

Tribunal de Arbitramento Claudia Sofía Arroyave y Otros Vs. Fiduciaria Corficolombiana S.A. Vocera y Administradora del Fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza 2101 Laudo Arbitral

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, diecinueve (19) de Octubre de dos mil nueve (2009)

Agotado el cumplimiento de las etapas procesales previstas en las normas que regulan el Arbitramento, mediante el presente Laudo Arbitral se desatan las controversias planteadas en la **demanda arbitral** de CLAUDIA SOFÍA ARROYAVE GIRALDO, FERNANDO PÉREZ CASTAÑEDA, MARÍA ROSA TRIVIÑO BRIÑEZ, ARTEMISA LTDA., BROXXO MODA COMPANY S. EN C., ARIELA RODRÍGUEZ TAPIERO, OLGA LUCY MORALES VIANA, LETICIA HOYOS DE GARCÍA, B&T TRADING LTDA., C.I. ANN CHERY ORTOPÉDICO CHAROL E.U, y VASPORT S.A., contra FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A., Vocera y Administradora del FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDÍN PLAZA 2101, y en la **demanda de reconvencción** contra CLAUDIA SOFÍA ARROYAVE GIRALDO, FERNANDO PÉREZ CASTAÑEDA, MARÍA ROSA TRIVIÑO BRIÑEZ, ARTEMISA LTDA., BROXXO MODA COMPANY S.EN C., ARIELA RODRÍGUEZ TAPIERO, OLGA LUCY MORALES VIANA, B&T TRADING LTDA., y C.I. ANN CHERY ORTOPÉDICO CHAROL E.U., sometidas a su decisión en Derecho.

Los conflictos surgidos entre las partes han sido planteados a la justicia arbitral, invocando para ello las siguientes cláusulas compromisorias, uniformes en todos los contratos, en los cuales se enumeró como veintitrés:

...“CLAUSULA VIGESIMA TERCERA: CLAUSULA COMPROMISORIA. Las diferencias, reclamaciones o disputas entre ellas, por razón o con ocasión de la Concesión, serán sometidas a un Tribunal de Arbitramento designado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, mediante árbitro único, escogido por sorteo entre los inscritos en dicho Centro.

El Tribunal decidirá en Derecho y se sujetará a las disposiciones del derecho sustantivo y procesal de la República de Colombia, en particular del Decreto-Ley 1818 de 1998, de la Ley 446 de 1998, de la Ley 23 de 1991, del Decreto 2651 de 1991, del Decreto 2279 de 1989 y de las demás que resulten aplicables a la materia.

El Tribunal sesionará en la ciudad de Cali, su organización interna se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de esta ciudad.

La parte contra la cual se dicte el Laudo Arbitral condenatorio, total o parcial, pagará la totalidad de los gastos, costos, y honorarios del arbitramento respectivo.

Quedan excluidas de este procedimiento las acciones judiciales de ejecución y restitución ante la rama judicial, para el cobro de los valores originados en desarrollo de esta CONCESION, salvo que en el futuro la ley permita tramitar este tipo de acciones por el procedimiento arbitral”.

1. ACTUACIONES PREVIAS DEL TRIBUNAL. COMPETENCIA

El Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali recibió la demanda de CLAUDIA SOFÍA ARROYAVE Y OTROS contra FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A., Vocera y Administradora del FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDÍN PLAZA 2101 el día 18 de septiembre de 2008, procediendo a la integración del Tribunal, con el suscrito árbitro designado por sorteo.

Este se instaló el día 22 de Octubre de 2008, designó a la secretaria, recibió el expediente, y siendo competente para ello de conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-1038 del 27 de noviembre de 2002, efectuó los trámites preliminares de estudio de la demanda, admisión, traslado, recepción y traslado de la demanda de reconvención, traslado de

las excepciones de mérito de ambas partes y audiencia de conciliación, en la cual no hubo acuerdo.

Luego, asumió competencia, lo cual hizo mediante auto número 23, de fecha 18 de mayo de 2009; fijó en seis (6) meses el término para dictar el Laudo, estableció el valor de los honorarios del árbitros y la secretaria, y de los gastos de administración, los cuales fueron consignados dentro del término legal en su totalidad por la parte convocante reconviniendo, a quien el Tribunal expidió la certificación del artículo 144 del Decreto 1818 de 1.998, iniciándose la etapa probatoria.

2. LOS CONFLICTOS PLANTEADOS POR LAS PARTES

En el auto No. 23 de fecha 18 de mayo de 2009, leído y notificado en audiencia, habiendo quedado en firme, se estableció la competencia del Tribunal y se resumieron las controversias sometidas a su decisión. El presente Laudo Arbitral se pronunciará sobre ellas, en orden y en la medida en que se plantearon y sustentaron en las pretensiones de cada demanda y en las correspondientes excepciones de mérito, teniendo en cuenta que la demanda arbitral fue reformada.

2.1. Demanda Principal

La demanda principal se dirigió por CLAUDIA SOFÍA ARROYAVE GIRALDO, FERNANDO PÉREZ CASTAÑEDA, MARÍA ROSA TRIVIÑO BRIÑEZ, ARTEMISA LTDA., BROXXO MODA COMPANY S. EN C., ARIELA RODRÍGUEZ TAPIERO, OLGA LUCY MORALES VIANA, LETICIA HOYOS DE GARCÍA, B&T TRADING LTDA., C.I. ANN CHERY ORTOPÉDICO CHAROL E.U, y VASPORT S.A., contra FIDUCIARIA CORFICOLMBIANA S.A., Vocera y Administradora del FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDÍN PLAZA 2101, y sometió a decisión arbitral los siguientes incumplimientos de la convocada:

- a) No se determina en la totalidad de las ofertas mercantiles, ni clara ni plenamente el Fideicomiso.
- b) De las ofertas mercantiles presentadas se derivó el “supuesto” Contrato de Concesión una vez suscritas las correspondientes órdenes de compra por los convocantes.

- c) Los convocantes suscribieron las órdenes de compra con la sociedad Central Control S.A., sociedad promotora del proyecto y concedente.
- d) En los poderes no se determinaba que la Fiduciaria actuaba como vocera y administradora del Fideicomiso, como lo establecen las ofertas.
- e) Se genera inexistencia por indeterminación del objeto cuando el contrato que se deriva de la oferta no es cierto, es decir, determinado.
- f) La oferta mercantil y sus órdenes de compra constituyen un contrato atípico, que al igual que los contratos típicos, debe producir beneficios recíprocos, se les aplica la teoría del abuso del derecho, cuando bajo apariencia de un contrato atípico se pretende disimular un típico, en este caso de arrendamiento.
- g) Indeterminación de calidad en la cual actúa la sociedad Fiduciaria del Valle S.A. hoy Fiduciaria Corficolombiana S.A.
- h) En el contrato de fiducia (Escritura Pública 2101 de mayo 26 del 03, Notaria Primera de Cali), no se establecía la facultad de celebrar contratos de concesión.
- i) La no existencia del fideicomiso denominado, Fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza, a la fecha de presentación de las ofertas.
- j) La no existencia de poder para ofertar por parte de Central Control S.A.
- k) Mal otorgamiento del poder conferido por FIDUVALLE S.A a Central Control S.A.
- l) Inexistencia del Régimen de Propiedad Horizontal.
- m) Cobro ilegal de la Prima.
- n) Inconsistencias en la autenticación y reconocimiento de firmas de algunos convocantes: abuso de la posición dominante de Central Control S.A.
- o) Extinción del negocio fiduciario por expiración del plazo.
- p) Cláusula compromisoria abusiva.

2.2. Demanda de Reconvención

La demanda de reconvención se dirigió, en dos memoriales distintos, originados en la circunstancia de la reforma de la demanda principal, contra

los convocantes CLAUDIA SOFÍA ARROYAVE GIRALDO, FERNANDO PÉREZ CASTAÑEDA, MARÍA ROSA TRIVIÑO BRIÑEZ, ARTEMISA LTDA., BROXXO MODA COMPANY S.EN C., ARIELA RODRÍGUEZ TAPIERO, OLGA LUCY MORALES VIANA, B&T TRADING LTDA., y C.I. ANN CHERY ORTOPÉDICO CHAROL E.U., y sometió a decisión arbitral los siguientes incumplimientos de los convocados en reconvención:

- a) El No pago de la Prima.
- b) El no mantener la póliza de seguro de todo riesgo.
- c) Abstenerse de efectuar publicidad de terceros.
- d) No pago de la contraprestación, ni de las expensas comunes facturadas por la administración,
- e) No abrir la unidad comercial concesionada en horarios establecidos por el centro comercial.
- f) Abstenerse de ceder la tenencia de la unidad comercial asignada o la explotación comercial a un tercero.
- g) No participar activamente en campañas promocionales.
- h) No atender las disposiciones legales del contrato de concesión.

Contra las demandas se propusieron recíprocamente las siguientes excepciones de mérito:

2.3. Excepciones Propuestas por Fiduciaria Corficolombiana S.A. Vocera y Administradora del Fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza 2101, contra la Demanda Principal.

➤ Poder insuficiente para demandar

Argumenta el recurrente que no obstante lo dispuesto en el artículo 70 del código de procedimiento civil “... se puede observar que los poderes otorgados a la abogada Clara Isabel Agudelo de Zúñiga, enmarcan claramente su gestión al delimitar las pretensiones a las que sus poderdantes aspiran...” Esto es, la declaración de inexistencia de la relación contractual del contrato de oferta mercantil y su correspondiente orden de compra, así como el reintegro del valor cancelado por los conceptos de: Prima, Renta o Contraprestación

Económica, Administración, Intereses, Honorarios de Abogado, Indemnización de Perjuicios por Daño Emergente y Lucro Cesante.

Afirma el apoderado de la parte convocada reconviniendo que el poder no faculta la abogada Agudelo de Zúñiga para *“...pedir la devolución de valores derivados de contratos celebrados entre sus clientes y la Fiduciaria como vocera del aludido fideicomiso, si no por concepto de contrato celebrados entre sus clientes y la Fiduciaria apoderada por Central Control S.A., lo cual, en estricto sentido jurídico, es muy diferente...”*

➤ **Todos los convocantes carecen de derecho a solicitar indemnización de perjuicios por haber incumplido gravemente las obligaciones a su cargo derivadas de los correspondientes contratos de concesión**

• **Claudia Sofía Arroyave Giraldo** ha incumplido:

- En el pago de la prima pactada en el contrato de concesión.
- En el pago de la contraprestación mensual.
- En el pago de las expensas comunes facturadas por la administración.
- Al compromiso de mantener vigente durante el término de la concesión una póliza de seguro todo riesgo.
- Al compromiso de abrir la unidad comercial concesionada en el horario establecido por la administración del centro comercial Jardín Plaza.
- Al compromiso de no hacer publicidad de terceros en la unidad comercial concesionada

• **Fernando Pérez Castañeda** ha incumplido:

- En el pago de la prima pactada en el contrato de concesión.
- En el pago de la contraprestación mensual.
- En el pago de las expensas comunes facturadas por la administración.
- Al compromiso de mantener vigente durante el término de la concesión una póliza de seguro todo riesgo.
- Al compromiso de abstenerse de ceder la tenencia de la unidad comercial asignada, a la explotación comercial a un tercero.

- **María Rosa Triviño** ha incumplido:
 - En el pago de la contraprestación mensual.
 - En el pago de las expensas comunes facturadas por la administración.
 - Al compromiso de mantener vigente durante el termino de la concesión una póliza de seguro todo riesgo.
 - Al compromiso de abstenerse de ceder la tenencia de la unidad comercial asignada, a la explotación comercial a un tercero.
 - Al compromiso de no hacer publicidad de terceros en la unidad comercial concesionada.

- **Artemisa Ltda.** ha incumplido:
 - En el pago de la contraprestación mensual.
 - En el pago de las expensas comunes facturadas por la administración.
 - Al compromiso de mantener vigente durante el termino de la concesión una póliza de seguro todo riesgo.
 - Al compromiso de abrir la unidad comercial concesionada en el horario establecido por la administración del centro comercial Jardín Plaza.

- **Broxxo Moda Company S. en C.** ha incumplido:
 - En el pago de la contraprestación mensual.
 - En el pago de las expensas comunes facturadas por la administración.
 - Al compromiso de mantener vigente durante el termino de la concesión una póliza de seguro todo riesgo.
 - Al compromiso de no hacer publicidad de terceros en la unidad comercial concesionada.

- **Ariela Rodríguez Tapiero** ha incumplido:
 - En el pago de la prima pactada en el contrato de concesión.
 - Al compromiso de mantener vigente durante el termino de la concesión una póliza de seguro todo riesgo.
 - Al compromiso de no hacer publicidad de terceros en la unidad comercial concesionada.

- **Olga Lucy Morales Viana** ha incumplido:

- En el pago de la prima pactada en el contrato de concesión.
 - En el pago de la contraprestación mensual.
 - En el pago de las expensas comunes facturadas por la administración.
 - Al compromiso de mantener vigente durante el termino de la concesión una póliza de seguro todo riesgo.
 - Al compromiso de abrir la unidad comercial concesionada en el horario establecido por la administración del centro comercial Jardín Plaza.
 - Al compromiso de no hacer publicidad de terceros en la unidad comercial concesionada.
- **B & T Trading Ltda.** ha incumplido:
 - En el pago de la contraprestación mensual.
 - En el pago de las expensas comunes facturadas por la administración.
 - Al compromiso de mantener vigente durante el termino de la concesión una póliza de seguro todo riesgo.
 - Al compromiso de no hacer publicidad de terceros en la unidad comercial concesionada.
 - Al compromiso de abstenerse de ceder la tenencia de la unidad comercial asignada, o la explotación comercial a un tercero.
- **C. I. Ann Chery Ortopedicos Charol E. U.** ha incumplido:
 - En el pago de la contraprestación mensual.
 - En el pago de las expensas comunes facturadas por la administración.
 - Al compromiso de mantener vigente durante el termino de la concesión una póliza de seguro todo riesgo.
 - Al compromiso de no hacer publicidad de terceros en la unidad comercial concesionada.

➤ **Los convocantes pretenden con la acción interpuesta obtener los beneficios económicos que no pudieron obtener por su falta de previsión en la celebración y ejecución de los contratos de concesión**

Presenta como argumento el recurrente que los contratantes “*incumplidos*” en su mayoría, “*...se vincularon al contrato de concesión sin haber realizado la*

debida diligencia que se espera de un hombre de negocios conocedor del mercado...”

- **El contrato de concesión concebido para el Centro Comercial Jardín Plaza es de tracto o ejecución sucesiva, y por lo tanto los efectos de su extinción solo pueden producirse hacia futuro**

Esta excepción la sustenta en que el derecho del comerciante a usar la unidad comercial, y por tanto la correlativa obligación de la concedente de permitir su uso, solo se pueden configurar en la medida en que el tiempo pase, es decir no son susceptibles de materializarse y cumplirse en un solo instante. En consecuencia no se podrá decretar la devolución de los dineros ya pagados, ni exonerarlos de pagar los ya causados, por cuanto implicaría para ellos un enriquecimiento sin causa y estarían obteniendo un beneficio económico no asociado a prestación alguna.

- **Los convocantes Fernando Perez Castañeda, María Rosa Triviño Briñez, B &T Trading Ltda., carecen de derecho a solicitar indemnización económica, como quiera que no son los propietarios de los establecimientos de comercio en el Centro Comercial Jardín Plaza**

Para el apoderado de la convocada reconviniendo, los supuestos daños sufridos por los comerciantes convocantes reconvenidos, se derivan de la explotación de establecimientos de comercio y obedece a la manera como se concibió el contrato y se administra el Centro Comercial Jardín Plaza.

2.4. Excepciones propuestas por Claudia Sofía Arroyave y otros, contra la demanda de reconvención

- **Causal de extinción del negocio fiduciario por vencimiento del plazo pactado**

Considera la convocante reconvenida que al quedar establecido en la Escritura Pública 2101 del 26 de mayo del 2003, por medio de la cual se constituyó el patrimonio autónomo referenciado en las ofertas mercantiles, una duración del contrato por tres años (cláusula décima), sin que las partes lo hubieren prorrogado de mutuo acuerdo, tal como quedó pactado, el

negocio fiduciario se extinguió por expiración del plazo, el 25 de mayo de 2006. (Artículo 1.240 del Código de Comercio).

En concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia No 2003018295-1 del 23 de mayo de 2003 se afirma que: *“extinguido el negocio fiduciario se genera inexorablemente para las partes la realización de las actuaciones pactadas que conlleven a la materialización de dicha extinción, vale decir, a lo que normalmente se denomina como el período de liquidación del contrato fiduciario...”*

(Anexo No. 15 del memorial de excepciones).

- **Existencia de causal para rechazo de plano de la demanda, por falta de jurisdicción y competencia del señor árbitro para conocer la presente convocatoria**

De conformidad con lo establecido en la cláusula compromisoria quedo expresamente excluido el cobro de los valores originados en desarrollo del contrato.

Establece la cláusula compromisoria:

“Quedan excluidas de este procedimiento las acciones judiciales de ejecución y restitución ante la rama judicial, para el cobro de los valores originados en desarrollo de esta CONCESION, salvo que en el futuro la ley permita tramitar este tipo de acciones por el procedimiento arbitral”.

- **Las ofertas mercantiles hacen referencia un fideicomiso inexistente**

El Fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza 2001, no había nacido a la vida jurídica en las fechas de presentación de las ofertas, en razón a que no se constituyó en la escritura pública No 2101 del 26 de mayo de 2003, a pesar de que de él se hace referencia en ella. Dicho documento corresponde a la constitución del Fideicomiso Lote carrera 100 SJ, denominación que se modificó por el de Fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza 2101, mediante escritura pública No 2293 del 3 de junio de 2005.

En cuanto al documento privado de fecha 27 de julio de 2004, cita otra escritura, en consecuencia tampoco por dicho documento se realizó la modificación legal del nombre del fideicomiso.

Es reiterativa en resaltar la no mención de la notaria ni la ciudad de la misma cuando se menciona en las ofertas al fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza 2101.

El fideicomiso no está claramente determinado como lo exige la Superintendencia Financiera

➤ **Cobro de lo no debido. La pretensión del pago de administración no tiene sustento jurídico**

Sustenta la excepción en que no existe un reglamento de propiedad horizontal, en consecuencia, como puede el Centro Comercial, cobrar expensas comunes, cuando las cuotas de administración son fijadas conforme a los coeficientes de copropiedad determinados en el reglamento de propiedad horizontal.

➤ **Ilegalidad en el cobro de la prima**

Fundamenta la excepción en la doctrina de la Cámara de Comercio de Bogotá, oficio 1561 de agosto 5 del 94 y en la exposición de motivos del proyecto de código de 1956, por no estar contemplada en la ley.

La prima es inherente al establecimiento de comercio e inseparable del mismo y solo corresponde a quien acredita el local.

El pago de la prima nace del propietario del establecimiento de comercio, que después de ejercer actos de comercio para posicionarlo, cobra una suma de dinero a otro que quiere beneficiarse de este esfuerzo.

En el punto D literal g de la oferta mercantil se estipula que la unidad comercial otorgada en concesión, no hace parte del establecimiento de comercio.

➤ **Cláusula Compromisoria abusiva**

Afirma la recurrente que *“de la simple lectura de las ofertas mercantiles, se deduce claramente que se trata de un contrato de adhesión, pre impreso y con ventajas excesivas para el oferente...”*.

Se esta frente al abuso del derecho y de la posición dominante al imponer cláusulas exorbitantes en un contrato de adhesión que no permite modificaciones y es claramente inequitativo, deduciendo con las posiciones adoptadas por la Fiduciaria y por Central Control, no es posible obtener respuestas comerciales y contractuales basadas en la equidad y el respeto, restringiéndose con ello los derechos legales y contractuales de los convocantes reconvenidos.

Es ejemplo de lo afirmado lo establecido en el párrafo dos de la Cláusula Cuarta, las Cláusulas Quinta, Sexta Séptima y Octava, Décima, Décima Primera, Décima Segunda de las ofertas suscritas por los convocantes reconvenidos.

Es de la esencia del arbitramento, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, que sea el resultado del acuerdo de voluntades. En este caso, los convocantes reconvenidos se ven en la obligación de comparecer a un Tribunal de Arbitramento sin contar con los recursos para ello, todo por la imposición de esta cláusula compromisoria, introducida y redactada de modo unilateral, imposibilitando el derecho de acudir a la justicia ordinaria.

➤ **Inexistencia de la obligación por ausencia de una de sus fuentes conjuntas**

Bajo lo preceptuado por el artículo 1.494 del código civil, concluye la apoderada de los convocantes reconvenidos que *“si no existe reglamento de propiedad horizontal no existen obligaciones por tanto, no existe incumplimiento”*. Afirma que en la oferta mercantil y su correspondiente orden de compra de servicios se determina una fuente conjunta de obligaciones al incluir la conjunción y al citar el reglamento de propiedad horizontal enlazándolo con el reglamento interno de Jardín Plaza, señalando los ítems en donde se plantea lo anterior en las ofertas: .- al definir el reglamento interno del Centro Comercial; .- en el punto C. definiciones; .- en el punto D, Consideraciones, literal j, literal l; otras obligaciones , numerales 3, 28, 29, 31, párrafo dos, cláusula decima tercera.

Afirma la excepcionante que la fuente conjunta de obligaciones son el Reglamento de Propiedad Horizontal y el Reglamento Interno, y al faltar uno de ellos, no nacen las obligaciones.

➤ **Contrato no cumplido**

Argumenta la recurrente, que un contrato es un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones para las partes.

Conforme a lo preceptuado en el artículo 1.609 del código civil, de las excepciones propuestas se deduce el incumplimiento de la parte reconviniente desde el inicio de la relación contractual en cuanto a lo siguiente:

1. Carencia de personalidad para contratar de Central Control S.A.
2. La no determinación plena y clara del patrimonio autónomo.
3. La no constitución en propiedad horizontal, con las implicaciones que esto conlleva frente al establecimiento de obligaciones.
4. Ofertar encontrándose el patrimonio autónomo inmerso en causal de extinción.

Quedan entonces delimitados los temas sobre los cuales se pronunciará el Tribunal mediante el presente Laudo Arbitral.

2.5. Alegatos de Conclusión

Cumplida la instrucción del proceso arbitral al haberse practicado todas las pruebas decretadas por el Tribunal mediante Auto No. 25 del 18 de enero de 2009, y en consecuencia agotado el período probatorio, no habiendo pruebas por practicar ni trámites pendientes para su contradicción, ni de ninguna otra naturaleza, el Tribunal citó para audiencia de alegaciones finales, la cual se efectuó el día 15 de Septiembre de 2009.

En dicha oportunidad cada una de las partes presentó verbalmente su alegato en el tiempo reglamentario, e igualmente cada una de ellas entregó al Tribunal un resumen de las mismas. Dijeron las partes en sus alegatos:

2.5.1. Parte Convocante Reconvinida

- **Inexistencia del contrato - Inexistencia de obligaciones – Inexistencia del objeto del negocio jurídico, por ausencia total del lleno de las formalidades legales.**

No se registró en forma legal la modificación que permitía la celebración del contrato de concesión.

Se desconoció el ordenamiento jurídico del Código de Comercio en sus artículos 1226, 1228, 1234; del Código Civil en su artículo 667 de la Ley 35 de 1993, en su artículo 16; de los Decretos 650 de 1996, el artículo 16; del 1250 de 1970, artículo 2; del 960 de 1970, artículo 2; la circular básica de la Súper Financiera de Colombia 007 de 1996, como el concepto de la misma entidad del 30 de mayo de 2007 2007010582-002.

