

CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA
CENTRO DE ARBITRAJE

LAUDO ARBITRAL

**SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.S. – AIRPLAN
S.A.S**

CONTRA

FRANQUICIAS Y CONCESIONES S.A.S. –FRAYCO S.A.S.

CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA
CENTRO DE ARBITRAJE
LAUDO ARBITRAL

Medellín, trece (13) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Según lo anunciado en Auto N° 18 de fecha 5 de octubre de 2022, el Tribunal Arbitral profiere el Laudo que se expresa a continuación:

I. TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL

A. DEMANDA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL.

1. El día 6 de septiembre de 2022, la **SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.S – AIRPLAN S.A.S.**, como parte demandante, a través de abogado, presentó ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia una demanda arbitral, con el fin de que se integrara un Tribunal Arbitral que resolviera las pretensiones formuladas en la misma en contra de la sociedad **FRANQUICIAS Y CONCESIONES – FRAYCO S.A.S.**
2. Tal petición fue fundada en el pacto arbitral, en su modalidad de cláusula compromisoria, contenida en la cláusula contenida en la cláusula Vigésima del contrato de subconcesión No. 001-04-01-238-148-10 celebrado entre **SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.S – AIRPLAN S.A.S.** en calidad de subconcedente y la sociedad **FRANQUICIAS Y CONCESIONES – FRAYCO S.A.S.** en calidad de subconcesionario, con fundamento en el cual la parte convocante solicitó la iniciación del trámite procesal.

Dicha cláusula compromisoria es del siguiente tenor:

VIGÉSIMA. CLÁUSULA COMPROMISORIA. Las diferencias que se susciten en relación con la interpretación, ejecución y cumplimiento de este contrato, serán sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento, conforme a lo previsto por el Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, y las normas vigentes sobre la materia. Las diferencias serán sometidas a la decisión de un solo árbitro designado por la Cámara de Comercio de Medellín, mediante sorteo entre los árbitros inscritos en las listas que lleva esa Cámara.

El árbitro así designado se sujetará a las disposiciones legales colombianas que regulan el arbitramento, según las siguientes reglas:

1. El árbitro deberá ser abogado inscrito.
2. El árbitro se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín.
3. El árbitro decidirá en derecho y aplicará la legislación colombiana.
4. El árbitro funcionará en la ciudad de Medellín, en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de esta ciudad.
5. El árbitro se regirá por las leyes de la República de Colombia.

La decisión adoptada por el árbitro tendrá carácter definitivo y obligatorio

3. El Centro de Arbitraje, el día 5 de octubre de 2021, comunicó al Doctor MAXIMILIANO ALBERTO ARAMBURO CALLE, su designación como árbitro único, nombramiento que fue realizado de común acuerdo de las listas de árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín. El árbitro aceptó oportunamente su nombramiento.
4. Adicionalmente, en el documento de aceptación de su cargo, el árbitro único designado dio cumplimiento al deber de información contenido en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012.
5. Integrado debidamente el Tribunal, el Centro de Arbitraje citó al árbitro y a las partes o a sus apoderados, para efectos de realizar la audiencia de instalación del Tribunal (Cfr. Inc. 1 Art. 20 de la Ley 1563 de 2012).

B. AUDIENCIA DE INSTALACIÓN, DESIGNACIÓN Y POSESIÓN DEL SECRETARIO, JUICIO DE ADMISIBILIDAD, DERECHO DE CONTRADICCIÓN, CONCILIACIÓN ARBITRAL, FIJACIÓN DE GASTOS Y HONORARIOS Y PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE.

1. Mediante Auto No. 01 del 8 de noviembre de 2021, el Tribunal Arbitral se instaló formalmente, designándose y posesionándose como secretario al Dr. Sebastián Figueroa Arias, se fijó el lugar de funcionamiento del Tribunal y se reconoció personería a los apoderados de las partes entre otras cuestiones.
2. Seguidamente, mediante Auto No. 02 de fecha 8 de noviembre de 2021, el Tribunal admitió la demanda, ordenó notificar a la parte demandada de dicha providencia, así como correrle traslado a la parte demandada del escrito de demanda y sus anexos por el término de veinte (20) días hábiles.
3. Que el día 9 de noviembre de 2021, se notificó electrónicamente a la apoderada especial de la sociedad **FRANQUICIAS Y CONCESIONES – FRAYCO S.A.S** del auto admisorio de la demanda, por lo que en consecuencia, aquella tenía hasta el día 9 de diciembre de 2021 para ejercer su derecho de contradicción.
4. El día 9 de diciembre de 2021, la parte demandada contestó de forma electrónica la demanda y propuso excepciones de fondo frente a las pretensiones de aquella.
5. El día 16 de diciembre de 2021, la parte actora describió el traslado de las excepciones de fondo frente a las pretensiones de la demanda.
6. En audiencia celebrada los días 21 de enero y 11 de marzo de 2022, el Tribunal Arbitral, con fundamento en lo prescrito en los artículos 24 y 25 de la Ley 1563 de 2012, mediante autos números 07 y 08, declaró totalmente fracasada la conciliación y procedió a continuar con el trámite arbitral fijando los gastos y honorarios del Tribunal, estableciendo las sumas a cargo de las partes por los siguientes conceptos:
 - a) Honorarios del árbitro único y del secretario; y
 - b) Gastos de funcionamiento del Tribunal Arbitral.
7. Dentro de la oportunidad procesal de que trata el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, ambas partes procedieron a consignar la totalidad de los gastos y honorarios decretados por este Tribunal Arbitral (Cfr. Acta de la primera audiencia de trámite de fecha 11 de abril de 2022).
8. Mediante Auto No. 09 de fecha 11 de abril de 2022, el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir las pretensiones contenidas en la demanda, así como las excepciones de mérito planteadas frente a las mismas, ordenando el pago del 50% de los honorarios al árbitro único y al secretario, así como la totalidad de los dineros correspondientes al Centro de Arbitraje (Cfr. Art. 28 Ley 1563 de 2012).
9. Dentro de la misma audiencia primera de trámite, y mediante Auto No. 10, el Tribunal decretó los medios de prueba solicitados por las partes (Cfr. Inc. 3 del Art. 30 Ley 1563 de 2012), así:

“(Auto No. 10):

A. PRUEBAS DE LA PARTE CONVOCANTE

1) DOCUMENTALES:

Se decretan como pruebas, con el valor individual que la ley les asigna, los documentos enunciados y anexados a la demanda y en el escrito mediante el cual se describió el traslado de las excepciones de mérito.

2) DECLARACIÓN DE PARTE:

Se decreta la práctica de la declaración de parte del representante legal de la sociedad **AIRPLAN S.A.S.**, la cual se practicará de forma verbal en la oportunidad que más adelante dispondrá el Tribunal Arbitral.

B. PRUEBAS DE LA PARTE CONVOCADA

1) DOCUMENTALES:

Se decretan como pruebas, con el valor individual que la ley les asigna, los documentos enunciados y anexados a la contestación de la demanda.

2) INTERROGATORIO DE PARTE:

El Tribunal Arbitral decreta la práctica del interrogatorio de parte al representante legal de **AIRPLAN S.A.S.**, parte demandante dentro del proceso arbitral, el cual se practicará de forma oral en la oportunidad que más adelante dispone el Tribunal, oportunidad dentro de la cual también podrá producirse el reconocimiento de documentos en los términos señalados en el inciso final del artículo 203 del Código General del Proceso.

Dado que hasta el momento, no se ha producido la reapertura de la sede física del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, el Tribunal Arbitral con fundamento en el artículo 23 de la Ley 1563 de 2012 y en lo establecido en los artículos 2.2.4.2.4.1 y 2.2.4.2.4.5 del Decreto 1069 de 2015, realizara la audiencia anteriormente indicada de forma virtual, por lo que de forma oportuna se hará la coordinación con las partes y sus apoderados para establecer las condiciones necesarias que así lo permitan.

C. PRUEBA DE OFICIO

El Tribunal Arbitral con fundamento en los artículos 169 y 170 del Código General del Proceso, decreta la práctica del interrogatorio de parte al representante legal de la sociedad **FRAYCO S.A.S.**, parte demandada dentro del proceso arbitral, el cual se practicará de forma oral en la oportunidad que más adelante dispone el Tribunal, oportunidad dentro de la

cual también podrá producirse el reconocimiento de documentos en los términos señalados en el inciso final del artículo 203 del Código General del Proceso.

Dado que hasta el momento, no se ha producido la reapertura de la sede física del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, el Tribunal Arbitral con fundamento en el artículo 23 de la Ley 1563 de 2012 y en lo establecido en los artículos 2.2.4.2.4.1 y 2.2.4.2.4.5 del Decreto 1069 de 2015, realizara la audiencia anteriormente indicada de forma virtual, por lo que de forma oportuna se hará la coordinación con las partes y sus apoderados para establecer las condiciones necesarias que así lo permitan.”

C. PRÁCTICA DE PRUEBAS, AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y OPORTUNIDAD DEL LAUDO ARBITRAL.

1. Las pruebas se practicaron según lo decretado, tal como se detalla a continuación:
 - a) En audiencia de instrucción de fecha 7 de julio de 2022, se practicaron los interrogatorios de parte decretados por el Tribunal Arbitral.
2. En audiencia de fecha 7 de septiembre de 2022, se celebró la audiencia de alegaciones prevista en el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012, optando las partes por realizar dentro de la audiencia sus alegaciones de forma oral.

Dentro de la misma audiencia, se profirió el auto número 16 mediante el cual se ejerció control de legalidad sobre la actuación adelantada con fundamento en el artículo 132 del Código General del Proceso.

Cabe anotar que la primera audiencia de trámite se realizó y finalizó el día **11 de abril de 2022**, por lo que el termino de ocho (8) meses de duración del proceso expira el día 11 de diciembre de 2022, no obstante ello, los apoderados han solicitado la suspensión del proceso de común acuerdo entre los días 29 de abril de 2022 al 31 de mayo de 2022, ambas fechas inclusive, por un lado, y por el otro, entre los días 26 de julio de 2022 al 15 de agosto de 2022, ambas fechas inclusive, con lo cual han transcurrido cincuenta y cuatro (54) días de suspensión del proceso.

Por lo anterior, habría que adicionar los días en que el proceso estuviere suspendido por solicitud de las partes, tal como lo establece el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, motivo por el cual el presente Laudo es proferido dentro del término contemplado para ello.

II. POSICIONES Y PRETENSIONES DE LAS PARTES

A. DEMANDA.

1. La demanda arbitral, además de identificar a las partes, acompañar y solicitar el decreto y práctica de pruebas, trae la versión de los **hechos** relevantes al Arbitraje, cuya transcripción se realiza a continuación:

“PRIMERO. Entre AIRPLAN S.A.S. —en calidad de Subconcedente— y FRAYCO S.A.S. —en calidad de Subconcesionario— se celebró el contrato de subconcesión No. 001-04-01-238-148-10 que tenía como objeto el Local No. 53 del Aeropuerto Olaya Herrera de Medellín. Dicho espacio se identificó de la siguiente manera:

SEGUNDA. DESCRIPCIÓN DE LAS ÁREAS: El área entregada al **SUBCONCESIONARIO** para la ejecución de su actividad comercial en virtud del presente contrato está identificada en los planos de los diseños de las obras, anexo al presente documento, como **Local No 53** con un área de 44,6 m², ubicado en el segundo piso de la terminal de pasajeros y que se encuentra determinado por los siguientes linderos: Por el NORTE: Con zona de mesas, plaza de comidas; Por el SUR: Con con local No. 51; Por el ORIENTE: Con hall de circulación peatonal; Por el OCCIDENTE: Con local No. 52.

SEGUNDO: Las partes pactaron en la cláusula TERCERA del contrato que la duración de este sería de 5 años. Una vez vencido este término, el contrato sería prorrogado por periodos de un año si ninguna de las partes manifestaba su intención de terminarlo:

TERCERA. PLAZO. El término de duración de este contrato será de **CINCO (5) AÑOS**, contados a partir del día en que sea suscrita el Acta de inicio, la cual será suscrita a más tardar dentro de los treinta (30) días calendario, siguientes a la fecha de suscripción del acta de Entrega de que trata el presente contrato.

(...)

PARÁGRAFO SEGUNDO: Una vez vencido el plazo acordado, el contrato se renovará automáticamente por periodos anuales. En caso de que alguna de las partes no tenga voluntad de renovarlo, así deberá manifestarlo a la otra por escrito, con una antelación no inferior a treinta (30) días de la terminación de su vigencia. Una vez terminado el plazo, porque alguna de las partes manifestó su voluntad de no renovarlo, el **SUBCONCESIONARIO** procederá a hacer devolución del área entregada.

(...)

TERCERO: Mediante otro si No. 1 suscrito entre las partes el 20 de febrero de 2015, las partes pactaron que la contraprestación del contrato sería el mayor valor entre un Ingresos mínimo mensual garantizado (denominado IMMGM) y un componente variable correspondiente al 10% de las ventas mensuales sin IVA:

CUARTA. CONTRAPRESTACIÓN: EL SUBCONCESIONARIO se obliga a pagarle a **EL SUBCONCEDENTE** una contraprestación equivalente en dinero al **DIEZ (10%)** por ciento del producto de las ventas mensuales (en adelante %IV), excluyendo de este lo correspondiente al IVA. No obstante el porcentaje aquí establecido, el **SUBCONCESIONARIO** garantiza pagar un valor mínimo mensual, cifra que se denominará ingreso mínimo mensual garantizado (IMMGM), lo que significa que si el porcentaje sobre las ventas (%IV) es inferior al IMMGM, el **SUBCONCESIONARIO** se obliga a pagar este último; y en el evento en que sea superior el %IV al IMMGM, será el mayor valor el que tendrá que pagar. El IMMGM a partir del 1 de diciembre del año 2014 será a razón de \$40.000.00 por metro cuadrado (44.6 Mts²), más IVA, lo que genera un IMMGM de \$1.784.000.00, más IVA.

