

Señor

Juez Veinte Civil del Circuito de Medellín

Medellín – Antioquia

Proceso : Declarativo de responsabilidad civil contractual
Demandante : Inversiones Tholuchi S.A.S.
Demandada : Arcos Dorados Colombia S.A.S.
Radicación : 05001 31 03 020 2022 00365 00
Asunto : Contestación de la demanda

Juan Pablo Riveros Lara, vecino y residente de la ciudad de Bogotá, abogado identificado personal y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, apoderado de la sociedad ARCOS DORADOS COLOMBIA S.A.S. – ADC en lo sucesivo – obrando en virtud del poder a mí conferido por la doctora Lina Marcela Ortiz Restrepo, Representante Legal para Asuntos Judiciales y Administrativos de la citada sociedad, poder que adjunto para todos los fines de ley y que identifico como Anexo No. 1 del presente memorial, por medio de este escrito concurre oportunamente ante su Despacho con el fin de presentar la CONTESTACIÓN A LA DEMANDA de la cual da cuenta este escrito.

A lo anunciado procedo en los siguientes términos:

I. Pronunciamiento de ADC sobre los fundamentos de hecho de la demanda

Me pronuncio separadamente sobre los mismos, en el mismo orden en que se encuentran presentados en el escrito de la demanda, así:

Al 1. Es cierto y me atengo en su totalidad al documento aportado con la demanda, el cual contiene el señalado Contrato de Arrendamiento.

Al 2. Es cierto lo que atañe al término de duración del Contrato de Arrendamiento ajustado entre el Centro Comercial San Diego PH y ADC.

No me consta cuándo ocurrió la apertura al público del local objeto de ese arrendamiento, pero admito como cierto que el arrendamiento que ocupa la atención del Despacho se extendía inicialmente hasta el mes de julio de 2021.

AI 3. Es cierto. Así lo indica el Contrato de Arrendamiento.

AI 4. Es cierto en lo que atañe a la evolución del valor del canon. No me consta qué canon habría regido para la anualidad comprendida entre julio de 2020 y julio de 2021, asunto que por demás es irrelevante para los fines del proceso, como quiera que lo que sí es real y materialmente cierto e inobjetable es que en esa anualidad no se ejecutó el arrendamiento entre las aquí partes.

AI 5. Es cierto. Así lo indica el Contrato de Arrendamiento.

AI 6. No me consta la veracidad de ese hecho porque el mismo alude a un documento que no fue celebrado ni suscrito por mi poderdante.

AI 7. Es cierto que el Contrato de Arrendamiento fue cedido por el Centro Comercial San Diego PH a la sociedad demandante en este juicio. No me consta qué origen o fundamento tenga la cesión que operó entre la copropiedad anteriormente identificada y la aquí demandante, como quiera que mi representada no es ni fue parte de sus negocios, acuerdos y/o contratos.

AI 8. Es cierto.

AI 9. No me consta cuál es la fuente de la transferencia del derecho de dominio que operó entre el Centro Comercial San Diego PH y la sociedad aquí demandante porque ADC no fue parte de los negocios o contratos que tuvieron o pudieron haber tenido lugar entre esas partes.

En cuanto al contenido y alcance de los Folios de Matrícula Inmobiliaria que se individualizan en este hecho, me atengo en un todo a lo que en los mismos está declarado sobre la titularidad del derecho de dominio sobre los bienes a los cuales aluden.

AI 10. Es cierto.

AI 11. Es cierto y aclaro que dichos decretos contienen múltiples disposiciones ordenadas a hacer frente a los efectos del COVID-19, cuyo alcance, espíritu y contenido literal debe apreciarse en todo el contexto que fue determinado por la excepcional situación que sobrevino en el mundo entero como consecuencia de esa pandemia.

AI 12. No es cierto el hecho en la forma como lo presenta la parte demandante, como paso a explicarlo: a términos de este hecho, durante el lapso comprendido entre el 25 de marzo y el 1 de septiembre de 2020 “en todo ese período de tiempo estuvo legalmente permitido el funcionamiento de los restaurantes de comidas rápidas como el operado por ARCOS DORADOS COLOMBIA S.A.S. en los inmuebles arrendados...”

Esa afirmación no es exacta ni se ajusta a la realidad de lo ordenado por el gobierno nacional ni a lo que efectivamente ocurrió, pues la autorización contenida en las normas expedidas por el Presidente de la República, como el propio demandante lo confiesa al transcribir la parte que es de su interés, no propiamente propendía por la plena actividad en los establecimientos distinguidos por la norma como “locales gastronómicos”. La autorización excepcional prevista en todos y cada uno de los 7 Decretos invocados por la parte demandante, cuyo recto entendimiento fluye de su propia literalidad, versa, según el actor lo destaca, sobre los siguientes aspectos:

En el caso de los Decretos 457 del 22 de marzo de 2020; 531 del 8 de abril de 2020; 593 del 24 de abril de 2020 y 636 del 6 de mayo de 2020, prorrogado hasta el 31 de mayo de 2020 por el Decreto 689 del 22 de mayo de 2020, el gobierno nacional dispuso y autorizó:

“(…) La comercialización de los productos de los establecimientos y locales gastronómicos mediante plataformas de comercio electrónico o por entrega a domicilio. Los restaurantes ubicados dentro de las instalaciones hoteleras solo podrán prestar servicios a sus huéspedes.”

Por su parte, en el Decreto 749 del 28 de mayo de 2020, prorrogado hasta el 15 de julio de 2020 por el Decreto 878 del 25 de junio de 2020; el Decreto 990 del 9 de julio de 2020 y en el Decreto 1076 del 28 de julio de 2020, el Gobierno Nacional agregó a la autorización para comercializar productos gastronómicos la entrega a domicilio, así:

“... la comercialización de los productos de los establecimientos y locales gastronómicos, incluyendo los ubicados en hoteles, mediante plataformas de comercio electrónico, por entrega a domicilio y por entrega para llevar.”

Pretender que estas disposiciones transitorias y excepcionales equivalen a la normalidad en el ejercicio del comercio no solo es una proposición desafiante a la inteligencia sino desconocedora de la trágica realidad que impuso la pandemia del COVID-19.¹

Se cae de su peso, además de ser la más clara negación de un hecho notorio, la sola sugerencia según la cual la normalidad en el comercio y en el expendio de alimentos fue la misma antes, durante y después de la pandemia. De haber sido ello así, ninguno de los Decretos invocados a su favor por el actor habría tenido que expedirse.

Incluso, en los considerandos del Decreto 797 de 2020, que sirvieron como sustento para emitir el respectivo Decreto, se señala lo siguiente:

“(...) Que teniendo en consideración las limitaciones en la explotación económica de locales comerciales por parte de aquellos arrendatarios, quienes en virtud de las medidas de orden público no pueden ejercer su actividad económica, **así como la disminución de sus ingresos, resulta necesaria la adopción de una medida de orden legislativo sobre la terminación unilateral de los contratos de arrendamiento de local comercial, que no solo promueva las negociaciones entre las partes y el mantenimiento del equilibrio económico contractual, sino que, además, contribuya a evitar abusos del**

¹ También tiene la categoría de hecho notorio la penosa realidad que se vivió en Colombia, como que durante el lapso comprendido entre marzo y septiembre de 2020 hubo días en que fallecieron más de 600 personas. Tal como si dos aviones comerciales de máxima capacidad se siniestrasen cada 24 horas.

derecho y una aglomeración de controversias judiciales. (Negrilla fuera de texto original)

Al 13. Tampoco es cierto este hecho en la forma tendenciosa en que está planteado, según lo explico enseguida: en primer lugar, porque el propio demandante reconoce que la operación de los establecimientos de comercio como el que es materia de este proceso, no podía ser plena, por las obvias razones invocadas al dar respuesta al hecho anterior. En segundo lugar porque la operación restringida de los establecimientos expendedores de alimentos, que como lo sostengo por ningún motivo puede asimilarse con una situación de normalidad, tiene que analizarse en el contexto de la excepcional situación sanitaria que vivió el mundo para la época que interesa al presente análisis, de suerte que poco o ningún valor puede reconocerse, como fundamento de hecho de las exorbitantes pretensiones de la demanda, al peregrino argumento con arreglo al cual “no sólo estuvo legalmente permitido el funcionamiento del restaurante de comidas rápidas operado por ARCOS DORADOS COLOMBIA S.A.S. en los inmuebles arrendados”, como pretendida base para homologar esa situación con un entorno de plena normalidad en el comercio.

Aunado a lo anterior, es de conocimiento de ambas partes que el mismo Centro Comercial San Diego impartió diversas comunicaciones durante marzo de 2020² con el fin de reconocer los impedimentos sufridos por los comerciantes cuyas operaciones se vieron afectadas por cuenta de la pandemia, así como con el propósito de impartir directrices relativas a las limitaciones de aforo y operación de los establecimientos de comercio allí ubicados (**Prueba Documental No. 1**).

Al 14. Es parcialmente cierto y envuelve una confesión de señalado interés para desatar el fondo de la controversia. Me explico:

² En comunicación fecha 23 de marzo de 2020, el Centro Comercial señaló “Hoy la humanidad asiste a una coyuntura sin precedentes, un escenario no imaginado por nadie, que nos está obligando a cambiar nuestro relacionamiento y formas de trabajo. El Centro Comercial Sandiego comprometido con el cuidado de la salud y el bienestar de nuestros copropietarios, locatarios y sus empleados, visitantes y usuarios, y atendiendo las últimas disposiciones de la Gobernación de Antioquia y la Alcaldía de Medellín con relación a la ampliación de la “Cuarentena por la Vida”, desde este martes 24 de marzo hasta las 11:59 p.m., y teniendo en cuenta el Decreto de “Aislamiento Preventivo Obligatorio”, dispuesto por el Gobierno Nacional en todo el territorio colombiano, desde el martes 24 de marzo hasta el lunes 13 de abril del año en curso, la Administración se permite informarles que respetamos y nos acogemos a lo ordenado por las autoridades”.