- **Indeterminación del objeto del contrato**

Falta de identificación física y jurídica del local o unidad comercial que se pretende restituir.

Desconocimiento de artículo 76 de Código de Procedimiento Civil.

De los Decretos 2148 del 83 en su artículo 18; 1250 del 70, en su artículo 50; 960 del 70 en su artículo 31.

- **Carencia absoluta de poder de Central Control S.A para ofertar**

Se desconoció lo preceptuado en el Código de Comercio en su artículo 844.

- **Inexistencia de las fuentes comunes de obligaciones**

Desconocimiento de lo regulado en el Título de Obligaciones del Código Civil.

- **Falta de Jurisdicción y competencia**

La exclusión expresa en la cláusula compromisoria para las Acciones de Ejecución y Restitución para el cobro de los valores originados en la concesión.

- **Cumplimiento total de las denominadas obligaciones derivadas de la concesión**

Para las convocantes reconvenidas Artemisa Ltda. y Broxxo Moda Company S. en C, firmas que se encontraban al momento de la demanda de reconvenición como a la fecha de presentación de los alegatos de conclusión, al día por todo concepto.

- **Falta de capacidad para contratar por ausencia de personalidad.**

La Fiduciaria del Valle, presentó la Oferta Mercantil cuando ya se había producido el cambio de nombre por Fiduciaria Corficolombiana S.A. en las ofertas de los convocantes reconvenidos María Rosa Triviño, Olga Lucy Morales Viana, B&T Trading Ltda.; el convocante Vasport S. A.

- **Inexistencia de negocio Fiduciario por vencimiento del plazo pactado**

El negocio fiduciario se extinguió desde el 26 de mayo de 2006, por expiración del plazo pactado. Con sendos documentos privados otorgados en diferentes fechas de acuerdo a sus necesidades, afirma la convocante reconvenida, se pretende subsanar este descuido.

Se desconocen las disposiciones del código de comercio en sus artículos 1240 y 1242, los decretos 1250 del 70 y el 960 del mismo año.

Se presenta esta situación para los convocantes reconvenidos María Rosa Triviño Olga Lucy Morales Viana, B&T Trading Ltda., y para el convocante Vasport S.A.

- **La Orden de Compra de Servicios, acepta condiciones plasmadas en otra Oferta Mercantil, diferentes de la presentada**

La Fiduciaria llenó totalmente la orden de compra. Se hace necesaria la absoluta concordancia entre la oferta Mercantil y la Orden de Compra de servicios. Se desconoce las disposiciones de los artículos 845,851, 853 del Código de Comercio. Situación que presenta el convocante Vasport S.A.

2.5.2. Parte Convocada Reconviniendo. Frente a la Inexistencia solicitada por la Convocante Reconvenida

- ✓ **No se probó:**

- **La ausencia de consentimiento de la convocada.**

Todos los convocados confesaron haber suscrito las órdenes de compra, por lo tanto no dudan en haber manifestado su consentimiento.

- **La ausencia de objeto.**

Entendido como las prestaciones a que se obligan las partes, existe, en las obligaciones de dar, hacer y no hacer pactadas en el contrato.

- **Ausencia de causa.**

No se aportó ninguna prueba que demostrara la ausencia de causa, por el contrario, se pregunta el apoderado de la convocada reconviniendo que ¿cómo puede haber ausencia de causa si la convocante reconviniendo la califica de falsa?

- **Ausencia de elementos esenciales.**

Siendo la concesión de locales comerciales un contrato atípico no se concretarían los elementos esenciales por no estar regulados en la ley, no obstante el convocado reconviniendo los identifica en la cosa dada en tenencia para explotación económica, el interés del concesionario y el precio, prima y contraprestación que se recibe a cambio.

- **Ausencia de formalidades consustanciales a la formación del acto jurídico.**

Como contrato atípico que es el celebrado entre la concedente y cada uno de los comerciantes convocantes, por lo tanto ni su formación ni sus estipulaciones están sujetos a lineamientos legales, su perfeccionamiento está sujeto a la regla general de los contratos en Colombia, de que los mismos son consensuales.

- **Inconsistencia entre los hechos y las pretensiones**

La convocante reconviniendo pretende confundir los contratos de concesión celebrados con contratos de arrendamiento, típicos de tracto sucesivo. En consecuencia se pregunta el convocado reconviniendo ¿cómo se pretende la devolución de todo lo pagado por contraprestaciones y cuotas de administración?

Establecimientos de comercio que operan en las unidades comerciales sin ser de propiedad del concesionario, es el caso de los convocantes reconvenidos Fernando Pérez Castañeda, María Rosa Triviño Briñez, y B&T Trading Ltda.

Inconsistencias que atentan contra el principio de la congruencia, cuyo defecto impide al fallador pronunciarse de fondo para resolver la controversia.

- **Hechos de la demanda Vs. las pruebas practicadas.**

Afirma el apoderado de la convocante reconvenida que no hay pruebas que demuestren los perjuicios sufridos por los convocantes, ni tampoco se evidencia pruebas que permitan establecer una relación de causalidad entre el comportamiento precontractual y contractual de la Fiduciaria con los supuestos daños que reclaman los convocantes.

Es obligación del que representa a quien demanda aportar todo el acervo probatorio, que permita al juzgador, sin duda, tomar una decisión a su favor.

- **Demanda de Reconvención**

Se encuentra probado que todos los convocantes reconvenidos admitieron incumplimientos de sus obligaciones económicas, evidenciándose que esto no tiene relación alguna con el número de visitantes que recibe el Centro Comercial, ni con incumplimientos de la concedente.

La falta de previsión en los negocios y la desorganización de todos los convocantes reconvenidos fue el común denominador del dictamen pericial. Los convocantes reconvenidos no son comerciantes que cuenten con una organización idónea que les permita sacar adelante los negocios que operan en Jardín Plaza y en consecuencia les permita atender los compromisos económicos adquiridos.

3. MEDIOS DE PRUEBA

Se practicaron la totalidad de las pruebas solicitadas por las partes, y además se decretó de oficio la ampliación del testimonio de la señora Sandra María Tenorio Calero, en su condición de Gerente General de Central Control S.A. y del Centro Comercial Jardín Plaza y se decretó el testimonio del señor David Valencia Merino quien fuera Asistente Administrativo en el Centro Comercial Jardín Plaza, para la época de las negociaciones de la concesión.

Se emplearon los medios de prueba referidos a continuación

3.1. Documentos

Se presentó abundante prueba documental, tanto en los memoriales de las partes como en las diferentes audiencias, todo dentro de las limitaciones de tiempo, modo y lugar establecidas en la ley, habiéndose pronunciado el Tribunal sobre su incorporación o no al expediente, previo traslado a las partes, de cada uno de los documentos allegados al proceso. Todos los documentos han sido estudiados y analizados por el Tribunal, dándoles el valor probatorio que a cada uno corresponde, con el fin de dictar el presente Laudo Arbitral.

Dentro de la abundante prueba documentaria, el Tribunal destaca las siguientes, a las cuales se alude a lo largo del presente Laudo Arbitral:

➤ Documentos de la etapa precontractual

Constitución, reformas y modificaciones de la fiducia; poderes de Central Control S.A. para ofertar en representación de la Fiduciaria, como vocera y administradora de la Fiducia; ofertas mercantiles *“de Concesión para la prestación de un servicio a título de mera tenencia de unidad comercial”*, dirigidas por Central Control S.A., en representación de la Fiduciaria, en su carácter de vocera y administradora de la Fiducia, a cada uno de los aquí convocantes.

➤ Documentos de la etapa contractual

Ordenes de venta de servicios (aceptación de las ofertas); cartas recíprocas relacionadas con los incumplimientos que se atribuyen recíprocamente las partes.

➤ **Documentos de la etapa procesal de este Tribunal**

Poderes de las partes y certificados de existencia y representación legal de las personas jurídicas que actúan en el mismo. Memoriales de demandas, contestaciones y excepciones. Además los anexos de los anteriores documentos.

3.2. Declaraciones de parte

Los convocantes, personas naturales y representantes legales integrada por CLAUDIA SOFÍA ARROYAVE Y OTROS, y de la parte convocada, FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. Vocera y Administradora del FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDÍN PLAZA 2101, quien actúa a través de su representante legal, comparecieron a rendir sus respectivas declaraciones, a instancia de las partes, habiendo sido además interrogados por el Tribunal, en forma extensa.

3.3. Testimonios

Hubo abundante prueba testimonial, en su mayoría solicitada por las partes, aunque el Tribunal también citó de oficio a dos personas, entre ellas a la gerente del Centro Comercial Jardín Plaza, para ampliación del testimonio.

Cabe anotar que las partes renunciaron a la citación de algunos de sus testigos, de lo cual se dejó constancia en las actas de las reuniones donde se decidió sobre ello.

Al igual que en las declaraciones de parte, aquí también ejerció el Tribunal su derecho de interrogar profusamente a todos los testigos.

Testimonio de la Gerente de Central Control S.A., y pronunciamiento sobre la prueba grafológica presentada por la parte convocante, sobre algunos documentos que se le pusieron de presente.

El día 1 de junio de 2009 (acta No.13) se recibió el testimonio de la Sra. Gerente General de Central Control S.A., y Gerente del Centro Comercial Jardín Plaza.

En relación con algunos de los documentos de oferta mercantil dirigidos a los convocados, y que la parte convocante le puso de presente, para que explicara por qué había unas anotaciones de su puño letra, con datos de fechas que no coincidían con las de las autenticaciones notariales, la testigo negó que la anotaciones manuscritas fueran de su autoría.

Con fecha Junio 18 del 2009 fue radicado memorial suscrito por la apoderada de la parte convocante reconvenida con el cual aportó una prueba grafológica sobre la letra de la señora Sandra María Tenorio Calero, *“con la finalidad que se confronte la veracidad del testimonio rendido por la señora Sandra María Tenorio, el primero (01) de junio del presente año, con los documentos que se anexan al presente escrito....”*. El Tribunal dispuso entonces que se tendría en cuenta lo anterior, en el momento de evaluar el testimonio de la citada persona.

El Tribunal, mediante Auto No 32 de julio 24 de 2009, (acta No.19) aceptó el documento del dictamen y dio traslado del mismo a la parte convocada, la cual se pronunció en contra de su recepción como prueba, por ser extemporánea (memorial de fecha 29 de julio de 2009).

Mediante auto No. 34 del 24 de julio de 2009 (acta No. 19), el Tribunal dispuso citar de nuevo a dicha testigo, para oírla respecto a esa prueba, y ampliarle el interrogatorio, lo cual se hizo en audiencia efectuada el día 4 de agosto (acta No 20). En la misma, la Gerente General de Central Control S.A. manifestó, sin el apremio del juramento, que se ratificaba en lo dicho, y afirmó que algunas de las anotaciones a mano eran suyas, pero las demás eran de un exfuncionario del Centro Comercial, llamado David Valencia, a quien el Tribunal llamó de oficio (auto No. 36 de fecha 4 de agosto de 2009, acta No.20) y quien al comparecer reconoció lo dicho.

Teniendo en cuenta lo manifestado por la representante legal de Central Control S.A., en las dos audiencias en que se recibió su testimonio, y en el del Sr. David Valencia Merino decretado de oficio, el Tribunal no ve ninguna incidencia de estos hechos en las consideraciones y decisiones que tomará. En efecto, aparte de una discusión de fechas ciertas de las ofertas; de si hubo o no presencia de funcionarios notariales en las instalaciones del Centro Comercial, para la autenticación de las firmas de dichas ofertas; de si sus aceptaciones fueron redactadas o no por el oferente; de si el señor Merino

estaba o no vinculado al Centro Comercial en las fechas de sus anotaciones, y si la letra manuscrita en varios documentos era de la Gerente o de sus auxiliares, lo cierto es que los convocantes aceptaron las ofertas y comenzaron a remodelar y a ocupar los locales materia del contrato, e inclusive a hacer pagos de prestaciones económicas a su cargo, lo cual fue corroborado por la perito y por los mismos convocantes en todas las declaraciones de parte, lo que significa que esos hechos, vistos ahora, resultan intrascendentes para el proceso. Por lo demás, el resto del testimonio de la Gerente General de Central Control S.A., sociedad administradora del Centro Comercial Jardín Plaza, es de vital importancia para las decisiones que se tomarán.

Por lo tanto, no se tendrá en cuenta la prueba grafológica, que además no se propuso como tacha de falsedad de documentos ni del testimonio, y por lo tanto se dará al testimonio de la Sra. Gerente General de Central Control S.A., Gerente del Centro Comercial Jardín Plaza, la fuerza legal que la ley establece.

3.4. Dictamen Pericial

Se practicó un dictamen pericial por perito contadora, sobre las contabilidades y documentos de las partes, relacionados con los temas del conflicto, y de acuerdo a los cuestionarios presentados por los peticionarios. Prueba que fue solicitada por ambas partes.

Encontró que la contabilidad de la convocada estaba bien llevada, y con base en ella pudo llenar los vacíos que para su experticia representaba la falta de contabilidades, o las deficiencias de las mismas respecto a varios de los convocados:

La perito estableció y cuantificó las obligaciones dinerarias a cargo de las partes, las sumas ya pagadas por los convocantes, por todos los conceptos, y los saldos de las mismas, a la fecha del dictamen.

En las aclaraciones, ampliaciones y adiciones que hace en memorial de fecha 13 de agosto de 2009, solicitadas oportunamente por la parte convocada reconviniente, la perito precisó y complementó las explicaciones y cuadros de obligaciones que había presentado con el dictamen.

Dicho experticio quedó en firme.

3.5. Confesión de parte

Se dio respecto a los convocados Fernando Pérez Castañeda, María Rosa Triviño Briñez y BT Trading Limitada, quienes en sus declaraciones de parte confesaron que no eran los actuales ocupantes de los establecimientos de comercio concesionados.

4. MOTIVACION DEL LAUDO Y CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

Entra el Tribunal al análisis de las demandas y las pruebas, para dirimir los conflictos que se le han planteado, teniendo en cuenta para ello la delimitación que las mismas partes le impusieron al plantear sus pretensiones y excepciones.

En cuanto a la demanda principal, el conflicto planteado al Tribunal busca la declaración de inexistencia de los contratos y de la relación contractual entre las partes, y la declaración de la responsabilidad civil de la convocada, por el daño causado por esa declaración de inexistencia.

Respecto a la demanda de reconvenición, el conflicto planteado al Tribunal busca la declaración de terminación de los contratos, por incumplimientos de los mismos, que se le endilgan a los convocantes, y las indemnizaciones por responsabilidad civil contractual que dichos incumplimientos generarían.

Con base en lo anterior, las motivaciones, conclusiones y pronunciamientos contenidos en este Laudo Arbitral, quedarán enmarcados en la voluntad de las mismas partes, expresada en sus demandas y excepciones.

Pasa entonces el Tribunal a hacer su análisis jurídico, para establecer la naturaleza de los contratos, su forma de interpretarlos, y su idoneidad para ser fuente de derechos y obligaciones entre las partes.

4.1. Naturaleza Jurídica de los contratos

Los contratos objeto de análisis en esta providencia, surgieron de **ofertas mercantiles** dirigidas unilateralmente por la Fiduciaria a los ahora convocantes. Procedimiento que se acoge a lo dispuesto en los artículos 845 y siguientes del código de Comercio, según los cuales es la propuesta de un

negocio jurídico, con sus elementos esenciales, que una persona dirige a la otra, y ésta acepta, surgiendo así válidamente una relación contractual.

Ninguna de las partes y de los demás testigos ha negado que los contratos se hubieren originado en ofertas mercantiles, aceptadas por los convocantes, y en cuanto si la oferta reunió o no sus elementos esenciales, quedará dilucidado más adelante, al referirnos al tema de la existencia o inexistencia de los contratos. Por ello el tema no amerita, al menos por ahora, mayores elucubraciones.

Los contratos, nacidos de las ofertas mercantiles y sus aceptaciones, son **atípicos y de colaboración empresarial**, para la prestación de servicios de Centro Comercial, mediante la entrega por éste a los concesionarios, a título de tenencia, de unos espacios, para ser ocupados por éstos con sus establecimientos de comercio. Esto se desprende de los propios contratos, en sus cláusulas “D”, literales “d” e “i”, y de la interpretación que de ella hace la misma demanda de reconvencción en su hecho número 13. Dicen la cláusula y el hecho citados:

Consideraciones, punto D, literales “d” e “i”.

...

“d) Que la concesión es un contrato atípico, no reglamentado por la legislación mercantil, que su contenido y función económica no puede ser asimilada a ninguna otra forma contractual de la legislación colombiana, tales como el contrato de sociedad, el arrendamiento, el mutuo comercial, la sociedad de hecho, las cuentas en participación y el consorcio, entre otros. Consistente en permitirle a EL CONCESIONARIO la mera tenencia de una unidad comercial, para el desarrollo de una actividad comercial lícita, por un tiempo determinado, bajo los requisitos, condiciones y plazos de obligatorio cumplimiento, que se regulan en la CONCESIÓN.”

...

“i) Que interesa a LA CONCEDENTE, a EL CONCESIONARIO, a la futura administración y órganos directivos de JARDÍN PLAZA, la búsqueda conjunta del buen suceso individual o colectivo del centro comercial.

En virtud de lo anterior, el ejercicio y desarrollo de la actividad comercial y de servicios se realizará conservando las especialidades, procurando ofrecer entre todos la mejor y más selecta variedad que satisfagan las expectativas y demandas de los usuarios, dentro del mejor ambiente y máxima comodidad”

...

(He subrayado)

Hecho 13, de la demanda de reconvención:

“...Dicho esquema no busca ni la venta ni el arrendamiento de las unidades comerciales, sino conservar el derecho de propiedad en cabeza de la sociedad fiduciaria vocera legal del Fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza 2101 y lograr un alto posicionamiento de sus unidades comerciales, gracias a un esquema de colaboración integral entre el operador y administrador del centro comercial y los comerciantes propietarios de establecimientos de comercio. ...”

(He subrayado)

Estas pruebas, de la atipicidad de los contratos, de su denominación y de las **obligaciones de colaboración empresarial y de sinergias**, establecidas contractualmente por las mismas partes (proponente y aceptantes de las ofertas mercantiles), son suficientes para establecer la calidad de atípicos y de colaboración empresarial de los contratos surgidos de las ofertas mercantiles, por cuanto el contrato es una ley para las partes¹, y además la legislación comercial prefiere la interpretación que le dan las mismas partes, a las que supletoriamente dispone la ley². Además, el Contrato de Concesión de espacio está reconocido en nuestro sistema jurídico, como parte del contrato de concesión Mercantil. Al respecto dice el Dr. Arrubla Paucar:

“...aquel, en virtud del cual, un empresario llamado concedente, se obliga a otorgar a otro llamado concesionario, la distribución de sus productos o servicios

¹ Art. 1602 del C. Civil.

² Artículo 4° del C. de Comercio.

o la utilización de sus marcas o licencias o sus espacios físicos, a cambio de una retribución que podrá consistir en un precio o porcentaje fijo, o en una serie de ventajas indirectas que benefician sus rendimientos y su posición en el mercado”.³ (He subrayado)

Dice el Doctor Jesús María Sanguino:⁴

“Por concesión entendemos el contrato atípico de colaboración, por medio del cual una empresa concede a otra, mediante el pago de una cantidad y en condiciones determinadas, el derecho de reventa de bienes o de explotación de un espacio comercial, marca, nombre, Know How, de los cuales es propietaria, con la finalidad de crear una técnica institucional de venta debidamente integrada”.

La naturaleza contractual establecida por las mismas partes, prima sobre cualquier otra interpretación. Es lo que se denomina **Interpretación auténtica**. Regla que señala que no solamente del tenor literal correctamente empleado por los contratantes, sino también de otras circunstancias como la apreciación conjunta de todo el contenido del acto, o por actuaciones realizadas por los contratantes antes o después de la celebración del acto, puede resultar una interpretación real del acto jurídico celebrado.⁵

Sobre el particular dijo la Corte Suprema de Justicia:

“...el juzgador, al acudir a las reglas de hermenéutica, debe observar, entre otras, aquella que dispone examinar de conjunto las cláusulas, analizando en interpretando unas por otras, de modo que todas ellas guarden armonía entre sí, que se ajusten a la naturaleza y a la finalidad de

³ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Tomo II. Ed. Diké. Medellín. 2004. Pág. 292.

⁴ Sanguino Sánchez, Jesús María. Contrato de Concesión Mercantil. Derecho Comercial Contemporáneo. Cámara de Comercio de Medellín, Ed. Diké y el Colegio de Abogados de Medellín. Medellín 1989. pág 169.

⁵ Artículo 1622 del Código Civil: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándoseles a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia, o por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”.

*la convención, y que concurran a satisfacer la común intención de las partes...'*⁶

Dice Recasens Siches:⁷

... Las partes, al establecer sus pactos, obran como delegadas por la ley.

...

Lo que acuerden las partes es una norma jurídica concreta (...) porque así lo establece la ley; porque ésta ha delegado en las partes la facultad de dictar de común acuerdo tales reglas.

Como dijo la Corte de Casación de la República del Uruguay, en sentencia citada por Farina⁸

“La índole de un contrato no depende del nombre que le asignen las partes; pero puesto que es obra común de las partes, ha de estarse a su voluntad que debe desentrañarse en los términos usados, en tanto no sean ambiguos o se opongan a la naturaleza del contrato. No por la nominación que le hayan atribuido las partes se determina la naturaleza jurídica de los contratos; ésta nace de la relación jurídica que han pretendido establecer los contratantes, siendo necesario para ello indagar el motivo impulsor o fin perseguido y fijar lo que verosímilmente entendieron o pudieron entender al vincularse, debiendo en estas tareas evaluar todas y cada una de las circunstancias que precedieron, estuvieron presentes rodeando el acto y las posteriores que condicionaron la conducta o el actuar de las partes” (CApel de Cdel Uruguay, Sala CivCom, 2/7/73, JA, 1974-237).

Dice el mismo autor, en lo referente a estos mismos contratos:⁹

⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 7 de octubre de 1976.

⁷ Recasens Siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. México. Edit. Porrúa, 1.970, pag. 312.

“SHOPPING CENTER” (CENTRO DE COMERCIALIZACIÓN O PASEO DE COMPRAS). La empresa propietaria del inmueble sobre el cual se construye el edificio en que funciona el shopping center, generalmente da en locación sus locales a diferentes empresas que, con su prestigio y solidez, afianzan las perspectivas del proyecto y catalizan el gusto del gran público (aunque nada impide que se recurra a otras figuras jurídicas, como el usufructo o el dominio del local sujeto a la ley 13.512).”

...

NATURALEZA JURIDICA DE LOS CONTRATOS REFERIDOS A LOCALES DEL “SHOPPING CENTER”. Según Chueke, Kleidermacher y Viola, la larga y errática historia de nuestra legislación en materia locativa, ha llevado, a quienes asesoras a los protagonistas de estos grandes centros de comercialización, a evitar la utilización de la figura jurídica de locación, para permitir a la empresa propietaria y organizadora un manejo más ágil de sus relaciones con los titulares de la explotación de las unidades de comercialización que un shopping center ofrece; y para poder convenir con ellos condiciones de contratación que no se compatibilizan con los caracteres propios de la locación.

