



JUZGADO VEINTE CIVIL DEL CIRCUITO

Medellín, cuatro (04) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Radicado	05001 31 03 020 2022 00365 00
Proceso	Declarativo de responsabilidad civil contractual
Demandante	Inversiones Tholuchi S.A.S
Demandado	Arcos Dorados Colombia S.A.S
Sentencia	Nro. 061
Decisión	Declara prosperidad de excepciones. Desestima las pretensiones

Sentencia escrita

(Art. 373 #5 C.G. del P.)

Anunciado el sentido de fallo, el pasado 19 febrero de la presente anualidad, se profiere por escrito la decisión en primera instancia, dentro del presente proceso verbal con pretensión declarativa de responsabilidad civil contractual, que por conducto de apoderado presentó la sociedad demandante Inversiones Tholuchi S.A.S. en contra de su homóloga Arcos Dorados Colombia S.A.S.; en razón de que ésta última, desplegó la presunta terminación unilateral, sin justa causa del contrato de arrendamiento de local comercial que los vinculó entre el año 2001, y agosto de 2020; lo que según la parte actora, habría originado perjuicios indemnizables.

Así pues, se encuentran acreditados en este proceso los presupuestos procesales para dictar sentencia de primer grado, y no se avizoran causales de nulidad que afecten el trámite, por lo que es válido pasar a resolver.

Teorías del litigio:

De la parte demandante: Mediante documento privado suscrito el 2 de abril de 2001, el Centro Comercial San Diego –PH-, con cesión posterior a Inversiones Tholuchi S.A.S en calidad de arrendador, y Franchise System de Colombia Ltda. y Compañía S.C.A., transformada posteriormente en Arcos Dorados Colombia

S.A.S., suscribieron un contrato de arrendamiento con vigencia de veinte años, respecto de los locales N° 123 (hoy local N° 1590) y N° 124 (hoy Local N° 1593) y la zona común de uso exclusivo de ambos bienes de dominio privado, todos integrados en el Centro Comercial San Diego P.H., ubicado en la Calle 34 N° 43 – 66 (hoy Calle 33 N° 42 B – 06) de Medellín, para el funcionamiento de un restaurante de comidas. El contrato habría de terminar, en el año 2021. Para el año 2020, estaba en curso, con un canon de arrendamiento por valor de veinticinco millones novecientos sesenta y un mil seiscientos noventa y tres pesos (25.961.693) mensuales más IVA, pagadero junto con los servicios públicos domiciliarios y las cuotas ordinarias de administración facturadas por el Centro Comercial San Diego P.H. Para entonces fue declarada la emergencia sanitaria por covid-19 con aislamiento preventivo u obligatorio que implicó restricciones a la circulación de personas y de vehículos en todo el territorio nacional; no obstante, Arcos Dorados Colombia S.A.S, operó su restaurante de comidas, mediante plataformas de comercio electrónico, entregas a domicilio o la denominada “entrega para llevar”, gracias al protocolo de bioseguridad aprobado. En este contexto, fue proferido por el gobierno nacional, el decreto legislativo 797 del 4 de junio de 2020, para posibilitar la terminación unilateral de los contratos de arrendamiento a los arrendatarios que, a partir del 1 de junio de 2020, se encontraran en la imposibilidad de ejercer actividades económicas como la de servicios de comida, hasta el 31 de agosto de 2020, lo que en efecto sucedió, el 14 de agosto de 2020, por parte de la accionada. Como dificultad, no es lo mismo que imposibilidad y para la demandada, no era imposible ejercer la actividad, Inversiones Tholuchi S.A.S, no aceptó esa conducta. De hecho, siempre estuvo presta a hacer revisiones, descuentos, ajustes, rebajas, pero de nada sirvió, puesto que la accionada, de todas formas, hizo entrega de los locales pagó la tercera parte de penalidad por terminación anticipada y terminó unilateralmente el vínculo.

En lo sucesivo, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-409 del 17 de septiembre y con efectos futuros, declaró inexecutable el decreto legislativo 797 del 4 de junio de 2020, entre otras razones, porque esa posibilidad que le fue concedida al arrendatario de finiquitar el contrato, anula la autonomía de la voluntad privada; no propugna por la conservación del equilibrio contractual; desconoce el principio de seguridad jurídica; no evita abusos del derecho; permite la proliferación de controversias jurídicas; y dificulta la conservación de la actividad económica y el empleo. Por efecto de la terminación unilateral del

contrato de arrendamiento, aplicada por Arcos Dorados Colombia S.A.S., con fundamento en el decreto legislativo 797 del 4 de junio de 2020, Inversiones Tholuchi S.A.S. sufrió un daño patrimonial en la modalidad de daño emergente y de lucro cesante, que puede cobrarse tomando como sustento o bien, una excepción de inconstitucionalidad o la diferenciación entre dificultad e imposibilidad de terminación del contrato, que haría concluir que la demandada si podía cumplir.