Es parcialmente cierto que “el aislamiento obligatorio no impidió el funcionamiento del restaurante de comidas rápidas operado por ARCOS DORADOS COLOMBIA S.A.S. en los inmuebles arrendados”, puesto que dicho funcionamiento, como lo he demostrado a partir del propio dicho del demandante, nunca fue pleno ni mucho menos normal.

Ahora bien, el referido hecho 14 de la demanda contiene una confesión que le solicito al Despacho apreciar en la dimensión e importancia que reviste para el litigio. Así, conforme lo admite el propio demandante, la actora practicó “descuentos voluntarios” del canon durante la vigencia del Contrato de Arrendamiento, lo que hace caer de su base la velada sugerencia de que los Decretos expedidos por el Presidente de la República reflejaban, reconocían o daban cuenta de un estado de normalidad en el ejercicio del comercio en general y del expendio de comidas en particular.

De todas formas, los descuentos efectuados por Inversiones Tholuchi en el canon de arrendamiento de los meses de abril, mayo y junio de 2020 fueron el producto de diversas negociaciones impulsadas por ambas partes en procura de aminorar los efectos financieros de la pandemia y que afectaron el equilibrio económico de la relación jurídica que vinculaba a las partes. Incluso, en comparación con lo relatado por la parte demandante, la negociación fue mucho más compleja de lo que se dice puesto que, desde abril de 2020, las partes intentaron acordar soluciones, como puede verse:

- Mediante comunicación electrónica del 14 de abril de 2020 Inversiones Tholuchi dio respuesta a la solicitud de alivio temporal en el canon de arrendamiento y cuota de administración elevada por ADC (**Prueba Documental No. 2**). En su respuesta, la demandante reconoció que la contingencia sanitaria había traído consigo consecuencias adversas tanto para los arrendadores como para los arrendatarios, manifestando además que, si bien reconocía las medidas restrictivas de la libre circulación, el establecimiento estaba operando (vía domicilios).
- El 4 de mayo de 2020 ADC puso a consideración de Inversiones Tholuchi una nueva oferta para aliviar su situación financiera (**Prueba Documental No. 3**). En esta comunicación la demandada indicó:

“Como es de su conocimiento, la imposición de los gobiernos locales y nacionales de restricción total de tráfico de personas se ha extendido nuevamente (y por el momento) hasta mediados de mayo, lo que sumado a las medidas preventivas tomadas por los ciudadanos de manera voluntaria desde las ultimas (sic) semanas del mes de marzo y que estimamos continuarán incluso después de levantada la cuarentena, acumulan un mínimo de dos meses de cierre de nuestro punto de venta.

De esta manera, la suspensión de actividad nos impide recibir los ingresos que hacen posible mantener nuestra operación en las condiciones actuales y nos dificulta cubrir los costos fijos que suponen la marcha habitual.

Entendemos que su propuesta de renta variable en abril significa para ustedes un esfuerzo económico y demuestran la voluntad de colaboración y compromiso con nosotros, más (sic) sin embargo y teniendo en cuenta el cierre total/parcial del restaurante, dicho descuento no es suficiente para cubrir las obligaciones de gastos fijos asociados con este punto.”

- El 15 de mayo de 2020 Inversiones Tholuchi comunicó a ADC la posibilidad de conceder el descuento del 30 % del canon de arrendamiento por los meses de abril y mayo de 2020.
- El 22 de mayo de 2020 Inversiones Tholuchi remitió a ADC una nueva comunicación en la que rechazó la oferta del 4 de mayo de 2020 (**Prueba Documental No. 4**). Indicó la demandante:

“La concesión del alivio o rebaja en el canon por el mes de abril y mayo de 2020, debe ser entendida como nuestra contribución para sobrellevar la compleja situación que reviste esta

contingencia sanitaria y sus nocivos efectos para el conjunto de la sociedad.”

- El 18 de junio de 2020, las Partes firmaron el Otrosí No.1 al Contrato de Arrendamiento (**Prueba Documental No. 5**) con el fin de formalizar la modificación del canon, de modo que Inversiones Tholuchi otorgó el descuento del 30 % de su valor para los meses de abril, mayo y junio de 2020.
- El 14 de julio de 2020 ADC remitió una nueva propuesta de ajuste a la renta “con el fin de poder evaluar la permanencia de la operación a largo plazo” (**Prueba Documental No. 6**). Manifestó la demandada:

“Teniendo en cuenta que la vigencia del contrato es hasta el 5 de Julio de 2021 proponemos nos otorguen un descuento en la renta del 50% del canon actual, pero incluyendo la posibilidad de un canon del 7% variable sobre las ventas netas (pagando lo que sea mayor entre los dos). Esta opción nos permite garantizar el pago de renta durante estos meses donde todavía hay una restricción de movilidad y por ende un tráfico más limitado en el centro comercial. Para ampliar esta propuesta nos gustaría nos permitieran un espacio para conversarlo y revisar las posibilidades viables para las partes. (...) Agradecemos la voluntad de colaboración y entendemos que nuestra propuesta significa para ustedes un esfuerzo económico, más sin embargo está basado en el resultado de las ventas en estos meses y anteriores, y está pensado buscando a corto, mediano y largo plazo un beneficio para las partes.”

- El 22 de julio de 2020 fue remitida por ADC una nueva propuesta en similares términos a la anteriormente relatada (**Prueba Documental No. 7**).

El anterior relato da cuenta de los distintos esfuerzos de negociación impulsados por ADC, cuyo fin fue procurar una continua y estable operación de los locales arrendados en el Centro Comercial San Diego. Claro es que, si bien ambas partes accedieron al descuento del 30 % del canon como una alternativa de alivio ante la crisis, las manifestaciones de ADC siempre fueron consistentes y reiterativas respecto de la dificultad económica y financiera para asumir los costos del Local en relación con la disminución en las ventas e ingresos. Esto se traduce en la imposibilidad de ejercer la actividad de económica de servicios de comida en condiciones de normalidad durante el 2020.

AI 15. Es cierto que la expedición del Decreto 797 de 2020 se produjo en los términos de tiempo y en la fecha que el demandante indica.

La larga, fatigante y destacada transcripción que acompaña este hecho no se corresponde con un fundamento fáctico de las pretensiones, de modo que me encuentro relevado de aceptar o negar su contenido.

AI 16. Tampoco es un fundamento fáctico de las pretensiones sobre el cual me encuentre en la obligación de pronunciarme. El pretendido hecho lo que contiene es una interpretación legal de una norma que el demandante sugiere y al cual me referiré, como corresponde, al proponer las excepciones y medios de defensa orientados a enervar las pretensiones de la demanda.

AI 17. Es cierto.

AI 18. Es cierto que en la fecha que se indica, la parte demandante produjo la comunicación que ella misma señala. La transcripción parcial de la misma no se constituye en fundamento de las pretensiones sino en prematuro alegato de conclusión que no es oportuno presentar ahora ni mucho menos rebatirlo.

AI 19. Es cierto que la comunicación a la cual se alude en ese hecho fue remitida por ADC a la parte demandante. Es igualmente cierto que la misma contiene la argumentación que la parte actora se ocupó de transcribir.

AI 20. Es cierto.

AI 21. Es cierto que ADC hizo a favor de la parte demandada la erogación de la cual se da cuenta en el hecho 21.

No es cierto que ADC tenga alguna obligación o adeudo a su cargo y a favor de la parte demandante. Además es antitécnico ubicar una pretensión en los fundamentos fácticos de una demanda.

A su vez, cabe destacar que ADC cumplió a cabalidad el procedimiento establecido en el Decreto 797 de 2020 que habilitó a los arrendatarios a terminar unilateralmente los contratos de arrendamiento en los términos allí establecidos (**ver Prueba Documental No. 8**).

AI 22. Es cierto que la sentencia en cita la emitió esa alta Corporación Judicial en la fecha y bajo la nomenclatura que la parte demandante señala.

No me consta que las transcripciones incluidas en el hecho correspondan al texto fiel de la sentencia invocada, pero en todo caso aclaro y destaco: (i) que las mismas no son pertinentes a la controversia; (ii) que la transcripción parcial y conveniente de una sentencia no juega ningún papel como fundamento de hecho de las pretensiones de una demanda.

AI 23. Tampoco es un hecho que me encuentre obligado a aceptar o negar. Es una interpretación jurídica propia de la parte demandante sobre un pronunciamiento de la Corte Constitucional en sede de inexecuibilidad, asunto que carece de todo interés para los fines del proceso y que en esa medida me encuentro relevado de responder, por no ser el Despacho de conocimiento el escenario idóneo para surtir ante él debates de orden constitucional.

AI 24. Tampoco es un hecho. Es, nuevamente, una apreciación muy respetable del mandatario judicial de la parte demandante, pero nada más que eso. Adicionalmente, este reiterado ejercicio de transcribir e interpretar no es procedente, práctico ni leal con la administración de justicia ni con la parte demandada.

AI 25. No es cierto que ADC haya terminado el Contrato de Arrendamiento que la vinculaba con la parte demandante de forma injustificada, puesto que, como el mismo apoderado de la sociedad demandante lo reconoce, el proceder de la demandada se fundamentó y cumplió con los lineamientos establecidos en el Decreto Legislativo 797 de 2020. Por ende, al no ser veraz la causa que la actora invoca a su favor, menos lo puede ser la consecuencia que sugiere y a la que aspira sin fundamento alguno.

