S.A.S. a pagar a D 1 S.A.S. la suma de treinta y nueve millones novecientos noventa mil cuatrocientos setenta y dos pesos (\$39.990.472), dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este Laudo. En consecuencia, no prospera la pretensión quinta de la demanda.

DECIMO SEGUNDO: ORDENAR el pago de la Contribución Especial Arbitral a cargo del árbitro único y de la secretaria, hacer las deducciones y pago, y librar las comunicaciones respectivas.

DECIMO TERCERO: DECLARAR causado el saldo de los honorarios del árbitro único y de la secretaria más el IVA correspondiente, de conformidad con las normas tributarias vigentes en el momento de su causación, por lo que se ordena realizar el pago de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

DECIMO CUARTO: ORDENAR que se rinda por el árbitro único la cuenta razonada de lo depositado para gastos de funcionamiento y que se proceda a la devolución de las sumas no utilizadas de esta partida si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.

DECIMO QUINTO: ORDENAR que, por secretaría, se expidan copias auténticas de este laudo con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes.

DECIMO SEXTO: ORDENAR que, en los términos del artículo 47 de la Ley 1563 de 2012, se haga entrega por Secretaría del expediente completo del trámite arbitral, para su archivo en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El anterior Laudo se notifica en audiencia y se suscribe con firmas escaneadas de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 2213 de 2022.



ANDREW ABELA- MALDONADO
Árbitro único



ADRIANA MARIA ZAPATA VARGAS
Secretaria