De la parte demandada: Aduce que la parte demandante efectúa una interpretación errónea del decreto 797 de 2020; se trata de una pandemia sin antecedentes en la historia reciente; la terminación unilateral efectuada por la demandada se hizo con respeto a la presunción de constitucionalidad del decreto 797 de 2020; la demandada 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.

Por otra parte, la demandante no evidencia la vulneración de ningún derecho constitucional; deben evaluarse las especificidades del caso; las causas de inconstitucionalidad que identificó la Corte Constitucional, no tienen por qué razón aplicarse retroactivamente. Arcos Dorados S.A.S, obró de buena fe.

Finalmente, no se cumplen los presupuestos axiológicos para predicar una responsabilidad contractual, ni tampoco es admisible el cobro de la parte de la cláusula penal exigida.

Problemas jurídicos que habrán de resolverse: Éste Despacho establecerá la procedencia de la excepción de constitucionalidad, tomando como base la sentencia C-409 del 17 de septiembre de 2020.

También determinará si la imposibilidad sostenida por la demandada, era suficiente para el despliegue de la terminación unilateral del contrato de arrendamiento suscrito el 2 de abril de 2001 y efectuada por Arcos Dorados S.A.S. y si ello se constituye en una justa causa, sustentada en el decreto 797 de 2020.

Decisión del Despacho: Esta agencia judicial desestimará las pretensiones de la parte demandante, pues como se constatará, la parte demandada si demostró que la justa causa de terminación unilateral, si fue la imposibilidad de continuar con el compromiso de pago de los cánones de arrendamiento.

Para arribar a tal decisión son necesarias las siguientes:

Consideraciones:

Se comenzará por señalar que las pandemias globales no son nuevas. A lo largo de la historia han existido varias, por diferentes causas y con distintos remedios, sin embargo, la generada por el coronavirus o covid-19, no tiene precedente en la historia reciente del siglo XXI.

Si bien *“...en 2003 apareció una gripe que se inició en aves y mutó a humanos con el virus H5N1, que se identificó en Corea, se difundió a los tres continentes, 140 millones de aves murieron o fueron ultimadas, las pérdidas económicas se calculan en 10 millones de dólares por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (fao); que en las mismas fechas apareció el síndrome respiratorio agudo severo, ocasionado por el SARS-CoV, iniciado en Cantón y se extendió por 26 países; que en 2009 apareció en México una variante del virus de la influenza A subtipo H1N1, como una nueva combinación de genes de virus no identificados con anterioridad y que se extendió por varios estados del país y por Estados Unidos y Canadá; que otras enfermedades epidémicas siguen presentes en nuestro tiempo causando estragos, como el ébola, sida y zika; que el primer brote epidémico del ébola fue en 1976 en Sudán del Sur y la República del Congo, extendiéndose a Zaire con una letalidad del 83%; que el segundo brote del ébola fue en 2014, en Guinea, extendiéndose a Libera, Sierra Leona, Nigeria y Senegal, llegando a Reino Unido y Estados Unidos; que el zika inició en el 2015 en Brasil, causada por el flavivirus transmitido por los mosquitos al punto de extenderse rápidamente por América, África y otras regiones del mundo, llegando a 86 países...”*¹; lo cierto es que ninguna, en definitiva alcanzó la categoría de pandemia. Epidemias hubo desde principios del decenio del año 2000, como se observa del dato que antela, pero pandemias, no. La primera, sin duda, fue la producida por una amplia familia de virus, denominadas coronavirus, altamente contagiosos y sensibles al contacto y que pueden causar diversas afecciones,

¹ Galeana, Patricia: *“LAS EPIDEMIAS A LO LARGO DE LA HISTORIA”* Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional Autónoma de México.

desde el resfriado común hasta enfermedades más graves como el denominado síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS-CoV) y el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS-CoV) y que hoy se denomina covid-19², desde su detección en Wuhan (China) en diciembre de 2019.