AI 26. No es cierto que las cargas económicas inherentes a su condición de copropietario del Centro Comercial San Diego PH la haya tenido que asumir la sociedad demandante como consecuencia de las decisiones de ADC en cuanto al arrendamiento que la vinculaba con ella, las cuales son justas, con pleno respaldo en la ley y comunicadas de manera oportuna e idónea por mi representada.

AI 27. No es cierto que la sociedad demandante haya sufrido ningún tipo de daño atribuible o imputable a mi representada.

AI 28. No es cierto que la sociedad demandante haya sufrido ningún tipo de daño atribuible o imputable a mi representada.

AI 29. Es cierto. Aunque tampoco tiene interés para el proceso porque simplemente da cuenta del agotamiento de un requisito de procedibilidad previsto en la ley.

AI 30. No me consta la veracidad de ese hecho ni me puedo pronunciar sobre él, por la simple pero obvia razón de que lo que en él se afirma no es predicable de ADC. Únicamente me resta destacar la total improcedencia de la aspiración de la parte actora y la ignorancia que el hecho denota sobre el rol y las responsabilidades de un Revisor Fiscal, lo que no es óbice para destacar, de forma categórica, que la propia demandante, al intentar obtener una prueba, reniega de su teoría conforme a la cual el Decreto 797 de 2020 solo regulaba la situación de los operadores de establecimientos de expendio de comidas que no podían materialmente operar. De otra forma, no se explica el por qué se indaga si ADC tuvo una merma en sus ingresos asociados a la explotación del local comercial al cual se refiere la demanda.

II. Pronunciamiento de ADC sobre las pretensiones de la demanda

En los términos del artículo 97 del Código General del Proceso, me opongo de manera general a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, como quiera que las mismas se basan en simples apreciaciones e interpretaciones de la parte demandante, las cuales carecen de respaldo fáctico, jurídico y contractual.

De manera específica, formulo la oposición en relación con todas y cada una de las pretensiones de la demanda, individualmente consideradas, así:

Oposición a las pretensiones principales

A la declarativa 1.1.1.: Me opongo a que el Despacho aplique la excepción de inconstitucionalidad tendiente a declarar que el Decreto 797 de 2020 no es aplicable al caso, pues las decisiones judiciales como la contenida en la Sentencia C-409 no pueden producir, salvo decisión expresa en ese sentido que en este caso no existe, efectos hacia el pasado. Como es claro, dicha sentencia de inexecuibilidad es del 17 de diciembre de 2020 y los hechos de la demanda ocurrieron entre los meses de junio y agosto de 2020.

A la declarativa 1.1.2.: Me opongo a su prosperidad en la medida en que la misma es consecencial a la distinguida como 1.1.1., de suerte que no accediéndose a la causa no es posible acceder a la consecuencia. Adicionalmente y como será demostrado en el proceso, la terminación del Contrato de Arrendamiento tuvo una justa causa amparada en la ley.

A la declarativa 1.1.3.: Me opongo en consideración a que en la medida en que la terminación del Contrato de Arrendamiento no estuvo desprovista de causa ni se cursó por fuera del marco legal, no es procedente indemnización alguna.

A las pretensiones de condena rotuladas bajo los números 1.2.1. (y sus sub numerales 1.2.1.1., 1.2.1.2 y 1.2.1.3.) y 1.2.2. me opongo porque su prosperidad solo podría

considerarse en caso de accederse a las pretensiones declarativas principales, las cuales, al estar llamadas al fracaso, hacen inviables las que son objeto de la presente oposición.

Me opongo a la pretensión 1.2.3. porque no existe mérito alguno para emitir condena en costas a cargo de ADC, a quien se ha provocado injustamente al presente proceso. En su lugar solicito la desestimación de las pretensiones antes analizadas y la emisión de ejemplar condena en costas a cargo de la sociedad demandante y a favor de ADC.

Oposición a las pretensiones subsidiarias

A la declarativa 2.1.1.: Me opongo en consideración a las siguientes razones: (i) la decisión de ADC relativa a la terminación del Contrato de Arrendamiento tuvo como fundamento el Decreto 797 de 2020 y no en una sentencia de la Corte Constitucional que: a) fue posterior a la decisión de ADC de proceder en la forma como lo indicada el Decreto 797; b) no puede regular, como es claro, situaciones particulares, ni mucho menos lo puede hacer con efectos retroactivos; (ii) no es posible, válido ni procedente estimar una pretensión como la que es objeto de este pronunciamiento, bajo pretexto de interpretar el alcance de algunas expresiones contenidas en el Decreto 797 de 2020, plenamente vigente para el momento en que ADC tomó y comunicó la decisión de la cual se duele la parte actora. Con otras palabras, las consideraciones de la Sentencia C-409 no pueden ser, como lo solicita la parte demandante, la base para estimar la pretensión bajo análisis.

A la declarativa 2.1.2.: Me opongo con fundamento en las siguientes razones: (i) esta pretensión se presenta como consecencial a la 2.1.1., lo cual no es cierto porque aquella hace depender su prosperidad de los términos de la Sentencia C-409 ; (ii) en esa medida, no solo no es posible considerar la viabilidad de la pretensión 2.1.2. con desapego de la pretensión 2.1.1.; (iii) sin embargo y a pesar de lo anteriormente señalado, si de la interpretación de la demanda (de sus pretensiones más concretamente) se dedujera que lo que se busca es una declaración según la cual el Contrato de Arrendamiento se terminó bajo una hipótesis no prevista en el Decreto 797, esa interpretación está llamada al fracaso pues, como será demostrado en el proceso, el alcance que la demandante quiere dar a ese precepto es equivocado.

A la declarativa 2.1.3.: Me opongo porque las indemnizaciones que la parte demandante persigue carecen de fundamento y por ende no se adecúan a las hipótesis ni del artículo 2003 ni del artículo 2013 del Código Civil.

A las pretensiones de condena rotuladas bajo los números 2.2.1. (y sus sub numerales 2.2.1.1., 2.2.1.2. y 2.2.1.3.) a 2.2.2. me opongo porque su prosperidad solo podría considerarse en caso de accederse a las pretensiones declarativas subsidiarias, las cuales, al estar llamadas al fracaso, hacen inviables las que son objeto de la presente oposición.

A las pretensiones de condena rotuladas bajo los números 2.2.1. (y sus sub numerales 2.2.1.1., 2.2.1.2 y 2.2.1.3.) y 2.2.2. me opongo porque su prosperidad solo podría considerarse en caso de accederse a las pretensiones declarativas principales, las cuales, al estar llamadas al fracaso, hacen inviables las que son objeto de la presente oposición.

Me opongo a la pretensión 2.2.3. porque no existe mérito alguno para emitir condena en costas a cargo de ADC, a quien se ha provocado injustamente al presente proceso. En su lugar solicito la desestimación de las pretensiones antes analizadas y la emisión de ejemplar condena en costas a cargo de la sociedad demandante y a favor de ADC.

III. Excepciones de mérito

3.1 Errada interpretación del Decreto Legislativo 797 de 2020 y de la Sentencia C-409 de 2020

De manera preliminar ha de precisarse que ADC no busca discutir la constitucionalidad del Decreto Legislativo 797 de 2020, ni mucho menos descender a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-409 de 2020, por ser claro que este proceso no está llamado a ser el escenario para esa clase de debate.

En esencia, lo determinante para este caso es tomar en cuenta las circunstancias de tiempo, modo, y lugar que motivaron la terminación unilateral del Contrato de Arrendamiento que existía entre las aquí partes, así como las razones que fundamentaron la aplicación de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional, revestidas para entonces de la presunción de constitucionalidad que ampara las disposiciones con fuerza material de

ley que expidió, para este caso y bajo las excepcionales circunstancias reinantes, la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Claro es que, antes de la declaratoria de inexequibilidad del Decreto Legislativo el Gobierno Nacional expidió distintas medidas de carácter excepcional cuyo fin fue el de conjurar y/o mitigar los efectos de la emergencia sanitaria causada por la pandemia COVID-19. Es igualmente claro que la situación asociada a esa pandemia carece de antecedentes en la historia reciente, de forma tal que su advenimiento implicó la adopción de medidas extraordinarias y de manera urgente.

La importancia de la anterior aproximación consiste en que el Decreto Legislativo 797 de 2020 hace parte del referido contexto, como quiera que el mismo fue expedido con el fin de hacer frente a las contingencias socioeconómicas que impactaron la economía local, regional y mundial durante la pandemia. Como lo indican las consideraciones *-Ratio Legis-* del Decreto Legislativo, el Gobierno Nacional habilitó a los arrendatarios para terminar unilateralmente los contratos de arrendamiento con base en³:

“la (...) afectación de las distintas actividades económicas desarrolladas por el sector empresarial, **que no puede seguir operando en condiciones normales y encuentra dificultades para mantener sus ingresos** y, por lo tanto, **para cumplir con sus obligaciones para con sus proveedores y acreedores, incluyendo los gastos necesarios para su normal sostenimiento**, tales como cánones de arrendamiento y servicios públicos, entre otros.