CUARTO: Conforme a la cláusula quinta del contrato, el subconcesionario pagaría el IMMGM en los 5 días siguientes al recibo de la factura correspondiente a la misma. Posteriormente, una vez finalizado el mes, entregaría el reporte de ventas al subconcedente quien se encargaría de verificar si el 10% del valor de ventas de ese mes era mayor o no a lo facturado. En caso de no ser mayor, el subconcesionario no tendría que pagar nada más, pero en caso de serlo, el subconcedente facturaría el reajuste correspondiente el cual sería pagado también a los 5 días de recibo de la factura:

QUINTA. FORMA DE PAGO. EL SUBCONCESIONARIO pagará al **SUBCONCEDENTE** las sumas acordadas en la cláusula anterior dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la factura. El valor a pagar será cancelado en la cuenta corriente de Bancolombia No. 00542634395 a nombre de PA Concesión OACN, con NIT: 830054539 – 0, o en cualquier otra que sea debidamente notificada por el **SUBCONCEDENTE** o por quien haga sus veces al **SUBCONCESIONARIO**. El **SUBCONCESIONARIO** se obliga a entregar a más tardar el tercer día hábil del mes siguiente al periodo reportado el informe de ventas y liquidación del Porcentaje sobre las ventas (%IV) a la Administración de Negocios del **SUBCONCEDENTE** con los debidos soportes con el fin de expedir la facturación correspondiente.

QUINTO: Al momento de la presentación de esta demanda, la sociedad FRYCO S.A.S. paga a AIRPLAN por la ocupación del local 53 del Aeropuerto OlayaHerrera de Medellín, la suma de \$3.215.686 como INGRESO MÍNIMO MENSUAL GARANTIZADO (IMMG).

SEXTO: Mediante el párrafo cuarto de la cláusula DECIMOCUARTA, incorporado al contrato a través del otro si No. 1 suscrito, las partes pactaron que el valor de los servicios públicos sería pagado por el SUBCONCEDENTE a título de mandato, para posteriormente facturarlos como reembolso al subconcesionario, quien estaría obligado al pago en el término establecido en el documento de cobro:

PARÁGRAFO CUARTO: CONTRATO DE MANDATO. PAGO POR REEMBOLSO: El valor de los servicios no se encuentra incluido dentro del valor de la contraprestación a cargo de **EL SUBCONCESIONARIO** establecido en el presente Contrato. **EL SUBCONCESIONARIO** autoriza de manera expresa a **EL SUBCONCEDENTE** de forma tal que este actúe como mandatario para el pago de los servicios públicos que haya consumido aquel, de forma tal que pueda actuar ante la(s) empresa(s) prestadoras del(os) servicio(s) respectivo(s) y sufragar los costos de los servicios públicos consumidos por **EL SUBCONCESIONARIO**. Con posterioridad al pago de dichos servicios **EL SUBCONCEDENTE** presentará la facturación de los servicios públicos consumidos por **EL SUBCONCESIONARIO**, a título de reembolso, en la dirección de notificación suministrada por **EL SUBCONCESIONARIO**. Lo anterior configura un contrato de mandato, en el cual **EL SUBCONCEDENTE** fungirá como mandatario para el pago.

SÉPTIMO: En el numeral 2 de la cláusula SEXTA del contrato, el SUBCONCESIONARIO se obligó a pagar oportunamente la contraprestación pactada y en el numeral 22 se obligó a estar al día en el pago de los servicios públicos.

OCTAVO: Los contratantes también pactaron, en la cláusula DÉCIMA SÉPTIMA del contrato que, en caso de mora en el pago de la contraprestación pactada, los servicios públicos o cualquier otro costo a su cargo, se generaría la terminación anticipada del contrato dando lugar a la restitución inmediata del inmueble.

NOVENO: De forma reiterada, en el último año, la sociedad FRAYCO S.A.S. ha incurrido en mora en el pago de sus obligaciones, incurriendo en retrasos de hasta 127 días, conforme se pone de presente en el cuadro que se relaciona a continuación:

Descripción	Valor	Factura	fecha de entrega	Vencimiento	Fecha de pago	días de mora
contraprestación septiembre de 2020	\$ 3.012.362	38339	16/09/2020	21/09/2020	03/12/2020	73
contraprestación octubre de 2020	\$ 3.012.360	44655	21/10/2020	26/10/2020	02/03/2021	127
contraprestación noviembre de 2020	\$ 3.012.360	47213	04/11/2020	09/11/2020	09/02/2021	92
contraprestación diciembre de 2020	\$ 3.012.360	52357	02/12/2020	07/12/2020	12/02/2021	67
contraprestación enero de 2021	\$ 3.121.107	58991	08/01/2021	13/01/2021	11/03/2021	57
contraprestación febrero de 2021	\$ 3.121.107	63401	01/02/2021	06/02/2021	29/03/2021	51
contraprestación marzo 2021	\$ 3.121.107	68880	01/03/2021	06/03/2021	21/04/2021	46
contraprestación abril 2021	\$ 3.121.107	75155	05/04/2021	10/04/2021	21/06/2021	72
contraprestación mayo de 2021	\$ 3.121.107	80192	03/05/2021	08/05/2021	06/08/2021	90

DÉCIMO: De igual forma, la sociedad FRAYCO S.A.S. ha incurrido en mora reiterada en el pago de servicios públicos, tal y como se relaciona a continuación:

Concepto	Valor	Factura	fecha de entrega	Vencimiento	Fecha de pago	días de mora
reembolso gastos de acueducto octubre 2020	\$ 107.251	50014	19/11/2020	24/11/2020	30/11/2020	6
Reembolso acueducto y energía noviembre 2020	\$ 439.378	55562	16/12/2020	21/12/2020	22/12/2020	1
Reembolso acueducto y energía enero 2021	\$ 1.216.412	66603	17/02/2021	22/02/2021	25/02/2021	3
Reembolso acueducto y energía febrero 2021	\$ 1.406.348	72082	17/03/2021	22/03/2021	23/03/2021	1
Reembolso acueducto y energía mayo 2021	\$ 1.216.586	88908	18/06/2021	23/06/2021	29/06/2021	6
Reembolso acueducto y energía junio 2021	\$ 1.321.271	92759	08/07/2021	13/07/2021	22/07/2021	9

DÉCIMO PRIMERO: La conducta del subconcesionario constituye un incumplimiento reiterado a las obligaciones contractuales, circunstancia que implica una causa justa para la terminación del contrato.

DÉCIMO SEGUNDO: De conformidad con la cláusula VIGÉSIMA TERCERA, el incumplimiento del contrato genera una cláusula penal correspondiente al 10% del valor del contrato:

VIGÉSIMA TERCERA. CLÁUSULA PENAL. El incumplimiento por cualquiera de las partes de la totalidad o de alguna o algunas de las obligaciones derivadas del presente contrato, dará derecho a aquella que hubiere cumplido o se hubiere allanado a cumplir las obligaciones a su cargo, para exigir inmediatamente a título de pena a quien no cumplió o no se allanó a cumplir, el pago de una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor estimado del presente contrato, a título de cláusula penal o pena por incumplimiento, la cual será exigible por la vía ejecutiva al día siguiente a aquel en que debieron cumplirse las correspondientes prestaciones, sin necesidad de requerimiento privado o judicial para la constitución en mora, derecho al cual renuncian ambas partes en su recíproco beneficio. Por el pago de la pena no se extingue la obligación principal, la cual podrá ser exigida separadamente, junto con la indemnización de perjuicios. Esta cláusula no exime de la penalidad diaria por no restitución del área de que trata el parágrafo segundo de la cláusula cuarta de este contrato.

DÉCIMO TERCERO: Considerando que el valor del Contraprestación actual es de \$3.215.686 y que el periodo de duración del contrato es de 1 año, el valor contractual correspondería a la suma de \$38.588.232, de modo que, la cláusula penal sería de \$ 3.858.823.”

2. Apoyado en lo anterior, la parte convocante formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA PRINCIPAL. Declarar que a la sociedad FRAYCO S.A.S, identificada con el NIT. No. 830.101.778-6, incumplió el contrato de subconcesión No. 001-04- 01-238-148-10 sobre el Local 53 del Aeropuerto Olaya Herrera de Medellín como consecuencia del incumplimiento reiterado en el pago oportuno de la contraprestación pactada y del reembolso de servicios públicos.

PRIMERA CONSECUCIONAL. Como consecuencia de la anterior declaración, se declare terminado el contrato subconcesión No. 001-04-01-238-148-10 que tiene como objeto el Local 53 del Aeropuerto Olaya Herrera de Medellín

SEGUNDA CONSECUCIONAL. En consecuencia, se ordene a la sociedad FRAYCO S.A.S a restituir el local No. 53 Aeropuerto Olaya Herrera de Medellín que fuera descrito en los hechos de la demanda.

SEGUNDA PRINCIPAL. Condenar a la sociedad FRAYCO S.A.S identificada con el NIT. No. 830.101.778-6, al pago de \$3.858.823 por concepto de cláusula penal sancionatoria.

TERCERA PRINCIPAL. Condenar a la sociedad FRAYCO S.A.S, y en favor de AIRPLAN S.A.S., al pago de la contraprestación por subconcesión y el reembolso de servicios públicos que se causen desde la presentación de la demanda y hasta la restitución efectiva del inmueble.

CUARTA PRINCIPAL. En caso de que el demandado se oponga a las pretensiones de la demanda, solicito al despacho se profiera la condena respectiva en costas y agencias en derecho.”

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La parte convocada contestó oportunamente la demanda, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte convocante, proponiendo las siguientes excepciones de mérito:

- INEXISTENCIA DE UN INCUMPLIMIENTO GRAVE.
- NO PROCEDENCIA DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO.
- NO RESTITUCIÓN DEL INMUEBLE.
- PROCEDENCIA DEL ALLANAMIENTO A LA MORA.
- LA ACTUACIÓN DE LAS PARTES MODIFICÓ EL PLAZO PACTADO EN EL CONTRATO.

III. LEGALIDAD DEL PROCESO

A. JUICIO DE VALIDEZ DEL PROCESO – PRESUPUESTOS PROCESALES.

1. Para este Tribunal Arbitral el proceso jurisdiccional es fuente de creación de una norma jurídica individual, y es por ello por lo que debe realizar la labor de revisar, nuevamente, la etapa de procesamiento, con la finalidad de verificar o corroborar si la fuente resulta jurídicamente legítima, puesto que de ello dependerá la legitimidad del laudo arbitral o de la norma jurídica particular que en este acto procesal se creará. Así pues, previo al análisis del fondo de la controversia, el Tribunal pone de presente que el proceso reúne los presupuestos procesales requeridos para su validez y, por ende, para permitir la expedición de un pronunciamiento de mérito.
2. En efecto:
 - a) El Tribunal goza de la *función jurisdiccional*, de manera transitoria, en los términos del artículo 116 de la Constitución Política.
 - b) El Tribunal es *competente* para resolver todas las pretensiones de la demanda, así como las excepciones de fondo planteadas frente a aquellas. Así lo resolvió mediante Auto No. 09 de fecha 11 de abril de 2022.
 - c) Tanto la parte convocante como la parte convocada tienen capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso; las partes se encuentran debidamente representados por apoderados judiciales debidamente constituidos, y ambos extremos procesales tienen capacidad para comparecer al proceso contando con capacidad para transigir y arbitrar.
 - d) El proceso se adelantó en todas sus fases e instancias con observancia de las normas procesales establecidas para el efecto y con pleno respeto de los derechos de defensa y de contradicción de las partes. Respecto a las formas procesales (*trámite adecuado y legalidad de las formas*) el Tribunal actuó conforme a las prescripciones normativas, es decir, con vigencia de la Ley 1563 de 2012.
 - e) Se constata el presupuesto de la *demanda en forma*, puesto que la demanda contiene todos los requisitos establecidos en el artículo 82 y siguientes del Código General del Proceso.
 - f) Igualmente se verifica que no hay caducidad para el ejercicio de la acción, esto es, las partes se encuentran dentro del término para acudir a la jurisdicción a efectos de solicitar la solución del conflicto intersubjetivo de intereses.

B. JUICIO DE EFICACIA DEL PROCESO – PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA SENTENCIA.

1. Se corrobora la existencia del *interés para obrar*, ya que se vislumbra una utilidad económica perseguida por la parte actora.
2. El Tribunal verifica que a la fecha de expedición del presente Laudo hay ausencia de:
 - a) Cosa juzgada;
 - b) Transacción;
 - c) Desistimiento;
 - d) Conciliación;
 - e) Pleito pendiente o litispendencia; y
 - f) Prejudicialidad.
3. El Tribunal constató, en la oportunidad procesal correspondiente¹, que:
 - a) Ambas partes consignaron oportunamente la totalidad de las sumas de dinero que fueron fijadas por el Tribunal Arbitral por concepto de gastos y de honorarios;
 - b) Había sido designado e instalado en debida forma;
 - c) Las controversias planteadas son susceptibles de transacción o son de libre disposición y no están prohibidas por el legislador para tramitarse por el proceso arbitral.
4. No obra causal de nulidad procesal que afecte la actuación.
5. Existe legitimación en la causa, tanto por activa como por pasiva. El Tribunal observa que en el caso que nos ocupa, desde la perspectiva formal y sustancial se cumple con el presupuesto de legitimación en la causa por activa y pasiva puesto que la parte convocante y la parte convocada son las mismas personas que figuran como titulares de la relación sustancial contenida en el documento denominado contrato de subconcesión No. 001-04-01-238-148-10, con fundamento en el cual la parte convocante solicitó la iniciación del trámite procesal.