Es por ello que un gran número de contratos para locales de shopping center se negocian bajo el rotulo jurídicamente más ambiguo de concesión, pese a que no se configuran tampoco las características que los usos y costumbres asignan a este contrato.

En principio nos inclinamos por denominarla locación, pues la empresa propietaria y organizadora del shopping center entrega al comerciante la tenencia de un local determinado por un precio pactado para su explotación comercial. Pero se trata de una locación con características muy particulares, pues el locatario – llamémoslo así – se inserta en un “paseo de compras”, por cuya razón el motivo determinante – que deviene en la causa propia de este contrato -, lo constituye la

⁸ Farina, Juan M. Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de Contratación Empresaria. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1.993, pág. 370.

⁹ Loc. Cit., págs. 368 a 370.

funcionalidad, organización, atracción ejercida sobre el público y por los servicios que ofrece el shopping center (bares, restaurantes, espectáculos, salas de juego para niños, guarderías infantiles, etcétera). De modo que el locatario se instala allí por todo esto, lo cual determina un desfile incesante de público que, muchas veces, va sólo a pasear, pero del cual surgen los clientes. ...

Dice también la Doctrina Argentina, país en donde se ha legislado sobre este tipo de contratos:

... Así entendida la colaboración empresaria en un sentido amplio, todos los contratos son susceptibles de llevarla a cabo y la expresión contratos de colaboración empresaria no agregaría nada a la de contratos a secas.

A fin de comprender el sentido con que la legislación societaria utiliza la expresión “contratos de colaboración empresaria”, debe comenzarse observando que la cooperación entre unidades económicas puede tener lugar produciendo muy distintos grados de integración entre éstas. En un extremo se encuentran operaciones tales como la compraventa, en las que se produce un intercambio de bienes o servicios, por dinero o por otros bienes o servicios, sin que se constituya estructura empresaria alguna común a las partes, que dirija o controle el destino a darse a los activos objeto del contrato. Otros acuerdos ya van mostrando un grado mayor de control de las partes sobre los activos destinados en común para el cumplimiento de la operación, sobre los bienes que forman parte de ésta, o sobre los que utilizarán las partes para poder dar cumplimiento a sus operaciones. Sucede esto en ciertas locaciones de cosas, en las que el locador mantiene un cierto grado de control sobre el destino y utilización que se da a los bienes locados, aunque más no sea desde el ángulo negativo de impedir determinadas conductas que perjudiquen el valor de tales bienes. Igualmente, en ciertos mutuos, el prestamista puede reservarse el poder de impedir determinados actos del deudor

*que lesionen su solvencia o que de otra forma sean perniciosos para los intereses del prestamista. Mayor integración aún se da, generalmente, en las locaciones de obra, en las que el locatario suele colaborar activamente con el locador en la dirección de los trabajos, aportando ambas partes distintos activos tendientes al avance de la obra.*¹⁰

Estos contratos surgen entonces de la necesidad de los empresarios de buscar el apoyo recíproco, para mejorar sus eficiencias y la rentabilidad de los negocios. En el caso de los contratos de Concesión de espacios de Centro Comercial, ese propósito parte del concepto de Tenant Mix o combinación de tiendas, para satisfacer un mercado. Y en el caso concreto de los contratos que estamos analizando, ese propósito se plasmó en las cláusulas contractuales atrás citadas.

4.2. Interpretación de los contratos atípicos de colaboración empresarial

Sobre la **interpretación** de los contratos a que nos venimos refiriendo, debe aplicarse lo que convinieron las partes, quienes establecieron qué tipo de contratos y de sinergias se desprendían de los mismos. Al respecto dice la Jurisprudencia nacional:

*... b) Que como contrato atípico, dicho convenio se encuentra sometido a las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a normas imperativas; a las reglas generales de todo contrato; a las normas derivadas de la tipicidad social (costumbre) y, cuando sea del caso, a la analogía con las normas que gobiernen contratos afines.*¹¹

La interpretación para llegar a la clase de contrato partiendo de la naturaleza de los mismos, es reconocida no solamente en la ley sino también en la costumbre y hasta en la equidad natural:¹²

¹⁰ Cabanellas, Guillermo y Kelly, Julio Alberto. Contratos de Colaboración empresarial. Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1987, Pags. 4 y 5.

¹¹ C.S.J., Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de Octubre de 2.001, proceso de Antonio M. Vélez, contra La Nacional de Seguros de Vida S.A., expediente No. 5817: Mag. Dr. Jorge Antonio Castillo R..

¹² Art. 871 del C. de Comercio.

Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solamente a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

Lo anterior se corrobora con otras muchas disposiciones legales que consagran la interpretación por la costumbre y la equidad natural.¹³

Por lo tanto, y atendiendo la sentencia citada y otras en el mismo sentido, de la Jurisprudencia Nacional, así como la Ley y la Doctrina, encontramos que lo acertado es acogernos a la voluntad de las partes expresada en el contrato.

4.3. El contrato de Centro Comercial y el de arrendamiento

La parte convocante sostuvo, desde la demanda hasta su alegato de conclusión, que los contratos en comento eran claramente de arrendamiento. Posición de la cual discrepa el Tribunal, por cuanto, además de la diferencia de la naturaleza que se analizará más adelante, y que se refiere al elemento contractual y doctrinario de las sinergias propias de la colaboración empresarial, el de arrendamiento tipifica elementos propios de su naturaleza y no de la de los contratos de Centro Comercial, como son los referentes a la protección de sus derechos sobre el local arrendado para su establecimiento de comercio. Contrato, el de arrendamiento del local, que forma parte de su patrimonio, y como tal se encuentra regulado en el capítulo de Bienes, del Código de Comercio. De ese Derecho se derivan los de renovación del contrato, y la ocupación del mismo una vez se hubieren hecho reparaciones locativas; el canon, que en este caso es retribución por ocupar un espacio, pero no por otros servicios; el desahucio y el proceso de lanzamiento, etc.¹⁴. Elementos éstos, propios del contrato de arrendamiento, ninguno de los cuales fue pactado contractualmente ni desarrollado por las partes de los contratos de Centro Comercial, de los cuales nos estamos ocupando. Además, en los contratos a que estamos haciendo referencia, se excluyó expresamente la posibilidad de que los mismos formaran parte del establecimiento de comercio (punto D literal g de las ofertas mercantiles), tal como lo manifiesta la convocante, a manera de queja, al sustentar su

¹³ Artículos 1501, 1603, 1621 del Código Civil Colombiano, 5º, y 13 de la Ley 153 de 1887 y 3º y 871 del Código de Comercio.

¹⁴ Arts. 518 y s.s. del C. de Comercio.

excepción de ilegalidad del cobro de la prima. Y al no formar parte del establecimiento de comercio, no tendrían la protección que, como ya se dijo, tienen los contratos de arrendamiento de locales comerciales. Circunstancias todas ellas que llevan al Tribunal a descartar de plano la posibilidad de que los contratos a los cuales se refieren las demandas, sean de arrendamiento.

4.4. La relación contractual entre las partes

➤ La Fiducia, La Fiduciaria y la Apoderada (Central Control S.A.)

Mediante escritura pública número 2101 del 26 de Mayo de 2003, de la Notaría primera de Cali, la Fiduciaria del Valle S.A. (luego Fiduciaria Corficolombiana S.A.) constituyó un patrimonio autónomo (**fideicomiso o fiducia**), administrado y representado por una **fiduciaria**, la sociedad “FIDUCIARIA DEL VALLE S.A.” (hoy “FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.”); contrato que tuvo por objeto inicial la realización de proyectos urbanísticos y que fue modificado sucesivamente por las partes, hasta llegar al objeto de la construcción y desarrollo del Centro Comercial Jardín Plaza, con vigencia hasta el 31 de Diciembre de 2010¹⁵.

Originalmente la fiducia se denominó **FIDEICOMISO LOTE CARRERA 100 S.J.**¹⁶ Luego, por **documento privado** del 27 de julio de 2004, se cambió el nombre al fideicomiso por el de **FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDÍN PLAZA**¹⁷, y posteriormente mediante la escritura pública No. 2293 de junio 03 de 2005 Notaria primera de Cali se cambió de nuevo por el actual, de **CENTRO COMERCIAL JARDÍN PLAZA 2101**.

Cabe anotar que el procedimiento modificador por documento privado es plenamente válido, tratándose de actos que no impliquen transferencia de inmuebles, tal como lo estableció la Superintendencia de Servicios Financieros, en concepto No. Radicación 2008079574-001 del 23 de Enero de 2.009, dirigido a la apoderada de la parte convocante y aportado por la parte convocada, en el cual establece además la validez de los cambios de nombre de la Fiduciaria.

¹⁵ Documento privado del 27 de octubre de 2005, otro si al contrato de fiducia. Visible a folio 090 del cuaderno 3.

¹⁶ Escritura No 2101 de mayo 26 de 2003 Notaria Primera

¹⁷ Visible a folio 056 del cuaderno 3.

La fiducia, a través de su vocera, la sociedad fiduciaria, delegó a la sociedad **“CENTRAL CONTROL S.A.”**, la operación y administración del Centro Comercial Jardín Plaza así como la promoción y colocación de las unidades comerciales del mismo, y la administración y recaudo de los dineros necesarios para su funcionamiento¹⁸, como Apoderada de la Fiduciaria. El Tribunal encuentra correcto lo anterior y por lo tanto el ejercicio de sus funciones por Central Control S.A.

➤ **Las “Ofertas de Concesión para la prestación de un servicio a título de mera tenencia de unidad comercial”, y las aceptaciones de las mismas. Surgimiento de la relación jurídica y comercial entre las partes**

La sociedad “Central Control S.A.”, en representación de la Fiduciaria, celebró con los ahora convocantes los contratos de la referencia, mediante el mecanismo de oferta mercantil y de su aceptación por todos ellos. Contratos en los cuales ofreció un servicio y la transferencia, a título de tenencia, de unos espacios o locales, para ser ocupados por los aceptantes de la oferta, con sus propios establecimientos de comercio.

Surgió entonces la relación entre la Fiducia y cada una de las partes, la cual y como ya se dijo, se refiere a contratos de Concesión de espacios de Centro Comercial, con prestación de servicios a cargo de la Fiducia, sus órganos de representación, y de la administración del Centro Comercial, de los conocidos en la doctrina como de **colaboración empresarial**, naturaleza que se estableció en los mismos contratos.¹⁹

4.5. Los contratos, a la luz de los elementos de la esencia, de la naturaleza y accidentales, previstos en la Ley Colombiana

De acuerdo al art. 1.501 del Código Civil, en los contratos hay elementos que son de su esencia, de su naturaleza y puramente accidentales. Los de la esencia son necesarios para su existencia, y a falta de uno de tales elementos, el contrato no genera efecto alguno o se convierte en otro contrato (conversión del negocio jurídico, si en el nuevo se reúnen éste y todos los requisitos de existencia que se analizarán más adelante). Los de la

¹⁸ Escritura pública 2293 del 3 Junio de de 2005, ya citada.

¹⁹ Ver punto 4.1., Naturaleza de los contratos, de esta misma providencia, especialmente la transcripción de los literales “d” e “i” del punto D de los contratos, y del hecho 13 de la demanda de reconvencción.

naturaleza son aquellos elementos que aunque no inciden en la existencia del contrato, se entiende que le pertenecen, sin que para ello exista cláusula especial. Los accidentales son los que simplemente se agregan por cláusulas adicionales, para complementar los otros elementos.

En el que nos ocupa, los **elementos esenciales** de los contratos, serían: La unidad comercial concesionada dentro del Centro Comercial, y los pagos (prima y contraprestación mensual fija y variable) que se hacen a cambio del servicio del Centro Comercial.

Estos elementos se encuentran definidos en los mismos contratos, los cuales se refieren a unos espacios de un Centro Comercial (cosas) y a la contraprestación que se debe pagar por ocuparlos y recibir los servicios propios de ese Centro Comercial (precio).

En cuanto a los **elementos de su naturaleza**, Estos contratos tienen como elemento de su naturaleza, en forma principal, el de ser de **colaboración empresarial**, o sea sinalagmáticos, para generar sinergias entre las partes.²⁰ También el de ser contratos estables, o sea de duración o permanencia²¹, lo que implica además que son de tracto sucesivo. Características todas estas, reconocidas en la doctrina nacional e internacional como de **colaboración empresarial**, a lo cual ya nos hemos referido.

También sería de su naturaleza el pago de lo que le corresponda a cada concesionario en la administración del Centro Comercial. Dice la doctrina:²²

b) PARTICULARIDADES QUE PRESENTAN LOS CONTRATOS EN EL “SHOPPING CENTER”. ...

Seguimos en esto a Chueke, Kleidermacher y Viola, quienes nos brindan los ejemplos siguientes.

1) La empresa titular del shopping center ejerce el cargo de administradora del centro comercial, fija los gastos de éste y los divide como expensas comunes entre los locatarios. ...

.....

²⁰ Art. 1.498 del C. Civil. Contratos conmutativos y onerosos.

²¹ C.S.J., Sentencia 28 de Febrero de 2.005, exp.7504. Mag. Carlos Ignacio Jaramillo. Se refiere a la estabilidad o duración como característica propia de otro contrato de colaboración empresarial, como es el de Agencia Mercantil. Sentencia que se aplicaría a los demás contratos de igual naturaleza.

²² Farina, op. cit., pág. 369.

Por lo tanto, quedan establecidos los elementos de la naturaleza.

Los elementos accidentales estarían contenidos en las demás cláusulas de obligaciones de las partes, no relacionadas con las de existencia ni con las que contienen las obligaciones de colaboración ya anotadas, como serían las cláusulas puntuales de los demás derechos y obligaciones de las partes. Respecto a estos, y referido al tipo de contrato que venimos analizando, dice la doctrina:

... Son usuales las siguientes obligaciones accesorias que asumen las partes contratantes: a) obligación de tener abierto el local alquilado en los horarios y días establecidos en el reglamento o dispuestos por el locador incluso sábados, domingos y feriados; b) aceptación de las campañas promocionales generales del shopping dentro y fuera de sus límites, y aun con el compromiso de estructurar ofertas por parte del locatario, y c) los diseños internos de los locales están sujetos a la idea de un paseo de compras, establecida exclusivamente por el locador, y, como destacan Chueke, Kleidermacher y Viola, existen en los usos otras tantas cláusulas que incluso imponen severas multas para el caso de incumplimiento. Aun la determinación del quantum locativo depende a veces de complejos cálculos relacionados con niveles de facturación, aplicación de mínimos y otros parámetros.

Establecidos los elementos de la esencia, de la naturaleza y accidentales, de los contratos en discusión, pasamos a analizar si reúnen además los requisitos de existencia y posteriormente veremos si también reúnen los de validez.

4.6. Los contratos, frente a los requisitos jurídicos de su existencia.

La existencia de los contratos se refiere a su idoneidad para dejar huella en el mundo del Derecho, como fuente de derechos y obligaciones entre las partes, y para ello se requiere que estén presentes sus elementos esenciales, ya estudiados, y además que tengan objeto y causa, y que en su creación se hubieren cumplido las solemnidades exigidas por la ley para este tipo de actos jurídicos.

No establece la ley los requisitos de existencia de los contratos. Al menos no expresamente. Pero la Jurisprudencia y la Doctrina coinciden en que esa figura se aplica en el derecho colombiano, y por tal se entiende la ausencia de contrato, por falta de requisitos que van más allá de la nulidad absoluta. La ley comercial establece implícitamente los requisitos de existencia. A ello nos referiremos en los párrafos siguientes.

En el caso de los contratos que venimos analizando, no los habría si no hubiera Centro Comercial o interesados en entrar al mismo pagando las contraprestaciones. Una sola de estas falencias daría lugar a una sanción que no es la nulidad absoluta consagrada en la ley, y que de serlo se referiría solamente al objeto y causa ilícitos, a la falta de solemnidades y a la incapacidad absoluta²³. Es decir, que la inexistencia es una sanción mayor que la nulidad absoluta, y que se origina por ausencia de objeto, causa, solemnidades exigidas al tipo de contrato y ausencia de sujeto al cual se le pueda imputar capacidad o incapacidad.

Dice la ley:²⁴

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

Dijo la Hon. Corte Suprema de Justicia:²⁵

...la inexistencia es el no ser en el mundo jurídico, como el jamás haberse celebrado un acto; ...

Dice la doctrina:²⁶

... Si los actos... no valen, no se perfeccionan ante la ley, es porque no han alcanzado su ser jurídico, son inexistentes. Si tal ocurre, no podrán ni ratificarse, ni

²³ Art. 1.741 del C. Civil.

²⁴ Art. 898, inciso 2 del C. de Comercio.

²⁵ C.S.J., Sala de Casación Civil, Sentencia de Julio 24 de 1.969.

validarse por la prescripción. Lo que sí es posible cuando se trata de actos afectados de nulidad ...

Pasemos entonces a analizar si los contratos en estudio reúnen los requisitos jurídicos necesarios para que sean existentes:

➤ **Elementos esenciales**

Ya fueron estudiados, y el Tribunal encontró que se reúnen en los contratos analizados.

De faltar alguno de esos elementos, propios de este tipo de contratos, que ya vimos que son: el Centro Comercial y el pago por el derecho y servicios de pertenecer al mismo recibiendo la tenencia del espacio, el negocio podría salvarse si encuadrara en otro tipo de contrato, tal como sucedería si las partes desarrollan el contrato por ejemplo como de arrendamiento. Pero ello no ha sucedido aquí, como también lo analizó ya el Tribunal, por lo cual no puede haber conversión del negocio jurídico. Así que el contrato existe como de servicios de Centro Comercial mediante la entrega de locales a título de concesión.

➤ **Existencia de causa**

De acuerdo a la Ley²⁷, constituye causa de un contrato, el motivo que induce a su celebración y, de acuerdo a la Doctrina, ese móvil o motivo, esa intención, es esencial y necesario que exista, independientemente de si es o no lícita, por influir en la naturaleza de la operación celebrada entre las partes²⁸, tanto así que la falta de causa podría conducir a la inexistencia del acto jurídico celebrado²⁹.

La causa para la concedente, la Fiducia, es la expectativa de recibir un lucro (contraprestación económica) por los servicios de concesión de espacios de su Centro Comercial, y así se estableció en el punto C, Definiciones, numerales 5 y 6 de los contratos, que dice:

²⁶ Tamayo Lombana, Alberto. Manual de Obligaciones. Bogotá, Edit. Temis, 1.990, págs. 234 a 237-

²⁷ Art. 1524 del Código Civil.

²⁸ C.S.J., Sala de Casación Civil, Sent. De Oct. 7/38, citada por Código Civil comentado, Legis, art. 1.524.

5. CONTRAPRESTACIÓN: Es la suma mensual variable que el concesionario se compromete a pagar mensualmente a LA CONCEDENTE durante la vigencia de esta CONCESIÓN, por la utilización de la unidad comercial.

6. PRIMA: Es el valor que EL CONCESIONARIO acepta expresamente cancelar a LA CONCEDENTE, por una sola vez, por el derecho a vincularse a JARDÍN PLAZA y que se le asigne la tenencia de una unidad comercial para el desarrollo de una Actividad Comercial lícita previamente convenida. Para todos los efectos del presente documento la PRIMA se cancela por EL CONCESIONARIO por una sola vez y en los términos y condiciones estipulados en la cláusula cuarta.

Respecto a los concesionarios, convocantes en este proceso arbitral, la causa del contrato es la expectativa de participación en los servicios del Centro Comercial, recibiendo para ello la unidad física en concesión, para instalar allí su propio establecimiento de comercio. Dicha causa se encuentra en el siguiente texto de los contratos, en el punto que se acaba de citar:

12. LA CONCESIÓN: Corresponde al conjunto de estipulaciones, obligaciones, derechos y documentos contenidos en la presente oferta, que se entienden conocidos, aceptados por EL CONCESIONARIO, y se convierten en fuerza vinculante entre las partes ...

...

Por su parte, y continuando con la causa para los concesionarios, el literal b del punto D (Consideraciones) de los contratos, ya citado y transcrito, establece de qué se conforma el Centro Comercial y que se propone con el mismo.

²⁹ Ospina Fernández Guillermo y Ospina Acosta Eduardo, Teoría General del los actos o negocios jurídicos, Edt, Temis, 1.980, págs. 202 a 205, citado en el Código Civil Comentado, Legis, art. 1.524.

Por lo tanto, para el Tribunal existe una causa del contrato, para ambas partes. La licitud o ilicitud de la misma se estudiará más adelante, por no ser requisitos de su existencia sino de su validez.

➤ **Existencia de objeto**

De acuerdo a la ley, constituye objeto de un contrato la prestación (obligación), lícita y moralmente posible, de dar, hacer o no hacer, a que se refiere aquel³⁰.

Como quedó explicado atrás, por ser el contrato bilateral y sinalagmático, la causa de una parte es el objeto de la otra. Por lo tanto no se repetirá lo dicho. Basta decir que el objeto, o sea la prestación, para la Fiducia, son los servicios del Centro Comercial de su propiedad, y para los concesionarios (aquí convocantes) esa prestación es el valor de las contraprestaciones que paga a cambio de ese servicio y espacio.

Por lo tanto, para el Tribunal el objeto existe. Más adelante analizará si dicho objeto se encuentra o no viciado, por ser ese un tema de la validez de los contratos.

➤ **Las solemnidades sustanciales de los contratos de concesión celebrados entre las partes**

Se refiere a que se cumplan con las solemnidades sin las cuales el contrato no existiría, como sería el caso de la escritura pública, en los contratos que la ley lo ordena. Dice la ley:³¹

*El contrato ... es **solemne** cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún objeto civil; y es **consensual** cuando se perfecciona por el solo consentimiento.*

Estos son contratos atípicos, y por lo tanto no podría haber disposición legal que le imponga solemnidades. Por ello, y acatando el principio general de la

³⁰ Arts- 1517, 1518 inc. 3 y 1.519 del Código Civil.

³¹ Art. 1.500 del C. Civil.

consensualidad de los contratos, no se requiere ninguna solemnidad sustancial para su celebración.

En el caso de estos contratos, se han celebrado por documentos privados, lo cual es suficiente para darles vida jurídica.

La parte convocante ha cuestionado la inexistencia por falta **de solemnidades en el contrato de Fiducia y en los poderes con los cuales ésta produjo las ofertas mercantiles** que originaron los contratos. Solemnidades que radicarían en el hecho de que la fiducia fue constituida por escritura pública, pero fue modificada por algunos documentos privados.

Al respecto, la misma parte convocante se fundamentó en un concepto de la Superintendencia de Servicios Financieros, ya citado en esta providencia, en el que se establece que la única solemnidad que se exige, escritura pública, para las Fiducias, es la que se relaciona con la translación de bienes inmuebles. Todos los demás actos son consensuales. Y ello incluye las modificaciones del contrato. El Tribunal agrega que en estos casos es indiferente si lo modificado estaba o no en escritura pública, por cuanto esa solemnidad solamente se requeriría para la transferencia de bienes inmuebles.

No habiendo solemnidad sustancial, ni de ninguna otra clase, para el perfeccionamiento de los contratos de concesión de espacio dentro de un Centro Comercial, ni tampoco para la constitución y reformas de la Fiducia, dueña del Centro Comercial, encuentra el Tribunal que este requisito se cumplió.

Por todo lo anterior, se reconoce la existencia jurídica de los contratos.