(...) **teniendo en consideración las limitaciones en la explotación económica de locales comerciales por parte de aquellos arrendatarios**, quienes en virtud de las medidas de orden público no pueden ejercer su

³ Entre otras razones, en las consideraciones del Decreto el Gobierno expuso: “Que dentro de las motivaciones para expedir el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020 se consideró que "de acuerdo con la encuesta de medición del impacto del cov1019 de CONFECAMARAS, con corte a 17 de abril, el 85% de las empresas reportan no tener recursos para cubrir sus obligaciones más allá de 2 meses". Asimismo, se señaló "que los efectos económicos negativos a los habitantes del territorio nacional requieren de la atención a través de medidas extraordinarias referidas a condonar o aliviar las obligaciones de diferente naturaleza como tributarias, financieras, entre otras, que puedan verse afectadas en su cumplimiento de manera directa por efectos de la crisis".

actividad económica, **así como la disminución de sus ingresos**, resulta necesaria la adopción de una medida de orden legislativo sobre la terminación unilateral de los contratos de arrendamiento de local comercial, que no solo promueva las negociaciones entre las partes y el mantenimiento del equilibrio económico contractual, sino que, además, contribuya a evitar abusos del derecho y una aglomeración de controversias judiciales.” (Negrilla fuera del texto original)

De la motivación antes transcrita fluye la conclusión de que la teleología del Decreto Legislativo era la de aminorar y aliviar el impacto que la pandemia produjo en las operaciones del sector empresarial. Lo anterior como una medida extraordinaria y urgente que tuvo en cuenta diversas variables capaces de afectar las actividades cobijadas por la norma bajo análisis, en armonía con las motivaciones de la misma, puestas en la óptica de dar a los comerciantes destinatarios de la misma, herramientas para atemperar las consecuencias de la pandemia mediante renunciaciones, sacrificios y dejaciones de todos los afectados y no solo de uno de los extremos de las relaciones comerciales de las cuales se ocupó esa legislación extraordinaria.

Como el mismo texto del Decreto 797 lo indica, estas situaciones de dificultad podían consistir en: a). La limitación física y económica de continuar con las actividades comerciales en condiciones de normalidad y cuya consecuencia sería el no ejercicio de la actividad económica o; b). La limitación física y económica de continuar con las actividades comerciales por cuenta en la disminución de ingresos.

En efecto, es por el segundo escenario -disminución de ingresos- que el Decreto 797 se adecuaba a la situación jurídica y económica del Contrato de Arrendamiento suscrito entre Inversiones Tholuchi y ADC.

A su vez, la naturaleza de la relación jurídica entre las partes y la actividad comercial que ejerce ADC se adecuaba a los requisitos establecidos en el Decreto para la terminación unilateral, pues en efecto: i): Se trataba de un Contrato de Arrendamiento de local comercial en el cual se prestaban “servicios de comida”⁴ y; ii). ADC -en calidad de arrendatario- se

⁴ Artículo 2° del Decreto Legislativo 797 de 2020, que establece: El presente Decreto Legislativo será aplicable a los contratos de arrendamiento de locales comerciales cuyos arrendatarios, a partir del 1o. de junio de 2020

encontraba en la imposibilidad de ejercer su actividad económica basada en la disminución sustancial de sus ingresos económicos derivados de la explotación de ese preciso local, todo lo cual será demostrado en el proceso.

Aunado al cumplimiento de los presupuestos legales establecidos en el Decreto para que ADC efectuara la terminación unilateral del arrendamiento, así como presumiendo la constitucionalidad del acto administrativo, la demandada acató el procedimiento establecido en el artículo 3° del Decreto 797 de 2020 para la terminación unilateral, porque: i) Notificó la terminación antes del 31 de agosto de 2020 -fecha límite establecida en el Decreto-; ii) Pagó la tercera parte de cláusula penal dispuesta en el Contrato, cuyo valor ascendía a la suma de \$ 35.930.983,112 y; iii) Canceló en debida oportunidad el pago de los cánones de arrendamiento, cuotas de administración y los recibos por concepto de servicios públicos causados a la fecha de terminación. **(Prueba Documental No. 8)**

En el contexto y frente a las realidades anteriormente señaladas, para dar fundamento a sus pretensiones, la demandante se ha limitado a realizar un análisis gramatical de la legislación extraordinaria que se emitió en la época del aislamiento preventivo que rigió en todo el país para señalar que ADC podía vender sus productos a través de plataformas electrónicas. Claro es que esta última era apenas una medida provisional que, a los ojos de Inversiones Tholuchi, resultaba suficiente para asumir las cargas del arrendamiento, posición que desborda toda lógica fáctica y que se sitúa en abierta contradicción con los criterios de interpretación de la ley. El entendimiento por el que propugna la parte demandante implica la errada acepción de que la legislación extraordinaria solo se ocupaba de los eventos propios de la imposibilidad material de explotar un establecimiento y que la misma no fue expedida para atenuar los efectos devastadores de la pandemia en determinados eventos y actividades afectados por su desarrollo y prolongación.

Por lo anterior, es claro es que la actividad económica de una cadena de comidas como McDonald's se vio afectada por la imposibilidad de vender al público directamente y para el consumo en sus locales. No se necesita especial pericia ni formación para entender esa problemática. Nótese que el hecho de solo poder vender productos mediante entrega a

por las instrucciones de orden público, se encuentran en la imposibilidad de ejercer las siguientes actividades económicas: (...) - Alojamiento y servicios de comida.”

domicilio o entrega para llevar tiene graves consecuencias económicas que deben verse caso a caso.

En efecto, una operación compleja, de volúmenes considerables, diseñada para ejecutarse en locales abiertos al público y bajo condiciones de normalidad en la afluencia de clientes, tiene una economía perfectamente distinta a la que es propia de una situación extrema y excepcional como la que se vivía en la época de expedición y durante la vigencia del Decreto 797.

En otros términos, toda actividad comercial que se desarrolle en el entorno antes descrito, obedece a detallados Planes de Negocio según los cuales la viabilidad económica de la operación -contextual e individual- depende del pleno empleo de los recursos dedicados a ese propósito o, por lo menos, a la expectativa de un alto rendimiento y máxima contribución posible de los recursos destinados a la explotación mercantil para considerar su viabilidad real.

Recuérdese que estas explotaciones comerciales envuelven variados factores tan complejos como el costo de los locales, el costo de la adquisición y logística de los insumos y alimentos involucrados en su desarrollo, la atención de las cargas económicas derivadas de la Master Franquicia que ostenta ADC en Colombia, las provisiones de impuestos, etc.

En otro aspecto, como fue resaltado en la contestación al hecho no. 14 de la demanda, es de imperativa relevancia señalar que la afectación a las operaciones de ADC en los locales arrendados en el Centro Comercial San Diego no son ajenas a la demandante. En las comunicaciones que se aportan como Pruebas Documentales 1, 2, 3, 4, 6 y 7, se denota que ADC explicó que la imposición de medidas gubernativas que restringieron el tráfico de personas implicó una disminución de ingresos que no le permitía continuar con la operación de su negocio en las condiciones en las que siempre se ejecutó. Explicó entonces ADC a Inversiones Tholuchi que los descuentos propuestos para el canon resultaban insuficientes. Veamos:

“(...) teniendo en cuenta el cierre total/parcial del restaurante, dicho descuento no es suficiente para cubrir las obligaciones de gastos fijos asociados con este

punto. En otras palabras, nos dejaría con un resultado negativo difícil de recuperar en los próximos meses bajo un escenario incierto y que depende de la recuperación de los hábitos de consumo de las personas.”

Por lo anterior, en la misma comunicación ACD propuso una renta variable del 7 % sobre las ventas netas sin perjuicio de aplicar reajustes en la medida en que las ventas incrementaran.

Reducir la lógica del Decreto 797 y de la operación del local objeto de este proceso, como lo hace la parte demandante para sostener que la explotación del mismo “no era imposible” porque se podían comercializar alimentos por plataformas virtuales y para entrega de pedidos por encargo, más bien parece una humorada: denota el más profundo desconocimiento de los sistemas de “economías de escala” y supone y parte de la base de que la operación de ADC es asimilable a la de un comercio informal o de ocasión. Así, desde el punto de vista de Inversiones Tholuchi, si bien la pandemia implicó el cese de presencialidad en los puntos de venta, ADC podía fácilmente enviar a su personal a casa; adquirir los insumos para atender los pedidos como si estos se adquirieran en una tienda del barrio (también bajo serias restricciones de operación), apostar por que los costos de las regalías por la explotación de la marca se dejaran de transferir al Master Franquiciante; prescindir de los protocolos para la conservación de alimentos, etc.

Lo anterior para afirmar, como será demostrado en el proceso, que a la imposibilidad de explotar un negocio comercial no se llega por el diccionario sino por la realidad económica que subyace en las extremas circunstancias que se afrontaban desde marzo de 2020.

Desde luego raya en la puerilidad como lo pretende la parte demandante, sugerir o insinuar que el Estado -representado por el Gobierno Nacional-, en su rol de director de la economía (art. 334 de la Constitución Política), expidió el Decreto 797 y los demás emitidos en el contexto de la crisis sanitaria asociada al COVID-19 para ocuparse de una serie de actividades comerciales en cuyo desarrollo se consagraron unos alivios para las partes de los contratos de arrendamiento de locales comerciales, para los eventos en que los negocios explotados en los mismos era materialmente imposible desarrollarlos. La explotación incipiente, reducida, por fuera del margen de riesgo razonable del Plan de

Negocios de un establecimiento comercial, también conduce a situaciones de imposibilidad que, lo repito, no se determinan acudiendo al diccionario sino a la realidad económica del caso concreto.

Cuando hago expresa y consciente referencia a que las medidas extraordinarias que el Gobierno Nacional adoptó mediante los Decretos tantas veces citados, me refiero a que los alivios, como ya lo sostuve, no fueron exclusivamente pensados para los arrendatarios, sino también, de manera loable, para los arrendadores. Con un ejemplo me explico: si ADC o cualquiera otro arrendatario de un local comercial acusa una crisis económica originada en una situación imprevista, letal y extraordinaria como una pandemia, tiene que comenzar a producir recortes económicos y a adoptar medidas extraordinarias para conjurar la situación.

Una de esas alternativas, por ejemplo, sería la de acogerse a un procedimiento de reorganización empresarial, como en el caso de la pandemia fue el acogido mediante el Decreto 842 de 2020. En tal evento y en líneas generales, la situación de un arrendador se reduce a que el valor de los cánones consolidados en el lapso comprendido entre el origen de la causa extraordinaria y la admisión de la solicitud de reorganización, quedan sujetas, en perjuicio o desmejora del arrendador, a la reorganización (refinanciación) de ese pasivo. En esencia, lo anterior podría implicar un perjuicio económico para el arrendador, pero alivio para el arrendatario.