Para el mundo, y particularmente para Colombia, el evento se constituyó en un trauma, en muchos sentidos, siendo el económico, uno de los más determinantes. Ahora, siendo la economía un aspecto sumamente amplio, debe decirse que esa ruptura del estado de cosas, no generó estragos en la misma magnitud, en todos los sectores, pues los efectos de la emergencia no impactaron con la misma fuerza a subtipos como el comercio electrónico, las comunicaciones, el abastecimiento alimenticio efectuado por super o hipermercados o de insumos de protección como guantes, tapabocas o alcohol; como sí lo hizo con aquellas actividades comunitarias o de intercambio social desarrolladas a través de hoteles, restaurantes, actividades inmobiliarias, empresariales, de alquiler, turísticas, deportivas o de recreación, entre otras, que desde el principio fueron reguladas y limitadas, justamente por revestir estas características y por constituirse en vectores de inoculación. No es gratuito que en el artículo 5 del decreto 749 de 2020, se hayan enlistado como riesgosas de contagio y por ende como aquellas que no podían habilitarse como presenciales las relacionadas con: *1. Eventos de carácter público o privado que impliquen aglomeración de personas, de conformidad con las disposiciones que expida el Ministerio de Salud y Protección Social. 2. Los establecimientos y locales comerciales, de esparcimiento y diversión, bares, discotecas, de baile, ocio y entretenimiento, billares, de juegos de azar y apuestas tales como casinos, bingos y terminales de juego de video. 3. **Los establecimientos y locales gastronómicos permanecerán cerrados y solo podrán ofrecer sus productos a través de comercio electrónico, por entrega a domicilio o por entrega para llevar.** 4. Gimnasios, piscinas, spa, sauna, turco, balnearios, parques de atracciones mecánicas y parques infantiles. 5. Cines y teatros. 6. La práctica deportiva y ejercicio grupal en parques públicos y áreas de recreación, deportes de contacto o que se practiquen en conjunto 7. Servicios religiosos que impliquen aglomeraciones, salvo que medie autorización por parte del Ministerio del Interior y se cumpla en todo momento con los protocolos emitidos por el Ministerio de Salud y Protección Social para el desarrollo de esta actividad”.*

² <https://www.paho.org/es/temas/coronavirus>

Y éste, que fue tan solo uno de los tantos decretos con los que el ejecutivo de la época se vio abocado a conjurar la complejidad de las situaciones en tiempo récord, estuvo acompañado de otros como el decreto 797 de 2020, que permitió que entre el 1º de junio de 2020 y el 31 de agosto del mismo año, los arrendatarios de locales comerciales en los que se desarrollara, justamente, alguna de las actividades enlistadas en la norma precitada, pudieran ser terminados unilateralmente los contratos de arrendamiento suscritos para tal efecto, ante la imposibilidad para ejercerlas y bajo las condiciones allí indicadas.

Su motivación se trasunta, porque se constituyó en el basamento de los motivos del ejecutivo legislador y es el punto de partida de éste examen: "(...) con corte a 17 de abril, el 85% de las empresas reportan no tener recursos para cubrir sus obligaciones más allá de 2 meses (...)" "No se podía prever que la crisis generada por la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19 afectaría con tal magnitud a las empresas, llevando a un número incalculable de estas al cierre total, elevando además la tasa del desempleo a 19,8% para abril de 2020 y a una disminución de 5,4 millones de personas en la población ocupada del país, para abril de 2020 (...)" la Oficina de Estudios Económicos del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo realizó un estudio, con fecha del 29 de mayo de 2020, denominado "Justificaciones económicas para medidas relacionadas con el arrendamiento de locales comerciales", en el cual se analizaron cien (100) contratos de arrendamiento de local comercial vigentes. A partir de dicho análisis, se evidenció que "en el 60% de los contratos analizados las cláusulas penales se pactaron por (3) tres cánones de arrendamiento(...). Que teniendo en cuenta lo anterior, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en el estudio al que se ha hecho referencia, concluyó que "en el marco de la emergencia sanitaria que enfrenta el país, resulta económica y jurídicamente equilibrado establecer una fórmula en virtud de la cual los arrendatarios de locales comerciales **que llevan más de dos meses sin percibir ingresos o percibiéndolos en un muy bajo porcentaje y que permanecerán cerrados hasta después del 1o. de junio de 2020, de acuerdo con lo señalado en el artículo 5o. del Decreto 749 de 2020, puedan terminar unilateralmente sus contratos de arrendamiento de local comercial, mediante el pago de una indemnización reducida. Lo anterior, busca no solo un equilibrio de las cargas entre arrendador y arrendatario ante las circunstancias sobrevinientes, sino que, además, promueve que el 32% de las ganancias mensuales de los microestablecimientos y el 15,5% de las utilidades mensuales de los establecimientos comerciales en Colombia que se usan para cubrir los costos relacionados con los arriendos comerciales, sean destinados a cubrir otros costos fijos, especialmente los relacionados con la nómina.** Que el