C. JUICIO DE LA BILATERALIDAD DE LA AUDIENCIA – PRESUPUESTOS DE LA BILATERALIDAD DE LA AUDIENCIA.

Este presupuesto es el que concierne a las debidas notificaciones y, por ende, el que genera la posibilidad de defensa y contradicción de las partes en el proceso, de tal manera que se asegure que los actos procesales son aptos para cumplir la finalidad específica que les asigna la ley procesal y que, efectivamente, sean conocidos por sus destinatarios. Así, pues, el auto admisorio de la demanda fue notificado de forma electrónica (ver el artículo 23 de la Ley 1563 de 2012) a la parte convocada el día 9 de noviembre de 2021 y todos los demás actos procesales fueron notificados, bien en audiencia o por estrados o, bien por correo electrónico, tal como lo autorizan los artículos 294 del Código General del Proceso y 23 de la Ley 1563 de 2012.

¹ Cfr. Primera audiencia de trámite.

IV. CONSIDERACIONES DE FONDO DEL TRIBUNAL.

1. Procede el Tribunal a efectuar las consideraciones que le llevarán a determinar si es posible o no acceder a alguna de las pretensiones enarboladas por la parte convocante (cuatro principales, de las que la primera tiene dos consecuenciales) y, en su caso, si tienen vocación de prosperidad las excepciones formuladas por la parte convocada.

2. Como cuestión preliminar, el Tribunal debe señalar que está claro que se trata de pretensiones relacionadas con el incumplimiento de un contrato de naturaleza mercantil. Sobre esta cuestión dos son los puntos que debe establecer: el primero, si se trata de un contrato válidamente celebrado; y el segundo, si se ha producido el incumplimiento imputable al deudor que reclama la convocante, como requisito que activa el mecanismo de tutela del crédito invocado, que —de conformidad con la pretensión primera consecuencial— es la terminación del contrato, como consecuencia de la cual, si a ello se accede, deberá resolverse lo correspondiente a las restituciones mutuas.

La existencia del contrato

3. En relación con la existencia del contrato, ninguna discusión se suscita para el Tribunal. Que el contrato existió fue alegado por la Convocante en el hecho primero, y aceptado por la Convocada en el pronunciamiento respectivo. Entre ellas se celebró un contrato que denominaron de “subconcesión”, en relación con el local No. 53 del inmueble en el que funciona el Aeropuerto Olaya Herrera, de la ciudad de Medellín: ninguna de las partes negó el hecho alegado por la Convocante y consta en el expediente el documento correspondiente que contiene el acuerdo de voluntades, razón por la cual corresponde tenerlo como probado². Aunque ninguna de las partes señaló cuál fue la fecha de perfeccionamiento del acuerdo, en el documento aportado con la demanda se indicó que ello ocurrió el 20 de septiembre de 2010, aunque la firma de la representante legal de la Convocada fue estampada ante notario público el 13 de septiembre de ese año, como puede evidenciarse en la última página del mencionado documento.

4. Para efectos de claridad, el Tribunal entenderá entonces que las partes aceptaron, al pactar el contenido del contrato de subconcesión, los antecedentes allí incluidos entre las páginas 1 y 2 del documento que lo contiene. Esto permite inferir que el contrato sobre el que versa la presente controversia y que contiene el pacto arbitral, no tiene el carácter de principal sino que es *accesorio* a un contrato de concesión que tiene como parte de su objeto la explotación comercial del Aeropuerto Olaya Herrera de Medellín y del que son partes, como concedente, la U.A.E. Aeronáutica Civil y, como concesionario, Airplan S.A. (hoy S.A.S.), todo lo cual tiene incidencia en los mecanismos de pago adoptados para las obligaciones de contenido pecuniario derivadas del contrato bajo examen, como se verá en los numerales subsiguientes.

El contenido del contrato

5. Ninguna diferencia manifestaron tener las partes de este proceso, en relación con los siguientes extremos del contenido del contrato, vertidos en los hechos primero, segundo, tercero, cuarto, sexto y duodécimo de la demanda, y aceptados como ciertos en las respuestas correspondientes, que coinciden con el contenido del documento contractual:

- Que dicho contrato se identificó con el número 001-04-01-238-148-10;
- Que el local comercial objeto de subconcesión (el No. 53 del Aeropuerto Olaya Herrera) fue adecuadamente descrito en la cláusula segunda del contrato en mención, tal como fue señalado en el hecho primero de la demanda, que la Convocada aceptó como cierto.
- Que el término de duración inicial del contrato de subconcesión fue de cinco (5) años contados a partir de la suscripción del acta de inicio (aunque de esa fecha tampoco dan noticia ni la demanda ni la contestación).

² Documento No. 1 del expediente virtual de Masclnfo.

- Que las partes pactaron prórrogas sucesivas de un (1) año, posteriores al término de duración inicial, si ninguna de las partes manifestaba su intención de darlo por terminado con antelación de treinta días a la fecha de cumplimiento del plazo.
- Que las partes, además, suscribieron un otrosí el 20 de febrero de 2015, en el que acordaron que a partir de ese momento la remuneración a pagar por el subconcesionario a la subconcedente sería un precio variable del 10% de las ventas sin IVA, o un valor por ingresos mensuales mínimo garantizado (IMMG), aunque no estuvieron de acuerdo en el importe de ese IMMG.
- Que pactaron, además, un plazo para el pago del precio variable (IMMG), que sería cinco (5) días después de radicación de la factura correspondiente por parte de la subconcedente ante la subconcesionaria. Adicionalmente, que finalizado cada mes la subconcesionaria remitiría el reporte de ventas, para hacer las validaciones en relación con el pago del precio variable³.
- Que las partes, además, acordaron el pago de una “tarifa por concepto de acceso a la zona de mesas”, según el parágrafo tercero de la cláusula cuarta del Contrato.
- Que las partes pactaron una cláusula penal por el valor del contrato de subconcesión, aunque difieren en el valor específico de la pena.
- Que mediante modificación contractual (Otrosí No. 1) del 20 de febrero de 2015⁴, las partes acordaron, en el marco del contrato, un mandato especial en virtud del cual el AIRPLAN actuaría como mandatario de FRAYCO para el pago de los servicios públicos consumidos, de tal manera que una vez pagado cada mes el valor correspondiente a las empresas de servicios públicos, aquélla en calidad de subconcedente facturaría a ésta, a título de reembolso, las sumas que hubiere pagado⁵.

La tipología contractual

6. El contrato así celebrado se denominó por las partes “de subconcesión”. Tal como viene de decirse, accede —según los antecedentes— a un contrato de concesión, de naturaleza pública, mediante el cual el Estado entregó la operación del Aeropuerto Olaya Herrera a la Convocante, operación dentro de la cual se encuentra la explotación mercantil de los inmuebles objeto de dicho contrato. Así pues, la subconcesión de la que se trata, por su objeto específico, sería una especie del contrato mercantil atípico de concesión de espacio (también denominado de *franquicia corner*)⁶ lo que lleva al Tribunal a explicitar algunas consideraciones que estima necesarias como premisas de lo que más adelante ha de resolverse.

7. Si bien el contrato de concesión pública a la que accede el contrato “de subconcesión” sobre el que versa el litigio no hace parte de los documentos arrojados al proceso, no puede el Tribunal ignorar su existencia, como quiera que es elemento de hecho que no puede escindirse de la existencia del contrato bajo examen, pues explica y justifica la tenencia, uso y goce del inmueble en cuestión por parte de AIRPLAN S.A.S. en calidad de subconcedente, y dota de validez al objeto del contrato de (sub)concesión mismo. Al mismo tiempo, impone el marco que da cuenta del mecanismo adoptado por las partes para el pago de las obligaciones dinerarias, a través de una fiducia mercantil, a lo que más adelante se aludirá. Esto explica que, en rigor, aunque acceda a un contrato de concesión pública, el contrato que contiene el pacto arbitral y sobre el que versa la controversia es un verdadero y propio contrato mercantil de concesión de espacio, que fue denominado de “subconcesión” para diferenciarlo del contrato de concesión pública al que accede. Así las cosas, en lo sucesivo se aludirá al contrato como de concesión o subconcesión, de manera indistinta, así como a la Concedente y Subconcedente, Concesionaria y Subconcesionaria, de manera indiferenciada.

³ Al responder el hecho cuarto, la Convocada señaló que este plazo “fue modificado tácitamente por la conducta de las partes”, lo cual será objeto de un pronunciamiento en este laudo.

⁴ Anexo No. 8, incluido dentro del documento No. 4 del expediente virtual de MasInfo.

⁵ En la respuesta al hecho sexto, la Convocada aceptó la veracidad de este enunciado, salvo en un punto relativo al plazo para el pago de esta suma de dinero.

⁶ Castro, Marcela: “Contrato de franquicia”, en Castro, M.; Giraldo, C., Remolina, N. y Varón, J.: *Contratos atípicos en el derecho contemporáneo colombiano*. Bogotá: Universidad de Los Andes – Uniempresarial – Cámara de Comercio de Bogotá. 2006, p. 26.

8. La obligación esencial del concedente en un contrato de concesión de espacio (y, para el caso, del contrato de subconcesión) es otorgar un espacio físico al concesionario (o subconcesionario) para el desarrollo de una actividad comercial, a cambio de una remuneración. Mientras que para algunos⁷ el concedente debe ser el propietario del inmueble, para otros no parece ser esa una característica necesaria, pues bastaría con que el concedente tenga legítimamente el uso y el goce del espacio, de tal manera que podría el concedente ser el propietario, el arrendatario o, en casos como el presente, el concesionario del espacio⁸. Tal es la opinión del Tribunal, pues ser titular (o no) del derecho de dominio nada añade y nada resta al contrato celebrado, en cuanto a los derechos y obligaciones que de él nacen. De esta suerte, se caracterizará al contrato celebrado como de concesión, a pesar de que AIRPLAN no es la propietaria del inmueble en cuestión, sino su concesionaria.

9. De esta manera, en el contrato en cuestión lo que se cede es apenas el uso y explotación de uno o varios espacios físicos dentro de uno o varios establecimientos de comercio, bajo supervisión y control del concedente, con la finalidad de que el concesionario se aproveche de la clientela y reputación que con anterioridad ha forjado el concedente. Por eso es posible decir que se trata de un contrato de colaboración, más que de contraprestación, pues comparten el interés de obtener beneficios de un mercado común, de lo cual se derivan algunas consecuencias prácticas, como más adelante se sostendrá en este Laudo. En efecto, como afirmó la doctrina arbitral en un laudo sobre este mismo tipo de contrato (y también respecto de un local en un aeropuerto en concesión), “el concedente pone la clientela que le es propia, dada su actividad principal. El concesionario no debe preocuparse por hacerla”⁹.

10. No hay duda alguna para el Tribunal, como viene de explicarse, de cuál era el inmueble objeto de concesión en ese contrato y ninguna disputa se ha planteado al respecto, pues fue debidamente identificado en la demanda y aceptado por la Convocada. Tampoco hay controversia acerca del cumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas por AIRPLAN S.A.S., que por ese solo hecho se denominará el acreedor que ha cumplido, lo cual tendrá incidencia en lo que más adelante se dirá. Sí la hay en relación con cuál era la remuneración a cargo de la Subconcesionaria (es decir: sus componentes y cuantías) y el momento en que debía pagarse. Es decir, las controversias giran alrededor de la obligación principal de la Concesionaria (o para el caso, la Subconcesionaria) de pagar a la Concedente o Subconcedente la remuneración que busca retribuir —en opinión de la doctrina¹⁰— no sólo el espacio físico que se le ha cedido, sino también todos los servicios de los que ese inmueble se beneficia.

11. La remuneración a cargo del concesionario en este tipo de contratos, se realiza con frecuencia a manera de liquidación periódica, a título de suma global, por todos los servicios de los que se beneficia el concesionario¹¹. En ese sentido, la retribución al concedente debe comprender todos los servicios de los que disfruta el concesionario, pues a diferencia del arrendamiento —en el que la renta o canon retribuye únicamente el uso y goce del inmueble— en la concesión el concesionario se sirve de todos los elementos necesarios para comercializar sus productos o servicios dentro del espacio en el que el concedente hace lo propio con los suyos, es decir, el concesionario obtiene beneficio de la clientela del concedente y eso facilita su labor comercial¹².

Dicho lo anterior, no tiene dudas del Tribunal de que las partes celebraron un verdadero contrato de concesión de espacio comercial o de franquicia *corner*, atípico (así estipulado por las partes en la

⁷ Arrubla Paucar, Jaime: *Contratos mercantiles. Contratos atípicos*. 7ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana – Legis, 2012, p. 371.

⁸ Giraldo Bustamante, Carlos Julio y Durán Uribe, Juan Carlos: *Estudios de derecho contractual: de la compraventa a las economías colaborativas*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2021, p. 188, 192; especialmente dicen estos autores que “el concedente no necesariamente tiene que ser el propietario del establecimiento de comercio”. Así mismo, Quintero Delgado, Pablo José: *El contrato de franquicia*. Pontificia Universidad Javeriana – Ibáñez, 2012, p. 130.

⁹ Laudo arbitral de Aerocali S.A. vs. Librería Atenas S.A., agosto 20 de 2009, Cámara de Comercio de Cali, árbitro único Jaime Olano Martínez.