En el caso de la regulación contenida en el Decreto 797, el arrendador habría de aceptar una terminación anticipada del arrendamiento, pero no privado de sus derechos, sino a justa tasación *-ex legem-* de la indemnización a su favor. Lo anterior como consecuencia de la terminación anticipada del contrato y bajo la obligación del arrendatario de hacer entrega del local, anticipadamente, pero en completa situación de paz y salvo respecto de las cargas económicas asociadas al arrendamiento. Todo lo anterior por cuenta de la habilitación otorgada por el Decreto Legislativo a las partes, de modo que, sin perjuicio de su posterior declaratoria de inexecutable, quien se acogiera a dicho procedimiento, estaba legalmente amparado para hacerlo.

Este análisis económico del derecho, es una disciplina de la mayor respetabilidad en el laborio de interpretar y aplicar las normas jurídicas, comprende asuntos de la trascendencia del principio de solidaridad (artículo 1 y 955 constitucional) en que se funda un Estado Social de Derecho como el que rige en Colombia.

Con base en lo expuesto, no sobra resaltar también que, aún cuando la Sentencia C-409 de 2020 declaró la inexecutable del Decreto 797, la Corte Constitucional también reconoció los efectos crisis económica y social producto del COVID 19, y en particular señaló:

“(…) las restricciones a la actividad de las personas tienen consecuencias serias en el crecimiento de la economía, en las labores comerciales e industriales y en los ingresos del Estado, que caen, mientras aumentan de manera significativa los gastos. (...) En razón de estas circunstancias, se está ante el desafío de evitar una “inminente destrucción sistemática de los puestos de trabajo con el impacto negativo que esto conllevaría en la economía no sólo de las familias colombianas sino de todo el sistema económico colombiano”.

(...) En este escenario fáctico y valorativo, en el Decreto Legislativo 797 de 2020 se adoptaron medidas extraordinarias, tendientes a conjurar los efectos económicos adversos en el sector empresarial. Este propósito se consignó de manera explícita en las consideraciones del decreto.”

En esencia, si bien el Decreto Legislativo 797 y la Sentencia C-409 de 2020 no determinaron de manera literal lo que se entendería por “imposibilidad” para que una compañía continuara con sus operaciones en el marco de la pandemia, lo cierto es que en ambas fuentes de derecho se acude a una interpretación histórica y teleológica que permite

⁵ prevé el artículo 95 superior: “La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: (...) 2. Obrar conforme al principio de **solidaridad social**, respondiendo con acciones humanitarias ante **situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas** (...)”. (Negritas fuera de texto original).

entender por qué el Gobierno permitió que arrendatarios como ADC terminaran unilateralmente sus contratos.

Por suerte de lo hasta aquí dicho, la recortada y conveniente visión expresada en la demanda sobre el ámbito de aplicación del Decreto 797, se sitúa de espaldas a la realidad de la ciencia económica, que en este caso sirve de base a las medidas jurídicas en que se basó la decisión de ADC en lo que es de interés para el proceso, y no puede servir de base para la estimación de las pretensiones declarativas del actor en cuanto las mismas tengan como principio el muy débil alcance que se quiere dar a la “imposibilidad” (en el sentido gramatical) como criterio para determinar la justificación de la conducta y aspiraciones de la parte demandante.

Con un agravante es el demérito de las pretensiones del actor en este caso: según lo reconoce Inversiones Tholuchi en el hecho segundo de la demanda el Contrato de Arrendamiento ajustado entre las partes tenía una vigencia inicial de 20 años, que transcurría entre julio de 2001 y el julio de 2021. Esto implica que la ejecución contractual de ese acuerdo de voluntades había regido a las partes durante 19 años y 1 mes, faltando tan solo 11 meses para que la misma llegara a su fin.

Aunado a lo expuesto en precedencia, es de amplio e incontrovertible conocimiento que conforme a las normas jurídicas del Código de Comercio que rigen el arrendamiento mercantil (art. 518 y sgs.), era decisión de ADC la de ejercer o no su derecho a la renovación del Contrato de Arrendamiento, por concurrir al caso todos los presupuestos orientados a esa eventualidad.

Así, siendo la anteriormente indicada una potestad soberana de ADC en el caso de este litigio, y estando próxima a ocurrir la terminación del arrendamiento por cumplimiento del término inicial pactado, resulta claro, sin perjuicio de y con independencia de otras alegaciones y medios de defensa, que las aspiraciones jurídicas y económicas de la parte demandante tienen un valor subjetivo muy alto, cuando no totalmente subjetivo, pues ninguna certeza puede tener la sociedad demandante en el sentido de que ADC continuaría ejecutando el arrendamiento ajustado entre las partes luego del mes de julio de 2021.

Al haberse puesto fin al arrendamiento por parte de ADC en los términos, condiciones y bajo los criterios de la legislación excepcional en que basó su decisión, las pretensiones de la demanda tienen mayor semejanza con un deseo de la parte demandante que con una realidad jurídica atendible en sede judicial.

3.2 Improcedencia de la excepción de inconstitucionalidad en que se fundan las pretensiones subsidiarias de la demanda

3.2.1 Naturaleza de la excepción de inconstitucionalidad

Nuestro ordenamiento jurídico prevé la excepción de inconstitucionalidad (art. 4 de la Constitución) como una herramienta llamada a ser aplicada por las autoridades judiciales, siempre que exista una contradicción entre una norma de inferior y un precepto constitucional. En efecto, en el ámbito de la excepción de inconstitucionalidad, la autoridad deberá abstenerse de aplicar la norma incompatible con la Carta Política evaluando el caso específico, con el fin de salvaguardar la primicia del orden constitucional. Ahora bien, su aplicación no puede ser caprichosa y debe atender al cumplimiento de unos requisitos mínimos.

En lo que concierne a la naturaleza de la excepción bajo examen, la Corte Constitucional⁶ ha resaltado que, para su debida aplicación, resulta indispensable determinar lo siguiente:

“(...) dicha aplicación persigue la protección de la supremacía constitucional en abstracto o tiene como fin conjurar la incidencia negativa y perjudicial de normas de inferior jerarquía a las constitucionales, **en los derechos constitucionales de una persona en un caso concreto.**

Lo que resulta relevante en este aspecto es entender las distintas competencias que se otorgan en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, y en virtud del control abstracto de constitucionalidad. La primera se implementa en el contexto de la vulneración de los principios constitucionales en casos concretos, **y por ello suele referirse a la garantía de**

⁶ Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. Sentencia T-389 del 28 de mayo 2009. MP.: Humberto Antonio Sierra Porto.

derechos fundamentales cuando estos se ven amenazados por la aplicación concreta de una norma de rango legal o reglamentario, y su ejercicio está en cabeza todos los operadores jurídicos de nuestro sistema jurídico. Y la segunda, es exclusiva de los jueces de control de constitucionalidad y tiene el alcance de **declarar de manera definitiva la permanencia o la salida de una norma del ordenamiento jurídico.**" (Negrillas fuera del texto original)

Nótese que la Corte hace hincapié en que la excepción de inconstitucionalidad procede cuando existe una afectación **clara e incontrovertible de los derechos fundamentales** de una persona debido a la aplicación de una norma de inferior jerarquía a la constitucional.

Como más adelante será demostrado, la parte demandante no manifestó ni acreditó cuáles serían las afectaciones a sus derechos fundamentales en caso de que el Despacho no le de aplicación a la excepción de inconstitucionalidad pretendida.

Aunado a lo anterior, respecto de la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad la Corte también estableció en Sentencia T-681 de 2016 (citada por la misma parte demandante) que dicha facultad puede ser ejercida de manera oficiosa o a solicitud de parte cuando se está frente a alguna de las siguientes circunstancias:

- (i) La norma es contraria a las cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, **toda vez que "de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado**⁷;
- (ii) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado (...); o,

⁷ En tal sentido ver también la Sentencia T-103 de 2010 de la Corte Constitucional.

- (iii) En virtud, de la **especificidad de las condiciones del caso particular**, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental. En otras palabras, “puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales”. (Negritas fuera del texto original)

Habida cuenta del pronunciamiento de la Corte, importante es enfatizar en dos elementos: i). En caso de existir una sentencia de control abstracto y con efectos *erga omnes* sobre la aplicación de una norma, todo juez debe darle aplicación sin que la excepción de inconstitucionalidad sirva como pretexto de su inobservancia; ii). Han de evaluarse las especificidades de cada caso para definir si la aplicación de una determinada norma vulnera los derechos fundamentales de una persona. Sobre estos dos puntos enseguida se realizará un mayor análisis.