4.7. Los contratos, frente a los requisitos jurídicos de su validez.

La validez se refiere a la conformidad de los actos jurídicos con lo preceptuado en las normas jurídicas que establecen los elementos indispensables para que estos produzcan efectos en el mundo del Derecho.

En nuestro sistema jurídico, los requisitos de validez de los actos jurídicos, son: la capacidad de las partes, su consentimiento libre de vicios (error,

fuerza y dolo), una causa lícita y un objeto lícito³². Sobre estos dos últimos requisitos, obsérvese que ya no es la realidad de causa y objeto, requisito de existencia ya analizado y encontrado correcto, sino que esas causa y objeto sean lícitas.

Veamos si los contratos sometidos a consideración del Tribunal reúnen o no estos requisitos en particular. En caso negativo, los contratos, a pesar de existir, estarían viciado de nulidad absoluta (vicio del consentimiento, causa u objeto ilícito e incapacidad absoluta), o relativa (falta de cualquier otro requisito de validez)³³:

➤ **La Capacidad de las partes**³⁴

Se refiere a la posibilidad que el ordenamiento jurídico le concede a las personas para manifestar su voluntad de realizar actos jurídicos, es decir para hacer declaraciones de voluntad.

La oferta fue presentada por la Fiduciaria a través de terceros, representantes y apoderados. Por lo tanto, es necesario establecer la capacidad de las personas que actuaron en esa cadena de contratos, previas a la oferta y a su aceptación, y en el acto propio de la celebración del negocio jurídico, que surgió de la aceptación de la oferta.

En el punto 4.4. de este Laudo Arbitral, quedó establecida la capacidad de las partes que intervinieron en el contrato: La Fiduciaria, la Fiducia y la sociedad apoderada de aquella y administradora del Centro Comercial (Central Control S.A.), al igual que la validez de la cadena de documentos originados en la constitución del Fideicomiso, sus modificaciones, los poderes otorgados para hacer las ofertas mercantiles, y su ejercicio por la representante legal de la sociedad apoderada.

Además, en el auto de declaración de competencia, El Tribunal ya había encontrado cumplido este requisito de capacidad de las partes, en cuanto a los convocantes y a la convocada. Por lo tanto esté requisito, la capacidad de las partes, se encuentra cumplido.

³² Art. 1.502 del C. Civil.

³³ Arts. 1.502 y ss. del C. civil, y 899 y ss del C. de Comercio.

³⁴ Art. 1.503 y s.s. del C. Civil.

➤ **El consentimiento libre de vicios de error, fuerza o dolo**³⁵

El consentimiento otorgado, puede no estar conforme con los valores éticos o legales, necesarios para que se perfeccione la declaración de voluntad.

Por error, se entiende la falta de coincidencia entre lo que se quiso realizar, frente a lo que se plasmó realmente en el acto jurídico concretado.

En el caso concreto, la parte convocante ha alegado que existió error en cuanto a la naturaleza de los contratos realizados (art. 1.510 del C. Civil), por cuanto se les propuso contratar la concesión de espacios físicos con los servicios del Centro Comercial, pero en realidad se estaban disfrazando contratos de arrendamiento.

A este respecto el Tribunal ya hizo su análisis, encontrando que lo que quisieron las partes fue contratar en la forma ofertada, los servicios del Centro Comercial, con la concesión de un espacio para sus propios establecimientos de comercio. Además, los convocantes recibieron la oferta, en la cual era perfectamente claro que el contrato no era de arrendamiento, tal como se analizó atrás, al referirnos a las etapas precontractual y contractual, por lo cual no podrían alegar ahora esa clase de error, que además no quedó manifiesto en ninguna de las pruebas practicadas en este proceso.

En cuanto a la fuerza, el Tribunal no ha encontrado que ninguna de las partes hubiera sido constreñida, moral o físicamente, a contratar. Todas se vincularon libremente al contrato ofertado, en la forma ya analizada y encontrada correcta.

Y tampoco hubo dolo o mala fe de ninguna de las partes. En la oferta quedó claramente plasmada la naturaleza y obligaciones propuestas, a lo cual se vinculó la parte convocante, al adherir aceptando dichas ofertas, y cumpliendo durante varios meses, y algunos en forma continua, con dichas obligaciones.

Por lo tanto el consentimiento de las partes se hizo sin vicios.

³⁵ Arts. 1.508 y s.s. del C. Civil.

➤ **La licitud de la causa**³⁶

Al referirnos a los requisitos de existencia, vimos en que consistían la causa y el objeto. Por lo tanto, y para no repetir, pasamos a estudiar lo relativo a su licitud.

De acuerdo a la ley civil, la causa ilícita es la prohibida por la ley o contraria al orden público o las buenas costumbres.

Revisado el proceso, el Tribunal constató que no se alegó en las demandas, ni se detectó en ninguna prueba, que el móvil o motivo para contratar hubiera sido ilícito. Por lo tanto este requisito está cumplido.

➤ **La licitud del objeto**³⁷

De acuerdo a la ley civil, el objeto es ilícito cuando contraviene el Derecho Público.

El objeto, al igual que la causa, ya fue analizado y no se encontró que violara el Derecho Público. Por lo tanto, valen los mismos razonamientos expresados en el punto anterior, y en consecuencia el Tribunal encuentra que el objeto de estos contratos es lícito.

Todos los requisitos de existencia y validez se han llenado: contratos con vida jurídica, partes capaces, elementos propios, causa y objeto existentes, lícitos y claros, consentimiento libre de vicios (no se probó ningún error, ni fuerza, ni dolo), y se hizo con las ritualidades propias de este tipo de contratos no solemnes, originados además en ofertas mercantiles, debidamente aceptadas.

Por lo tanto, los demás incumplimientos que se alegan mutuamente las partes, no pueden dar lugar a inexistencia ni a invalidez de los contratos de servicios de Centro Comercial mediante concesión de locales. Veamos entonces si esos incumplimientos son fuente generadora de responsabilidad civil.

³⁶ Arts. 1.524 y s.s. del C. Civil.

³⁷ Arts- 1.517 y s.s. del C. Civil.

4.8. Los incumplimientos de los contratos de concesión de espacio dentro del Centro Comercial

Establecida la existencia y la validez de los contratos de concesión celebrados entre las partes, entra el Tribunal a estudiar los incumplimientos enumerados por ellos en sus memoriales, resumidos en la primera parte de esta misma providencia.

Sobre este análisis el Tribunal hace una vez más la acotación, de que en la demanda principal esos incumplimientos y sus consecuencias indemnizatorias se condicionaron a las dos únicas pretensiones declarativas, de inexistencia del contrato y de toda relación contractual entre las partes.

Por lo tanto, siendo muy estrictos sobre técnica jurídica para demandar, al Tribunal le bastaría decir que, siendo existentes y válidos los contratos, no cabría hacer análisis adicionales sobre los hechos de la demanda planteados como consecuencia de esas pretensiones, y en consecuencia no entraría a estudiar los incumplimientos alegados por dicha parte, como si lo haría, respecto de los incumplimientos alegados por la parte convocada, por estar relacionados con sus pretensiones.

Pero no procederá así este Tribunal, por cuanto interpreta que, al quedar planteadas en la demanda de reconvención esas pretensiones y hechos de incumplimientos, y al haber excepciones de la parte convocante, sobre esas circunstancias, caben en el análisis del Tribunal todas las manifestaciones que ambas partes hicieron sobre el tema, en todos sus memoriales, y en toda la etapa probatoria del proceso, por ser todos esos elementos necesarios para desatar los conflictos planteados.

En consecuencia, entrará a estudiar los incumplimientos alegados por ambas partes, por tener relación directa y necesaria con las conclusiones a que llegará en la parte resolutive del presente Laudo Arbitral.

4.8.1. Los incumplimientos que alega la parte convocante en los hechos de su demanda

- a) No se determina en la totalidad de las ofertas mercantiles, ni clara ni plenamente el Fideicomiso.

El Tribunal encuentra que sí se determinó en las ofertas, clara, plena y expresamente el Fideicomiso. Ello está contenido en los contratos, en el punto A, de antecedentes, numerales 1 y 4, y en el punto B, de Declaraciones, numeral 1, párrafo segundo, que se refieren a la promoción del Centro Comercial, a su propietario, la Fiducia, y a los poderes con el que se hicieron las ofertas, o sea el otorgado a Central Control S.A.:

...

A. ANTECEDENTES

1. *LA CONCEDENTE adelanta la promoción del Proyecto CENTRO COMERCIAL JARDÍN PLAZA (en adelante JARDÍN PLAZA) sobre un predio ubicado en la zona urbana del Municipio de Cali (Valle), cuya identificación y descripción se incluye en el Anexo No. 1, el cual es de propiedad del patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDÍN PLAZA, cuyo vocero legal es la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A.*

.....

4. *La FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. otorgó el poder a que se refiere el encabezado de esta oferta, como propietaria del inmueble sobre el cual se desarrolla el Proyecto Centro Comercial Jardín Plaza, pero no obra como promotora ni ejecutora del mencionado proyecto.*

B. DECLARACIONES

1. *LA CONCEDENTE mediante el presente declara y garantiza que:*

....

- o *Que su representante legal tiene el poder y la autoridad suficiente para suscribir la presente OFERTA y obligar a LA CONCEDENTE en las disposiciones y condiciones establecidas en ésta, según consta en el Acta No 2 de la Junta Directiva de la sociedad, así como por el poder otorgado por el representante legal de la sociedad FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de vocera legal del Patrimonio Autónomo denominado FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDÍN PLAZA, documentos que harán parte de la presente oferta como Anexo 3.*
(Hasta aquí la cita)

- b) De las ofertas mercantiles presentadas se derivó el “supuesto” Contrato de Concesión una vez suscritas las correspondientes órdenes de compra por los convocantes.

El Tribunal ha encontrado probado que el contrato no era “supuesto” sino real, por voluntad de ambas partes, quienes así lo manifestaron

expresamente en sus declaraciones. Además encontró que los contratos reunían todos los requisitos de existencia y validez.

- c) Los convocantes suscribieron las órdenes de compra con la sociedad Central Control S.A., sociedad promotora del proyecto y concedente.

Esto es cierto, pero también lo es que dicha sociedad actuó con poder de la Fiduciaria, el cual el Tribunal encontró ajustado a Derecho.

También alegó que algunos poderes habían sido otorgados a la Gerente General de Central Control S.A. como persona natural. Circunstancia que para el Tribunal es intrascendente, puesto que, de ser así, de todas formas la obligada fue la poderdante, el patrimonio autónomo. Es decir que la Gerente, así fuera a título personal, obligó fue a la Fiduciaria. Y tan así lo entendieron los convocantes, que en el desarrollo del contrato han tenido es a la Fiduciaria (vocera y administradora del patrimonio autónomo) como su contraparte en el negocio y en este proceso. Es decir que en todos los actos, anteriores o posteriores a la relación contractual, dicha gerente actuó siempre como representante legal, por lo cual no podría entenderse que en algún acto aislado lo hiciera en su propio nombre, cuando esos actos materializaban era relaciones jurídicas con la Fiduciaria y no con ella misma.

- d) En los poderes no se determinaba que la Fiduciaria actuaba como vocera y administradora del Fideicomiso, como lo establecen las ofertas.

Las ofertas sí determinaron que la Fiduciaria actuaba como vocera del Fideicomiso. Así lo dice expresamente en el punto B, Declaraciones, numeral 1, párrafo dos, transcrito atrás, al referirnos al primer incumplimiento de los que estamos analizando.

- e) Se genera inexistencia por indeterminación del objeto cuando el contrato que se deriva de la oferta no es cierto, es decir, determinado.

El Tribunal encontró que el objeto del contrato existe y es válido, y además que su determinación es clara y expresa, como lo establece expresamente el

documento de oferta, punto D, literal d, transcrito y analizado atrás³⁸, y además se dio cumplimiento a los demás requisitos de existencia de los contratos.

- f) La oferta mercantil y sus órdenes de compra constituyen un contrato atípico, que al igual que los contratos típicos, debe producir beneficios recíprocos, se les aplica la teoría del abuso del derecho, cuando bajo apariencia de un contrato atípico se pretende disimular un típico, en este caso de arrendamiento.

La primera parte es cierta. Es un contrato atípico que, por pacto expreso, cláusula D, literal i, atrás transcrita y analizada, debe producir beneficios recíprocos, y además, como lo ha manifestado el Tribunal, debería haber generado sinergias entre las partes.

Lo que no encuentra probado el Tribunal es que mediante abuso del Derecho se haya disfrazado un contrato típico de arrendamiento. Como ya se analizó, no se reúnen los elementos propios de dicho contrato. Antes por el contrario hay requisitos de la naturaleza del contrato celebrado, propios del contrato de servicios de Centro Comercial mediante concesión de espacio, y no de los de arrendamiento y, lo que es más importante, ninguno de los convocantes creyó estar contratando en arrendamiento. Inclusive, algunos de ellos manifestaron tener contratos en otros centros comerciales, y pudieron diferenciar entre los que tenían la modalidad de arrendamiento y los que eran de concesión de espacio.

- g) Indeterminación de calidad en la cual actúa la sociedad Fiduciaria del Valle S.A. hoy Fiduciaria Corficolombiana S.A.

Esto no es cierto, y caben aquí los mismos razonamientos expuestos para definir los incumplimientos referidos en los literales a y d, de este análisis.

- h) En el contrato de fiducia (Escritura Pública 2101 de mayo 26 del 03, Notaria Primera de Cali), no se establecía la facultad de celebrar contratos de concesión.

³⁸ Ver el punto 4.1., análisis de la naturaleza de los contratos.

Esto es cierto, pero después, mediante escritura pública No. 2293 de fecha junio 03 de 2005, Notaria Primera de Cali, se cobijó esa facultad. A juicio del Tribunal, la ampliación de esa facultad constituye ratificación válida de la facultad de contratar. Lo únicos vicios no saneables por ratificación son los que generan nulidad absoluta, y la enumeración de esta clase de vicios es taxativa, como ya se analizó atrás.

Además, la actuación de los representantes o apoderados más allá del objeto social lo que hace es obligarlos a título personal, hasta que su mandante ratifique el acto con las mismas formalidades observadas para expedir el documento deficiente, siempre y cuando no hubiere terceros perjudicados. Dice la ley (art. 844 del C. de Comercio):

La ratificación del interesado, si se hace con las mismas formalidades que la ley exige para el negocio jurídico ratificado, tendrá efecto retroactivo, salvo en cuanto lesione derechos de terceros.

- i) La no existencia del fideicomiso denominado, Fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza, a la fecha de presentación de las ofertas.

El Fideicomiso sí existía, con el nombre de Fideicomiso Jardín Plaza, pero se trata del mismo patrimonio autónomo. Al estudiar lo referente al Fideicomiso y a la Fiduciaria, el Tribunal se refirió a este punto.³⁹

Cabe recordar también que la misma apoderada de la parte convocante contó con un concepto de la Superintendencia de Servicios Financieros, con base en el cual el Tribunal apoyó adicionalmente su posición de que el cambio de nombre de la Fiducia, conservándose la misma, no afecta los actos por ella celebrados.

- j) La no existencia de poder para ofertar por parte de Central Control S.A.

En la escritura pública 2293 de junio 03 de 2005, Notaria Primera, se hace referencia de Central Control S.A. como apoderada de Fiduciaria del Valle

³⁹ Ver punto 4.4. de esta providencia.

S.A. Fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza, lo cual constituye prueba del poder conferido, de acuerdo a lo establecido en los párrafos anteriores, y al análisis que hizo el Tribunal sobre este tema.

k) Mal otorgamiento del poder conferido por FIDUVALLE S.A a Central Control S.A.

Vale el mismo razonamiento del punto anterior.

l) Inexistencia del Régimen de Propiedad Horizontal.

Dentro de las obligaciones contractuales está la contenida en más de veinte cláusulas, en las que se establece a cargo de la Fiduciaria la obligación de constituir el inmueble, Centro Comercial, en propiedad horizontal. Obligación que no fue cumplida.

El Centro Comercial adujo que eso no le había traído perjuicios a los concesionarios, y que la falta de dicho requisito había sido suplida por el reglamento interno del Centro Comercial, pactado igualmente en el contrato. Al respecto, dijo en su testimonio la Gerente del Centro Comercial:⁴⁰

Yo solo le puedo decir que nosotros teníamos contemplado un reglamento de propiedad horizontal y un reglamento interno. Cuando nosotros decidimos ya que vamos a abrir el centro comercial que está terminando de construir y habría que hacerlo, los socios toman una decisión de que sea un reglamento interno, que sea un único dueño y que tenga si no una matrícula el centro comercial y que se rija por el reglamento interno que nosotros le entreguemos a los comerciantes, y la misma oferta lo dice; o sea que nosotros podamos tomar la decisión porque no tenemos que llevar esto ni a una asamblea ni a una junta directiva donde participen comerciantes porque aquí quien decide es el dueño del fideicomiso que es Jardín Plaza y que son los socios de Jardín Plaza, o sea nosotros no tenemos que pedir autorización a los comerciantes.

...

⁴⁰ Pags. 27, 29, 30, 31, 38,39 y 40 del testimonio.

La diferencia entre reglamento de propiedad horizontal o reglamento interno, realmente yo no veo en qué los puede perjudicar. Las cláusulas que lo puede perjudicar como concesionario, están todas dentro del reglamento interno. El resto de cláusulas de un reglamento de copropiedad, son las cláusulas de un reglamento de propiedad horizontal y en eso tenía la potestad los dueños y la fiduciaria de decidir si hacían un reglamento de copropiedad o si no se hacen un reglamento de copropiedad y consignaban dentro del reglamento interno todo cómo debía ser el funcionamiento del centro comercial, porque el reglamento de propiedad horizontal se ciñe normalmente en Colombia ¿por qué? porque es que fulanito es el dueño de este local, pero periquito el de ese, periquita el de allá, entonces tiene pues diferentes dueños, y por eso también se llama reglamento de propiedad horizontal porque tiene varias matrículas, nosotros tenemos una sola, es un solo dueño que es una sociedad, y todo lo que puede perjudicar o favorecer está dentro de un reglamento interno de funcionamiento donde le dice cómo debe funcionar, cómo debe abrir, cómo debe pagar, está dentro de un reglamento interno que fue entregado a los comerciantes; ...

...

DR. JOSE ANTONIO TAMAYO HURTADO – Árbitro Único

El numeral 6, de la cláusula 12.2 de la Oferta, se refiere a la participación de las unidades en los gastos y expensas comunes de acuerdo al porcentaje de cada unidad en relación con el total del centro comercial; si no hay reglamento de propiedad horizontal, ¿de dónde sale el porcentaje?

Sra. SANDRA MARIA TENORIO CALERO – Testigo.

Ese porcentaje sale del valor del metro cuadrado que se divide el valor total de lo que es la seguridad, la publicidad, todo este tipo de cosas que maneja el centro comercial, aseo de pasillos, iluminación de pasillos, de parqueaderos,

y se divide por el área de cada local, lo que es la parte que le corresponde a las áreas comunes siempre lo asume el centro comercial, y los locales que están sin ocupar siempre los asume el centro comercial, fuera de que la cuota de administración que se le cobra a los comerciantes y que nosotros asumimos de los locales no colocados o de los locales que no pagan, porque las personas que están en estos tribunales hace mucho tiempo dejaron de pagar y el centro comercial tiene que pagar por ellos, entonces salen siempre de los socios de Jardín Plaza, porque nunca el valor de esa administración cubre la totalidad de los gastos de Jardín Plaza en lo que es la parte administrativa; es más, los sueldos de los administradores no sales de las cuotas de administración.

...

Yo me ratifico en lo que le dije, y es lo que puede concernir a los comerciantes en cuanto al manejo de los locales, al funcionamiento del centro comercial, a fechas y a todo esto, están dentro de un reglamento interno que es la parte que le tiene que importar al comerciante. Lo que es un reglamento de propiedad horizontal es algo que puede perfectamente el dueño del proyecto decir si lo hace o no lo hace porque aquí todas las unidades son de un mismo dueño, el reglamento de propiedad horizontal, tan es así que usted mismo me lo confirma, ellos no saben si los perjudica o no los perjudica, y el reglamento interno para funcionamiento de horarios lo tienen absolutamente todos los comerciantes y lo que los pueda afectar que esté dentro de un reglamento de propiedad horizontal, está dentro del reglamento interno para funcionamiento.

...

El área de cada local está dentro de cada contrato, se coloca en todos los contratos el área que tiene cada unidad comercial, fuera de eso se entregan unos planos para adecuación; dentro de estos planos para adecuación se dice qué área tiene cada local porque si no era imposible

que sin altura, sin área, sin fachada, las personas pudiese trabajar una adecuación de un local.

¿Cómo se determina el número? Es el único Jardín Plaza que hay en Cali, es el único Centro Comercial Jardín Plaza no sólo en Cali sino en este momento en todo Colombia, es una marca registrada por nosotros, y sólo en el Centro Comercial Jardín Plaza Cra. 98 No. 16 – 200 existe el Local 116 con un contrato a nombre de fulanito de tal, es imposible que ése fulanito, en otro centro comercial, pueda tener ese mismo 116 que se llame Jardín Plaza y que lo pueda firmar la Fiduciaria Corficolombiana.

(Hasta aquí la cita del testimonio)

Por su parte, dice la doctrina:⁴¹

...b) PARTICULARIDADES QUE PRESENTAN LOS CONTRATOS EN EL “SHOPPING CENTER”. Seguimos en esto a Chueke, Kleidermacher y Viola, quienes nos brindan los ejemplos siguientes.

La empresa titular del shopping center ejerce el cargo de administradora del centro comercial, fija los gastos de éste y los divide como expensas comunes entre los locatarios...

Como puede observarse, no es necesario que el inmueble, Centro Comercial, sea de propiedad de varias personas, para que se constituya en copropiedad, por cuanto ésta la da no la pluralidad de personas sino la de unidades físicas en que el dueño, plural o singular, divide su propiedad.

Es decir, que la copropiedad se refiere es a la división de espacios físicos de un bien, constituyendo así unidades jurídicas independientes, con sus matrículas y cédulas catastrales propias. Reglamento de Copropiedad que, a diferencia del Reglamento Interno del Centro Comercial, tiene una mayor fuerza legal, en lo que respecta a la diferenciación física de cada espacio, y a los derechos y obligaciones de los copropietarios (en este caso uno solo) y de quienes los ocupen a cualquier título (como en el caso de este Centro Comercial).

⁴¹ Farina, op.cit., loc. Cit.

En cuanto a la división física, ella quedó suplida en los contratos, con los anexos 1, 5 y 6, anunciados además en sus textos, referentes a la descripción de cada unidad concesionada y a los planos de éstas y el de distribución de las áreas del Centro Comercial, con base en los cuales, los titulares de cada unidad concesionada hicieron las adaptaciones locativas pertinentes, sin que se hubiere probado que para ello hubieran tenido alguna dificultad para identificar dichos locales o para no confundirlos con otros.

En cuanto a los derechos derivados de la utilización de áreas, están suplidos en el reglamento interno, el cual fue cumplido, al menos durante un tiempo, por los convocados. Y a falta de disposiciones expresas sobre cuotas de administración, en el reglamento interno, está la conducta de los convocante, quienes con sus pagos aceptaron dichas cuotas, las cuales son un procedimiento normal cuando se está disfrutando de los servicios de un Centro Comercial, tal como se determinó en el punto 4.5., elementos de la naturaleza, en esta misma providencia.⁴²

Dijo la Gerente del Centro Comercial:⁴³

El área de cada local está dentro de cada contrato, se coloca en todos los contratos el área que tiene cada unidad comercial, fuera de eso se entregan unos planos para adecuación; dentro de estos planos para adecuación se dice qué área tiene cada local porque si no era imposible que sin altura, sin área, sin fachada, las personas pudiese trabajar una adecuación de un local.