¹⁰ Peña Nossa, Lisandro: *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales*. 5ª ed. Bogotá: Universidad del Sinú – ECOE, p. 498.

¹¹ Arrubla, J.: *ob. cit.*, p. 372.

¹² Giraldo C. y Durán J.: *ob. cit.*, p. 201.

cláusula octava del contrato), bilateral, oneroso y de ejecución o tracto sucesivo. Interesa destacar su carácter atípico para establecer que el marco jurídico con el que debe resolverse la disputa no está de manera principal en la legislación mercantil positiva, sino en el propio documento que disciplina la relación contractual, sin perjuicio de la búsqueda de soluciones por analogía en lo no dispuesto por las partes en el acuerdo de voluntades. Por su parte, importa destacar su carácter bilateral, oneroso y de tracto sucesivo para antelar, desde ahora, cuál es el régimen general que ha de aplicarse a la pregunta sobre su incumplimiento y las consecuencias que de él se derivan, es decir, para anticipar que son de aplicación hipotética las reglas generales previstas en el artículo 1546 del Código Civil y siguientes, sobre la resolución o terminación, y sus efectos.

12. Es contrato bilateral y oneroso, pues, porque las partes acordaron el cruce de prestaciones recíprocas: obligaciones de hacer y de dar, principalmente, a cargo de la Subconcesionaria (previstas en la cláusula sexta del contrato), a cambio de obligaciones de hacer y de no hacer, a cargo de la Subconcedente (previstas, a su vez, en la cláusula séptima del contrato). Son principalmente, entonces, las obligaciones de dar a cargo de la Subconcesionaria las concernientes a este pleito, pues son dos las que se estiman incumplidas por la Convocante: la prevista en el numeral 2 de la cláusula sexta del Contrato y la pactada en el Otrosí No. 1 firmado en 2015.

No cabe duda, tampoco, de que es contrato de ejecución o tracto sucesivo, porque la obligación de concesión de uso del espacio a cargo de la Subconcedente se prolonga en el tiempo de duración del contrato, y porque al menos una parte relevante de las obligaciones de la Subconcesionaria son de la misma naturaleza o, en subsidio, corresponden a prestaciones que deben satisfacerse de manera periódica mientras durase la relación contractual. Especialmente, es de ejecución permanente la obligación de permitir el uso y explotación del inmueble a la Subconcesionaria, y de ejecución sucesiva o permanente la prestación a cargo de este último, consistente en “Pagar oportunamente la contraprestación pactada en el presente contrato a favor del Subconcedente”, oportunidad que se acordó en la cláusula quinta “dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la factura”.

13. El Tribunal tendrá por acreditado que el valor pactado como ingreso mensual mínimo garantizado (IMMG) fue fijado en la suma de TRES MILLONES DOSCIENTOS QUINCE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS (\$3.215. 686.00). No obstante haber negado la parte Convocada la afirmación que de esta cifra hizo la Convocante, las razones por las cuales lo negó distan de ser impeditivas del hecho en cuestión, pues se fundan en la diferencia entre valor bruto y valor neto. En efecto, considera la Convocada que al valor pactado (bruto) debe descontarse el importe de la retención en la fuente, lo que explicaría la diferencia entre uno y otro valor. Con todo, tal posición no es de recibo pues la retención en la fuente se realiza en virtud de norma expresa de orden público y es, como su nombre lo indica, una retención que, a título de anticipo del impuesto a cargo del beneficiario del pago, retiene el pagador del valor pactado, de tal suerte que, aunque el saldo a pagar se vea disminuido, contablemente se ha causado en ambos extremos de la operación la totalidad de la suma facturada. Prueba de ello es que, pese a la negación del enunciado en el acápite correspondiente al pronunciamiento sobre los hechos, la Convocada se abstuvo de proponer excepciones relacionadas con el valor del IMMG, al paso que nadie afirmó o sugirió en el proceso — demanda, contestación, pronunciamiento sobre excepciones, medios de prueba, etc.— que el valor fuese diferente del afirmado.

El valor del IMMG, entonces, se entenderá acreditado en la señalada cuantía.

14. El Tribunal analizará por separado las obligaciones (i) de pagar la remuneración a cargo del subconcesionario y (ii) de reembolsar el valor de los servicios públicos, por considerar que tienen un régimen y tratamiento diferente respecto de la oportunidad de su cumplimiento y respecto de su relevancia para las partes respecto del interés que ambas tienen en el contrato: aunque ambas son obligaciones de las que doctrina y jurisprudencia denominan *de resultado* —porque obligan a la obtención de un resultado específico por parte del deudor, y no apenas a la realización de conductas diligentes y prudentes orientadas a obtenerlo—, en la primera las partes acordaron en el contrato un plazo (“... en los cinco (5) días siguientes al recibo de la factura”), mientras que en las segundas se acordó que el pago sería “Con posterioridad al pago de dichos servicios”, para lo cual “EL

SUBCONCEDENTE presentará la facturación de los servicios públicos consumidos por EL SUBCONCESIONARIO, a título de reembolso...”, sin especificar contractualmente cuál debía ser el momento del pago.

La obligación de pagar la remuneración y su incumplimiento

15. De acuerdo con lo que puede establecerse de manera preliminar a partir de la demanda y su contestación FRAYCO S.A.S. pagó por fuera del término temporal pactado las obligaciones correspondientes a la remuneración o contraprestación a la Subconcedente, consistente en el IMMG, en los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2020, y enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2021. Así lo afirmó la Convocada en el hecho noveno de la demanda, y no lo negó la Convocada, quien calificó la extemporaneidad para la totalidad de los meses alegados, como una admisión, por parte del acreedor, de los retardos en el pago de la contraprestación.

Dado que la obligación de pagar una suma de dinero es una obligación de dar un género, en ese contexto analizará el Tribunal si la conducta de la Convocada, reiterada a lo largo de al menos los nueve meses indicados¹³, consistente en pagar por fuera del término acordado contractualmente, constituye o no verdadero incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

15. Según el numeral 1º) del artículo 1608 del Código Civil, aplicable a las obligaciones mercantiles, un deudor se encuentra en mora cuando “no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado”. Esto quiere decir que la prestación sigue siendo posible, pero el deudor ha demorado su ejecución. La situación de demora cuando aún al deudor le resulta posible cumplir, obliga a distinguir entre el simple retardo y el incumplimiento. Mientras en el simple retardo hay tolerancia del acreedor al cumplimiento tardío, la mora es la cualificación jurídica que convierte al retardo en incumplimiento. En palabras de Hinestrosa, “el retardo es la primera manifestación del incumplimiento (...) que eventualmente será apenas transitorio, o se muestra desde un principio como incumplimiento definitivo, o puede desembocar en él”¹⁴. La mora, en ese sentido, es una exigencia jurídica a las voces del artículo 870 del Código de Comercio, cuando el acreedor solicita o la resolución o terminación del contrato que se estima incumplido, como en el caso presente pretende la parte Convocante.

¿Constituyen incumplimiento moratorio los pagos realizados por fuera del término acordado, que realizara FRAYCO con respecto a la obligación de remunerar a la Subconcedente, durante los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2020, y enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2021?

16. La de pagar la remuneración en un porcentaje de las ventas o un IMMG, corresponde a una obligación de dinero y, en ese sentido, es una obligación de *dar*, de *género* y de *resultado*. Que sea de dar, implica que se trata de una prestación que satisface el interés que en ella tiene el acreedor, cuando el deudor le transfiere el derecho de dominio sobre el objeto en los términos acordados en el contrato. Que sea de *género* implica que éste no perece (en los términos del art. 1567 del Código

¹³ Se afirma que se trata de “al menos” nueve meses porque, aunque la demanda se refiere solo a los meses comprendidos entre septiembre de 2020 y mayo de 2021, en interrogatorio de parte rendido por la Convocada, sostuvo que en ese momento, aún no estaban pagando dentro de la oportunidad pactada en el contrato. Afirmó expresamente, en respuesta a una pregunta del Tribunal sobre ese preciso punto: “Sí señor, digamos que después de 2021 la compañía está haciendo un gran esfuerzo en volver a nivelar, y tener el hábito, el hábito digamos de pago dentro de un justo medio dentro del contrato, obviamente. O sea, lo que estamos nosotros haciendo, tal vez en el último semestre de 2021, pagando mes vencido, digamos ya no tenemos atraso de dos meses pero, o dos, o máximo tres meses que tuvimos en 2020, pero repito, siempre con la buena fe y la intención de pago y de continuar con el contrato. Y lo que ha pasado digamos, en los últimos 6 meses, es que el pago lo tratamos de hacer dentro del mismo mes. Digamos que la compañía ya va en una recuperación, obviamente la venta va creciendo, no al nivel de 2019, pero es nuestra intención, digamos ya que se pague dentro del mismo, y en un futuro, digamos ya cercano, lo que está ocurriendo es que sea dentro de los cinco o diez primeros días que es lo habitual, a pesar de que el contrato dice cinco primeros días, pues obviamente las áreas financieras tienen un proceso de cierre y bueno, eso es lo que hacíamos anterior a la pandemia (...) vamos a regularizar. (...) nuestro deber ser es cumplir los contratos”.

¹⁴ Hinestrosa, Fernando: *Tratado de las obligaciones. I. Concepto, estructura, vicisitudes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 596.

Civil); y *que sea de resultado* —como han reconocido doctrina y jurisprudencia esta clasificación no prevista por el legislador— implica que el modelo con el que se valora el incumplimiento es objetivo, en el sentido en que salvo que medie fuerza mayor o caso fortuito, el deudor solo se despliega un pago liberatorio cuando efectivamente el acreedor se hace dueño del género correspondiente.

Tales obligaciones se encuentran debidamente documentadas en facturas expedidas por AIRPLAN, aportadas con la demanda y no tachadas ni desconocidas por FRAYCO¹⁵, para los meses de septiembre¹⁶, octubre¹⁷, noviembre¹⁸ y diciembre¹⁹ de 2020 y enero²⁰, febrero²¹, marzo²², abril²³ y mayo²⁴ de 2021.

17. Que al menos en los nueve meses comprendidos en la demanda pagó la Convocada la remuneración a la Subconcedente por fuera de la oportunidad convenida contractualmente, no admite dudas para el Tribunal: tanto porque se trata de afirmación de la Convocante no controvertida por FRAYCO, como porque así fue confesado en interrogatorio de parte, según se detalló²⁵. Ese término pactado, que corresponde a los cinco (5) primeros días hábiles del mes, es un plazo en los términos del inciso primero del artículo 1551 del Código Civil²⁶, para cada uno de los pagos mensuales que debía realizar el la Subconcesionaria.

Como ya se advirtió, en las obligaciones a plazo, aunque se trate de plazos sucesivos en casos como el contrato que ocupa al Tribunal, el vencimiento de término acordado sin pago, hace las veces de constitución en mora del deudor, en los términos del numeral primero del artículo 1608 de mismo cuerpo normativo²⁷. No es este uno de los eventos en los que la ley exige expresamente constituir al deudor en mora, de tal suerte que ese vencimiento del plazo es la interpelación contractual requerida para que el deudor entre en mora, es decir, la mora se produce por ese solo hecho. Y eso hace que, tratándose de obligaciones de resultado, la inejecución material sea imputable al deudor y se convierta en verdadero incumplimiento desde el momento mismo en que vence el plazo correspondiente a cada instalamento, salvo que se alegue y pruebe fuerza mayor o caso fortuito, lo que no ocurrió. En otras palabras: cuando a la inejecución material de cada uno de los pagos mensuales acordados en una oportunidad determinada se le suma la imputación —que en este caso viene de manera objetiva, por el tipo de obligaciones de que se trata— y se constituye en mora al deudor, la mera inejecución se convierte en incumplimiento imputable de cada una de las obligaciones periódicas vencidas al llegar el quinto día hábil de cada mes.

Hay que preguntarse, entonces, si el hecho de que —una vez incumplidas las prestaciones— procediera el deudor a realizar tardíamente los pagos correspondientes a cada plazo, implica que el acreedor toleró la conducta del deudor. En efecto, una de las características del incumplimiento moratorio consiste en que una vez ocurrida la mora, la prestación sigue siendo materialmente

¹⁵ Dentro de los anexos aportados con la demanda, comprendidos en el documento No. 4 del expediente virtual de MasclInfo. Sobre la existencia y alcance de esas facturas, declaró en interrogatorio de parte la representante legal de FRAYCO, quien explicó: “Digamos que en 2020 y 2021 la compañía no exigía la factura, digamos, los concesionarios que no emitían factura no era necesario para hacer el pago, digamos que lo que nosotros hacíamos antes de pandemia que digamos entiendo la pregunta, era pagar dentro de los términos porque no teníamos ninguna coyuntura económica, en 2020 no exigíamos digamos factura, se hacía con el contrato, ya después de 2021 y 2022 por una recomendación de nuestros auditores externos, para el 100 % y digamos una recomendación fiscal, es obligatorio tener factura para hacer cualquier pago (...)”.

¹⁶ Factura GE38339.

¹⁷ Factura GE44655.

¹⁸ Factura GE47213.

¹⁹ Factura GE52357.

²⁰ Factura GE58991.

²¹ Factura GE63401.

²² Factura GE68880.

²³ Factura GE75155.

²⁴ Factura GE80192.

²⁵ Véase el numeral 14, con sus notas, de esta sección del Laudo.

²⁶ Art. 1551, Código Civil. El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito el indispensable para cumplirlo.