3.2.2 Explicación de las falacias argumentativas identificadas en el razonamiento de la parte demandante

Las pretensiones declarativas principales de la demanda apuntan a la declaratoria de la excepción de inconstitucionalidad del Decreto 797 de 2020 pues, en palabras de Inversiones Tholuchi, su aplicación produciría efectos “abiertamente inconstitucionales” con base en lo expuesto en la misma Sentencia C-409 del 2020 que determinó (para declarar su inexecutable) que el Decreto Legislativo producía por lo menos seis consecuencias problemáticas desde la perspectiva constitucional. Este razonamiento, a todas luces infundado, permite entrever varias contradicciones argumentativas, que paso a señalar enseguida:

⁸ La pretensión principal No. 1 de la demanda solicita que: “Con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad, declare que el **Decreto Legislativo 797 del 4 de junio de 2020 es inaplicable** en el sub judice, porque su aplicación produciría efectos abiertamente inconstitucionales, efectos que comprenderían, por lo menos, las “**seis consecuencias problemáticas desde una perspectiva constitucional**” que **identificó la Corte Constitucional en la sentencia C-409 del 17 de diciembre de 2020** (apartado 135, página 49)”

1. En primer lugar, la demandante no está otorgando mayores explicaciones que fundamenten la necesidad de aplicar al caso *sub judice* la excepción de inconstitucionalidad. En la demanda Inversiones Tholuchi se limitó a citar la Sentencia C-409 de 2020, sin exponer o ahondar en razones de peso que permitan entender por qué debe su Despacho acceder a esa petición. Ni el escrito de la demanda, ni los documentos anexos dan cuenta de la afectación a los derechos fundamentales de la parte demandante. Por el contrario, y según se explicó en sustento del anterior medio exceptivo, la aplicación que se hizo del Decreto 797 supone un trato favorable a la parte demandante.
2. En segundo lugar, resulta antitécnico buscar que la *ratio decidend⁹* de una Sentencia de Constitucionalidad se aplique de manera retroactiva para analizar un caso previo a su proferimiento. Ello, bajo el entendido de que Inversiones Tholuchi fundamenta la excepción de inconstitucionalidad en ““las seis consecuencias problemáticas desde una perspectiva constitucional” que identificó la Corte Constitucional en la sentencia C-409 del 17 de diciembre de 2020” (pág. 12 de la demanda).

En ese sentido, para la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad, la demandante busca que se aplique el precedente judicial de forma retroactiva, no en cuanto al efecto de la inexequibilidad del Decreto 797 de 2020, pero sí frente a las consideraciones que la Corte expuso en la misma para declarar dicha inexequibilidad.

Claro es que la obligatoriedad del precedente judicial recae en la *ratio decidendi*, sin embargo, no podría ser que se utilice -al menos para modificar relaciones jurídicas ya consolidadas- respecto de casos ocurridos previamente a su expedición¹⁰.

⁹ La Corte Constitucional en Sentencia de Unificación 068 de 2018 manifestó: “Una sentencia se compone de tres elementos, como son: i) la decisión del caso o *decisum*; ii) las razones que se encuentran vinculadas de forma directa y necesaria con el fallo o *ratio decidendi*; y iii) los argumentos accesorios utilizados para ayudar a construir la narrativa judicial, conocidos como *obiter dicta*. De esos aspectos, sólo la *ratio decidendi* constituye precedente”.

¹⁰ En tal sentido se puede consultar lo establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación 068 de 2018.

A su vez, la Sentencia C-049 de 2020 establece taxativamente que sus efectos se producirán hacia el futuro. Por tanto, al ser una Sentencia con efectos *erga omnes*, mal haría el Juez de conocimiento en aplicarla de retroactivamente so pena de transgredir las directrices que para su aplicación en el tiempo impartió el propio órgano de cierre en materia constitucional (Art 241 de la Constitución Política y 45 de la Ley 270 de 1996).

Enunciadas ya las contradicciones que envuelve la argumentación y peticiones de la parte demandante, se estima pertinente analizar el punto concerniente a los efectos que en el tiempo producen las Sentencias de Constitucionalidad.

3.2.3 Análisis de los efectos en el tiempo de las Sentencias de Constitucionalidad y la imposibilidad de su aplicación retroactiva en el caso concreto

El legislador previó en los términos del artículo 45 la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad “tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”. Es decir, es norma imperativa que toda sentencia de constitucionalidad tiene efectos hacia el futuro *-ex nunc-* a no ser que sea la misma Corte aquella que disponga lo contrario.

En vista de lo anterior, en el caso que nos ocupa, la Corte pudo no haberse pronunciado respecto de los efectos que en el tiempo tendría la Sentencia C-409 de 2020 de modo que, por aplicación directa del artículo 45 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, la Sentencia habría tenido efectos hacia el futuro. Sin embargo, tan necesario consideró la Corte de aclarar los efectos que tendría la Sentencia sobre la aplicación del Decreto 797 de 2020 que ordenó:

“(…) la Sala declarará la inexecutable del Decreto 797 de 2020. Al respecto, se advierte que la presente decisión **tendrá efectos hacia futuro**, pues no se considera necesario alterar la regla general retrospectiva de esta clase de decisiones, en tanto que implicaría **1) agravar las consecuencias problemáticas generadas por este decreto, en especial en cuanto atañe al**

principio de seguridad jurídica; y 2) ignorar que un gran número de contratos de arrendamiento de local comercial fueron finalizados bajo su amparo, bajo la convicción razonable y plausible de que este decreto estaba vigente y generaba efectos jurídicos válidos.” (Negrilla fuera de texto original)

Nótese que con la precitada directriz, la Corte decidió proteger a aquellos ciudadanos que, amparados en el principio de legalidad y confianza legítima de estar actuando de conformidad con la Ley (en este caso el Decreto Legislativo), terminaron unilateralmente los contratos de arrendamiento siguiendo las pautas dictadas por el Gobierno Nacional en el marco de la pandemia.

Y es que por los efectos contraproducentes que ello podría generar, la Corte en varias ocasiones ha explicado las razones por las cuales la regla general es que sus Sentencias surtan efectos *ex nunc*¹¹. Así, por ejemplo, en Sentencia T-398 del 2009 la Corporación manifestó:

“En tanto la ultractividad se presenta a partir del fenómeno de la derogación normativa, no es propia de los efectos de las sentencias. Aunque, un fenómeno similar, pero no igual, se presenta cuando una disposición normativa se declara inexecutable. En dicha situación la jurisprudencia constitucional ha explicado que debido a la irretroactividad de las sentencias de control de constitucionalidad, se deben respetar las consecuencias jurídicas de la aplicación de la norma mientras estuvo vigente. Esto es, entre el momento de su entrada en vigencia y su declaratoria de inexecutable.”

Para mayor abundamiento de la importante razón que expongo, en Sentencia C-055 del 2022 la Corte Constitucional explicó:

“Los efectos temporales de las sentencias proferidas por esta Corte en virtud del control abstracto de constitucionalidad, por regla general, son *ex nunc* e inmediatos. Lo primero hace referencia a que, salvo que se indique

¹¹ Ver Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996 en la que se estableció: “(...) sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad.”

expresamente algo diferente en el fallo, las sentencias tienen efectos hacia el futuro, “lo que encuentra sustento, según lo ha explicado esta Corte, **en los principios de seguridad jurídica y democrático, los cuales implican la presunción de constitucionalidad de las normas que integran el sistema jurídico mientras ella no sea desvirtuada por este Tribunal mediante una sentencia con efectos *erga omnes***”. (Negrillas fuera de texto original)

En el mismo sentido, en la Sentencia C-155 de 2022, sostuvo esa Corporación:

“En particular, respecto a los fallos de inconstitucionalidad, esta Corporación ha explicado la importancia de modular los efectos de los mismos -cuyo análisis debe realizarse en cada caso concreto-, en los siguientes términos:

“(…)De un lado, los efectos hacia el futuro o ex nunc –desde entonces- de la declaratoria de **inexequibilidad encuentran razón de ser ante la necesidad de proteger principios como la seguridad jurídica o la buena fe, pues hasta ese momento la norma gozaba de presunción de constitucionalidad y por ello sería legítimo asumir que los ciudadanos orientaron su comportamiento confiados en la validez de aquella (...)**”
(Negrillas fuera del texto original).

El precedente antes referenciado ha sido reiterado en otras Sentencias de Constitucionalidad como la Sentencia C-280/14¹² y la Sentencia C-158 de 2020¹³.

En otro aspecto, de conformidad con el artículo 243 de la Constitución Política los fallos que profiere la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Esta característica se predica tanto de los fallos de inexequibilidad como de los de exequibilidad, de modo que dichos pronunciamientos adquieren el carácter de inmutables, vinculantes y definitivos en la

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-280 del 8 de mayo de 2014. MP.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹³ Corte Constitucional. Sala Plena Sentencia C-158 del 3 de junio de 2020. MP.: Alejandro Linares Cantillo.

búsqueda de garantizar la seguridad jurídica, la igualdad y la confianza legítima. Ello ha sido reiterado en sentencias como la C-310 de 2002¹⁴, en la que la Corporación manifestó:

“teniendo en cuenta que los pronunciamientos de la Corte Constitucional adquieren valor jurídico y fuerza vinculante por provenir del órgano a quien se le confía “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”, y en ningún caso por el alcance negativo o positivo de aquellos, la jurisprudencia constitucional, interpretando el contenido de los artículos 241 y 243-1 Superiores, ha venido precisando que la cosa juzgada constitucional “se predica tanto de los fallos de inexecutableidad como de los de executableidad, vincula a todas las autoridades -incluida la misma Corte Constitucional- y se extiende, por igual, al continente de la norma como a su contenido material - precepto o proposición jurídica en sí misma considerada.”

Dicho en forma breve, existen sentencias de la Corte que han hecho tránsito a cosa juzgada y que han establecido como un precedente judicial uniforme y obligatorio que los efectos de las Sentencias de Constitucionalidad producen efectos hacia el futuro a no ser que la misma Corporación establezca lo contrario. Así, no puede el juez apartarse del precedente antes descrito en la forma en la que la parte demandante lo pretende, más aún, cuando la Sentencia C-049 de 2020 determinó que sus efectos se surtirían hacia el futuro.

3.3 Buena Fe de ADC

La presunción de buena fe, de raigambre constitucional y amplio desarrollo legal y jurisprudencial, la alego como excepción de mérito a favor de ADC, en los siguientes términos:

En su órbita constitucional, el principio consagrado en el artículo 83 de la Carta está elevado al grado de una presunción en las actuaciones de los particulares. En efecto, la razón de ser de ese postulado se constituye en uno de los más altos valores de la democracia porque

¹⁴ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-310 del 30 de abril 2002. MP.: Rodrigo Escobar Gil.

solo mediante su observancia es posible el cabal desarrollo de otros principios de idéntica categoría jurídica, como el de la libertad de empresa y de iniciativa privada.