¿Cómo se determina el número? Es el único Jardín Plaza que hay en Cali, es el único Centro Comercial Jardín Plaza no sólo en Cali sino en este momento en todo Colombia, es una marca registrada por nosotros, y sólo en el Centro Comercial Jardín Plaza Cra. 98 No. 16 – 200 existe el Local 116 con un contrato a nombre de fulanito de tal, es imposible que ése fulanito, en otro centro comercial, pueda tener ese mismo 116 que se llame Jardín Plaza y que lo pueda firmar la Fiduciaria Corficolombiana.

⁴² Ver en este punto la cita de doctrina, sobre la fijación de las cuotas de administración por el propietario del Centro Comercial.

⁴³ Pag. 40, loc. Cit.

Por lo tanto, estos incumplimientos carecen de contenido económico, por lo cual no se genera daño, como elemento indispensable para que exista una responsabilidad civil. Tema sobre el cual volveremos más adelante, al referirnos a los incumplimientos enumerados por la parte convocada, y más concretamente al no pago de las primas.

m) Cobro ilegal de la Prima

En virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden pactar libremente las contraprestaciones de sus negocios. Tema que fue motivo de análisis al referirnos a la naturaleza del contrato y a su interpretación.

Además, no hay norma expresa que impida que se pague una prima por el derecho a pertenecer al Centro Comercial.

n) Inconsistencias en la autenticación y reconocimiento de firmas de algunos convocantes: abuso de la posición dominante de Central Control S.A..

A ello se refirió ya el Tribunal, para concluir que las diferencias entre las fechas ciertas que aparecen en los sellos notariales, y las que manifiestan algunos convocantes que fueron las reales, no modifican en forma alguna las relaciones contractuales entre las partes.⁴⁴

o) Extinción del negocio fiduciario por expiración del plazo.

El negocio fiduciario está vigente hasta el año 2010, según consta en el documento de prórroga que el Tribunal encontró correcto, por permitirlo así el ordenamiento que rige la constitución y funcionamiento de las Fiducias.⁴⁵

p) Cláusula compromisoria abusiva.

La aplicación de la cláusula arbitral y la constitución del presente Tribunal fueron objeto de recursos y de excepción de mérito, por parte de la misma convocante, quien ha alegado que no cabe en dicho procedimiento el trámite de restituciones.

⁴⁴ Ver punto 3.3., último párrafo.

Al respecto el Tribunal considera que la cláusula se refiere es a la restitución de inmuebles y no de dineros. Sería ilógico que se entendiera que la exclusión fuera para estos últimos, por cuanto cualquier Tribunal quedaría sin pretensiones económicas, no pudiendo en ningún caso llegar a fallos de fondo que involucren obligaciones dinerarias, por condenas a cargo de las partes. Es decir que esa interpretación no llevaría a ningún efecto de la cláusula compromisoria, por lo cual, y de acuerdo a las normas sobre interpretación lógica de los contratos (art. 1.620 del C. Civil), lo correcto es interpretar en la forma que produzca algún efecto, y esto sería interpretando que la restitución se refiere a los inmuebles y no a las condenas dinerarias.

Además, los contratos, en sus cláusulas Décima Séptima y Décima Octava, se refieren expresamente a la obligación de restitución de las unidades comerciales a la finalización de los contratos. Por lo tanto, y de acuerdo a la interpretación sistemática de los contratos (art. 1622 del C. Civil), la cláusula de arbitramento debe interpretarse, en el punto en discusión, como referida a la restitución de esas unidades comerciales concesionadas, tal como lo pactaron las partes, dentro del mismo texto contractual.

4.8.2. Los incumplimientos que alega la parte convocada

a) El No pago de la Prima.

Es cierto, no se pagó totalmente la prima, por parte de la mayoría de los convocantes, tal como se determinó en el dictamen pericial. Pero hay que tener en cuenta que no la pagaron porque la convocada también incumplió el contrato, en cuanto a las obligaciones de colaboración empresarial propias de su naturaleza. A este respecto se referirá el Tribunal en este mismo capítulo, al analizar los incumplimientos que de oficio ha encontrado, y al declarar de oficio la excepción de contrato no cumplido.

b) El no mantener la póliza de seguro de todo riesgo.

Es cierto, y así lo aceptaron los declarantes de parte. Pero en ninguna parte quedó probado el daño, o perjuicio económico que este incumplimiento le

⁴⁵ Ver el punto 4.4., primeros párrafos.

hubiere causado a la convocada. Por lo tanto sin daño cuantificado no puede imputarse responsabilidad civil.

c) Abstenerse de efectuar publicidad de terceros.

Se refiere a algunos avisos que los convocantes pusieron, sobre una asociación que agrupa a algunos de ellos. Es cierto, y así lo aceptaron, pero no se acreditó ningún perjuicio económico para la convocada, por ese motivo. Vale entonces el mismo razonamiento del punto anterior.

d) No pago de la contraprestación, ni de las expensas comunes facturadas por la administración.

La contraprestación, al igual que la prima, es requisito esencial del contrato. Sin la cosa y el precio no existe el contrato, tal como lo analizó ya el Tribunal al referirse a los requisitos de existencia y de validez de los contratos. Pero, como ya se anunció en el pronunciamiento sobre el literal "a)" de los incumplimientos que alega la convocada, el Tribunal analizará este punto a la luz del incumplimiento que ha encontrado de oficio, y a la declaración, igualmente oficiosa, de contrato no cumplido por no cumplimiento de las obligaciones de colaboración, propias de la naturaleza de estos contratos.

En cuanto a la obligación de pagar las expensas comunes de administración, además del mismo razonamiento del párrafo anterior, el Tribunal agrega que es también una obligación propia de la naturaleza del contrato. Tal como quedó establecido atrás.

e) No abrir la unidad comercial concesionada en horarios establecidos por el centro comercial.

Esto no quedó claramente demostrado, y no se acreditó ningún perjuicio económico para la convocada, por ese motivo. Por lo tanto no puede haber responsabilidad civil de la otra parte.

f) Abstenerse de ceder la tenencia de la unidad comercial asignada o la explotación comercial a un tercero.

Los convocantes Fernando Pérez Castañeda, María Rosa Triviño Briñez y B & T Trading Limitada, cedieron sus derechos a ocupar los locales concesionados, así:

Fernando Pérez Castañeda, lo cedió a Miryam René Villamil Jiménez. Esto fue confesado por el citado declarante.

María Rosa Triviño Briñez, lo cedió a María Rosa Triviño Briñez E.U. Esto fue confesado por la citada declarante. Cabe anotar que, de acuerdo al artículo 71, Inc. 2 de la Ley 222/95, la E.U. constituye una persona distinta a quienes la han conformado.

B & T Trading Ltda. declaró que el establecimiento de comercio que ocupa el local por él concesionado, no es de su propiedad.

Por definición, y de acuerdo a la oferta mercantil que les dio origen, los locales concesionados debían ocuparse por los aceptantes concesionarios, con sus propios establecimientos de comercio. Por lo tanto, el hecho de haber cedido el derecho a ocupar los espacios con establecimientos de terceros, entendiendo por tales a las personas diferentes a los contratantes, sin importar su grado de parentesco, es una violación del contrato de concesión. Esto, sin contar con la violación contractual por la falta de aceptación de esa cesión por parte del Centro Comercial, como representante de la Fiduciaria, a lo cual se refirió en varios memoriales el apoderado de la parte convocada, entre ellos su alegato de conclusión. Situación que genera además una falta de legitimación de esos contratantes cedentes, para reclamar indemnizaciones por perjuicios sufridos no por ellos sino por los actuales propietarios, cesionarios de dichos espacios o establecimientos de comercio. Sobre la legitimación en causa para demandar, como uno de los requisitos procesales, dice la Doctrina:

Jurisprudencia.- La causa como elemento de la pretensión. “Sujetos, objeto y causa son, pues, los elementos de toda pretensión por cuyo conducto se obtiene la individualización del contenido litigioso de cada proceso civil en particular, y en cuanto al tercero de esos elementos concierne, debe tenerse presente que lo

constituye el conjunto de hechos de relevancia jurídica en que el actor ha fundado la ameritada pretensión, constituyendo en consecuencia uno de los “factores esenciales del libelo” (G.J. ts. LIX, pág. 818, y LXXV, pág. 158) que en la sentencia no pueden ser alterados, toda vez que en este ámbito, como lo tiene definido la jurisprudencia con sólido respaldo en las normas de rango legal citadas en el párrafo precedente, “la facultad del juez queda reducida a la apreciación en hecho y en derecho del título específico de la demanda tal como la formuló el actor, y de sus efectos con relación al demandado, por ser la causa petendi uno de los límites que se establecen en la litis contestatio” (G.J. T. XXVI, pág. 93). Dicho en otras palabras, para identificar una pretensión con la exactitud necesaria y evitar de este modo incurrir en los excesos o desviaciones a los que atrás se hizo referencia, no basta atender a lo que se pide sino que respecto a ese “petitum” que constituye objeto inmediato de la pretensión, el ordenamiento positivo exige que se le ponga en relación con la causa de pedir invocada, expresión esta que según acaba de verse, comprende tanto la concreta situación de hecho aducida como las consecuencias jurídicas que a esa misma situación le asigna el demandante, de lo que se sigue, entonces, que el elemento identificador en estudio lo componen dos factores enlazados entre sí en estrecha conjunción que de acuerdo con la perspectiva que de esta última aporta la demanda, tampoco puede serle indiferente a los sentenciadores quienes, además de exhaustivos en el pronunciamiento decisorio frente a todos los temas materia del debate, deben ser respetuosos de dicha conjunción y considerarla en su integridad pues como lo advierte un autorizado expositor “ ... resulta muchas veces que el tribunal falla la acción, reconoce o niega lo pedido, pero se equivoca al calificar la causa de pedir, y en tal caso puede invalidarse la sentencia porque si bien se ha fallado la acción, no se ha considerado el mismo fundamento

alegado, la misma causa de pedir, y el juez habría fallado extra petita...⁴⁶”

Por lo tanto, al no tener causa para exigir reparación por daños, estos convocados carecen de legitimación para reclamar perjuicios causados, y así lo declarará el Tribunal.

g) No participar activamente en campañas promocionales.

Esto es cierto, y lo es también que esas campañas fueron desarrolladas por el Centro Comercial. A ello se referirá más adelante el Tribunal, al analizar los incumplimientos que oficiosamente ha encontrado. Pero también lo es el incumplimiento de la convocada en la generación de sinergias, como se analizará más adelante. Entonces, ¿en qué forma se podía convencer a los ahora convocantes, para que participaran en esas campañas?.

h) No atender las disposiciones legales del contrato de concesión, respecto a María Rosa Triviño Briñez.

Se refiere a una sanción de la DIAN.

Esto es cierto, pero no tienen trascendencia suficiente como para generar perjuicios económicos para la Convocada, o al menos no fueron cuantificados.

4.8.3. Incumplimientos que el Tribunal ha encontrado oficiosamente, y que serán objeto de pronunciamiento en la parte resolutive, por la vía de declaración de excepciones innominadas

El Tribunal se referirá a las obligaciones derivadas de la naturaleza de colaboración empresarial, propias de los contratos en los cuales se han originado los conflictos que venimos analizando.

Dentro de los incumplimientos de parte del Centro Comercial, a que se refieren las pruebas documentales (cláusulas de los contratos), declaraciones de parte, testimonios, y hasta el hecho 13 de la demanda de

48 Alessandri R., Fernando, Curso de Derecho Procesal, Tomo II, Cap. IV, citado por Legis, C.P.C., punto 0357.

reconvención, **está el de no respetar las obligaciones propias de los contratos de colaboración, concretamente de las sinergias entre las partes.** Tema que en el mismo contrato se le da la categoría superior y rectora del mismo, pero no se cumplió por parte de la convocada.

Los contratos de concesión, denominados también de Centro Comercial, son contratos atípicos en nuestra legislación, y pertenecen a lo que doctrinariamente se ha denominado como contratos de **colaboración empresarial.** Tema que ya fue estudiado por el Tribunal.⁴⁷

Estos contratos atípicos de concesión de espacio son de **colaboración empresarial,** por ser éste el principal de los elementos de su naturaleza, además de su duración o permanencia. Orientación que quedó plasmada en el texto ofertado por la convocada y aceptado por la convocante⁴⁸.

Es cierto que el Centro Comercial cumplió con sus obligaciones de promoción y mercadeo, y también de capacitación de los concesionarios. Así se desprende de los siguientes testimonios:

De la Gerente General del Centro Comercial:⁴⁹

.... y le ayudamos al comerciante de que si sus ventas bajan nosotros le ayudamos en la parte comercial, en la parte de mercadeo, y hacemos un estudio y hacemos auditoría, para que puedan saber dónde están las fallas; hacemos tres estudios de mercado al año para que el mismo comerciante pueda ver hasta con el cliente incógnito cómo están atendiendo, se visitan a los comerciantes y se les dice y se les muestra con filmaciones y con todo dónde está la falla, se capacita a los vendedores de los locales comerciales y se les premia con dinero y con viajes a los empleados de los locatarios para que ellos vayan incrementando su conocimiento y su atención al cliente y toda la parte que tiene que ver con la atención y compra finalmente del consumidor de Jardín Plaza.

⁴⁷ Ver punto 4.1. de esta providencia.

⁴⁸ Ver cláusula D, literales “d” e “i” de los contratos, transcrita en el punto 4.1.

⁴⁹ Loc. Cit., pag- 53.

Dijo la Gerente de Mercadeo del Centro Comercial:⁵⁰

... las estrategias de mercadeo son continuas. No es algo que se da por tiempo, por temporada, son estrategias que se trazan desde el año anterior mas o menos ... esas estrategias que realizamos lo basan como ya dije en diferentes estudios que hacemos de cliente, de actual cliente y del que no es cliente pero que queremos que lo sea ...

....

..... hay campañas que son puntuales del Centro Comercial que son institucionales o campañas por ejemplo que son para eventos del Centro Comercial que en eso se promociona el evento como tal, pero también generamos campañas en las que las marcas están ahí dentro del Centro Comercial son pautadas en las campañas nombradas.

.....

DOCTOR JOSÉ ANTONIO TAMAYO HURTADO

Si díganosle cuales son las marcas, la pregunta va es a que si hay una política de monitoreo permanente con el fin de tratar de buscar donde haya disminución de ventas, se hagan campañas con el fin de promocionar para tratar de recuperar ese mercado, la pregunta concreta es si se ha hecho con respecto a quienes están de parte en este proceso cualquiera que sea el motivo por las estadísticas, por la crisis, por disminución de ventas, por posicionamiento en el mercado, cualquiera de esas cosas que miden ustedes como técnicos en la materia, entonces pues yo le pediría al apoderado de la parte convocada y convocante en reconvención el Doctor Suárez que le lea cuales son las partes de este proceso.

DR. DIEGO SUÁREZ ESCOBAR

⁵⁰ Pag. 4,10, 21 y 22 del testimonio.

Para la testigo más fácil trabajar por marcas y no por nombre del comerciante, entonces le voy a dar la marca, son los almacenes Dablin, Otac Store, Decorliving, Annchery, Skeacher, Sportzone, Artemisa, Oxxo, La Sirena, Mandarinas, Splash y Fiorela.

MARIA ELISA GUERRERO COLLAZOS

Campañas desde el Centro Comercial puntuales para esa marcas no, no las hemos tenido, hemos tenido por categorías, por categorías sobre todo plaza de comidas las promocionamos y en categoría infantil aunque ahí no hay ninguno de los infantiles también entregamos boletas a cine por compras en Octubre pero para esas marcas puntual campaña no.

Dijo la abogada del Centro Comercial:⁵¹

LEIDY MARLEN ARCILA ESPINOSA

Bueno, nosotros hacemos dos capacitaciones básicas, una que es para todos los vendedores de los locales, que digamos que nuestro objetivo principal de acuerdo a nuestros estudios de mercados y demás que se hacen en el centro comercial, era que el año pasado se habían identificado fallas en el servicio, el 50% de las personas que decían haber comprado en Jardín Plaza, decían estar insatisfechas en el servicio que les prestaran, entonces fue algo que nos llamo las alertas y iniciamos toda una campaña de capacitación para los vendedores de los locales en servicio al cliente y adicional a eso, hay unas capacitaciones que se le hacen a todas las unidades comerciales que manipulan alimentos con el objetivo de que conozcan todo la normatividad y adicional pues a la normatividad, algunas recomendaciones para las buenas prácticas de la manipulación de alimentos, de hecho aquí quiero aportarles el manual de bpm que maneja el centro

⁵¹ Pag. 21 del testimonio.

comercial, y las citaciones pues que se han hecho, que se hacen por escrito y en las que pueden encontrar en la parte de atrás pues la firma de recibido de los locales a los que se le lleva la comunicación, son 1, 2, 3, 4 citaciones y el manual de buenas prácticas de manipulación de alimentos.

Pero el Tribunal no encuentra que lo anterior sea suficiente para declarar cumplidas las obligaciones de colaboración y sinergias a cargo del Centro Comercial, por cuanto quedó igualmente probado que la Fiduciaria no lo capacitó para que colaborara con sus concesionarios. Es más, la Gerente ni siquiera sabía qué era la generación de Sinergias, y, lo que es peor aún, los diálogos que se dieron con los ahora convocantes no se refirieron a la conservación o reactivación de sus negocios, sino a las formas de ponerse al día en los pagos. Inclusive una de las partes afirmó que cada que se daba ese diálogo salía con una cuenta más alta. Dijo la Gerente del Centro Comercial:⁵²

DR. JOSE ANTONIO TAMAYO HURTADO – Árbitro Único

¿Díganos si en algún momento de su vinculación a Central Control se le dieron lineamientos sobre la forma de desarrollar en particular contratos de concesión?

Sra. SANDRA MARIA TENORIO CALERO – Testigo.

Central Control trabajaba bajo el mandato de la fiduciaria y se hacía era lo que la fiduciaria ordenaba a Central Control y a su vez yo como representante legal de Central Control; es más, cuando se iba a hacer un cambio en un contrato, porque si usted lee todas nuestras órdenes, todos nuestros contratos, ningún contrato es igual por más de que el borrador sea idéntico, cada comerciante hace sus cambios de acuerdo a sus necesidades. Quienes han leído el contrato o se lo han entregado a los abogados y los abogados han pedido cámbieme aquí, hágame allá, se

⁵² Loc. Cit., pags. 11 a 18, 8 y 9.

lo han hecho; pero de resto yo no podía hacer cambios sin la autorización de una fiduciaria.

DR. JOSE ANTONIO TAMAYO HURTADO – Árbitro Único

¿Díganos si sabe que son sinergias?

Sra. SANDRA MARIA TENORIO CALERO – Testigo.

Sinceramente, no.

DR. JOSE ANTONIO TAMAYO HURTADO – Árbitro Único

¿Diga si sabe o sabía que los contratos de concesión conllevan colaboración empresarial, y en caso afirmativo, si sabe usted lo que ello significa?

Sra. SANDRA MARIA TENORIO CALERO – Testigo.

Colaboración empresarial, no. Sinceramente no le sé decir. No sé en qué sentido lo llevaría.

DR. JOSE ANTONIO TAMAYO HURTADO – Árbitro Único

Señora Secretaria, sírvase leerle el acápite “d”, literal “i” de cualquiera de las ofertas, que todas son iguales, que está en la página 6 de las ofertas.

DRA. PATRICIA RIASCOS LEMOS – Secretaria.

“Que interesa a la concedente, al concesionario, a la futura administración y órganos directivos de Jardín Plaza la búsqueda conjunta del buen suceso individual y colectivo del centro comercial. En virtud de lo anterior, el ejercicio y desarrollo de la actividad comercial y de servicios se realizará conservando las especialidades procurando ofrecer entre todas la mejor y más selecta variedad que satisfaga las expectativas y demandas de

los usuarios dentro del mejor ambiente y máxima comodidad”.

DR. JOSE ANTONIO TAMAYO HURTADO – Árbitro Único

Con base en eso, ¿sírvese decirnos qué significa lo que se dijo en esa cláusula del contrato?

Sra. SANDRA MARIA TENORIO CALERO – Testigo.

Nosotros llevamos un control de las ventas que hacen los comerciantes. Cuando sus ventas se bajan nosotros los llamamos, entregamos informes, hacemos estudios dentro del centro comercial de cliente incógnito y los citamos a ellos para que puedan darse cuenta dónde se está fallando y si el problema es de producto, el problema es de atención, el problema es de empleados, el problema es de publicidad o posicionamiento en marca, esos son no solamente informes que los hacemos verbales sino que visitamos el cliente y también le hacemos llegar la información al comerciante; velamos porque al comerciante le pueda ir mejor, y hay momentos donde los apoyamos con volantes y los apoyamos con cierta publicidad para que ellos puedan pues promover también su marca.

DR. JOSE ANTONIO TAMAYO HURTADO – Árbitro Único

Al presentarse moras o al presentarse inconvenientes en el cumplimiento de obligaciones económicas por parte de lo que ustedes llaman concesionarios, ¿hubo algunos arreglos diferentes a los económicos en las conversaciones con ustedes?

Sra. SANDRA MARIA TENORIO CALERO – Testigo.

Arreglos económicos conmigo nunca se hicieron porque en el momento en que había que hacer arreglos

económicos tenía que ver el abogado directamente; yo no hago arreglos económicos. Realmente los arreglos que yo puedo hacer y a los que yo estoy delegada o que llego a hacer algún trato es porque tengo una autorización de la fiduciaria, o a su vez cuando la persona entra en mora y se ha reunido ya varias veces conmigo y lo que pretende es condónenme una deuda, no me cobre, bájeme la contraprestación, pues ya llega un momento en que si yo me he reunido con ellos y les digo que les colaboramos en publicidad, les colaboramos dentro de mis que le digo yo, dentro de lo que yo puedo hacer, les pueda colaborar, perfecto. Si la persona no acepta la colaboración del centro comercial si no que pretende condonaciones o devoluciones y deja de pagar y deja de cumplir o jamás ha pagado, entran directamente primero al abogado que está dentro al compañía, y después pasan al abogado externo cuando ya se nos vuelve a nosotros materialmente imposible el poder llegar a un acuerdo económico para que la persona pague. Han firmado acuerdos de pago con nosotros con instrucciones de la fiduciaria, y han sido incumplidos esos acuerdos, entonces en ese momento sí todo es manejado por el abogado directamente.

DR. JOSE ANTONIO TAMAYO HURTADO – Árbitro Único

Se trata de que hay un contrato que todavía hasta el laudo no vamos a saber qué es. Estoy tratando de precisamente dilucidar qué clase de contrato es de acuerdo a la forma como fue cumplido. La mayoría, si no en todas las declaraciones de los comerciantes, siempre hay la queja, inclusive a una pregunta reiterada del doctor Suárez de que ¿qué buscan con la demanda?, hay una respuesta también reiterativa de que lo que buscan también es ser oídos, ser escuchados, ser atendidos, porque con el centro comercial no fue posible hacerlo.