artículo 1973 del Código Civil establece que el arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado. **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 derecho y una aglomeración de controversias judiciales.** Que bajo el principio de autonomía de la voluntad, las partes en un contrato están llamadas a prevenir, evitar y corregir cualquier desequilibrio o asimetría prestacional generada por circunstancias posteriores al contrato, extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, que alteren las bases en las que inicialmente se pactó, ya sea por el acaecimiento de una excesiva onerosidad o porque se prevean futuros incumplimientos. Que el artículo 868 del Código de Comercio establece que “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 esta pedir su revisión”. **No obstante, dada la situación de orden público, existen aún límites temporales y circunstanciales para pedir la revisión de los contratos de arrendamiento de local comercial ante los jueces de la República, lo que implica que se sigan causando obligaciones pecuniarias a cargo de los arrendatarios...**” .

Los resaltos otorgan indicación acerca de las preocupaciones que subyacen tras la norma dictaminada en el atípico contexto. En primer lugar, lo que se entendió por imposibilidad del arrendatario, fue la circunstancia de llevar más de dos meses sin percibir ingresos o percibirlos en un muy bajo porcentaje en aquellos establecimientos que debían permanecer cerrados hasta después del 1o. de junio de 2020, de acuerdo con lo señalado en el artículo 5o. del Decreto 749 de 2020, ya citado. En segundo lugar, la norma tuvo la intención de que el 32% de las ganancias mensuales de los micro establecimientos y el 15,5% de las utilidades mensuales de los establecimientos comerciales en Colombia, que se usaban para cubrir los costos relacionados con los arriendos comerciales, fuesen destinadas a cubrir otros costos fijos, especialmente los relacionados con la

nómina. Según emerge de las consideraciones del decreto, la supervivencia de los trabajadores de los arrendatarios que ejercían el comercio en el local arrendado, se valoró como prioritaria, lo cual es obvio, de cara al derecho al mínimo vital. En tercer lugar, el ejecutivo como legislador de la emergencia, admitió que si bien las circunstancias posibilitarían la acción de revisión contractual, en los términos del artículo 868 del Código de Comercio, a través de los Jueces de la República; éstos últimos también estaban sujetos a las limitantes de la misma contingencia (cierres, migración a la virtualidad, la orden de otorgar prioridad a unas materias y a otras no, el trauma mismo de la transición etc), y que al llevarse al escenario judicial, de todas formas se seguirían generando obligaciones económicas para el arrendatario. Finalmente, el cobijo que se otorgó los arrendatarios, tenía un límite temporal entre el 1º de junio y el 31 de agosto de 2020.

La regulación, según se evidencia, fue soportada en datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS); en los reportes de muertes del Ministerio de Salud y Protección Social; en las mediciones de Confecámaras; en datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE); en la denominada Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) del 29 de mayo de 2020; en el informe de la Oficina de Estudios Económicos del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; aunados al hecho notorio de la propagación veloz del virus y las muertes masivas que produjo.

Como se verifica del mismo decreto, más allá de los informes referidos, no hay una investigación profunda que con muestras concretas, un método, un procedimiento o un protocolo determinado, evidenciase que la solución allí establecida para entonces, era la más adecuada; no obstante, tampoco habría sido posible y eso es una obviedad. La naturaleza de los acontecimientos no lo habría permitido. Para éste Despacho judicial, el ejecutivo legislador, obró con las herramientas que el entorno de la emergencia le otorgaba. No debe perderse de vista que ésta se define como “*una situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata*”³, agravada por ser desconocida, atípica y sin antecedentes, por lo cual, si para junio 4 de 2020 (fecha de expedición del decreto), se tenía alguna claridad discutible sobre la amenaza; no eran tan exactas las acciones para resolverla. Pese a que ni siquiera los estados de excepción pueden bloquear el respeto por los derechos humanos y las libertades

³ <https://www.rae.es/>

fundamentales⁴, se comprende que el hecho notable de los fallecimientos copiosos, obligaba al Estado a echar mano de la información con que contaba, para regular las situaciones más problemáticas y para que dichas regulaciones entraran al orden jurídico con vigor vinculante.