²⁷ Art. 1608, Código Civil. El deudor está en mora:

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

posible. Y en el caso concreto, en la totalidad de los nueve meses sobre los que versan los hechos de la demanda, FRAYCO depositó a órdenes de su acreedor la suma correspondiente a cada mes, aunque lo hizo en un momento posterior al que contractualmente había sido convenido.

18. No escapa al Tribunal ninguna de las razones por las cuales podía materialmente la Subconcesionaria depositar las sumas correspondientes a la remuneración del Subconcedente. El mecanismo empleado por las partes (una cuenta bancaria de la que es titular un patrimonio autónomo administrado por una fiduciaria) permitía que FRAYCO depositara cualquier suma de dinero, en cualquier tiempo, a órdenes de AIRPLAN, de tal manera que sólo con posterioridad al depósito (que ya de suyo era posterior a la fecha pactada), la Subconcedente podía enterarse de que el pago había sido realizado. Así lo describió la representante legal de la Convocante, en interrogatorio de parte, en referencia necesaria al contrato de Concesión al cual accedía el contrato bajo examen:

“Dentro de nuestro contrato de concesión tenemos establecido que todos los ingresos de Airplan S.A.S. se manejan a través de una fiducia, es decir, esa fiducia es quien recibe todos los pagos de nosotros. A través de esa fiducia también tenemos nosotros establecida una obligación que es pagar el 19% de nuestros ingresos como contraprestación a los concedentes. Y toda la información, o sea, toda la información contable y todos los recursos del concesionario se manejan a través de esa fiducia. Entonces las consignaciones de todos nuestros contratos con subconcesionarios se reportan en esa fiducia. Ya después la fiducia se encarga de reportarlos a Airplan”.

Y en relación con el procedimiento previo que debía seguir FRAYCO para depositar a órdenes de la fiducia, dijo:

“No tienen que pedir ninguna autorización, consignan libremente. De hecho, el número de cuenta que figura en el contrato es el de la fiducia”.

19. Tampoco escapa al Tribunal que, como lo declararon ambas partes en sendos interrogatorios, el contrato de subconcesión que ocupa la atención del Tribunal es uno de varios suscritos entre las mismas partes con similar objeto, en relación con locales comerciales en diferentes aeropuertos cuya concesión opera la Convocante, y todos ellos con idéntico canal de pago. Esa circunstancia obligaba a una conducta diligente y colaborativa entre las partes, para que pudiese haber claridad entre ellas acerca de cuál era el concepto de cada uno de los pagos que podía recibirse en la fiducia varias veces mencionada. Esa conducta, por su naturaleza, gravaba especialmente a FRAYCO en su deber de colaboración en la ejecución contractual, pues era ella quien debía reportar oportunamente a AIRPLAN qué obligaciones estaba pagando con cada depósito realizado, si eran varias las que tenía frente a su acreedor.

20. Frente a lo anterior, entonces, el Tribunal considera que era conducta razonable y prudente del acreedor buscar escenarios de diálogo con su deudor, para identificar qué obligaciones estaban vencidas y respecto de cuál de los varios contratos entre las partes, antes de proceder a ejercer los mecanismos judiciales o arbitrales de tutela del crédito de los que disponía.

El Tribunal, en ese sentido, no puede restar crédito a lo respondido por la Convocante en interrogatorio de parte, cuando —ante pregunta de la Convocada sobre las razones por las cuales no demandó la restitución del inmueble al primer incumplimiento— respondió:

“Porque Airplan estaba muy interesado primero en mantener las condiciones, pues como con el subconcesionario, darle oportunidades; segundo, tenemos una dificultad grande con ustedes y es que no lográbamos estandarizar la cartera. En varias ocasiones nuestra área de contabilidad se intentó comunicar con ustedes para ponernos de acuerdo en cuál era el saldo de esa cartera, para poder saber exactamente cuál era el monto total que se adeudaba, porque los pagos iban llegando no en cumplimiento como decía el contrato los cinco primeros días hábiles de cada mes, sino que iban llegando en fechas muy muy distintas y eso dificultaba el manejo de la cartera. Por eso los convocamos varias veces para que se sentaran

con nosotros y pudiéramos definir cuál era la cartera final y de esa manera determinar cuál era el incumplimiento y no iniciar una demanda sin tener certeza sobre la obligación incumplida, a cuánto ascendía”.

Quiere decir lo anterior que, como corresponde a la buena fe en la ejecución contractual²⁸ AIRPLAN primero desplegó comportamientos propios de un comerciante razonable, consistentes en conciliar adecuadamente la contabilidad, atendidos los mecanismos que las partes acordaron para el pago, antes de ejercer alguna de las acciones del acreedor insatisfecho frente al deudor que consideraba reiteradamente incumplido.

21. ¿Significa esto que AIRPLAN, como acreedor, simplemente toleró la conducta de FRAYCO consistente en pagar tardíamente las obligaciones que surgían cada mes? No es así, por varias razones. La primera es lo ya señalado: pese a la necesaria agilidad del comercio, AIRPLAN requirió a su deudor varias veces para determinar con precisión —en el marco de una relación comercial que sobrepasaba los límites del contrato bajo examen— cuál era el monto de lo que en este contrato en particular se adeudaba. Con eso se evitaba mezclar diferentes vicisitudes contractuales ligadas a diferentes acuerdos comerciales (relativos, a su vez, a locales ubicados en diferentes aeropuertos concesionados a AIRPLAN). Sin embargo, esa posibilidad se vio frustrada por la falta de cooperación contractual de FRAYCO. Sobre el punto, declaró AIRPLAN a través de su representante legal, en interrogatorio de parte:

“No, no logramos tener esas mesas de negociación para poder definir cuál era definitivamente la cartera, no tuvimos respuesta”

Y añadió:

“Como nuestra fiducia es la que maneja todos nuestros ingresos y con Frayco hay varios locales que tenemos en diferentes aeropuertos (no era solamente el Olaya, era también el José María, era también Montería) entonces podría haber una dificultad en identificar exactamente qué local estaban pagando cuando hacían todos esos pagos en la fiducia. Entonces lo que hacía nuestra área de cartera era informarlo: este es el estado de cuenta que yo tengo con ustedes, por favor confírmennos si esto es así para nosotros sabe como proceder, pero como no tuvimos respuesta, no pudimos cerrar pues específicamente la cartera en cada uno de los locales”.

Esto lo corroboró FRAYCO, cuando en interrogatorio de parte aceptó que la comunicación para conciliar los valores adeudados no era atendida de manera eficaz:

“Digamos que yo pienso que el tema de facturación es clara en el sentido en que hay un monto mínimo y hay un variable que se liquida con base en la venta que nosotros mismos reportamos. (..) nosotros consignamos esas platas en la fiducia, pero eso obedece a varios puntos de venta. Nosotros lo que hacemos es enviar un comprobante de pago, donde se relaciona... eso a la fecha tal vez digamos en 2020 que lo mencionaban que la comunicación no era oportuna, pero ya en 2021 se solucionó y nosotros a la fecha ya estamos conciliados”.

De las comunicaciones aludidas, además, hay prueba documental, como la comunicación escrita de enero 25 de 2021 dirigida por Johana Ramírez Berrío, de AIRPLAN, a Tesorería de la sociedad Convocada, y que obra dentro de las pruebas decretadas en el proceso²⁹, y en la que la Convocante pidió a su deudora que le confirmase los saldos a 31 de diciembre de 2020; o la de octubre 12 de 2021, entre las mismas partes, pero en la que se solicitó confirmar los saldos a 30 de septiembre de 2021. No obra en el expediente prueba alguna que evidencie que la Convocada respondió dichas comunicaciones escritas, ni afirmación al respecto en la Contestación de la demanda, razón por la

²⁸ Art. 871, Código de Comercio. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ello, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

²⁹ Incluidas en el documento No. 23 del expediente virtual de MasInfo.

cual el Tribunal no tiene razones para dudar de que, en efecto, AIRPLAN no recibió respuesta, al menos hasta algún momento a lo largo de 2021 —según el interrogatorio de parte a FRAYCO, recién citado— en el que la información pudo ser conciliada.

22. Así las cosas, fue la propia conducta de FRAYCO la que, con su negativa a responder, tomó ventaja de que se trataba de una relación comercial compleja —con varios contratos y pagos centralizados en un patrimonio autónomo administrado por una sociedad fiduciaria— y por esa vía dilató o impidió las acciones cobro de AIRPLAN. De ello da suficiente cuenta la correspondencia cruzada entre ambas partes, que obra como prueba documental oportunamente decretada en este proceso arbitral.

En efecto, AIRPLAN requirió por escrito, en diferentes oportunidades, una regularización de los pagos que había recibido la cuenta bancaria del patrimonio autónomo. En el expediente, por ejemplo, se encuentran los siguientes documentos³⁰, que gozan de presunción de autenticidad, pues no fueron ni tachados ni desconocidos por la parte Convocada, y que se suman a los dos ya mencionados en el numeral anterior:

- a) Correo electrónico del jueves 3 de diciembre de 2020, dirigido por Jimena Cermeño (jcermeno@airplan.aero) de AIRPLAN, a Nancy Yanneth Escobar Pedraza (nescobar@mesofoods.com), en el que le informa que no es posible generar un paz y salvo, porque “aún hay carteara pendiente de pago por parte de ustedes, por lo que no se podría emitir el documento hasta que se pague la totalidad”.
- b) Comunicación escrita del 24 de mayo de 2021, dirigida por Ana María Ríos Aguilar, Coordinadora de Litigios de AIRPLAN, a Marlon Masis Campo, Representante legal de FRAYCO, mediante la cual la Subconcedente advierte a la Subconcesionaria de un “incumplimiento grave y reiterado” de dos contratos, entre los cuales se lista el identificado con número 001-04-01-238-148-10. En dicha comunicación, además, señala que la mora en el pago de los conceptos adeudados es considerada un “incumplimiento grave” del contrato.
- c) Cadena de correos electrónicos cruzados entre julio 21 y agosto 4 de 2021 entre el departamento de cartera de AIRPLAN (desde los correos pracartera@airplan.aero y cartera@airplan.aero) y Nancy Yanneth Escobar Pedraza, mediante los que se habla de cartera “en un vencimiento importante”, y la intención de quedar “al día” en agosto de 2021³¹.

23. Por lo anterior, no puede el Tribunal considerar que la actitud de AIRPLAN fue meramente pasiva o tolerante frente al reiterado incumplimiento de las obligaciones mensuales por parte de FRAYCO. Por el contrario, no solo manifestó su clara inconformidad con la mora persistente de las obligaciones de su deudor, sino que además desplegó las conductas prudentes y necesarias para emprender las acciones de cobro que protegieran el equilibrio económico del contrato.

Por lo anterior, como se explica seguidamente, el Tribunal desestimaré las excepciones denominadas “Procedencia del allanamiento a la mora” y “La actuación de las partes modificó el plazo pactado en el contrato”. Probado está en los documentos mencionados que el acreedor más que tolerar los reiterados pagos tardíos de FRAYCO, protestó las extemporaneidades de manera reiterada, calificándolas además de incumplimiento “grave” de las obligaciones contractuales, sin que la Convocada respondiese siquiera las comunicaciones respectivas. No puede decirse, pues, que AIRPLAN “se allanase” a la mora de FRAYCO, ni que se hubiese modificado tácitamente el

³⁰ Incluidos en el documento No. 23 del expediente virtual de MasInfo.

³¹ En esta cadena de correos, además, se alude a unos descuentos en la remuneración a favor de la Subconcedente, que se concedieron a la Subconcesionaria con la finalidad de aliviar la situación financiera por el tiempo que duró la cuarentena por la emergencia sanitaria debida al Covid-19. La emergencia sanitaria y las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional en relación con cuarentenas obligatorias y restricciones de movilidad, se considerarán por este Tribunal, para todos los efectos, hechos notorios al tenor de lo dispuesto en el inciso final del art. 167 del Código General del Proceso. A los descuentos concedidos, además, aludió AIRPLAN en interrogatorio de parte, al afirmar que le habían sido aplicados también a FRAYCO.

plazo pactado en el contrato. En este punto, no puede el Tribunal dejar de advertir que la formulación de excepciones de fondo no es un acto procesal libre o carente de cargas para la parte que resiste las pretensiones. La excepción supone la alegación de hechos que impidan, modifiquen o extingan el derecho pretendido, y ningún hecho sustenta las aludidas excepciones.

AIRPLAN, pues, no toleró ni se allanó a la mora, pero tampoco recibió el pago total de lo que se le debía. En las obligaciones a plazo, una vez producida la mora se habilita al acreedor para desplegar todos sus efectos, y visto está que aun por escrito dejó constancia de sus intenciones la Subconcedente insatisfecha, quien reiteradamente llamó la atención de su deudora para que se solucionase el incumplimiento, sin que ello fuese posible.

Pero tampoco puede decirse que esa conducta modificó tácitamente el plazo, porque expresamente hizo parte del programa contractual acordado entre las partes que el pago recibido después de producida la mora no sería interpretado por ellas una renuncia a la mora en la que se haya incurrido, tal como se lee en el parágrafo cuarto de la cláusula quinta del contrato en cuestión. El Tribunal, en ese sentido, entiende que fue voluntad de las partes entender producida la mora por el solo hecho del vencimiento del plazo pactado para cada mes de duración del contrato, sin que se hubiese recibido el pago; y ello implica que cualquier incumplimiento del deudor de las obligaciones dinerarias, no podía tener ninguna interpretación diferente, y mucho menos la de ser un acuerdo modificatorio del contrato. Es decir: solo fue prevista la situación por las partes, y con un alcance preciso que impide darle los alcances modificatorios de la convención que reclama la Convocada, sino que, además, una vez producida dicha situación, y reiterada en meses sucesivos, suscitó la reacción de la Convocante, que la calificó de incumplimiento grave.