Revisando esta declaraciones a la luz de otros testimonios, a la luz de otras pruebas, meditando sobre

eso y mirando los documentos que hasta ahora están en el expediente, yo lo único que encuentro ahí son documentos de arreglos económicos, de que está en mora, de que le perdono la mora, de que usted la prima me la paga así, me la paga de otra manera, pero yo no veo sinceramente es lo que quiero exponerle a usted para que me ayude como árbitro a dilucidar ese punto, yo no veo realmente sinergias o colaboración empresarial, que es propio de este tipo de contratos, y también pues me dice usted que no le habían explicado qué eran sinergia ni que era colaboración empresarial, ni que eran los contratos que ustedes mismos llaman de concesión. Con base en la respuesta suya, que le doy la oportunidad de revisar, lo que estoy tratando de ver es si habían otras cosas que tengan que ver con la respuesta reiterada de la pregunta del doctor Suárez y a las respuestas de ellos de que nunca fueron realmente oídos, si no que cada conversación les costaba planta, porque eran sobre intereses y sobre temas de esos.

Sra. SANDRA MARIA TENORIO CALERO – Testigo.

Doctor, eso no es así porque fue mucho el tiempo que pasó para que ellos fuesen enviados a la oficina del doctor Diego Suárez, tan es así que hay personas que jamás pagaron ni la prima, que nunca han pagado una contraprestación ni una administración, y nosotros aún no les habíamos metido un proceso jurídico; con todos trató de arreglarse, y ellos incumplieron todos los acuerdos. Si el no escucharlos era que teníamos que condonar unas deudas, que eran deudas que cada día eran más grandes y que si yo le pudiera dar en este momento cuál sería el costo de todos los tribunales de arbitramento no tanto en el pago de los tribunales sino en lo que se dejó de percibir por administraciones, contraprestaciones y primas y todo lo que nos reunimos con los comerciantes, es aterrador; porque es más, hubo personas que entraron a los tribunales teniendo ya cita para firmar con el doctor

Suárez y prefirieron entrar al tribunal porque tenían expectativas de recibir de vuelta una prima, unas contraprestaciones que nunca habían sido pagados o administraciones que nunca pagadas, y por el contrario en lugar de nosotros demandarlos, recibimos demandas de las personas que jamás pagaron y recibimos tribunales de arbitramento de personas que nunca pagaron.

Entonces yo solo le puedo decir que colaboración en un contrato de concesión hubo toda la que usted quiera y hubo condonación de intereses en cualquier cantidad de casos, hasta en un momento dado se condonaron meses si tenían que arrancar la adecuación y abrir el local, pero se condonaron valores para poder que la persona abriera; lo que no hubo fue una colaboración de parte de los comerciantes desde el momento que empiezan a tener una expectativa monumental en dineros para recibir, y yo no puedo pedir que me devuelvan algo que nunca he pagado. O sea, si yo jamás he cumplido ¿cómo pido que me devuelvan lo que yo no he pagado? Entonces son cosas que pues..... ahí es donde si llega un momento en que la parte somos demandados lógicamente tienen que ir a un abogado externo para que ese abogado maneje la cartera nuestra porque se vuelve imposible el acuerdo y llega un momento en que las personas por más de que usted trate de ayudarlas se vuelven agresivas, entonces al volverse agresivas yo no puedo más que hacer ya lo que la fiduciaria me dice y es: han pasado muchos meses, no hay un arreglo, las personas firman acuerdos con usted y las personas no cumplen, por el contrario recibimos una cantidad de tribunales de arbitramento en contra de la Fiduciaria Corficolombiana, de Central Control y de Jardín Plaza; o sea, es inentendible y sobre todo de personas que jamás habían pagado.

...

Y sé de promesas que se le han hecho los comerciantes para que se vincularan o para que siguieran dentro de los procesos de tribunales de arbitramento porque se iba

lograr que se les devolviera la prima, la contraprestación, la administración, pero pues cuando usted adquiere obligaciones contractuales pues tiene que saber que se debe cumplirlas; y las obligaciones contractuales están es para cumplirse, no para dejar de pagar y entrar a pelear. Pues yo no puedo condonar cosas que están dentro de un contrato y que deben entrar a ser cumplidas.

Dijo la abogada del Centro Comercial:⁵³

LEIDY MARLEN ARCILA ESPINOSA

... siempre tratamos pues de conciliar las cifras y ayudarle al comerciante pues para que se ponga al día, hacer un acuerdo de pago, que sea viable para ellos y también para nosotros.

DOCTOR DIEGO SUAREZ ESCOBAR

¿Cuál es la razón por la que prefieran en primera instancia o referencialmente el ejecutivo y no la opción de dar por terminado el contrato a través de un tribunal de arbitramento?

LEIDY MARLEN ARCILA ESPINOSA

Darle la oportunidad a ese comerciante de que se ponga al día, de que siga en el centro comercial, digamos que pues, de que es un mecanismo de presión para decirle, vea señor ya no lo puedo esperar más, pero pague, póngase al día, y miremos a ver cómo hacemos, firmamos un acuerdo, pero que de verdad sea válido, de hecho en algunos casos así lo hemos hecho, hemos firmado, se ha iniciado el proceso ejecutivo, una vez, obviamente las medidas cautelares, se ejecutan, el comerciante se acerca a la administración y dice, hay vea usted me tiene embargado, no sé qué, entonces lo que hacemos es hacemos un acuerdo de pago y hacemos suspensiones

⁵³ Loc. Cit., pag. 16.

parciales del proceso, hasta el día en que se termine ese acuerdo de pago.

Dijeron los convocantes, en sus declaraciones de parte:

CARLOS ARTURO NAVAS PORTELA⁵⁴

... nosotros no el comerciante no puede opinar nada simplemente si le fue mal váyase no nos importa si es problema del Centro Comercial si es problema de quien sea simplemente váyase y punto y pague todo lo que debe esa ha sido toda, de eso se trata el contrato y hasta ese punto hemos llegado hasta ahora no se ha logrado ninguna negociación con ninguno de los comerciantes, si nuestra empresa dependiera única y exclusivamente de Jardín Plaza yo creo que hace más de 3 años o a los 8 meses de haber empezado en Jardín Plaza ya no hubiéramos tenido con que pagar los gastos del Centro Comercial que de pronto cuando me hacen esa pregunta y me están diciendo que por que estamos aquí y por que no estamos tan mal como los demás la diferencia es de que nosotros tenemos una empresa funcionando en mas Centros Comerciales con otros locales y con eso estamos subsanando la perdida que nos está presentando Jardín Plaza

...

... O sea en Jardín Plaza nosotros hemos tenido muy claro que alguna firma de un contrato, y que el contrato se debe cumplir como esta establecido, nosotros hemos tratado de hacer acercamientos con la Gerente del Centro Comercial con la Doctora Sandra Tenorio y siempre la respuesta ha sido lo que diga el contrato y ya, esa ha sido la respuesta, por lo tanto nunca se ha llegado más allá por que siempre ese es el termino de la conversación lo que diga el contrato y ya no se puede hacer nada mas entonces a eso me refiero entre cierta distancia que a habido a la hora de llegar a una conciliación, un acuerdo

⁵⁴ Pag. 12 y 13 de la declaración de parte.

que sea lo mejor para ambas partes como nosotros somos comerciantes también entendemos que el Centro Comercial tiene sus funciones, tiene sus funciones y deberes de igual forma nosotros, nosotros hemos tratado de llegar al Centro Comercial por que necesitamos funcionar los 2 de la mejor manera, pero aquí no hemos logrado ese acercamiento con el Centro Comercial.

CARLOS ARTURO NAVAS PORTELA

El contrato existe pero de igual manera como el Centro Comercial me dice que se debe seguir, en el contrato nosotros hemos encontrado muchas falencias tiene muchas partes en las cuales no nos conviene no, no son verdaderamente lo que se esperaba del contrato, entonces esa ha sido la forma de nosotros tratar de lograr un acercamiento al Centro Comercial, de que se haga el contrato como debe ser para que ambas partes puedan tener como esa misma, ese mismo tratamiento o esas mismas ventajas y desventajas, en este momento estamos frente a un contrato, esa igualdad de negociación con el Centro Comercial.

MONICA JACKELINE CASTRO MORALES⁵⁵

Tratamos de cumplir al máximo e incluso desde siempre contactamos a la Doctora Leidy y recuerdo yo porque pues ella es muy joven como yo, entonces yo hablaba mucho vía telefónica con ella y cada vez que hablaba con ella generaba intereses, entonces pues era cosas que yo no podía entender porque ella trataba de ayudarnos pero la manera de ayudarnos era esa generar mas intereses, en varias ocasiones hicimos acuerdos de pago tratamos de cumplirles al máximo como le digo.....

SRA. CLAUDIA SOFÍA ARROYAVE⁵⁶

⁵⁵ Pag. 5 de la declaración de parte.

⁵⁶ Pag. 5 de la declaración de parte.

Sí, es cierto, no he pagado la totalidad por lo mismo, el centro comercial como no me cumplió con lo que me prometió obviamente mi negocio no prosperó y estoy ilíquida, no tengo con que pagar, y en muchas ocasiones le dije a ellos no puedo seguir acá, quiero arreglar, pasé carta, fui a hablar, me dijeron que si que me iban a ayudar, que no me preocupara, intervinieron amigos míos que son muy allegados de la señora Sandra, y que sí, que no sé qué, yo me sentía presionada, como te vas a meter a una demanda, estos son unos gigantes, te van a aplastar, que no se qué. Entonces yo no sabía qué hacer, fui y pasé una carta, dije por favor Sandra usted sabe que yo soy una persona honesta, usted me conoce, no puedo más, mire mi situación, yo tengo una niña que tengo que sacar adelante, yo no puedo tirar 22 años de trabajo así porque así, arreglemos; sí, sí, sí que pase la carta; nunca me contestaron. Cuando fui a decir, ¿bueno qué pasa?, me di cuenta pues de que ya le tenía que pagar yo a la aseguradora, y ahora si venga vamos a arreglar, vamos a negociar, cuando ya pues a mí se me salía de las manos.

MARIA ROSA TRIVIÑO BRIÑEZ⁵⁷

Me parecía imposible contar con una autorización de ellos donde yo había ido, no perdón, primero la respuesta si yo cerré, donde es imposible saber para una autorización donde yo misma me dirigí tres veces donde la señora Sandra expresándole todas mis necesidades todas mis inquietudes, pidiéndole que me voy a ir, que me diera una facilidad donde ella me dijera que cantidad tenía que pagar o cual era los cual eran los reglamentos, pero no, solo me decía que había un destrate o sea muy alto, era imposible pero nunca me dio una solución, entonces si no habían una solución, cerré.

DIEGO SUAREZ ESCOBAR

⁵⁷ Pags. 15 y 16 de la declaración de parte.

¿Por favor infórmele al señor Arbitro, cual fue el motivo por el cual usted convoco o presento una demanda para que se iniciara este Tribunal de Arbitramento?

MARIA ROSA TRIVIÑO BRIÑEZ

Porque me sentía que no tenía un ya un mas fuerzas para ni con quien o a dónde acudir, como poder pedir una ayuda para recuperar o salirme de este compromiso en el cual estoy donde no me beneficia para nada o regresarme a un país y dejar un record como el que tengo ahora y me dirigí muchas veces con Sandra hable 3 veces con ella íbamos iba a hablar con ella de negocios y todo el tiempo su problema era su problema familiar que ella tiene.

JOSE ANTONIO TAMAYO HURTADO

¿Pero por quien protestaban?, es eso lo que no me ha quedado claro en las respuestas, por eso mismo.....

MARIA ROSA TRIVIÑO BRIÑEZ

Era porque queríamos ser escuchados, yo creo que el enfoque de esta protesta era porque el mismo caso que yo tuve me dirigí a la administración, me dirigí a la gerente, era ella doctora Sandra y no éramos escuchados por que ya era un comentario por todos no éramos escuchados en ninguna forma entonces había que, así fuera muy tonta la propuesta, la protesta que íbamos haciendo, suena ridículo estas protestas pero de una u otra forma afecta un poco la imagen entonces tenían que escucharnos o ya o empezar este proceso de una y otra forma hay que a veces empujar un poco para que den atención a casos que esto, esto no era un juego esto era algo muy importante para nosotros porque ellos sentían que total que nosotros pagar, pagar, pagar a ellos no les importaba que le pasaba de aquí para afuera, ellos cumplir con recibir un dinero y no mas pero éramos unos

comerciantes muchos comerciantes que están en la misma situación mía, entonces en si para mí en ese momento no era ni que decían ni que lo que decía el cartel sino que yo sabía que estábamos haciendo una presión en el momento y de una u otra forma la administración iba a prestar atención por eso yo misma sabía que eso se iba a prestar para, yo por mi hubiera querido traspasar esa prima, ese local pero ya con eso y salió el rumor y no sé si el periódico o algo ya nadie ningún otro comerciante quiere venirse a meter porque ya sabe yo sabía que, igual también perdíamos pero necesitamos ser escuchados.

DR. JOSÉ ANTONIO TAMAYO HURTADO—Árbitro Único del Tribunal

Usted se ha referido al responder la pregunta doce y posiblemente otra, que no ha podido hablar con el centro comercial. ¿A qué se refiere con eso?, no la han recibido para oír reclamos, en qué etapa ha sido eso, si ha sido desde el principio, si fue posterior, cuándo fue.

SRA. GLORIA NIEVES NIEVES-Interrogada.

Desde el principio. Nosotros desde el principio hemos tratado hablar con Sandra, reconozco que ella nos atendió en dos oportunidades.

En una oportunidad nos dijo que nosotros nos teníamos que defender de la mejor forma que pudiéramos porque ellos hacen mucha publicidad en el Diario Occidente, que nadie lo lee, pero hacían mucha publicidad en la radio, no sé qué, pero nosotros también teníamos que hacer nuestra propia publicidad para que nosotros también sacáramos nuestros clientes; eso lo dijo una vez y no quiso cedernos en nada. Después otra vez nos reunimos y ella nos dio la oportunidad de poner en Stand en la entrada de Carrefour para promocionar y vender los productos de nosotros. Eso lo hicimos, logramos darnos a

conocer, logramos vender, y logramos demostrar que estaba mal ubicados porque la gente no quería ir hasta allá, nos tocó poner..., digamos que no ganamos porque al contrario perdimos porque teníamos que doblar las personas, teníamos que tener gente en el almacén y gente en el otro Stand, y como podía dos almacenes con mercancía y todo, entonces si las gente decía quiero tal producto si lo teníamos en el almacén sino tocaba pasar del otro almacén, lo hicimos para que la gente fuera al almacén a conocerlo, le dábamos premios, regalos, rifas, juegos y espectáculos, y no iban, tocaba del almacén ir y venir, tocó poner a una persona que patinara yendo y viniendo, hasta que llegamos a la conclusión y le dije a Sandra mira está comprobado que estamos mal ubicados, necesitamos reubicación; ella dice pueden reubicarse si quieren pero me consiguen un cliente para tu local y me pagas prima de nuevo del local; entonces pues eso no se llama negociación, eso se llama imposición o no aceptación de nada porque no hay nada que hacer, ninguna de las dos me podía servir. Y después en otra oportunidad me dijo si quiere vuelvan y pongan el Stand, pero realmente a pérdida todo el tiempo, entonces yo no puedo seguir perdiendo sobre lo que estoy perdiendo; entonces esa otra vez no pusimos el Stand porque no podíamos seguir perdiendo.

Y otras veces que seguíamos pidiendo, yo pedí revisión, ya lo último pedí revisión del abogado del contrato para ver si podíamos cambiarlo o pedíamos revisión con ella para que nos rebajara, y ella o no nos recibía o se cambiaba de teléfono, y luego uno terminaba por irse. Entonces no hay forma de poder llegar a un acuerdo, de sentarse y decir bueno cuál es la conformidad, por qué no hacemos esto entre las dos, cuál es la necesidad tuya, yo puedo ceder en esto y tú puedes ceder en lo otro, en fin, entonces no hay forma de hablar y como el contrato también está tan amarrado y no hay forma hablar, por eso

yo estoy aquí para ver si hay una forma de hablar y de obtener alguna rebaja económica.

No sé si ahora hablo de la propuesta que hizo Diego la vez pasada o espero a que me pregunten, no sé, porque la vez pasada, en la anterior, la vez que estuvimos aquí que se suspendió lo que estábamos haciendo para que pudiéramos hablar, él me hizo una propuesta de rebajarme unos cánones en los próximos seis meses. Yo le di las gracias y me parece interesante, es más todavía espero que esté en pie porque la quiero la quiero tomar porque eso es platica que me ayuda, sin embargo yo le dije ese día que si por favor él me ayudaba también, porque es que uno se ahorra un dinero ahora, pero es que no hay que mirar solo hoy sino que hay que mirar lo que va a seguir viniendo, los otros años, entonces le dijimos que si había forma de reubicarnos, que si había forma de bajar un poquito el canon; entonces él dijo bajar el canon no podemos porque eso es a largo plazo, no nos sirve porque las cuentas las hemos sacado y no nos sirve, vamos a ver si una reubicación. Y entonces en eso quedamos que él iba a mirar con Sandra una reubicación.

SEÑOR FERNANDO PEREZ CASTAÑEDA

.... siento de todas maneras que ellos en ningún momento no nos han colaborado no nos han ayudado pues exijo que haya justicia que por lo menos no nos encuellen no nos acaben de asfixiar, ellos pueden en esto momento tienen mas oportunidades de arrendar sus locales de entregar a cadenas mas grandes que puedan subsistir nosotros no podemos, pero como no podemos ni entregar ni irnos ni nada todos los días estamos adquiriendo una deuda mas grande....

OLGA LUCY MORALES VIANA

... se pone a pensar que hace uno con \$6.000.000, que hace uno con \$6.000.000, como le cumple a Jardín Plaza,

si esta debiendo en Davivienda 3 prestamos, claro que ellos dirán no es de nuestra incurrencia no nos importa pero si les importa porque es dolor de uno, porque está allí, es como un hijito de Jardín Plaza, nosotros somos hijitos de Jardín Plaza, consentidos a un hijo no se le niega, no se le niega algo, entonces como hijitos porque ellos son nuestros padres guiándonos ponga la vitrina así, bueno aquí va a venir tal marca, hagamos eventos, hacíamos eventos en el parqueadero y hacer un evento en el parqueadero es muerto para los locales, ...

Por lo tanto, para el Tribunal no hay duda de que la convocada, la Fiduciaria, violó una obligación contractual, que es además propia de la naturaleza del contrato, como es la de generación de sinergias (**colaboración empresarial**), y que ese incumplimiento fue causa importante, sino la principal, de los incumplimientos de los convocantes, por lo cual es deber del Tribunal declararlo de oficio por la vía de excepción innominada, como en efecto lo hará.

Pero la parte convocante tampoco sale bien librada en cuanto incumplimientos no alegados dentro del proceso, pero que se relacionan directamente con los conflictos sometidos a este Tribunal. En el curso del mismo, las partes se refirieron entre ellas a la no devolución de los locales comerciales concesionados, lo cual ha dado lugar a que en la justicia ordinaria se ventilen procesos de restitución de esos locales comerciales, una vez terminados varios procesos arbitrales que han antecedido a éste.

El hecho de no devolver los locales comerciales, cualquiera que hubiera sido la justificación para ello invocada por la parte convocante, es una conducta que vulnera los principios del Estado de Derecho, en virtud de los cuales es la administración de justicia, y no las vías de hecho, las idóneas para dirimir los conflictos entre las personas, cuando ellas no pudieren hacerlo directamente. En efecto, si para ellos los contratos eran inexistentes, y además decían no estar en capacidad de seguir adelante con la explotación de sus negocios, han debido devolverlos, sin perjuicio de adelantar las acciones que les concede la ley, para buscar el resarcimiento de los perjuicios que hubieren podido haber sufrido. Dice la doctrina:

García Maynez:

EL REGIMEN DE LA AUTODEFENSA.- *En las organizaciones sociales de épocas primitivas la reacción contra el entuerto es asunto puramente privado. Corresponde al particular la facultad de defender su derecho, repeler los ataques dirigidos contra éste, y conseguir por toda suerte de medios, cuando la violación se ha consumado, el restablecimiento de las cosas a su estado anterior. Trátase de la etapa conocida con el nombre de régimen de autodefensa. El poder público no interviene en esta época de la tutela y restablecimiento del derecho.*

.....

El presunto agraviado conviértese de este modo en Juez y parte. Y la solución de los conflictos se reduce a una cuestión de fuerza....

Por esta razón, el poder público principió a intervenir en las contiendas, a fin de limitar la venganza privada y buscar soluciones objetivas.⁵⁸

Recasens Siches:⁵⁹

En principio no hay más que dos procedimientos para zanjar los conflictos de intereses: o bien la fuerza – triunfo de quien sea más fuerte, por su vigor muscular, o por las armas que tenga, o por su astucia -, o bien una regulación objetiva (es decir, que no derive de ninguna de las partes en conflicto, sino de una instancia imparcial y que sea impuesta a ellas por un igual), la cual sea obedecida por los antagonistas.

.....

Veamos de qué modo opera el Derecho positivo. Para zanjar los conflictos de intereses entre los individuos o entre los grupos, el Derecho positivo obra de la siguiente manera:

.....

D) Establece y estructura una serie de órganos o funcionarios para: a) Declarar las normas que sirvan como criterio para resolver los conflictos de intereses (poder legislativo, poder reglamentario); b) Desenvolver y ejecutar las normas (poder ejecutivo y administrativo), y c) Dictar normas individualizadas – sentencias y resoluciones – en

⁵⁸ García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. México: Editorial Porrúa, S.A., 1.967, página 227.

⁵⁹ Op. Cit., págs. 226 - 227.

las que se apliquen las reglas generales (poder jurisdiccional).

Reiteramos que esa conducta de los convocantes, de alegar que los contratos no existen y al mismo tiempo continuar con la tenencia de los locales, ha ocasionado también perjuicios a la convocada, que no ha podido disponer de esos espacios. Lo correcto hubiera sido devolver los locales y acudir a la justicia para dirimir los conflictos económicos derivados de las responsabilidades civiles originadas en incumplimientos contractuales. Punto este último que estamos dirimiendo.

4.9. La responsabilidad civil contractual.

El Tribunal ha establecido la naturaleza, existencia y validez de los contratos a que se refieren las cláusulas compromisorias invocadas en el presente proceso arbitral, circunstancia que permite entrar al tema del asidero jurídico de las pretensiones de responsabilidad civil contractual que se han demandado las partes recíprocamente, para culminar con el análisis de los incumplimientos invocados por las partes, para verificar si son susceptibles de generar daños económicos indemnizables.

El tema está regulado en el libro. 4, T.XII del Código Civil, que se refiere a la responsabilidad civil contractual y al efecto de las obligaciones contractuales. Esta responsabilidad la define así la doctrina:⁶⁰

...

“Por Responsabilidad Jurídica Civil Contractual se ha entendido la obligación de indemnizar que tiene la persona que le causa daños a otra por el incumplimiento de una obligación que surge de un contrato, convenio o convención celebrado entre causante y perjudicado”.

La responsabilidad civil contractual exige que, para tener derecho a indemnización de perjuicios, el acreedor pruebe: la existencia del contrato, la culpa del deudor, el daño sufrido y la relación de causalidad entre la culpa y el daño.

⁶⁰ MARTINEZ Raave Gilberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1988 y Pags. 33; 38; 541 y 570.