Posteriormente, la Corte Constitucional desestimó la medida, mediante la sentencia C-409 del 17 de septiembre de 2020 en razón de su incompatibilidad con el ordenamiento constitucional de 1991, ya que no superó los juicios materiales de finalidad, conexidad material externa, motivación suficiente, no contradicción específica, ausencia de arbitrariedad, incompatibilidad, proporcionalidad y necesidad, pues la sola circunstancia de otorgar solo a una de las partes del contrato, al arrendatario, la posibilidad de terminar el contrato, privando a la otra parte de una posibilidad semejante; originaba una asimetría injustificada. Para aquella, ligereza fue concluir que el arrendatario tipificado en el decreto, siempre era la parte más débil, y que el beneficio regulado por el ejecutivo, era la alternativa más proporcional y ajustada a la equidad exigida por la situación. Ciertamente, en el mismo estado de excepción, también era factible que ambos extremos contractuales, estuviesen afectados por la crisis, sin embargo, existe un escenario y es ese el que no permite que se aplique prima facie, la pretendida excepción de inconstitucionalidad de la actora a este caso: la misma Corporación determinó que la decisión de inexecutable tendría efectos hacia el futuro y que para no sacrificar la seguridad jurídica en situaciones consolidadas, no era conveniente alterar la regla general de retrospectividad de este tipo de sentencias.

La comprensión que este Juzgado hace de la modulación elaborada por la Corte, es que aún si las asimetrías que motivaron la inexecutable, pudieren ser criticables; las mismas, en tratándose de casos cubiertos por las disposiciones examinadas, deben ceder ante el principio de seguridad jurídica y de presunción de legalidad que detentaba el instrumento normativo, al momento de desencadenar sus efectos.

Pese al rigor del juicio de constitucionalidad que yace en la sentencia C-409 del 17 de septiembre de 2020, la misma colegiatura prefirió respetar el gran número de contratos de arrendamiento de local comercial que fueron finalizados bajo su amparo, más la convicción razonable y plausible de que este decreto estaba

⁴ Artículo 214 numeral 2º C.Pol.

vigente y de que generaba efectos jurídicos válidos a la sazón; así que éste y no otro, será el marco en el que éste Despacho Judicial examinará la situación planteada en la demanda, privilegiando la seguridad jurídica de las relaciones consolidadas y la presunción de validez de su fuente normativa. Bajo este entendido, se incursiona en el mérito del *sub-judice*, a partir de las exigencias del decreto 797 de 2020, definiendo si sus presupuestos se cumplieron o no, en favor o en disfavor de alguno de los litigantes del proceso. Habrá de recordarse que según sus artículos 2º y 3º:

“...Artículo 2º El presente Decreto Legislativo será aplicable a los contratos de arrendamiento de locales comerciales cuyos arrendatarios, a partir del 1o. de junio de 2020 por las instrucciones de orden público, se encuentran en la imposibilidad de ejercer las siguientes actividades económicas: - Bares, discotecas, billares, casinos, bingos y terminales de juego de video. - Gimnasios, piscinas, spa, sauna, turco, balnearios, canchas deportivas, parques de atracciones mecánicas y parques infantiles. - Cines y teatros. - Servicios religiosos que impliquen aglomeraciones. - Alojamiento y servicios de comida. - Eventos de carácter público o privado que impliquen aglomeración de personas.

Artículo 3º. Los arrendatarios de locales comerciales a los que se refiere el artículo anterior, podrán terminar unilateralmente su contrato de arrendamiento, hasta el 31 de agosto de 2020. 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. En caso de inexistencia de cláusula penal en el contrato, el arrendatario será obligado al pago del valor correspondiente a un canon de arrendamiento. Para que el arrendatario pueda terminar unilateralmente el contrato deberá estar al día con el pago de los cánones de arrendamiento y servicios públicos causados, así como con las demás obligaciones pecuniarias a su cargo hasta la fecha de terminación del contrato. Parágrafo. Se excluyen de las disposiciones contenidas en el presente artículo los contratos de arrendamiento financiero-leasing...”.

En el presente proceso se demostró lo siguiente:

En primer lugar, la vigencia de un contrato de arrendamiento de los locales comerciales N° 123 (hoy local N° 1590) y N° 124 (hoy Local N° 1593) y la zona

común de uso exclusivo de ambos bienes de dominio privado, todos integrados en el Centro Comercial San Diego P.H., ubicado en la Calle 34 N° 43 – 66 (hoy Calle 33 N° 42 B – 06); suscrito entre los disputantes del proceso, por el término de veinte años, que no es leasing financiero.