La gravedad del incumplimiento

24. Corresponde ahora al Tribunal preguntarse si el incumplimiento del deudor así configurado, consistente en no pagar oportunamente sucesivas obligaciones de dinero, constituye incumplimiento con alcances resolutorios, es decir, si la consecuencia pretendida por la Convocante, de declarar terminado el contrato, puede legítimamente ser declarada por el Tribunal.

Parece claro, de conformidad con la doctrina³² y la jurisprudencia³³, que no cualquier incumplimiento activa la posibilidad de aniquilar la relación contractual por la vía de la resolución. El contrato, en ese sentido, sólo puede ser disuelto cuando la relevancia del incumplimiento permita concluir que el acreedor insatisfecho carece de interés actual en el cumplimiento de la prestación comprometida. Esta exigencia (que es al mismo tiempo dogmática y moral) impide que el acreedor pretenda la resolución ante incumplimientos leves, ya que la gravedad del remedio implica la pérdida de utilidad para el deudor incumplido. Tal como lo señala la doctrina, una vez disuelto el contrato, se aniquilan las potencialidades económicas del contrato³⁴, de tal suerte que es necesario identificar criterios a partir de los cuales pueda calificársela gravedad del incumplimiento. Amparados por un examen general de razonabilidad y proporcionalidad³⁵, se advierten al menos cuatro criterios: el primero de ellos es la propia voluntad de las partes, que podrían calificar anteladamente el incumplimiento de

³² Clásica es la posición de autores como Claro Solar y Fueyo Lanieri, para el derecho chileno. Sobre ello, véase Claro Solar, Luis: *Derecho civil. Obligaciones*, t. I, Santiago: Imprenta Universal de Chile 1986, p. 190 y ss.; Fueyo Lanieri, Fernando: *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, especialmente p. 307 y siguientes. En el derecho colombiano, puede verse un resumen de estas posiciones en García Vásquez, Diego: *Condición resolutoria tácita y responsabilidad del deudor*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 100, y especialmente en Velásquez Gómez, Hernán Darío: *Estudio sobre obligaciones*. Bogotá: Temis, 2010, p. 144 y ss.

³³ A título de ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de septiembre 11 de 1984, M.P. Humberto Murcia Ballén; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de octubre 19 de 2009, M.P. William Namén Vargas; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de diciembre 18 de 2019, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

³⁴ Hinestrosa, F., *ob. cit.*, vol. II., 879-882; Grondona, Mauro: "El incumplimiento del contrato: la imputabilidad y la gravedad a la luz de la economía de relación", en Chinchilla, C. y Grondona, M. (editores): *Incumplimiento y sistema de remedios contractuales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021, p. 272.

³⁵ Así lo advierte Velásquez Gómez, *ob. cit.*, p. 251, quien añade: "el incumplimiento es grave cuando de haberlo previsto el otro contratante no habría celebrado el contrato, o lo hubiese hecho en otras condiciones, o cuando su incumplimiento excede un determinado porcentaje del valor total de la prestación" (Velásquez Gómez, *ob. cit.*, p. 253).

ciertas obligaciones como grave, asignándole como consecuencia directa la resolución (o, en casos como el actual, la terminación) al tenor de lo pactado en el propio contrato; el segundo, es la desaparición de la finalidad perseguida por el contrato, lo cual implica examinar móviles que puedan deducirse del contrato, aunque no se expresen en él; en tercer lugar, la entidad cuantitativa del incumplimiento; y finalmente, la pérdida de confianza entre las partes, frente a las posibilidades de cumplimiento de una de ellas.

25. Dado que ni el contrato suscrito inicialmente por las partes, ni el Otrosí No. 1 califican anteladamente la mora de cada instalamento como incumplimiento grave de manera expresa, en un sentido literal y restrictivo no parece ser este un criterio apto, en este preciso caso, para calificar como resolutoria la reiterada conducta de la Convocada en pagar por fuera de la oportunidad convenida sus obligaciones, si la única consecuencia pactada por las partes para la mora en el pago de las obligaciones a cargo de la Subconcesionaria, fuese la causación de intereses moratorios, a los que se refiere el parágrafo cuarto de la cláusula quinta del acuerdo de voluntades.

Pero las partes hicieron algo más: estipularon que la consecuencia de la mora en el pago de la contraprestación pactada, tendría como consecuencia la terminación anticipada del contrato y la restitución anticipada del inmueble. Así consta en la cláusula décima séptima del contrato, y lo afirmó la parte Convocante en el hecho octavo de la demanda, que —en lo correspondiente— fue admitido como cierto por la Convocada.

Así las cosas, las partes le dieron alcance resolutorio (o, en rigor, de “terminación anticipada”) a la mora en el pago de las obligaciones dinerarias pactadas contractualmente, lo que equivale funcionalmente a calificar como “grave” el incumplimiento de estas prestaciones, lo que por sí solo bastaría para afirmar categóricamente que no es un incumplimiento inane el que se le imputa a FRAYCO, máxime cuando no se produjo en una sola de las prestaciones a su cargo, sino en al menos nueve distintas, entre septiembre de 2020 y mayo de 2021, lo que ocasionó una situación de mora contractual persistente incluso hasta el momento en que se rindieron los interrogatorios de parte.

26. Con todo, examinará el Tribunal otros criterios para determinar la potencial gravedad del incumplimiento atribuido a la Subconcesionaria. Para el Tribunal, no puede pensarse que haya desaparecido o se haya frustrado la finalidad perseguida por el contrato, pese al reiterado incumplimiento de FRAYCO, pues dicha sociedad no se sustrajo de una vez y para siempre al pago, sino que retrasó la satisfacción de sus obligaciones —incluso en meses— pero jamás dejó de reconocer que debía y, aunque nunca superó la situación de mora persistente, sí abonó paulatinamente al capital y los intereses moratorios causados, de tal suerte que los ingresos por esos conceptos han seguido causándose para la Subconcedente, con todo el despliegue económico que ello implica, incluso para el contrato de concesión aeroportuaria al que accede el contrato bajo examen. Es decir: FRAYCO mantuvo un flujo de pagos, aunque tardíos, que al ingresar a las arcas de la Subconcedente no frustraron material y completamente el interés de AIRPLAN en el Contrato.

27. Un tercer criterio es el que estima la gravedad del incumplimiento a partir de la pérdida de confianza de una de las partes en la otra. Sobre él, es preciso decir —siguiendo a la doctrina— que “de la conducta culposa del deudor es posible establecer una pérdida de confianza para el acreedor, especialmente tratándose de contratos de tracto sucesivo o de ejecución diferida, en que el incumplimiento reiterado o bien la inejecución de ciertas obligaciones relevantes, genera al menos desconfianza a la parte incumplidora sobre el futuro de las prestaciones restantes de cumplimiento”³⁶. Esto implica que un juicio sobre la gravedad del incumplimiento bajo estos parámetros debe tender a comprobar si, frente al incumplimiento, el contratante que pide la

³⁶ Reveco, Ricardo y Cárdenas, Hugo: *Remedios contractuales. Cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito*. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2018, p. 348 A este criterio, Mejías lo denomina subjetivo, “porque su determinación se funda en la conducta que el deudor ha desplegado en la fase de ejecución del contrato, está fundado en la buena fe objetiva: pérdida de confianza del acreedor en el futuro cumplimiento de su deudor”. Véase: Mejías Alonzo, Claudia Carolina: “La resolución por incumplimiento”, en Vidal Olivares, A. y Ugarte Mostajo, D. (editores científicos): *Derecho de contratos. Perspectivas actuales. Armonización y principios, Incumplimiento y remedios*. Santiago: Tirant lo Blanch, 2021, p. 435.

resolución (o la terminación, como en este caso) tiene o no un interés objetivo en disolver el vínculo, lo cual quiere decir que podría tratarse de un incumplimiento que objetivamente no reviste gravedad, pero que suscita razonable desconfianza en el acreedor respecto de las posibilidades de cumplimiento del deudor³⁷.

Ese es precisamente el criterio que el legislador emplea en la regulación típica del contrato de suministro³⁸, contrato que —como el de concesión que aquí se examina— es de tracto sucesivo, bilateral y oneroso. ¿Es esta norma aplicable a otros contratos de tracto sucesivo, por analogía? El Tribunal considera que sí, cuando se trate de casos como el de la subconcesión sobre la que versa el presente litigio, en el que hay prestaciones de género, periódicas o sucesivas que, incumplidas reiteradamente por el deudor, tienen la potencialidad de mermar la confianza del acreedor en la conducta futura o posterior de su deudor.

28. El Tribunal concluye, entonces, que los incumplimientos reiterados de FRAYCO a lo largo de al menos nueve meses entre septiembre de 2020 y mayo de 2021 sí pueden ser calificados como graves, en atención a al menos dos criterios: el de la intención de las partes, con arreglo a lo expresamente pactado por ellas, y el de la pérdida de confianza recién esbozado, especialmente por las razones que se pasa a exponer.

En primer lugar, porque tratándose de un contrato de tracto sucesivo, en el que hay prestaciones idénticas (de pagar una suma de dinero) que se causan por el mero paso del tiempo, el reiterado incumplimiento y acumulación de obligaciones dinerarias a cargo de la Subconcesionaria permite inferir razonablemente que los sucesivos incumplimientos se acumularían si la situación de impagos o pagos tardíos no llegaba a revertirse. Que esto fue lo que pensó AIRPLAN está probado, al menos, con la comunicación electrónica del 3 de diciembre de 2020, ya citada antes, en la que se advierten las posibilidades de continuar con el contrato, siempre que la cartera morosa se ponga al día, lo cual hasta el momento de presentar la demanda, no había ocurrido.

En segundo lugar, porque la prestación debida y en mora es la obligación principal o esencial a cargo de la Subconcesionaria, y la Subconcedente consideró necesario “conciliar” la situación de los pagos en diferentes momentos de la ejecución contractual, con la finalidad de tomar decisiones, sin obtener respuesta alguna de su deudora, como quedó probado, según se anotó en apartes anteriores del presente Laudo. Tratándose de la obligación principal, con la acumulación de varios meses de mora, la confianza del acreedor se ve necesariamente minada, especialmente si trata de que su deudor al menos le suministre la información relevante, y no lo logra, de lo que se dolió por escrito —según pruebas ya indicadas—, lo cual confirmó en interrogatorio de parte.

Adicionalmente, porque las razones que esgrimió la Subconcesionaria para su irregular situación de pagos no fueron acreditadas ni ante su acreedora ni en el presente proceso arbitral, de tal manera que ésta hubiese podido encontrar fórmulas negociales que permitieran la pervivencia del contrato en términos equitativos. En efecto, además de la ausencia de FRAYCO en las mesas de trabajo que buscó la Subconcedente, se dará por probado —pues así lo declaró bajo juramento su representante en interrogatorio, ante pregunta formulada por el Tribunal— que AIRPLAN otorgó descuentos a todos sus subconcesionarios, incluida la sociedad Convocada, para aliviar la cartera morosa asociada a los efectos económicos de la pandemia por Covid-19. Y sin embargo, FRAYCO no se puso al día. Declaró la representante legal de la Convocante:

“Pues, fue muy particular en cada caso, porque en algunos hubo cumplimiento, en otros no lo hubo. Coincidió con un espacio de la cuarentena por la pandemia. El concesionario Airplan

³⁷ Mejías, C., *ob. cit.*, *ibidem*. En ese sentido, Principios de Derecho Contractual Europeo, art. 8:103, letra c); los Principios UNIDROIT, art. 7.3.1., letras c) y d); Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, art. 87, letras b) y c).

³⁸ Código de Comercio, art. 973. El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos.

S.A.S. le dio unos descuentos a los subconcesionarios, entonces algunos pudieron cumplir con los pagos, algunos se retrasaron, se fueron poniendo al día y hay casos de mora en otros”.

29. Pero además, porque las razones sobre las dificultades de FRAYCO para ponerse al día en sus obligaciones, no solo no fueron probadas, sino que además no fueron alegadas: ni por vía de excepción ni invocando la aplicación de la teoría de la imprevisión que prevé el artículo 868 del Código de Comercio. En efecto, aunque la existencia de la pandemia por Covid-19 sí puede considerarse hecho notorio al tenor del inciso final del artículo 167 del Código General del Proceso, y los estados de excepción (y las medidas a ellos vinculadas) declarados por normas de alcance nacional se encuentran cobijados por la presunción de conocimiento del artículo 177 del mismo cuerpo normativo, no sucede lo mismo con los efectos económicos concretos padecidos por un comerciante, como la Convocada, en su operación mercantil y, en especial, en la explotación del local No. 53 del Aeropuerto Olaya Herrera, objeto del contrato examinado.

Por ello, aunque pudiera considerarse que hay buenas razones para pensar que los comerciantes del país —o de una ciudad, o un sector de esta, o de un centro comercial en particular— sufrieron afectaciones como consecuencia de las medidas restrictivas de la circulación adoptadas como consecuencia de la pandemia, en el caso concreto esas afectaciones apenas fueron mencionadas en las pruebas³⁹ y en los alegatos de conclusión de la Convocada, sin precisión alguna y huérfanas, en todo caso, de la prueba necesaria.

30. Por lo anterior, el Tribunal no solo no podría declarar acaecida una fuerza mayor que nadie alegó ni probó (pues así se desprende del artículo 1604 del Código Civil), sino que tampoco puede considerar que la pandemia por Covid-19 constituyó una circunstancia que hubiese agravado las posibilidades de cumplimiento de las prestaciones a cargo de la Convocada, si ella misma no propuso ni por vía de excepción ni por vía de acción los mecanismos dispuestos por el ordenamiento para la revisión contractual.