La relación contractual ya se encuentra probada. Se analizarán entonces los demás elementos que se requieren para que exista una responsabilidad civil:

4.9.1. El daño

El daño es la pérdida de valor patrimonial del acreedor, por el incumplimiento del contrato. En el caso que nos ocupa, las dos partes lo han traducido en **daño emergente** (perjuicio o pérdida por incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato), y en **lucro cesante** (derecho a percibir lo que hacia el futuro ha debido reportarle el contrato, de no haberse incumplido, o por haberse cumplido defectuosamente).⁶¹

Dice Javier Tamayo Jaramillo:⁶²

Daño indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima.

...

El daño será indemnizable cuando se lesionan las facultades jurídicas para exigir o recibir el beneficio que ha sido suprimido.

Como lo evidenciará el Tribunal al referirse a los incumplimientos, y en especial a los que ha encontrado de oficio, las partes incumplieron recíprocamente los contratos, generándose daños entre ellas, originados en prestaciones económicas que se incumplieron, algunas de las cuales fueron cuantificadas por la perito, en su dictamen. Prestaciones incumplidas que se traducen en daños emergentes y lucros cesantes.

Cabe anotar que pericialmente no se cuantificó el daño por los incumplimientos concretos que ha encontrado de oficio el Tribunal. Pero esta circunstancia, aunque no permitirá hacer condenas en concreto con cuantificación por daños generados en el incumplimiento de obligaciones contractuales propias de la naturaleza de colaboración empresarial de los contratos analizados, si permitirá que se sancione la conducta antijurídica de

⁶¹ Ver definiciones legales en los arts. 1613 y s.s. del C. Civil.

la convocada, con la pérdida de su derecho a reclamar algunas prestaciones económicas, como se verá más adelante. Esto no es más que el cumplimiento del Árbitro a sus obligaciones de Juez, obligado por la Constitución y la Ley a impartir justicia, entendiendo por ésta el tratamiento igual de los iguales. Como dice Recasens Siches.⁶³

EL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN ES EL LOGOS DE LO RAZONABLE.

... la única proposición válida que puede emitirse sobre la interpretación es la de que el juez en todo caso debe interpretar la ley precisamente del modo que lleve a la conclusión más justa para resolver el problema que tenga planteado ante su jurisdicción.

Al hacerlo de este modo, el juez, lejos de apartarse de su deber de obediencia al orden jurídico positivo, da a este deber su más perfecto cumplimiento.

Por lo tanto, se declara que el daño está probado, para ambas partes, y el Tribunal establecerá las consecuencias económicas para ellas.

4.9.2. La culpa

Sobre la culpa dice la Jurisprudencia de la Hon. C.S.J.:

JURISPRUDENCIA.- ... *“Noción de la culpa. Es definida la culpa por la doctrina en los siguientes términos: “Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar”.*

La culpa, se presenta en dos casos:

- a) *Cuando el autor conoce los daños que pueden ocasionarse con un acto suyo pero confió imprudentemente en evitarlos. Esta es la llamada culpa consciente y es desde luego la más grave. Así*

⁶² De la Responsabilidad Civil, Tomo II, Bogotá, ed. Temis, 1.986, pags. 5 y 9.

cuando alguien conociendo los defectos de una máquina, antes de proceder a su reparación la emplea en una actividad en la esperanza de no perjudicar a otro, es responsable de culpa o negligencia consciente en razón del daño causado.

b) Cuando el autor no prevé el daño que pueda causarse con un acto suyo, pero hubiera podido preverlo, dado su desarrollo mental y conocimiento de los hechos. Aquí se trata de una negligencia o culpa inconsciente. En el ejemplo anterior el no conocer los defectos de una máquina hace al autor responsable de culpa inconsciente, pues una persona prudente debe examinar continuamente los instrumentos que emplea en una determinada actividad.

Conforme a esta definición, la culpa se condiciona a la existencia de un factor psicológico consistente en no haber previsto un resultado dañoso pudiéndose haber previsto, o en haberlo previsto y haber confiado en poder evitarlo.

¿Qué criterio o pauta debe seguirse para saber si una persona ha incurrido en culpa, es decir, si ha obrado negligentemente?

Si se aplica un criterio meramente subjetivo hay que estudiar, en cada caso concreto, el estado mental y social del autor del daño.

La aplicación de un criterio meramente subjetivo ha sido desechada unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas. La culpa no es posible determinarla según el estado de cada persona; es necesario un criterio objetivo o abstracto. Este criterio abstracto aprecia la culpa teniendo en cuenta el modo de obrar de un hombre prudente y diligente considerado como arquetipo.

⁶³ Op. Cit., pag.660.

De lo expuesto se deduce que la capacidad de prever no se relaciona con los conocimientos individuales de cada persona, sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones...⁶⁴.

Dice el art. 63 del Código Civil:

*La ley distingue tres especies de culpa y descuido:
Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.*

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

Dice Alessandri⁶⁵.

⁶⁴ CSJ, Sent. Jun. 2/58.

⁶⁵ ALESSANDRI, Arturo. Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago de Chile, imprenta Universal, 1987, págs. 47 y 48.

...En cuanto a la graduación de la culpa: en materia contractual, la culpa admite graduaciones; se distinguen la culpa lata o grave, la culpa leve y la Culpa levísima.

Por lo tanto, no toda culpa del deudor lo hará incurrir en responsabilidad. Ello dependerá de la clase de culpa de que sea responsable y sólo habrá lugar a su responsabilidad si no ha empleado la diligencia o cuidado a que el contrato lo obligaba. Así, al deudor que es responsable de culpa lata en la conservación de una cosa sólo se le podrá hacer efectiva su responsabilidad si ha obrado con aquella falta de cuidado que aún las personas negligentes y poco prudentes suelen emplear en sus negocios propios, porque fue a lo que se obligó; pero de ninguna manera por no haber empleado en esa conservación aquella esmerada diligencia que constituye la suma diligencia o cuidado.

En materia delictual y cuasidelictual, en cambio, la culpa no admite graduación; toda falta de diligencia o cuidado, por levísima que sea, engendra responsabilidad. In lege Aquilia et levissima culpa venit.

En el caso concreto, la primera en incumplir fue la convocada, la Fiduciaria, quien creyó que el hecho de hacer sondeos de mercado, promociones y cursos de capacitación, era suficiente para cumplir con sus obligaciones frente a los concesionarios, **olvidando sus obligaciones contractuales de generación de sinergias y vínculos permanentes de colaboración** para sacar adelante sus negocios. Como se vio en el análisis de los testimonios, al referirnos a los incumplimientos de las partes, la Gerente del Centro Comercial ni siquiera sabía que los contratos eran de colaboración, ni qué significaban las sinergias, ni pudo interpretar los textos contractuales sobre ello, que se le leyeron en la audiencia.

Además los convocantes y testigos declararon que las conversaciones nunca se dieron para discutir cómo sacar adelante los negocios, sino para ver como se ponían al día en sus obligaciones económicas. Hay por lo tanto culpa de la convocada, que genera responsabilidad civil por el daño económico

causado a los convocantes. Tema, el del daño económico, al cual ya se refirió el Tribunal.

A este respecto cabe anotar que este tipo de contratos, propuesto por el propietario del Centro Comercial y adherido por los destinatarios, implica subordinación de éstos respecto a aquel, que es quien establece las condiciones. Pero esa subordinación de los concesionarios frente al propietario del Centro Comercial, que es quien tiene la **posición dominante**, no se predica respecto de todos aquellos, por cuanto también es característica de este tipo de contratos, que exista relación de igualdad con algunos concesionarios que tienen grandes establecimientos de comercio, que atraen clientela para el Centro Comercial y para los demás concesionarios. Son los almacenes denominados “ancla”, que muchas veces llegan a ser tan importantes que son verdaderamente los que tienen la posición dominante en la relación contractual, pasando los pequeños negocios a un segundo plano, lo cual lleva en muchas ocasiones a que se abuse de los mismos.

Por otra parte, la culpa de la parte convocada, la Fiduciaria (como vocera y administradora del Fideicomiso), se ve atenuada por los incumplimientos imputables a la culpa de la parte convocante, la cual se ha limitado a demandar a aquella por la inexistencia de un contrato al que ella misma adhirió, y que inclusive alcanzó a cumplir por un período de tiempo. Además, los concesionarios también eran comerciantes, concededores de sus negocios, y que por lo tanto sabían que estaban corriendo riesgos al contratar en la modalidad en que lo hicieron. El costo de una prima, de unas adecuaciones y de unas contraprestaciones fijas y variables, puede ser muy alto para algunos negocios, frente a lo que ofrece un Centro Comercial grande, que está además sujeto a variables económicas propias del mercado y de los avatares de un mercado como el nuestro.

Igualmente se ve atenuada la culpa de la convocada por la conducta antijurídica de la convocante, de retener los locales comerciales, mientras se producen unas restituciones por las vías judiciales y policivas, como represalia por los incumplimientos y perjuicios imputables a la convocada, los cuales además no logró probar, y que han sido declarados oficiosamente por el Tribunal, en cuanto a las obligaciones de colaboración empresarial, no alegadas en la demanda.

Esa permanencia en el contrato en desequilibrio, por ambas partes, es una conducta que, da lugar a la aplicación de los principios jurídicos de **culpas compartidas**, a los cuales se refieren así la ley:

Art. 2357 del Código Civil:

La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”

Normalmente, las circunstancias descritas llevarían a establecer una responsabilidad compartida por igual entre las partes. Sin embargo observa el Tribunal que la conducta de la Fiduciaria es más criticable, toda vez que incumplió las cláusulas contractuales de colaboración y sinergias que ella misma redactó y propuso unilateralmente para que los concesionarios adhirieran, y que estaba obligado a respetar en mayor medida que sus contrapartes, puesto que era la parte dominante de la relación contractual. Al respecto dice la hermenéutica jurídica.⁶⁶

***Prevalencia de la intención.-** Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.*

Ante esto, el Tribunal no encuentra equivalencia de culpas, lo cual traducirá en una mayor carga en las condenas contra la parte convocada.

De acuerdo a la clasificación del art. 63 del Código Civil, a la Jurisprudencia y a la Doctrina citadas, nos estaríamos refiriendo respecto a ambas partes a la culpa leve, originada en la negligencia o culpa inconciente de las partes, quienes han mantenido una relación contractual de desequilibrio, por sus incumplimientos recíprocos. Al respecto dice el artículo 1604 del Código Civil:

El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor, es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la

⁶⁶ Art. 1618 del C. Civil.

levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

La culpa así determinada, de la parte convocada, La Fiduciaria (como vocera y administradora del Fideicomiso), haría acreedora a la parte convocante, de su derecho para reclamar responsabilidad civil (daños y perjuicios) contra aquella. Pero el Tribunal no podrá declarar dichas consecuencias económicas, por cuanto dicha culpa no se generó en vicios de existencia del contrato, sino en incumplimientos propios de obligaciones de su naturaleza. Y el único daño que la demanda principal pide indemnizar, es el originado en la inexistencia del contrato, como quedó planteado en las pretensiones de la demanda, frente a las cuales no puede el Tribunal fallar extra o ultra petita. Por lo tanto, dicha parte no estaría en capacidad ni siquiera de reclamar la devolución de lo ya pagado, por cuanto dichos pagos se hicieron en virtud de obligaciones pactadas dentro de contratos existentes, y además de tracto sucesivo.

Por otra parte, la culpa de la parte convocante, los concesionarios, hace acreedora a la convocada, la Fiduciaria, para reclamarles responsabilidad civil (daños y perjuicios) por sus incumplimientos. Pero, por las razones atrás anotadas, la indemnización se traducirá únicamente en el derecho a conservar lo que ya recaudó de los convocantes, en razón a que la parte convocante solamente pidió esas devoluciones como consecuencia de una inexistencia que no se declarará y, además, por tratarse de contratos de tracto sucesivo, cuya terminación solamente tendría efecto hacia delante. Y

perderá la parte convocada su derecho a cobrarle a los convocantes los saldos a la fecha de este Laudo Arbitral, como sanción por sus propios incumplimientos, y su mayor grado de culpa.

4.9.3. La relación de causalidad entre el daño y la culpa

El daño se dio, por los incumplimientos de ambas partes.

La culpa se dio por ambas partes, en su graduación de leve, correspondiéndole más a la parte convocada.

Por ser el daño una consecuencia necesaria de las actuaciones de ambas partes, hay causalidad necesaria en esas culpas y los daños económicos que se generaron las partes entre ellas.

5. DECISIONES SOBRE LA DEMANDA PRINCIPAL

Convocantes:

Claudia Sofía Arroyave Giraldo, Fernando Pérez Castañeda, María Rosa Triviño Briñez, Artemisa Ltda., Broxxo Moda Company S. en C., Ariela Rodríguez Tapiero, Olga Lucy Morales Viana, Leticia Hoyos de García, B & T Trading Limitada Ltda., Sociedad C.I. Ann Chery Ortopédico Charol E.U, y Vasport S.A..

Convocada:

Fiduciaria Corficolombiana S.A. Vocera y Administradora del Fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza 2101.

Analizadas las pretensiones y hechos de las demandas principal y de reconvenición, sus respectivas contestaciones y excepciones de mérito, todo a la luz del acervo probatorio del proceso, y establecida la posición del Tribunal frente a todo aquello, entra a decidir sobre las excepciones de mérito propuestas por Fiduciaria Corficolombiana S.A Vocera y Administradora del FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDÍN PLAZA 2101 contra dicha demanda, remitiéndose al resumen de cada pretensión y excepción, contenido en el punto 2.3. del presente Laudo Arbitral:

- Primera Excepción: Poder insuficiente para demandar

Esta excepción no prospera

El poder de la apoderada de la parte convocante es suficiente para pedir el reintegro de los valores generados por los contratos celebrados entre las partes, tal como se analizó en la parte motiva. Otra cosa es que los mismos poderes estuvieran limitados expresamente a la petición de la declaración de inexistencia y de los vínculos contractuales entre las partes, e indemnizaciones referentes a esa inexistencia, y que la demandante, en desarrollo de dichos poderes, limitara su petición de reintegros a los que fueran motivados por la declaratoria de inexistencia del contrato, a lo cual no accederá el Tribunal, en virtud de lo analizado respecto a los requisitos de existencia y de validez de los contratos.

- Segunda Excepción: Todos los convocantes carecen de derecho a solicitar indemnización de perjuicios por haber incumplido gravemente las obligaciones a su cargo derivadas de los correspondientes contratos de concesión.

Esta excepción no prospera.

Los incumplimientos de la parte convocante se dieron por el incumplimiento de la parte convocada en sus obligaciones propias de la naturaleza del contrato y de su causa. Esto, de acuerdo a lo analizado en la parte motiva.

- Tercera Excepción: Los convocantes pretenden con la acción interpuesta obtener los beneficios económicos que no pudieron obtener por su falta de previsión en la celebración y ejecución de los contratos de concesión.

Esta excepción no prospera

Quedó demostrado que el contrato era de adhesión, propuesto a través de una oferta mercantil, y que la redacción de todos los textos, inclusive el de la aceptación de la oferta, estuvo a cargo de la parte convocada. Procedimiento que es lícito y que generó unos contratos existentes y válidos, que fueron incumplidos en primer lugar por la demandada, quien no cumplió con la obligación de generación de sinergias, pactada

contractualmente y contenida en la doctrina sobre este tipo de contratos de colaboración empresarial.

- Cuarta Excepción: El contrato de concesión concebido para el Centro Comercial Jardín Plaza es de tracto o ejecución sucesiva, y por lo tanto los efectos de su extinción solo pueden producirse hacia futuro.

Esta excepción prospera.

El Tribunal declarará la extinción de los efectos de cada contrato, a partir del Laudo, de acuerdo a las pretensiones de la demanda de reconvención, y no a la petición de declaración de inexistencia, propuesta por los convocantes. Pero la convocante no podrá cobrar suma alguna a los convocados, a partir de dicha fecha, como sanción que el Tribunal le impone por sus propios incumplimientos.

- Quinta Excepción: Los convocantes Fernando Pérez Castañeda, María Rosa Triviño Briñez, y B&T Trading Ltda., carecen de derecho a solicitar indemnización económica, como quiera que no son los propietarios de los establecimientos de comercio en el Centro Comercial Jardín Plaza.

Esta excepción prospera.

Por lo tanto, el Tribunal se declarará inhibido para fallar de fondo las pretensiones de estos convocantes.

- **Excepción Innominada de existencia y validez de los contratos:** De acuerdo a lo previsto en el art. 306 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal podrá declarar las excepciones que encuentre oficiosamente. Dice la norma:

“Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia...”

Con base en lo anterior, encuentra probada el Tribunal la excepción de existencia y validez de los contratos de “concesión para la prestación de un servicio a título de mera tenencia de unidad comercial” ofertado y aceptado entre las partes. Por lo tanto, no prosperarían las pretensiones de la

demanda, por referirse todas ellas a la inexistencia del contrato de concesión y a cualquier relación contractual entre las partes, y a las indemnizaciones derivadas de esa inexistencia, la cual no se concederá, por cuanto los contratos son existentes y válidos, como se analizó ampliamente en la parte motiva.

No encuentra el Tribunal otras excepciones, En consecuencia, procederá así en relación con las pretensiones de CLAUDIA SOFÍA ARROYAVE Y OTROS:

En primer lugar, **se declara inhibido para fallar** sobre las pretensiones de **Fernando Pérez Castañeda, María Rosa Triviño Briñez y B & T Trading Limitada**, por no ser los titulares del derecho de propiedad sobre los establecimientos de comercio que ocupan los locales objeto de los contratos de concesión, y por lo tanto no tener legitimación en la causa para demandar y cobrar perjuicios generados por responsabilidades civiles generadas en incumplimientos de dichos contratos.

Con respecto a los demás convocantes procederá así:

- La primera, en que solicita se declare la inexistencia de los contratos de concesión, se despacha **desfavorablemente**, por cuanto los contratos no están viciados de inexistencia, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva del presente Laudo Arbitral.
- La segunda, en que solicita que se declare la inexistencia de la relación contractual entre las partes, como consecuencia de la inexistencia de los contratos de concesión, se despacha **desfavorablemente**, como consecuencia necesaria del destino que tuvo la primera pretensión, y por haber quedado planteada en la demanda como causa – efecto. Esto, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva del presente Laudo Arbitral. Es decir que el Tribunal, siendo consecuente con el rechazo de la primera pretensión, considera que el contrato es existente y válido, y por lo tanto ha sido fuente de derechos y obligaciones entre las partes.
- En cuanto a las pretensiones de condena (B. VI 3 a VI 11) en que solicita reintegro de sumas pagadas por adecuación de locales (VI 3), primas (VI 4), contraprestación económica o renta (VI 5), administración (VI 6),

indemnizaciones por daño emergente y lucro cesante derivados de la declaración de inexistencia (VI 7), reintegro de intereses cobrados a algunos convocantes (VI 8), reintegro de honorarios de abogados cobrados a algunos convocantes, por supuestos incumplimientos (VI 9), intereses sobre todas las sumas anteriores, a la tasa máxima permitida por la ley (VI 10) y condena en costas y gastos del proceso, a favor de los convocantes (VI 11), se despachan **desfavorablemente**, por la forma en que han sido pedidas, como consecuencia necesaria de una inexistencia que no se ha concedido.

6. DECISIONES SOBRE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Convocante reconviniente:

Fiduciaria Corficolombiana S.A, Vocera y Administradora del Fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza 2101.

Convocantes Reconvenidos:

CLAUDIA SOFÍA ARROYAVE GIRALDO, FERNANDO PÉREZ CASTAÑEDA, MARÍA ROSA TRIVIÑO BRIÑEZ, ARTEMISA LTDA., BROXXO MODA COMPANY S.EN C., ARIELA RODRÍGUEZ TAPIERO, OLGA LUCY MORALES VIANA, B&T TRADING LTDA., y C.I. ANN CHERY ORTOPÉDICO CHAROL E.U.

Analizadas las pretensiones y hechos de la demanda de reconvencción de Fiduciaria Corficolombiana S.A. Vocera y Administradora del Fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza 2101, y establecida la posición del Tribunal frente a aquellos, **entra a decidir sobre las excepciones de mérito propuestas por CLAUDIA SOFÍA ARROYAVE Y OTROS contra dicha demanda de reconvencción, remitiéndose al resumen de cada pretensión y excepción, contenido en el punto 2.4. del presente Laudo Arbitral:**

- Primera Excepción: Causal de extinción del negocio fiduciario por vencimiento del plazo pactado.

No prospera esta excepción, por cuanto la ley no establece sanciones de inexistencia o nulidad de ofertas que fueron hechas por fuera del plazo de la vigencia del fideicomiso, pero sin que se hubiera producido su liquidación, y menos en casos como el que nos ocupa, en que las ofertas fueron hechas dentro del término de vigencia de la

Fiducia, el cual fue legalmente prorrogado, como se analizó en el punto 4.4. de la parte motiva.

- Segunda Excepción: Existencia de causal para rechazo de plano de la demanda, por falta de jurisdicción y competencia del señor árbitro para conocer la presente convocatoria.

No prospera, por las razones expuestas en el punto 4.8.1, literal “p” de la parte motiva, referentes a la validez de la cláusula compromisoria.

- Tercera Excepción: Las ofertas mercantiles hacen referencia a un fideicomiso inexistente.

No prospera esta excepción, por cuanto se trata del mismo fideicomiso, y los defectos en cuanto a su identificación en los contratos entre las partes, en nada afecta la existencia, ni la validez del fideicomiso, tal como se analizó en el puntos 4.4. y 4.8.1, literal “i”, de la parte motiva.

- Cuarta Excepción: Cobro de lo no debido. La pretensión del pago de administración no tiene sustento jurídico.

No prospera esta excepción. Aun cuando hubo incumplimiento de la parte convocada al no constituir el Centro Comercial en copropiedad, lo cierto es que hubo mecanismos dictados por el propietario para establecer los pagos de administración, lo cual es perfectamente válido, de acuerdo a lo analizado en los puntos 4.5 párrafo 6 y 4.8.2 literal “d”, de la parte motiva.

- Quinta Excepción: Ilegalidad en el cobro de la prima.

No prospera esta excepción, por las razones expuestas en el punto 4.8.2 literal “a”, de la parte motiva, que se refieren a la validez del pacto que establece la prima, por ser facultad de las partes en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad en Derecho Privado. Y en cuanto a que la unidad comercial concesionada no forme parte del establecimiento de comercio de la concesionaria, ello es propio de los contratos de concesión de espacio de centro comercial, como se analizó en el punto 4.3 de la parte motiva.

- Sexta Excepción: Cláusula compromisoria abusiva.

No prospera esta excepción. Como ya quedó analizado en la parte motiva, puntos 4.8.2 literal “p”, el procedimiento de oferta unilateral y el de los contratos de adhesión es plenamente válido, y en cuanto a la responsabilidad a la parte convocada, por el ejercicio abusivo de su posición dominante, ha quedado establecido, tal como se desarrolló en el punto 4.8.3 de la parte motiva, pero no en cuanto a la redacción de la cláusula compromisoria, a la cual adhirieron los convocantes al aceptar el contrato ofertado, en su integridad. Además, no consta en ninguna prueba que en la etapa precontractual, que aquí la hubo, alguno de los convocados hubiera propuesto quitar o modificar la cláusula compromisoria.

- Séptima Excepción: Inexistencia de la obligación por ausencia de una de sus fuentes conjuntas.