Esa presunción encuentra desarrollo en el artículo 769 del Código Civil, en términos según los cuales, salvo que la ley así lo establezca, la mala fe debe probarse, siendo ella entendida como la conciencia, previamente adquirida por un sujeto de derecho, de estarse apartando en el ejercicio de su conducta, del ordenamiento que la rige.

En el ámbito de contratación, la buena fe es un débito que pesa sobre las partes de todo acuerdo de voluntades, según lo prescriben los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

En este plano, que es el que primordialmente interesa al presente análisis, solicito al Despacho tener en cuenta que la ejecución del arrendamiento predicable de ADC durante 19 años de los 20 de vigencia pactados entre las partes, lo fue dentro del marco del postulado de la buena fe que todos los contratantes se deben. No hay afirmación alguna en sentido contrario que pueda leerse en la demanda, ni petición que así lo solicite.

Dentro de ese contexto, de alta importancia resulta rememorar, en primer lugar, que las partes sostuvieron tratativas durante el año 2020, tendientes las mismas a encontrar puntos de acuerdo sobre la entonces advertida situación de las dificultades que sobrevinieron para el comercio durante la época de la pandemia.

En segundo lugar, viene al caso recordar también, vistos los hechos de interés para el proceso a través de la óptica del postulado de la buena fe, que ADC buscó amparo, en punto de la terminación anticipada del arrendamiento, en una norma legal de carácter excepcional – el Decreto 797 sobre cuya presunción de constitucionalidad no es del caso abundar en exceso de lo ya dicho – pero de igual manera bajo la convicción de que la hipótesis prevista en esa norma era aplicable al caso, beneficio que típicamente deriva de la presunción de buena fe alegada en favor de la parte demandada y que, como se ha visto, le corresponde desvirtuar a la parte demandante.

En tercer y último lugar, la aludida presunción también la alego a favor de ADC con fundamento en el hecho de que, razonablemente, ningún comerciante tiene la capacidad para analizar, ex ante, la posible inconstitucionalidad de una disposición legal como lo es el Decreto 797, expedido además dentro del marco de una situación sin precedentes como la derivada de la pandemia del COVID-19.

En los anteriores términos, la alegación a la cual se contrae este medio de defensa es de especial relevancia frente a los hechos y pretensiones de la demanda, en cuanto a los primeros y de manera muy especial, por haber tenido lugar en una época caracterizada por eventos de singular dificultad para la humanidad.

No hay, por lo demás, ninguna imputación de la demanda, según la cual se pueda entender que la parte demandante le atribuye ánimo de dañar a la conducta desplegada por ADC.

3.4 Inexistencia de responsabilidad contractual predicable de ADC por ausencia absoluta de los elementos axiológicos de la misma

Por la vía de los dos grupos de pretensiones declarativas que la parte demandante ha formulado (principales y subsidiarias) se persigue la imposición de una serie de condenas económicas – de igual contenido, monto y alcance en ambos grupos – que al decir de la demanda deben ser la consecuencia del error de conducta que se le endilga a ADC y que dio como resultado la terminación anticipada del Contrato de Arrendamiento.

Puestas en esos términos las pretensiones de la parte demandante, resulta claro que ella le imputa a ADC una responsabilidad derivada de la indebida terminación del arrendamiento bajo las circunstancias en que ello ocurrió.

ADC no desdice del hecho de la terminación a instancias suyas, no en los términos que parcialmente se exponen en los hechos de la demanda, sino con apego a la realidad que culminó con el resultado del finiquito del Contrato de Arrendamiento, que es muy otro del relatado por la parte demandante, como ya se hubo de precisar al dar respuesta a los referidos fundamentos fácticos de las pretensiones que se le enrostran a mi representada.

Para encontrar el sustrato del presente medio exceptivo, se hace necesario un brevísimo recuento de los presupuestos axiológicos de la responsabilidad contractual.

La Corte Suprema de Justicia¹⁵ ha identificado cuatro presupuestos esenciales para la existencia de responsabilidad civil, a saber:

"(E)s menester tener presente que para que se pueda despachar favorablemente una pretensión de la mencionada naturaleza, en línea de principio, deben encontrarse acreditados en el proceso los siguientes elementos: una conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica; un daño o perjuicio, esto es, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva; una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de aquel a quien se imputa su producción o generación; y, finalmente, un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva (v.gr. riesgo)."

Del mismo modo, precisa y autorizada doctrina aborda el punto en los siguientes términos:¹⁶

"Siempre que en nuestra condición de abogados nos enfrentamos a un daño, que es el punto de partida de la reflexión en la responsabilidad, nos preguntamos por la causa del daño (hecho). Determinado lo anterior, si no hay presunción de culpa, trataremos de encontrar el error de conducta (culpa) que generó el hecho; es decir, es claro que tenemos que encontrar un nexo causal entre la culpa y el hecho."

Así las cosas, en este caso la parte demandada se duele de haber padecido un daño, del cual no ofrece prueba idónea ni prueba de ningún tipo en general, consistente, de una parte, en el impacto patrimonial que para ella supuso la necesidad de asumir los costos de

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de septiembre de 2011. Radicación No. 9001-3103-003-2005-00058-01. MP: Arturo Solarte Rodríguez.

¹⁶ Gómez Ortiz, Gerardo. El nexo causal en la responsabilidad civil, en Derecho de las Obligaciones, Tomo II, Vol. 1, Ediciones Uniandes – Editorial Temis, Bogotá 2010, p. 316.

administración del local objeto del arrendamiento en forma prematura debido a la terminación anticipada de dicho acuerdo de voluntades por decisión de ADC; de igual manera, en la demanda se reclama por el hecho de no haberse percibido por parte de la demandante la totalidad de los cánones pactados con ADC, debido al hecho mismo de la terminación anticipada del arrendamiento; en tercer lugar, asunto que será objeto de adicional medio exceptivo, la demandante reclama porque la cláusula penal que recibió no se compadece con el valor pactado por las partes en el evento de hacerse aplicable la misma.

Para que la responsabilidad de la parte demandada pueda verse comprometida como lo pretende la sociedad demandante, es requerido que el daño que ella dice haber padecido sea la consecuencia de un hecho que en este caso está claramente indicado, y es la terminación anticipada del arrendamiento.

Desde luego que la conjunción de los anteriores dos elementos no conduce irremisiblemente a la configuración de la responsabilidad imputada bajo esos términos, porque para que ello ocurra se hace necesario demostrar la culpa del imputado de inferir daño mediante su propio hecho.

En términos del extracto doctrinal anteriormente transcrito, se impone entonces, como requisito esencial y concurrente para deducir la responsabilidad del imputado, que se establezca la existencia de “un nexo causal entre la culpa y el hecho”.

Es claro que ADC no incurrió en culpa ni descuido, ni mucho menos obró con dolo, siendo lo cierto que luego de agotar un cruce nutrido de comunicaciones con su arrendador, e inclusive de haber llegado a unos acuerdos económicos sobre la reducción temporal del canon¹⁷. produjo la terminación del arrendamiento de manera explícita, oportuna, franca y leal, con estricto apego al contenido y alcance del Decreto Legislativo 797 de 2020, para ese momento amparado por la presunción de constitucionalidad que luego fuera desvirtuada por sentencia de la Corte Constitucional varias veces nombrada en este escrito y bajo la inobjetable circunstancia de no ser esa una decisión aplicable al caso en forma

¹⁷ Hecho que se constituye en claro reconocimiento de la parte demandante sobre su conciencia acerca del carácter excepcional de la situación que se atravesaba para el momento en que ocurrieron los hechos que interesan al proceso y que para los efectos de esta demanda ha buscado minimizar y subestimar.

retroactiva, asunto que fue materia de precedentes planteamientos defensivos de la demandada.

Por lo tanto, es absolutamente claro que al no poderse predicar un error de conducta imputable a ADC durante el *iter* de terminación del arrendamiento, no es posible tener por satisfecha la necesaria existencia de un nexo de causalidad entre el hecho de la terminación de ese negocio jurídico y el inexistente error de conducta que se debía acreditar en el proceder de ADC para poder comprometer su responsabilidad contractual en este asunto.

3.5 Improcedencia absoluta del perjuicio asociado al pago del saldo de la cláusula penal pretendida

Esta excepción busca enervar la pretensión condenatoria formulada como principal y como subsidiaria, según la cual ADC estaría en la obligación de reconocer y pagar a favor de la parte demandante el saldo de las 2/3 partes de la cláusula penal pactada en el Contrato de Arrendamiento, y la sustento en los términos siguientes.

La estipulación décima primera del Contrato de Arrendamiento precavió las hipótesis bajo las cuales se causaría a cargo del arrendatario y a favor del arrendador el valor de la pena allí prevista, que son las correspondientes al llamado “Evento de Restitución”, que la misma estipulación bajo análisis define como “la violación de cualquiera de las obligaciones que la ley o este contrato impongan al ARRENDATARIO”, con expresa exclusión de la mora en el pago de la renta.

Con otras palabras, la cláusula penal pecuniaria se hacía exigible a favor del arrendador por la no remediación imputable al arrendatario, previo requerimiento del arrendador y agotamiento del período de cura allí señalado (15 días), en las ya tratadas y descritas circunstancias equivalentes a un “Evento de Restitución”.