31. Así las cosas, estima el Tribunal que pese a no tratarse de una prestación única; y pese a que se recibieron en el patrimonio autónomo creado para el efecto los pagos tardíos de la Subconcesionaria, esos retrasos, por ser reiterados y sucesivos, y por no haberse alcanzado nunca un flujo de pagos que permitiera al acreedor estabilizar su cartera y superar la situación de mora persistente, constituyen incumplimiento *grave* de las obligaciones a dinerarias de pagar la remuneración a la Subconcedente, a cargo de la Subconcesionaria. Y como la aplicación de este criterio es suficiente para acceder a las pretensiones en virtud de la mora en la que incurrió la Subconcesionaria en los meses de septiembre de 2020 a mayo de 2021, fútil sería examinar el de naturaleza cuantitativa. Sin embargo, para no descuidar ninguna de las aristas propias de este tipo de juicios, el Tribunal considerará brevemente también dicho criterio.

Durante los meses examinados, es decir, entre septiembre de 2020 y mayo de 2021, el valor de la remuneración a cargo de la Subconcesionaria correspondió al IMMG, calculado de conformidad con las fórmulas contractualmente pactadas. Así consta en las facturas a las que se aludió en el numeral 16 de las consideraciones del presente Laudo. En todos los casos —según el hecho noveno de la

³⁹ En especial, además de una pregunta formulada a la parte Convocante en su interrogatorio, la propia Convocada, al responder una pregunta, señaló lo siguiente, que no alcanza poder demostrativo de la magnitud de las dificultades financieras sufridas, pues no se aportan siquiera datos mínimos sobre dichas circunstancias específicamente en relación con el local comercial al que se refiere el contrato en cuestión: “El atraso digamos, en el pago durante ese periodo con Airplan y con varios propietarios obedeció a la afectación de pandemia. La compañía y el sector de restaurantes, por todas las medidas que tomó el gobierno, todas las limitaciones que no acabaron en 2020, porque pues digamos que teníamos aun con medidas, con limitaciones de aforo y con puntos cerrados, fue porque la compañía el ingreso se le disminuyó casi en un 70%, básicamente por los cierres de punto de venta. Sin embargo, siempre con el ánimo de cumplir nuestras obligaciones, de seguir con el contrato vigente, nos demoramos, y digamos que hacia atrás siempre éramos muy muy cumplidos, pero siempre con el ánimo a pesar del atraso, de cumplir nuestras obligaciones, lo cual hicimos, no obviamente respetando a cabalidad lo que dice el contrato de los cinco primeros días, sino un poco digamos, de atraso, con especial efecto en 2020. Pero fue producto de la pandemia. Obviamente a la compañía los accionistas la capitalizaron pudimos salir a flote, seguimos como negocio en marcha pero sí tuvimos una afectación muy muy significativa en estos periodos (...)”.

demanda que, se insiste, fue aceptado como cierto por la parte Convocada, en lo pertinente—, el valor en mora corresponde al total de la factura respectiva. Esto quiere decir que cada factura entró en mora por el 100% de su valor, es decir, en todos los casos se comprometió la totalidad del beneficio esperado por el acreedor, respecto del sinalagma contractual.

Lo que sí varió fue el periodo en mora de cada factura, pues mientras hubo algunas que duraron cuarenta y seis (46) días en mora⁴⁰, hubo otras que alcanzaron ciento veintisiete (127) días⁴¹, según el aserto de la Convocante en la demanda, no disputado por la parte resistente. Así, mientras el acuerdo contractual estipulaba un pago en cinco (5) días hábiles, la factura que estuvo en mora por menos tiempo, alcanzó más de nueve veces ese término y la que más tiempo estuvo en mora, lo superó veinticinco veces.

Esto implica que, de acuerdo con el criterio cuantitativo, también es posible calificar como grave el incumplimiento de FRAYCO alegado por la Convocante. Por lo dicho, se desestimarán además las excepciones denominadas “Inexistencia de un incumplimiento grave” y “No procedencia de la terminación del contrato”, propuestas por la Convocada.

La obligación de reembolsar el valor de los servicios públicos consumidos

32. No obstante lo dicho, debe el Tribunal examinar, por así haberlo pedido la Convocante, si se incumplieron también las obligaciones de reembolsar las sumas que, por concepto de servicios públicos domiciliarios, pagaba AIRPLAN en nombre de FRAYCO, tal como se pactó en el Otrosí No. 1 al contrato cuyo cumplimiento se examina.

Dada la naturaleza del contrato de concesión de espacio comercial, ya se ha advertido que suele remunerarse al concedente (en este caso, Subconcedente) con una suma única; sin embargo, nada se opone a que haya valores adicionales y accesorios, que constituyan obligaciones no principales o no esenciales del contrato, a cargo de quien disfruta del espacio concedido. Tal es el caso de la obligación a cargo de FRAYCO de reembolsar a AIRPLAN el valor proporcional correspondiente al consumo de servicios públicos domiciliarios. Tal como explicó la Convocante en interrogatorio de parte, la Subconcedente actuando como mandataria de la Subconcesionaria, pagaba a las empresas de servicios públicos domiciliarios el total del consumo, del que contractualmente —en virtud de la cláusula decimocuarta, adicionada con el Otrosí No. 1, modificadorio del contrato en examen— era responsable FRAYCO; y una vez realizado el pago, AIRPLAN facturaba a su Subconcesionaria el valor pagado a las empresas de servicios públicos. Explicó:

“Nosotros mandamos es una factura calculando proporcionalmente cuánto se gastaron de servicios públicos en cada uno de los locales, entonces no es la factura de todo el mundo de servicios públicos, sino la factura que nosotros generamos”.

Tal obligación, pues, es adicional a la remuneración a favor de la Subconcesionaria y no tiene la naturaleza de ser la obligación principal o esencial del contrato. Tampoco se pactó contractualmente cuál sería el momento oportuno del pago de esta obligación adicional.

33. De acuerdo con el hecho décimo de la demanda, la Convocada pagó tardíamente la obligación de reembolsar el valor pagado por la Subconcedente a título de servicios públicos, en al menos seis meses diferentes: noviembre y diciembre de 2020, y febrero, marzo, junio y julio de 2021. La Convocada, por su parte, no negó la fecha en que realizó los pagos correspondientes a esas facturas, que variaron entre uno (1) y nueve (9) días, pero negó categóricamente que se tratara de incumplimientos moratorios, porque el contrato no fijó una oportunidad para el pago de estas obligaciones.

En realidad, como se advirtió antes, el artículo 1608 del Código Civil contempla tres posibilidades para constituir en mora al deudor: la interpelación contractual, la interpelación tácita y la

⁴⁰ Factura GE68880, correspondiente a la remuneración de marzo de 2021.

⁴¹ La factura GE44655, correspondiente a la remuneración de octubre de 2020.

reconvencción judicial. Es cierto, como afirma la Convocada, que el contrato no fijó fecha para el pago de las obligaciones dinerarias contempladas en la cláusula décimo cuarta, incorporada en el Otrosí. Pero ello no quiere decir que la mora no sea posible, sino que se establecerá, en cada caso, en atención a otros criterios. El llamado a operar en el caso en cuestión es el previsto en el numeral 3 de la disposición citada, que grava al acreedor con la carga de reconvenir judicialmente a su deudor para constituirlo en mora.

Así las cosas, en gracia de discusión, FRAYCO estaría en mora de pagar las obligaciones contractuales a partir de la demanda correspondiente. Pero habiéndolas documentado cambiariamente en facturas —como ha confesado la parte Convocante, al señalar el hecho décimo que se expidieron al menos las seis facturas allí relacionadas—, se superpone al régimen general de las obligaciones contractuales, el régimen de los títulos valores con sus correspondientes fechas de vencimiento, que impiden aplicar la norma residual de la reconvencción judicial para constituir en mora. Cada factura, pues, tiene su propia fecha de vencimiento si no fue rechazada por el deudor, y a cada uno de esos incumplimientos, por tratarse de obligaciones de dar, de género y de resultado, le son aplicables las mismas consideraciones jurídicas hechas para las obligaciones de pagar la remuneración a la Subconcedente, por lo cual el Tribunal remite a lo antes dicho.

No obstante ello, y sin importar si el régimen aplicable a la mora es el propio de las obligaciones, en general, o el de los títulos valores, en particular, lo cierto es que los días de retraso para cada una de las seis facturas mencionadas en el hecho décimo de la demanda, por sí solos, constituyen incumplimientos irrelevantes, que no pueden compararse siquiera con los correspondientes a los incumplimientos de los pagos por la remuneración a la Subconcedente.

34. Tres criterios fundamentales marcan esta diferencia, que no impide calificar la mora en este rubro como incumplimiento, pero sí impide considerar que se trata de incumplimientos graves, pese a que en todos los casos se trata del 100% del importe de la factura correspondiente: el primero (i) es que la remuneración al Subconcedente es la obligación principal del Subconcesionario, mientras que la de reembolsar el valor de los consumos de servicios públicos no lo es y fue incluso denominada obligación “adicional” en el interrogatorio de parte a la Convocante. El segundo (ii) es que los valores, desde el punto de vista cuantitativo, no se acercan siquiera a los correspondientes a las facturas por concepto de la remuneración: en el caso más alto de las facturas por reembolso de servicios públicos (la factura No. 72082, según el hecho décimo de la demanda, no controvertido por la Convocada) no llega a la mitad de los valores de cada una de las facturas por concepto de remuneración. El tercero, finalmente, (iii) es que la cantidad de días de retraso es irrisoria, pues va entre uno (1) y nueve (9) días, razón por la cual el impacto económico que tienen es ciertamente menor.

Por lo anterior, respecto de la obligación de pagar el reembolso de los servicios públicos domiciliarios consumidos por la Subconcesionaria, entre octubre de 2020 y junio de 2021, que es el periodo comprendido en la demanda, el Tribunal entiende que aun se se considera producido incumplimiento moratorio imputable a la Convocada —como en efecto lo considera el Tribunal—, ese incumplimiento por sí solo no tendría carácter resolutorio porque, de conformidad con lo dicho, no reviste la gravedad que sí es predicable del incumplimiento de otras obligaciones dinerarias.

35. Como consecuencia de todo lo anterior, el Tribunal accederá a las pretensiones primera principal, primera consecuencial y segunda consecuencial. A la primera principal, por lo expuesto en los numerales 16 a 23 (en relación con el incumplimiento de la obligación de pagar la remuneración a la Subconcedente), así como 32 y 33 de las consideraciones de este Laudo.

A la primera consecuencial, se accederá por lo que a continuación se pasa a explicar. Frente al incumplimiento del deudor, se abre un haz de posibilidades al acreedor insatisfecho: cumplimiento específico, resolución e indemnización, de manera principal. Tratándose de contratos de tracto sucesivo, algunos prefieren la voz *terminación*, para aludir al hecho de que, por la naturaleza de las prestaciones ya ejecutadas, los efectos resolutorios del incumplimiento sólo pueden darse hacia el futuro (*ex tunc*).

No cabe duda de que el acreedor insatisfecho ha pretendido la resolución, denominándola terminación por la naturaleza sucesiva del contrato en cuestión, de tal suerte que al estar verificados los requisitos del incumplimiento resolutorio, en atención a la pretensión del acreedor se declarará extinguido el contrato, sin perjuicio de la aplicación de la cláusula penal, a la que también se accederá, como se verá más adelante. Consecuencia de concederse la resolución o terminación, es su retroactividad, que implica volver las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse el negocio jurídico y, marcadamente, restituir a la Subconcedente el inmueble objeto del contrato denominado de Subconcesión, esto es, el Local No. 53 del Aeropuerto Olaya Herrera, descrito en la cláusula segunda del contrato sobre el que versa el litigio, y reproducido en el hecho primero de la demanda.

Tampoco cabe duda de que, pese a haberse alegado la causal de terminación del contrato consistente en la mora en el pago de la remuneración a cargo de la Subconcesionaria, la totalidad de las obligaciones consideradas morosas a las que aludió la demanda específicamente, ya se habían pagado cuando la demanda fue presentada, sin perjuicio de que otras mensualidades también se encontrasen en idéntica o similar situación, como ambas partes afirmaron en sus correspondientes interrogatorios de parte.

Sobre la terminación del contrato

36. Dado que AIRPLAN, en su condición de demandante optó de manera libre y clara por la terminación, y nadie ha puesto en duda que cumplió con su parte del sinalagma contractual, hay que preguntarse si puede optar por esta posibilidad, teniendo en consideración que las cuentas morosas del deudor —en este caso, FRAYCO— se acumulan y se pagan “rotativamente”, extinguiéndose algunas al paso que se causan nuevas mensualidades que también entran sucesivamente en mora, como quedó acreditado, hasa producir lo que se ha denominado un estado o situación de mora persistente. De acuerdo con el artículo 1649 del Código Civil⁴², como el pago ha de ser total, el acreedor no podría oponerse al pago del deudor moroso, si pagase totalmente la deuda, con lo cual enervaría la opción resolutoria. En otras palabras, “el contratante que ha cumplido o se ha allanado a hacerlo, puede optar por la resolución en cualquier momento antes de que el deudor deje de estar en mora”⁴³.