En segundo término, la naturaleza de la actividad desarrollada en los locales era de carácter gastronómico. La sociedad Arcos Dorados S.A.S., desplegaba en el local arrendado por su Inversiones Tholuchi S.A.S “(...) (I) *la operación de servicios de restaurantes y comida rápida; (II) La producción, distribución y venta al mayor y detal, de productos alimenticios (...)*”⁵, y la misma estaba enlistada en aquellas para las que el artículo 5o del decreto 749 de 2020, había restringido presencialidad.

Por tanto, para el 1º de junio de 2020, dicha actividad era de aquellas que en ningún caso podía habilitarse como presencial.

Por último y por tratarse de este concreto tipo de actividad, los arrendatarios que la ejercían y que estaban en imposibilidad continuar con ella, en razón de la disminución de los ingresos, a partir del 1o. de junio de 2020; estaban habilitados para finiquitar unilateralmente la convención. Para este caso Arcos Dorados S.A.S, obró en forma ajustada a derecho. Si bien en sus propias declaraciones, como en las de todos los testigos del proceso, se constató que nunca dejó de ejercer la actividad de comercialización gastronómica; que el flujo de personas y de ocupación de locales, aunque disminuido, continuó circulando en el centro comercial San Diego, según lo certificado por la misma propiedad horizontal⁶; que en efecto, implementó las ventas por conducto de plataformas digitales y mediante la presencia del consumidor en la locación a fin de llevar el producto; lo cierto es que las cifras de la firma auditora Ernst & Young y de la peritación de Strategas Consultores S.A., exhiben una situación que de cara al decreto 797 de 2020, se estima como imposibilidad, advirtiéndose la misma a partir de la notable tendencia a la caída, cuando se parangonan las dinámicas dinerarias en las anualidades de 2018, 2019 y 2020, integrándose la última, por el tiempo corrido entre el 1 de enero y el 30 de agosto de 2020, así. El dictamen y sus expertos⁷, mostraron con nitidez esta circunstancia:

⁵ Archivo 055 expediente digital

⁶ Archivo 090 expediente digital

⁷ Carpeta 079 expediente digital

Para 2018, los ingresos por ventas fueron de \$4.273,8 millones de pesos; el costo de producción de lo vendido y que necesariamente debió salir del producto comercializado, correspondió a \$1.727,2 millones de pesos y el margen bruto u operacional, que es la cifra que queda de sacar de la venta del producto, lo que éste costó, fue de \$2.546,6 millones de pesos. Con ésta última cantidad se pagaron costos como nómina laboral, impuestos, administración y un arriendo que en concreto costó 494,8 millones de pesos y cuyo porcentaje fue del 19,4%. Como se observa, pagado el arriendo en el porcentaje antedicho, quedó disponible un 80,6% representado en \$2.051,8 millones de pesos, que alcanzaba a cubrir los demás compromisos enumerados.

Para 2019, los ingresos por ventas fueron de \$4.200,6 millones de pesos; el costo de producción de lo vendido y que necesariamente debió salir del producto comercializado, correspondió a \$1.748,8 millones de pesos y el margen bruto que es la cifra que queda de sacar de la venta del producto, lo que éste costó, fue de \$2.451,7 millones de pesos. Con ésta última cantidad habrían de pagarse costos como nómina laboral, impuestos, administración y un arriendo que en concreto costó \$513,8 millones de pesos y cuyo porcentaje fue del 21%. Como se observa, pagado el arriendo, en el porcentaje antedicho quedó disponible un 79% representado en \$1.937,9 millones de pesos y que alcanzaba a cubrir los compromisos enumerados.

Con respecto a 2020, el cambio fue diametral, empezando porque los meses de la anualidad, a tener en cuenta, no fueron 12, sino 8. Los ingresos por ventas por ese período que se compuso de los meses que van del primero de enero al 30 de agosto, fueron de \$1.245,1 millones de pesos; su costo de ventas fue el equivalente a \$560,3 millones de pesos y el margen que quedó para pago de operaciones como nómina, impuestos, administración fue de 684,8 millones de pesos, de los que habría deducir un arriendo que por entonces abarcaba \$313,5 millones de pesos. La cifra habría sido inocua, si el margen de operaciones hubiese sido de \$2.546,6 7 millones de pesos como en 2018 o de \$2.451,7 millones de pesos, en 2019; pero para entonces, se itera, había que sacar ese concepto a favor de Inversiones Tholuchi S.A.S, de la cantidad de \$684,8 millones de pesos. Por tanto, bajó el margen de operaciones y subió el porcentaje del arrendamiento, que pasó de un 20% del ingreso bruto, a acaparar un 45,8%.