En el presente caso, ADC ofreció e hizo el pago de una suma de dinero imputada a una penalidad, no por el hecho de haber incurrido en un “Evento de Restitución” no remediado, situación de hecho que no está planteada en la demanda, sino porque al amparo del Decreto Legislativo 797 de 2020 y como consecuencia de su aplicación, era del caso acatar

lo señalado en el artículo 3 de esa norma, que en lo pertinente al caso es del siguiente tenor:

“Como consecuencia directa de la terminación unilateral del contrato de arrendamiento de local comercial, el arrendatario será obligado al pago del valor correspondiente a un tercio de la cláusula penal pactada en el contrato, sin que proceda cualquier otra penalidad, multa o sanción a título de indemnización, proveniente de la ley o de acuerdos entre las partes.”

Note el Despacho que ninguna de las pretensiones de la demanda menciona ni se vincula con la cláusula décima primera del Contrato de Arrendamiento, por la obvia razón de que ADC no incurrió en ninguna de las hipótesis en ella prevenidas.

Así las cosas, la conducta de ADC es de pleno apego a las disposiciones del Decreto 797 de 2020 porque está estrictamente circunscrita a la hipótesis fáctica que permitió su invocación.

En tal sentido, la única funcionalidad predicable de la cláusula penal pactada en el Contrato de Arrendamiento se refiere al criterio cuantitativo empleado para la fijación del pago a cargo de ADC y a favor de la sociedad demandante, en los términos del Decreto 797.

En efecto, cuando quiera que dicha norma señaló que en caso de tenerse pactada cláusula compromisoria entre las partes del arrendamiento ésta sería tomada en cuenta para determinar la cuantía del pago a cargo del arrendatario y a favor del arrendador por el hecho de la terminación anticipada del arrendamiento, en momento alguno se dispuso que tal pago era procedente por el eventual incumplimiento del arrendamiento, sino que con claridad se dejó determinado que en presencia de una cuantificación convenida por los contratantes, se aplicaría un tercio de esa cuantificación.

Por esa misma razón y en absoluta coherencia con el recto entendimiento de esa disposición legal, el artículo 3 de la misma dispone en su inciso segundo:

“En caso de inexistencia de cláusula penal en el contrato, el arrendatario será obligado al pago correspondiente a un canon de arrendamiento.”

Salta a la vista en consecuencia, que a la parte demandante no le asiste ningún derecho para reclamar una porción presuntamente no pagada de la cláusula penal, pues la misma no se puso jamás en marcha, por la potísima razón de que ADC nunca incumplió el arrendamiento, adicionada a la consideración y al hecho de que la única funcionalidad posible de esa estipulación, en este caso, fue servir como punto de referencia para cuantificar el monto del pago que ADC hizo a la sociedad demandante, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Legislativo 797 de 2020.

3.6 Excepción Genérica

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 282 del Código General del Proceso, desde ahora y para todos los efectos previstos en esa disposición, alego a favor de mis representados cualquier otro hecho distinto de los nominados bajo el rubro de las anteriores excepciones de mérito y que tenga la capacidad de enervar las pretensiones, principales y/o subsidiarias, de la demanda.

IV. Objeción al juramento estimatorio

En los términos y dentro de la oportunidad procesal para hacerlo, OBJETO EL JURAMENTO ESTIMATORIO contenido en la demanda, con fundamento en las siguientes razones de hecho y de derecho.

La cuantía del daño emergente asociado al pago de las cuotas de administración, fijada por la parte demandante en la suma de \$ 122.376.881 la objeto porque su valor es cero.

Es carga del titular del derecho de dominio del bien sujeto al régimen de propiedad horizontal el pago de las expensas y cuotas propias de esa condición.

En la medida en que el arrendamiento llegó a su fin al amparo de una disposición con fuerza material de ley en plena vigencia para el momento en que ocurrieron los hechos, no es posible que la carga económica por la cual se reclama deba impactar el patrimonio de ADC.

Objeto la cantidad estimada de \$ 296.430.607 correspondiente al lucro cesante que obedece a la sumatoria de los cánones de los meses de septiembre de 2020 a julio de 2021, porque esa partida también vale cero, bajo el mismo razonamiento expuesto anteriormente.

Objeto igualmente la estimación de otro rubro atribuido a lucro cesante, éste por la suma de \$ 71.861.966 que se dice corresponder a las 2/3 partes de la cláusula penal prevista en la cláusula décima primera del Contrato de Arrendamiento materia de este proceso.

Esta partida también tiene un valor cero, puesto que la cláusula penal prevista en el Contrato de Arrendamiento nunca se hizo exigible por ausencia total de incumplimiento contractual imputable a ADC.

La cantidad que ADC reconoció y pagó a favor de la sociedad demandante, en cuantía de \$ 35.930.983,00, obedece a la aplicación de la fórmula de cálculo señalada en el inciso segundo del artículo 3 del Decreto Legislativo 797 de 2020, pero no a la aplicación de la cláusula penal ajustada por las partes de este proceso.

En tal sentido, la inexactitud de la valoración del perjuicio en mientes es inexacta, infundada y totalmente inconexa con las pretensiones de la demanda.

V. Medios de prueba

Solicito que, en las oportunidades correspondientes, sean decretados, practicados y tenidos como tales, los siguientes medios probatorios:

A. Documentales aportadas:

Son las anunciadas a lo largo del presente escrito, que se distinguen así:

Prueba Documental No. 1: Comunicaciones del 23, 24 y 25 de marzo de 2020 remitidas por el Centro Comercial San Diego a Arcos Dorados Colombia S.A.

Prueba Documental No. 2: Comunicación del 14 de abril de 2020 remitida por Inversiones Tholuchi S.A.S. a Arcos Dorados a Arcos Dorados Colombia S.A.

Prueba Documental No. 3: Comunicación del 4 de mayo 2020 remitida por Arcos Dorados S.A. a Inversiones Tholuchi S.A.S.

Prueba Documental No. 4: Comunicación del 21 de mayo de 2020 remitida por Inversiones Tholuchi S.A.S. a Arcos Dorados S.A.

Prueba Documental No. 5: Otrosí No. 1 del Contrato de Arrendamiento

Prueba Documental No. 6: Comunicación del 14 de julio 2020 remitida por Arcos Dorados S.A. a Inversiones Tholuchi S.A.S.

Prueba Documental No. 7: Comunicación del 22 de julio y 3 de agosto de 2020, remitida por Arcos Dorados S.A. a Inversiones Tholuchi S.A.S.

Prueba Documental No. 8: Comprobantes de cumplimiento remitidos por Arcos Dorados S.A. a Inversiones Tholuchi S.A.S.

B. Dictamen pericial contable/financiero

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 227 del Código General del Proceso, solicito que se fije un término para la aportación de un dictamen pericial contable/financiero, por medio del cual se demostrará que el comportamiento comercial del local objeto del arrendamiento materia del proceso le imposibilitaba a ADC el sostenimiento de esa operación, motivando así la decisión de poner fin a dicho contrato al amparo de las normas contenidas en el Decreto Legislativo 797 de 2020.

C. Interrogatorio de parte

Con el fin de producir prueba de confesión, solicito que se señale fecha y hora para llevar a cabo la audiencia en el curso de la cual, bajo la gravedad del juramento, el Representante

Legal de la sociedad Inversiones Tholuchi, demandante en el proceso, absolverá el interrogatorio de parte que le formularé.

D. Declaración de terceros

Solicito al Despacho que se fije fecha y hora para recibir el testimonio de las siguientes personas, todas mayores de edad, quienes declararán sobre los hechos del proceso que en cada caso se indican:

1. El señor Héctor Orozco Giraldo, quien estuvo al frente de las tratativas y negociaciones relacionadas con la ejecución del arrendamiento que tuvo lugar entre las partes en la época de la pandemia, como vocero de ADC.

Este testigo puede ser citado en la siguiente dirección de correo electrónico:

hector.orozco@co.mcd.com

2. La señora Bibiana Carbonell quien, como Gerente de Desarrollo de ADC, tiene conocimiento del impacto que tuvo la pandemia en la compañía y, en especial, en los locales ubicados en el Centro Comercial San Diego, los cuales fueron el objeto del arrendamiento que tuvo lugar entre las partes. A su vez, acompañó al señor Héctor Orozco en las negociaciones relacionadas con la ejecución del Contrato de Arrendamiento.

Esta testigo puede ser citado en la siguiente dirección de correo electrónico:

Bibiana.Carbonell@co.mcd.com

3. El señor James Barbosa quien, como Gerente Financiero de ADC, puede dar fe del impacto financiero que tuvo la pandemia en el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con el pago de cánones de arrendamiento pactados entre las partes.

Este testigo puede ser citado en la siguiente dirección de correo electrónico:

james.barbosa@co.mcd.com

E. Prueba por informe

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 275 del Código General del Proceso, solicito al Despacho ordenar a la administración del Centro Comercial San Diego PH, con el fin de que en los términos de la señalada disposición legal rinda un informe que versará sobre los siguientes puntos:

- Cuál fue la afluencia de público del Centro Comercial San Diego en los años 2019, 2020 y 2021.
- Cuántos locales, espacios, y/o áreas comerciales fueron cerrados o cambiada su destinación, o forma de operación, en el interior del Centro Comercial San Diego en los años 2019, 2020 y 2021.

A estos puntos limito por el momento esta solicitud.

VI. ANEXOS

Anexo No. 1: Poder

Anexo No. 2: Certificado de Existencia y Representación Legal de ADC expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá

VII. NOTIFICACIONES

Mi poderdante recibirá notificaciones el correo electrónico Lina.Ortiz@co.mcd.com

El suscrito apoderado, la Calle 72A No. 6- 44 oficina 601 de Bogotá D.C., teléfono: +57 1 749 09 85, correo electrónico jriveros@riverosabogados.com

Del señor Juez,



Juan Pablo Riveros Lara

C.C. No. 79.242.875 de Bogotá

T.P. No. 71.774 del C.S. de la J.