Esto quiere decir que si la situación morosa del deudor no ha cesado, la opción libre del acreedor insatisfecho se mantiene incólume. Tal es el caso del presente contrato, en el que dado el carácter de tracto sucesivo, la mora también se ha prolongado en el tiempo, en la medida en que las prestaciones incumplidas se suceden y acumulan unas a otras. Así las cosas, si bien algunas de las mensualidades (a saber: las alegadas específicamente en la demanda, correspondientes a los meses de septiembre de 2020 a mayo de 2021) pudiesen haber sido pagadas tardíamente, por la situación morosa permanente de las obligaciones a cargo de FRAYCO, AIRPLAN conserva legitimación para demandar la terminación, con los efectos que de ella se derivan y, marcadamente los de restitución del inmueble y pago de las prestaciones contractuales a cargo de la Subconcesionaria hasta la fecha de la restitución, y cláusula penal.

37. La decisión de fondo que declara la resolución o terminación de un contrato por incumplimiento de una de las partes es de naturaleza constitutiva, pero retrotrae sus efectos hacia el pasado, pues obliga a las partes a deshacer las prestaciones que fueren susceptibles de devolverse. Por ello, la terminación del contrato de Subconcesión se declarará con efectos constitutivos, desde la fecha del laudo. Por ello, como consecuencia de la terminación que se decretará, se accederá a la pretensión segunda consecuencial, consistente en ordenar a la Convocada a restituir a la Convocante, el local No. 53 del Aeropuerto Olaya Herrera, de Medellín, descrito en el hecho primero de la demanda, así:

⁴² Art. 1649, Código Civil. El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.

El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban.

⁴³ Velásquez Gómez, H., *ob. cit.*, p. 280.

“El área entregada al SUBCONCESIONARIO para la ejecución de su actividad comercial en virtud del presente contrato está identificada en los planos de los diseños de las obras, anexo al presente documento, como Local No. 53 con un área de 44,6 m², ubicado en el segundo piso de la terminal de pasajeros y que se encuentra determinado por los siguientes linderos: Por el NORTE: con zona de mesas, plaza de comidas; Por el SUR, con el local No. 51; Por el ORIENTE: Con hall de circulación peatonal; Por el OCCIDENTE: Con local No. 52”.

Dado que no es posible retrotraer el pago de las prestaciones dinerarias pagadas por FRAYCO a la Subconcedente, pues corresponden a la contraprestación por la concesión de espacio ya disfrutada durante la vigencia del contrato, nada dispondrá el Tribunal al respecto.

En relación con el pago de las prestaciones contractuales hasta la restitución

38. Dado que la Subconcesionaria ha disfrutado el local desde el momento de la demanda y hasta la fecha del presente Laudo, en aplicación de las reglas previstas en los numerales 3 y 4 del artículo 384 del Código General del Proceso, y teniendo en cuenta la restitución del inmueble consecencial a la terminación del contrato a la que se alude en el numeral anterior, se condenará a la Convocada a pagar a la Convocante la totalidad de las prestaciones pactadas en el contrato, hasta la fecha de restitución efectiva del inmueble, de conformidad con la pretensión tercera principal, en caso de que no lo hubiere hecho.

Por lo dicho, además, se denegará la excepción denominada “No restitución del inmueble”, propuesta por la parte Convocada.

En relación con la cláusula penal

39. Por lo antes señalado, especialmente por lo dispuesto sobre el incumplimiento, encuentra el Tribunal que se encuentran satisfechos los presupuestos de aplicación de la cláusula penal pactada por las partes en la cláusula vigésima tercera del contrato, cuya existencia ambas partes aceptaron, aunque no estuvieron de acuerdo en su cuantía.

Sobre el monto de la cláusula penal, el Tribunal se remite a lo expresado en el numeral 13 de las consideraciones de este Laudo, por considerar que la cifra difiere únicamente por la deducción que hace la Convocada de la retención en la fuente, que en realidad —como se expresó— integra el valor correspondiente.

Por lo dicho, la cláusula penal a la que se condenará, asciende al 10% del valor del ingreso mínimo mensual garantizado IMMG durante un año, es decir, al 10% de TREINTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS (\$38.588. 232.00), para un total de TRES MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTITRÉS PESOS (\$3.858. 823.00).

V. CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES

El artículo 280 del Código General del Proceso, que establece el contenido que han de tener las sentencias y que es aplicable al proceso arbitral, dispone que “El juez siempre deberá calificar la conducta de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas”; norma que se acompasa con el artículo 241 del mismo código, que dispone que “El juez podrá deducir indicios de la conducta de procesal de las partes”.

El Tribunal destaca especialmente que el trato cordial de las partes y sus apoderados fue la regla general a lo largo de todo el trámite procesal. Por lo demás, no encuentra el Tribunal que se haya producido alguna conducta que merezca el reproche constitutivo de indicios. La totalidad de los hechos que se consideran probados en este laudo encuentra respaldo en diferentes medios de prueba.

VI. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Para efectos de las costas, el Tribunal considera aplicable el artículo 365 del Código General del Proceso, pues la Ley 1563 de 2012 no se ocupa de disciplinar el régimen de las costas en el proceso arbitral. En el artículo citado se dispone que se condenará en costas a la parte “vencida en el proceso”. El artículo 361 del Código General del Proceso, por su parte, indica que las costas “están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho” y establece las reglas a las que debe ajustarse la condena. A su vez, el artículo 5 del acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 emitido por parte del Consejo Superior de la Judicatura, establece que en los procesos declarativos de única instancia, con pretensiones de contenido pecuniario, las tarifas de agencias en derecho ascenderán a un valor entre el 5 y el 15% de lo pedido. Esta última norma no es directamente aplicable al proceso arbitral, pero contiene un criterio que puede ser aplicado analógicamente a este tipo de asuntos.

El Tribunal encuentra que, como prosperan las pretensiones de la demanda, FRAYCO pagará a AIRPLAN las expensas y agencias en derecho. Por la prosperidad de las pretensiones de la demanda principal, a título de agencias en derecho, pagará una suma equivalente al 10% de las pretensiones dinerarias concedidas, que ascienden a TRES MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTITRÉS PESOS (\$3.858. 823.00). Por lo tanto, la condena en agencias en derecho será de TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS (\$385. 882.00).

Así mismo, se condenará a la Convocada al reembolso de lo pagado por la parte Convocante con ocasión del funcionamiento del Tribunal, suma que ascendió a UN MILLÓN OCHENTA Y UN MIL CIENTO CUARENTA Y SEIS PESOS (\$1.081.146) por gastos de administración iniciales, más QUINIENTOS SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$506.250.00) por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, de conformidad con el Auto No. 8, para un total, por expensas, de UN MILLÓN QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS (\$1.587.396.00), sumas de las cuales hay prueba en el expediente, de conformidad con la exigencia del numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

Así las cosas, el total de la condena en costas será de UN MILLÓN NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS (\$1.973.278.00).

No se acreditaron en el expediente otras expensas que deban ser incluidas en la condena en costas.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, este Tribunal Arbitral constituido para dirimir en derecho las controversias patrimoniales surgidas entre SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.S. – AIRPLAN S.A.S., por una parte, y por la otra FRANQUICIAS Y CONCESIONES S.A.S. – FRAYCO S.A.S., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley, y por habilitación de las partes, conforme a lo establecido en la Ley 1563 de 2012, mediante decisión adoptada en Derecho.

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de fondo propuestas por la sociedad FRANQUICIAS Y CONCESIONES S.A.S. FRAYCO S.A.S denominadas “Inexistencia de un incumplimiento grave”, “No procedencia de la terminación del contrato”, “No restitución del inmueble”, “Procedencia del allanamiento a la mora” y “La actuación de las partes modificó el plazo pactado en el contrato”, de conformidad con lo dispuesto en este Laudo, especialmente en los apartados 23, 31 y 38 de las consideraciones del Tribunal.

SEGUNDO: DECLARAR que la sociedad FRANQUICIAS Y CONCESIONES S.A.S. FRAYCO S.A.S., demandada en este proceso arbitral, incumplió el contrato de subconcesión No. 001-04-01-238-148-10 celebrado con la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE

S.A.S. – AIRPLAN S.A.S. sobre el Local 53 del Aeropuerto Olaya Herrera de Medellín como consecuencia del incumplimiento reiterado en el pago oportuno de la contraprestación pactada y del reembolso de servicios públicos, por las razones expuestas en el Laudo, especialmente en los apartados 15 y 34 de las consideraciones.

TERCERO: DECLARAR terminado, como consecuencia de lo anterior, el contrato de subconcesión No. 001-04-01-238-148-10 que tiene como objeto el Local 53 del Aeropuerto Olaya Herrera de Medellín, desde la fecha del presente Laudo, por las razones expuestas, especialmente en el numeral 36 de las consideraciones.

CUARTO: CONDENAR a la sociedad FRANQUICIAS Y CONCESIONES S.A.S. FRAYCO S.A.S., a restituir a favor de la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.S. – AIRPLAN S.A.S. el local No. 53 del Aeropuerto Olaya Herrera en un plazo no superior a treinta (30) días, contados a partir de la ejecutoria del presente Laudo, o de la providencia que resuelva sobre sus solicitudes de aclaración, corrección o adición que se presenten, de conformidad con lo dispuesto en este Laudo, especialmente en el numeral 37 de las consideraciones, espacio descrito de la siguiente manera:

“El área entregada al SUBCONCESIONARIO para la ejecución de su actividad comercial en virtud del presente contrato está identificada en los planos de los diseños de las obras, anexo al presente documento, como Local No. 53 con un área de 44,6 m², ubicado en el segundo piso de la terminal de pasajeros y que se encuentra determinado por los siguientes linderos: Por el NORTE: con zona de mesas, plaza de comidas; Por el SUR, con el local No. 51; Por el ORIENTE: Con hall de circulación peatonal; Por el OCCIDENTE: Con local No. 52”.

QUINTO: Condenar a la sociedad FRANQUICIAS Y CONCESIONES S.A.S. FRAYCO S.A.S., al pago de TRES MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTITRÉS PESOS (\$3.858.823.00), a favor de la convocante, SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.S. – AIRPLAN S.A.S., por concepto de la cláusula penal pactada en el contrato de subconcesión No. 001-04-01-238-148-10 sobre el Local 53 del Aeropuerto Olaya Herrera de Medellín, como consecuencia del incumplimiento declarado, de conformidad con lo dispuesto en este Laudo, especialmente en el numeral 39 de las consideraciones.

SEXTO: CONDENAR a la sociedad FRANQUICIAS Y CONCESIONES S.A.S. FRAYCO S.A.S., a pagar a la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.S. – AIRPLAN S.A.S. la totalidad de las obligaciones por concepto de remuneración por la subconcesión y por el reembolso de servicios públicos, que se causen desde la presentación de la demanda y hasta el día de la restitución del inmueble ordenada en este Laudo.

SÉPTIMO: Condenar en costas (agencias en derecho y expensas) a la sociedad FRANQUICIAS Y CONCESIONES S.A.S. FRAYCO S.A.S., por valor de UN MILLÓN NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS (\$1.973.278.00), a favor de la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.S. – AIRPLAN S.A.S., por las razones expuestas en el apartado correspondiente de este Laudo.

OCTAVO: Ordenar la expedición, por Secretaría, de copia auténtica de este Laudo a cada una de las partes, con las constancias de ley.

NOVENO: Declarar causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente del árbitro y el Secretario, en cuanto corresponda, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del árbitro único, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal, y a devolver el remanente a las partes Convocante y Convocada en proporciones iguales, quienes entregarán al Árbitro y al Secretario los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con el 50% de sus honorarios.

DÉCIMO: Decretar el pago de la Contribución Especial Arbitral de que trata el artículo 362 de la Ley 1819 de 2016 que modificó los artículos 17 a 22 de la Ley 1743 de 2014, equivalente al dos por ciento (2%) del valor total de los honorarios pagados al árbitro y al secretario, el cual deberá consignarse en la Cuenta del Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia, al día siguiente a la ejecutoria del laudo arbitral o de la providencia que decida sobre su aclaración, corrección o complementación.

El monto de los honorarios causados al árbitro único –Cfr. Auto Nro.8 de fecha 8 de marzo de 2022– ascendieron a la cantidad de CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS MLC (\$475.000); por tanto la Contribución Especial Arbitral del dos por ciento (2%), equivale a la suma de NUEVE MIL QUINIENTOS PESOS (\$9.500) por concepto del árbitro único y con respecto al secretario los honorarios causados ascendieron a la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS (\$237.500), por lo que la contribución especial arbitral del 2% equivale a la suma de CUATRO MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS (\$4.750), los cuales se deberán consignar en la Cuenta del Banco Agrario No. 3-082-00-00634-1, Denominación “Contribución Especial Arbitral y sus Rendimientos CUN”, a nombre del Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Remítase copia del pago de la Contribución Especial Arbitral al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia para los efectos de información del pago que trata la Ley 1743 de 2014.

DÉCIMO PRIMERO: Disponer que, en su oportunidad, se devuelva, para su archivo, en lo pertinente, el expediente contentivo de este Proceso Arbitral al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín.

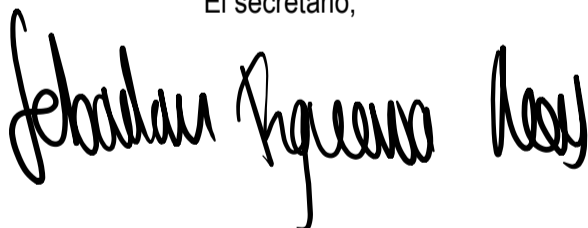
El presente laudo arbitral queda notificado en estrados —audiencia por medios electrónicos— el jueves trece (13) de octubre de dos mil veintidós (2022).

El árbitro único,



MAXIMILIANO ALBERTO ARAMBURO CALLE

El secretario,



SEBASTIAN FIGUEROA ARIAS