Ahora, la dificultad en los pagos también se evidenció cuando, se parangonaron los movimientos realizados entre el 1º de enero y el 30 de agosto, tanto de 2018, como de 2019 y de 2020. Aquí los ingresos generados en cada período de los años antedichos y teniendo claro, en todo caso que 2020 es un año que se integra por estas mensualidades; fueron respectivamente \$2.738 millones, \$2.732 millones y los mismos \$1.245 millones que también fueron comparados en el ejercicio anterior. En estos cortes, se constata que después de la obtención de los ingresos, los costos de venta o costos que se generaron por la elaboración y comercialización del producto, fueron de manera respectiva en ese período, de \$ 1.112 millones, en 2018; \$ 1.127 millones en 2019 y \$560 millones, quedando para el año 2020, un margen bruto destinado pagar las operaciones de nómina, servicios públicos, impuestos, administración, de 685 millones de pesos, que claramente no alcanzaron porque los mismos, al ascender a \$1.157 millones de pesos, obligaron a la compañía a poner \$471 millones de pesos adicionales. Los resultados operacionales del punto de venta en el Centro Comercial San Diego tuvieron una tendencia decreciente, generando un margen operacional negativo tal como lo enseña la experticia.

Como se observa, la importancia del margen operacional radica en que fue justamente de ese rubro, de donde la sociedad demandada, sacaba el porcentaje atinente al canon de arrendamiento. No de los ingresos a secas, en bruto o sin deducciones como lo postuló la parte demandante. La experticia evidencia que, las dinámicas contables de Arcos Dorados S.A.S, iban más allá de lo asumido por el representante legal de Inversiones Tholuchi, S.A.S., quien recordemos, esgrimió desde el principio que se daba cuenta de que *“ellos despachaban domicilios; que él mismo pidió domicilios y que se demoraban; que con la mayoría de los arrendatarios de otros locales, concilió y se quedó, pero no así, Arcos Dorados S.A.S.; que el local se veía lleno; que se veía que había muchísimo servicio, cantidad de despachos y motos...”*; reconociendo, no obstante que de las cifras exactas no tenía noción, cuando la implementación del presente litigio, depende transversalmente de estas, pues si a simple vista se veía un incremento en los ingresos, como sucedió por ejemplo al comparar abril, mayo, junio y julio en la interrogación de Ruth Stella Zambrano Mateus, la auditora de Arcos Dorados S.A.S; no necesariamente cabía concluir que la demandada contaba con la solvencia para de continuar con la carga del contrato.

La situación ameritaba una evaluación, no solo porque el comportamiento del pago de la demandada a la demandante, nunca fue reprochable, sino por la visible intención de preservación del contrato, evidenciada en la solicitud de modificación del canon de mayo de 2020, mediante la cual manifestó que la suspensión de la actividad, le impedía recibir los ingresos que hacían posible su operación y por la que se veía forzada a solicitar la posibilidad de un pago equivalente al 7% de las ventas netas de abril a diciembre (sin mínimo mensual garantizado), teniendo en cuenta que el mes de marzo fue pagado en su totalidad a pesar del cierre. Así mismo se constató una solicitud sucesiva en julio de 2020, de otorgamiento de un descuento en la renta por valor del 50% del canon e incluyendo la posibilidad de un canon del 7% variable sobre las ventas netas (pagando lo que sea mayor entre los dos). Y una propuesta adicional en el mismo mes, consistente en un descuento del 50% de la renta de junio a diciembre de 2020, más la eliminación de la penalidad por terminación anticipada del contrato y disminuir el preaviso de terminación a 30 días.

Las subsiguientes fueron las tratativas del 20, 25 y 27 de agosto de 2020, amparadas en la facultad de terminación unilateral que permitía el decreto 797 de 2020, rechazadas por Inversiones Tholuchi S.A.S. y que este Despacho Judicial estima consecuentes con la situación que Arcos Dorados Colombia S.A.S, demostró en el proceso, pues el concepto de imposibilidad aducido se soporta en una probada disminución de ingresos que condujeron a un insuficiente margen operacional en el que el compromiso de pago de arrendamiento abarcaba casi el 50% de la cantidad con que se contaba para pagar otras acreencias que en la pandemia por covid-19 también contaban con protección constitucional. Si se observan las motivaciones del decreto, la imposibilidad podía ser sustentable si los arrendatarios protegidos, llevaban más de dos meses sin percibir ingresos o si se encontraban percibiéndolos en un muy bajo porcentaje, amén de la orden de permanecer cerrados hasta después del 1o. de junio de 2020, de acuerdo con lo señalado en el artículo 5o. del Decreto 749 de 2020. Ahora, ¿qué explicaría esta disminución? para el Despacho es razonable la elucidación que, al respecto, otorgó la representante legal de Arcos Dorados S.A.S, y la misma no se transcribe, pero se parafrasea:

“...Entre marzo e inicios de junio estaban con venta a domicilio. A partir del 1º de junio se generó la venta para llevar. Este restaurante no tenía el automac, lo cual hizo que la venta a domicilio, no fuera suficiente para preservar los empleos o costos fijos del local. Garantizar empleo para los

salarios. La venta a domicilio no es rentable porque era para el local y para la plataforma. Operaban fuera de todo contexto. No todos tenían permiso para salir. La restricción fue muy grande. La venta más importante era a mostrador. Antes había mucha más afluencia. La diferencia fue de un 60%. No sabe el monto pero fue superior al 50%. Los gremios participaron en esto. Solicitaron al gobierno la ampliación de las medidas. Solo hasta junio incluyeron para llevar. Los restauranteros estaban afectados. La dinámica antes de la pandemia no era el medio digital, el colombiano es de experiencias y de salir. Respecto a los segmentos permitidos: inicialmente fue domicilio, luego permitir para llevar, que tampoco fue rentable. Se implementaron medidas y fue muy costoso también. El sector gastronómico tenía movimiento con el “persona a persona. Los domicilios operaron de marzo a mayo. A partir del 1 de junio estaba permitido la venta para llevar, y de ahí en adelante, las dos cosas. La aplicación concreta de las ventas quedó ralentizada porque ahora se hacía por medio de los domiciliarios de la plataforma quienes tenían que atravesar un protocolo de bioseguridad, higienización, lo cual hacía retrasar los tiempos de entrega. El restaurante no tenía automac... Antes el consumidor se acercaba en carro y compraba. En pandemia la gente tenía miedo y había aforos. No había dinámicas rápidas. Entre 1 de junio y 31 de agosto estuvo la operación de domicilio y para llevar pero no era suficiente para el volumen normal. No estaba en condiciones aptas y había baja rentabilidad...”.

En conclusión, la sociedad demandada, obró de manera ajustada a derecho y por ello no se encuentran razones para endilgarle más obligaciones que el pretérito y agotado pago del porcentaje de la cláusula penal, exigida y pagada en la época de la terminación unilateral del contrato.

Así las cosas, de acuerdo con lo anotado, se abre camino la prosperidad de las excepciones de mérito denominadas, errada interpretación del decreto de 797 de 2020 y de la sentencia C-409 de 2020, aunada a la improcedencia de la excepción de inconstitucionalidad pretendida, tal como lo expresó Arcos Dorados Colombia S.A.S; más la inexistencia de la responsabilidad endilgada a la demandada, conduciendo esto a la desestimación de las aspiraciones de la demandante, a quien se le condenará en costas.

Decisión: En razón de los expuesto, el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Medellín, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley:

F a l l a:

Primero: Declarar prósperas las excepciones de mérito denominadas, errada interpretación del Decreto de 797 de 2020 y de la sentencia C-409 de 2020 de la Corte Constitucional, aunada a la improcedencia de la excepción de inconstitucionalidad pretendida, tal como lo expresó Arcos Dorados Colombia S.A.S; más la inexistencia de la responsabilidad endilgada a la demandada, conduciendo esto a la desestimación de las aspiraciones de la demandante Inversiones Tholuchi S.A.S.

Segundo: Se condena en costas a Inversiones Tholuchi S.A.S., y en favor de Arcos Dorados Colombia S.A.S. Como agencias en derecho se fija la suma de nueve millones ochocientos catorce mil pesos (\$9.814.000).

Notifíquese y cúmplase

**Omar Vásquez Cuartas
Juez**

Firmado Por:
Omar Vasquez Cuartas
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 020
Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a2c8f2bcbe01aae22d92d1674321d0534f7dd67fda9806462a07db3a8c2dd85a**

Documento generado en 04/03/2024 08:43:26 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**