No prospera esta excepción. Tal como quedó establecido en la parte motiva, puntos 4.8.1 literal “l”, hubo incumplimiento de la convocada al no establecer el inmueble como propiedad horizontal, como se había comprometido contractualmente a hacerlo, pero las obligaciones quedaron establecidas en el reglamento interno, y las cuotas de administración, en las cuentas de cobro aceptadas por los convocantes, procedimiento que es perfectamente válido en este tipo de contratos.

- Octava Excepción: Contrato no cumplido.

No prospera esta excepción, respecto a los incumplimientos enumerados por los excepcionantes: carencia de personalidad para contratar de Central Control S.A.; no determinación plena y clara del patrimonio autónomo; no constitución en propiedad horizontal, con las implicaciones que esto conlleva frente al establecimiento de obligaciones; y ofertar encontrándose el patrimonio autónomo inmerso en causal de extinción. Pero el Tribunal encuentra que no se cumplieron otras obligaciones, dictadas por la naturaleza del contrato y por las obligaciones derivadas de ella, establecidas en los documentos de ofertas mercantiles, tal como se desarrolla en los puntos 4.8.3 de la

parte motiva, lo cual declarará a continuación en la excepción innominada que declarará de oficio.

- **Excepción Innominada: Exceptio Non Adimpleti Contractus.**

El Tribunal encuentra que cabe dentro de las excepciones la de contrato no cumplido, respecto al elemento de la naturaleza consistente en la generación de sinergias entre las partes, establecidos contractual, jurisprudencial y doctrinariamente para los contratos de colaboración empresarial, y especialmente para el contrato de concesión de espacio para establecimiento de comercio, y así lo declarará oficiosamente, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1.609 del Código Civil, que dice:

En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

El contrato se perfeccionó cumpliendo todos sus requisitos de existencia y así comenzaron a desarrollarlo las partes. Además, era el tipo de contrato que ambas partes quisieron pactar, siendo por ello además de existente, válido.

De acuerdo a lo expuesto en la parte motiva del presente Laudo Arbitral, especialmente los puntos 8.4.3 y 4.9.2, el Tribunal ha encontrado que, aunque hubo incumplimientos recíprocos entre las partes, fue la parte convocada, con sus incumplimientos contractuales de la naturaleza del contrato, traducida en sus obligaciones de colaboración empresarial, la que puso en situación de incumplimiento a los convocantes. Por ello, el Tribunal, a la luz de esta declaración oficiosa de excepción, hará las condenas que más adelante se expresan, a cargo de la parte convocada.

No encuentra probada el Tribunal ninguna otra excepción. En consecuencia, el Tribunal procederá así en relación con las pretensiones de la demanda de reconvencción de la Fiduciaria Corficolombiana S.A. Vocera y Administradora del Fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza 2101.

En primer lugar, **se declara inhibido para fallar sobre las pretensiones de de Fernando Pérez Castañeda, María Rosa Triviño Briñez y B & T Trading Limitada**, por no ser los titulares del derecho de propiedad sobre los establecimientos de comercio que ocupan los locales objeto de los contratos de concesión, y por lo tanto no tener legitimación en causa para demandar y cobrar perjuicios por responsabilidades civiles generadas en incumplimientos de dichos contratos. Circunstancia que también lo inhibió con respecto a estas mismas personas, en la demanda principal.

Sobre las pretensiones declarativas, el Tribunal procederá así, respecto a cada uno de los convocantes que se citarán más adelante:

No concederá las indemnizaciones pedidas a título de daño emergente y de lucro cesante, por cuanto fueron sus propios incumplimientos, los de la convocada reconviniente, los que generaron los de los convocantes reconvenidos. Esto, en razón de la declaración oficiosa de la excepción de contrato no cumplido.

Concederá las de declaración de la terminación anticipada de los contratos de concesión.

Concederá el derecho de la convocada a cobrar la prima, por tratarse de un pacto válido, de acuerdo a lo analizado en el punto 4.8.2 literal “a” de la parte motiva, pero solamente por el valor que hasta ahora ha recibido de los convocantes. Ello, por sus incumplimientos, de acuerdo a lo analizado en el punto 4.9.2 de la parte motiva, y por que finalmente los convocantes no recibieron en contraprestación, al menos en su totalidad, lo que representaba dicha prima. Además, por tratarse de un contrato de tracto sucesivo, con efectos hacia delante con respecto a su terminación, y también por cuanto la parte convocante reconvenida no pidió la devolución de esos dineros sino como consecuencia única de una declaración de inexistencia que no se concederá.

Concederá el derecho de la convocada reconviniente a la restitución inmediata de cada uno de los locales comerciales, aclarando que su trámite deberá adelantarse ante la justicia ordinaria, por no ser el Tribunal competente para ello, de conformidad a lo dispuesto en la ley y en la cláusula arbitral de acuerdo a lo analizado en el punto 4.8.1 literal “p” de la parte

motiva. Inmuebles que se consideran suficientemente identificados en los contratos y en sus anexos.

Sobre las pretensiones de condena, el Tribunal procederá así:

Concederá el derecho de la convocada reconviniendo, a recibir el pago de la prima, pero solamente en la parte que hubiere recibido hasta la fecha del presente Laudo Arbitral. Esto, por las razones que se acaban de explicar. No concederá el pago de intereses de mora por este concepto.

Concederá parcialmente el derecho a recibir los pagos de las prestaciones generadas en obligaciones de tracto sucesivo: Las contraprestaciones mínimas mensuales y las cuotas de administración que ya hubiere recibido, y sus intereses de mora, por tratarse de pagos reconocidos y realizados por los convocantes, de acuerdo a lo analizado en el punto 4.9.2 de la parte motiva. Los demás pagos los perderá, como sanción por sus incumplimientos.

En la parte resolutive se hará el pronunciamiento sobre cada pretensión de condena, por cada uno de los convocados en reconvención.

7. ANÁLISIS DEL PRESENTE LAUDO, FRENTE A LAS CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACIÓN ESTABLECIDAS EN LA LEY.

Terminada la motivación del laudo y las conclusiones del Tribunal y antes de entrar a las liquidaciones en concreto y a la parte resolutive, se hace un breve análisis de las causales de anulación del laudo (art. 163 del Decreto 1818 de 1.998), para verificar que no se está ante ninguna de ellas:

- El pacto arbitral no adolece de objeto o causa ilícita, lo cual se desprende del análisis que se hizo del contrato que lo contiene y de la cláusula arbitral misma. Tampoco se encontró causal alguna de inexistencia del contrato, todo lo cual quedó analizado en la presente providencia.
- El Tribunal se constituyó en forma legal, sin que en la primera audiencia de trámite, ni en ninguna otra, se hubiere manifestado lo contrario. Además, el Tribunal se integró por sorteo y conforme lo dispuesto en la cláusula compromisoria, por lo cual mal se podría alegar contra tal circunstancia. Lo anterior se desprende del

expediente, del acta de sorteo del árbitro, de la primera audiencia de trámite y de los autos que decidieron los recursos presentados contra la competencia del Tribunal.

- Todas las pruebas, a petición de las partes y de oficio, fueron evacuadas, salvo las que expresamente se renunciaron. Las partes no hicieron reclamo alguno al respecto, lo cual se prueba especialmente con el auto que cierra el proceso y cita para alegatos de conclusión.
- El término para dictar el Laudo fue de seis (6) meses, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 103 de la Ley 23 de 1991, lo cual consta en el acta de la primera Audiencia de Trámite, Acta No. 12 de fecha 18 de mayo de 2009. Por lo tanto el presente Laudo se dicta antes del vencimiento del término que se tiene para ello.
- El Laudo se produce en Derecho, tal como fue pactado en la Cláusula Compromisoria, lo cual se desprende de sus fundamentos de ley, jurisprudencia, doctrina y análisis jurídico, todo lo cual permite descartar la existencia de un fallo en conciencia o por vía de hecho.
- En la parte resolutive del presente Laudo Arbitral, tendrá el Tribunal especial cuidado de que no se generen errores aritméticos y disposiciones contradictorias.
- El Tribunal ha hecho su análisis teniendo en cuenta cada una de las pretensiones de las demandas y sus recíprocas contestaciones y excepciones de mérito, con el fin de evitar un fallo mínima, ultra o extra petita. De ahí que haya hecho referencia expresa a cada una de las pretensiones, los hechos relacionados con las mismas, las excepciones y los demás medios de defensa utilizados por las partes.

Para sus pronunciamientos se ha atendido estrictamente a lo pedido por las partes, y ha acudido inclusive a la declaración oficiosa de excepciones, con el fin de garantizar la eficacia del fallo, sin incurrir en concesión de derechos no pedidos, o fallar por más de los pedidos, y procurando corregir posibles deficiencias de las demandas de las partes, especialmente de las pretensiones de la parte demandante, que las limitó a la inexistencia del contrato. Tema que además le fue delimitado en igual forma en todos los poderes que le fueron otorgados.

8. LIQUIDACION EN CONCRETO DE CONDENAS, COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

No habrá condenas por **costas y agencias en Derecho**, por cuanto no prosperaron las pretensiones de las partes, en la forma en que habían sido planteadas.

De los **honorarios de la perito**, la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. vocera y administradora del FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDÍN PLAZA 2101 pagó la cantidad de \$12.000.000.00, no habiéndolo hecho CLAUDIA SOFÍA ARROYAVE Y OTROS, a quien le correspondía pagar la suma de \$ 4.000.000.00, a la citada Perito. Por lo tanto, se condenará a la parte convocante a pagar esta suma de dinero a la perito.

Las **sumas ya pagadas por los convocantes**, por prima, administración y contraprestaciones mensuales, no serán reembolsadas por la convocada a los convocantes, por tratarse de un Laudo con efectos hacia el futuro, por originarse en contratos de tracto sucesivo, y por no haberlo solicitado la demanda si no como consecuencia de una inexistencia contractual que no prosperó, las demás sumas de dinero que se debían por los convocantes a la convocada, por esos mismos conceptos, y reclamadas por la convocada en su demanda de reconvención, no serán reconocidas, por las razones expresadas en este Laudo Arbitral. Esas sumas son:

NOMBRE DEL CONCESIONARIO	SALDO PRIMA	INTERESES MORA	SALDO CONTRAPREST	INTERESES MORA	SALDO EXPENSAS COMUNES	INTERESES MORA	SALDO TOTAL
CLAUDIA SOFIA ARROYAVE GIRALDO	14.801.200	13.099.851	49.272.350	11.367.821	12.742.524	3.987.688	105.271.434
BROXXO MODA COMPANY S EN C	-	-	-	-	-	-	-
ARTEMISA LTDA	-	-	-	-	36.492	3.665	40.157
C.I. ANNCHERY ORTOPEDICOS CHAROL E.U.	-	-	98.272.548	21.861.195	14.293.502	3.163.549	137.590.794
VASPORT S.A.	-	-	22.760.764	2.285.889	4.004.034	402.130	29.452.817
ARIELA RODRIGUEZ TAPIERO	-	-	11.035.520	1.212.867	1.745.958	191.891	14.186.236
OLGA LUCY MORALES VIANA	-	-	70.934.456	11.835.741	9.919.449	1.537.702	94.227.348

LETICIA HOYOS DE GARCIA	-	-	5.476.377	549.999	-	-	6.026.376
TOTALES	14.801.200	13.099.851	257.752.015	49.113.512	42.741.959	9.286.625	386.795.162

Las sumas de capital son las que existían en la fecha del informe de la perito (31 de Mayo de 2.009), pero cobija también cualquier otra suma que se hubiera pagado entre esa fecha y la del presente Laudo Arbitral. Los intereses fueron actualizados a la fecha de la presente providencia.

9. DECISIÓN

En virtud de las consideraciones anteriores, este Tribunal de Arbitramento, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Demanda Principal

Convocantes:

CLAUDIA SOFÍA ARROYAVE GIRALDO, FERNANDO PÉREZ CASTAÑEDA, MARÍA ROSA TRIVIÑO BRIÑEZ, ARTEMISA LTDA., BROXXO MODA COMPANY S.EN C., ARIELA RODRÍGUEZ TAPIERO, OLGA LUCY MORALES VIANA, LETICIA HOYOS DE GARCÍA, B&T TRADING LIMITADA LTDA., C.I. ANN CHERY ORTOPÉDICO CHAROL E.U, y VASPORT S.A.

Convocada:

FIDUCIARIA FORFICOLOMBIANA S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDÍN PLAZA 2101:

Se declaran probadas las siguientes excepciones de mérito propuestas por la convocada, contra la demanda principal:

CUARTA EXCEPCIÓN (contrato de tracto sucesivo con efectos de su extinción hacia el futuro pero limitado a lo que ya recibió de los convocantes).

QUINTA EXCEPCIÓN (carencia de derecho a solicitar indemnización, por no ser propietarios del establecimiento, referente a Fernando Pérez Castañeda, María Rosa Triviño Briñez y B&T Trading Limitada).

EXCEPCION INNOMINADA (existencia y validez de los contratos).

El Tribunal no encontró probadas las demás excepciones, y en consecuencia, **no se acepta ninguna de las pretensiones**, tanto declarativas como de condena, por ser referentes todas y en forma exclusiva a la inexistencia de los contratos celebrados entre las partes y a la inexistencia de los consecuenciales vínculos contractuales entre ellos, y las condenas referentes igualmente a la declaración de inexistencia, nada de los cual prosperó.

El tribunal **se declara inhibido para fallar de fondo** sobre las pretensiones de Fernando Pérez Castañeda, María Rosa Triviño Briñez y B&T Trading Limitada.

SEGUNDO: Demanda de Reconvención

Convocante:

FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDÍN PLAZA 2101.

Convocados:

CLAUDIA SOFÍA ARROYAVE GIRALDO, FERNANDO PÉREZ CASTAÑEDA, MARÍA ROSA TRIVIÑO BRIÑEZ, ARTEMISA LTDA., BROXXO MODA COMPANY S.EN C., ARIELA RODRÍGUEZ TAPIERO, OLGA LUCY MORALES VIANA, B&T TRADING LTDA., y C.I. ANN CHERY ORTOPÉDICO CHAROL E.U.

Se declara de oficio probada la excepción innominada de contrato no cumplido, respecto a las obligaciones propias de su naturaleza de colaboración empresarial.

El Tribunal no encontró probadas las demás excepciones.

En consecuencia decide así sobre las pretensiones:

Pretensiones Declarativas

Sobre las pretensiones declarativas, el Tribunal procederá así, respecto a cada uno de los convocantes reconvenidos: CLAUDIA SOFÍA ARROYAVE GIRALDO, FERNANDO PÉREZ CASTAÑEDA, MARÍA ROSA TRIVIÑO BRIÑEZ, ARTEMISA LTDA., BROXXO MODA COMPANY S.EN C., ARIELA RODRÍGUEZ TAPIERO, OLGA LUCY MORALES VIANA, B&T TRADING LIMITADA LTDA., y C.I. ANN CHERY ORTOPÉDICO CHAROL E.U.:

No concede las indemnizaciones pedidas a título de daño emergente y del lucro cesante, por cuanto fueron sus propios incumplimientos, los de la convocada reconviniendo, los que generaron los de los convocantes reconvenidos. Esto, en razón de la declaración oficiosa de la excepción de contrato no cumplido.

Concede las de declaración de la terminación anticipada de los contratos de concesión.

Concede el derecho de la convocada reconviniendo, a cobrar la prima, por tratarse de un pacto válido, pero solamente por el valor que hasta ahora ha recibido de los convocantes reconvenidos, pero niega el derecho al cobro de los saldos por tales conceptos, de acuerdo al cuadro de liquidación contenido en el punto 8 de la presente providencia.

Concederá el derecho de la convocada reconviniendo, a la restitución inmediata de cada uno de los locales comerciales, reiterando que su trámite deberá adelantarse ante la justicia ordinaria, por no ser el Tribunal competente para ello, de conformidad a lo dispuesto en la ley y en la cláusula arbitral.

Pretensiones de Condena

Sobre las pretensiones de condena, el Tribunal procederá así:

Concede el derecho de la convocada reconviniendo, a recibir el pago de la prima, pero solamente en la parte que hubiere recibido hasta la fecha del presente Laudo Arbitral. No concede el pago de intereses de mora por este concepto. No concede el derecho a cobrar las sumas de dinero que se generen por este concepto a partir de la fecha de la presente providencia, y que se encuentran cuantificadas y discriminadas para cada uno de los

convocantes reconvenidos, en el cuadro que aparece en el punto 8 del presente Laudo Arbitral, así como las que se causen con posterioridad a al ejecutoria de esta providencia.

Concede el derecho de la convocada reconviniendo, a recibir los pagos de las prestaciones generadas en obligaciones de tracto sucesivo: Las contraprestaciones mínimas mensuales y las cuotas de administración que ya hubiere recibido, y sus intereses de mora, por tratarse de pagos reconocidos y realizados por los convocantes reconvenidos, de acuerdo a lo analizado en el punto 4.9.2 de la parte motiva. No concede el derecho a cobrar las sumas de dinero que se generen por este concepto a partir de la fecha de la presente providencia.

En consecuencia, procede así frente a cada una de las pretensiones de condena:

RESPECTO DE CLAUDIA SOFÍA ARROYAVE GIRALDO:

La primera declarativa, en que pide que se declare el incumplimiento grave del contrato, se despacha **desfavorablemente**.

La segunda declarativa, en que pide la terminación anticipada del contrato, como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento, se despacha **favorablemente**.

La tercera declarativa, en la que pide que, como consecuencia de las anteriores declaraciones de incumplimiento, carece de derecho a pedir el reembolso de lo pagado a título de prima, se despacha **favorablemente**, por tratarse de contrato de tracto sucesivo, con efectos hacia adelante. Pero no se condenará al pago de los saldos que estén debiendo por ese concepto a la fecha de esta providencia, por cuanto esa situación de incumplimientos fue generada por los incumplimientos de la misma convocada reconviniendo, quien pierde su derecho a cobrarlos.

La cuarta declarativa, en la que pide que se ordene la restitución inmediata e incondicional de la unidad comercial concesionada, la número 24, se despachará **favorablemente**, pero su cumplimiento solamente podrá exigirse por los procedimientos legales y por la jurisdicción ordinaria.

La quinta (de condena ésta y las sucesivas), en que pide se condene al pago del saldo de la prima, **no se concede**.

La sexta, en que pide se condene, por el daño emergente consistente en el pago de los intereses moratorios sobre la suma a que hace referencia la pretensión de reembolso de prima, desde el 28 de Febrero de 2.006, fecha en que de acuerdo al contrato debía pagar, hasta el día en que éste se efectúe, **no se concede**.

La séptima, en que pide se condene, por el daño emergente consistente en el pago de las contraprestaciones mínimas mensuales, desde el 11 de Marzo de 2008, fecha en que dejó de pagarse, y hasta la fecha en que se dicte el Laudo Arbitral, se despacha **desfavorablemente**.

La octava, en que pide que pide se condene, al pago de los intereses de mora generados por el no pago de las contraprestaciones mensuales, desde la fecha en que debía pagar cada una de ellas y hasta que el pago se produjera, se despacha **desfavorablemente**.

La novena, en que pide se condene al pago de daño emergente, consistente en las expensas comunes por administración del Centro Comercial, desde el 11 de Junio de 2007 y hasta que se produzca el Laudo Arbitral, se despacha **desfavorablemente**.

La décima, en que pide se condene al pago del daño emergente consistente en los intereses de mora generados por el no pago de las expensas comunes de administración, desde la fecha en que debía pagar cada una de ellas se despacha **desfavorablemente**.

La décimo primera, en que pide se condene al pago del daño emergente consistente en el pago de las contraprestaciones mínimas mensuales, pactadas contractualmente, y que se produzcan a partir de la fecha de ejecutoria del Laudo Arbitral y hasta la fecha pactada para la terminación del contrato, en la forma y cuantía especificada por cada año, se despacha **desfavorablemente**.

La décimo segunda, en que pide se condene al pago del lucro cesante consistente en las expensas comunes de administración, y que se produzcan a partir de la fecha de ejecutoria del Laudo Arbitral y hasta la fecha pactada para la terminación del contrato, en la forma y cuantía especificada por cada año, se despacha **desfavorablemente**.

La décimo tercera, en que pide la condena en costas, se despacha **desfavorablemente**, por haber sido desfavorecida la parte convocante en reconvencción, en todas las pretensiones económicas de condena.

RESPECTO DE FERNANDO PÉREZ CASTAÑEDA:

No se concede ninguna, por cuanto el Tribunal no es competente para conocer de su demanda, por no tener legitimación en su personería sustantiva, al haber cedido sus derechos sobre la unidad comercial concesionada. En consecuencia no puede pronunciarse sobre sus pretensiones, que van desde la número 14, hasta la 26.

RESPECTO DE MARÍA ROSA TRIVIÑO BRIÑEZ:

No se concede ninguna, por cuanto el Tribunal no es competente para conocer de su demanda, por no tener legitimación en su personería sustantiva, al haber cedido sus derechos sobre la unidad comercial concesionada. En consecuencia no puede pronunciarse sobre sus pretensiones, que van desde la número 27, hasta la 37.

RESPECTO DE LA SOCIEDAD ARTEMISA LTDA.

La treinta y ocho declarativa, en que pide que se declare el incumplimiento grave del contrato, se despacha **desfavorablemente**, en virtud de la prosperidad de la excepción oficiosa de contrato no cumplido.

La treinta y nueve declarativa, en que pide la terminación anticipada del contrato, como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento, se despacha **favorablemente**.

La cuarenta declarativa, en la que pide que, como consecuencia de las anteriores declaraciones de incumplimiento, carece de derecho a pedir el

reembolso de lo pagado a título de prima, se despacha **favorablemente**, por tratarse de contrato de tracto sucesivo, con efectos hacia delante. Pero no se condenará al pago de los saldos que esté debiendo por ese concepto a la fecha de esta providencia, por cuanto esa situación de incumplimientos fue generada por los incumplimientos de la misma convocada reconviniendo, quien pierde su derecho a cobrarlos.

La cuarenta y uno declarativa, en la que pide que se ordene la restitución inmediata e incondicional de la unidad comercial concesionada, la número 186 se despacha **favorablemente**, pero su cumplimiento solamente podrá exigirse por los procedimientos legales y por la jurisdicción ordinaria.

La cuarenta y dos (de condena ésta y las sucesivas), en que pide se condene por el daño emergente consistente en el pago de las contraprestaciones mínimas mensuales, desde el 11 de Noviembre de 2008, fecha en que dejó de pagarse, y hasta la fecha en que se dicte el Laudo Arbitral, se despacha **desfavorablemente**.

La cuarenta y tres, en que pide que se condene al pago de los intereses de mora generados por el no pago de las contraprestaciones mensuales, desde la fecha en que debía pagar cada una de ellas y hasta que el pago se produjera, se despacha **desfavorablemente**.

La cuarenta y cuatro, en que pide se condene al pago de daño emergente, consistente en las expensas comunes por administración del Centro Comercial, desde el 11 de Octubre de 2008 y hasta que se produzca el Laudo Arbitral, se despacha **desfavorablemente**.

La cuarenta y cinco, en que pide se condene al pago del daño emergente consistente en los intereses de mora generados por el no pago de las expensas comunes de administración, desde la fecha en que debía pagar cada una de ellas y hasta que el pago se produjera, se despacha **desfavorablemente**.

La cuarenta y seis, en que pide se condene al pago del daño emergente consistente en el pago de las contraprestaciones mínimas mensuales, pactadas contractualmente, y que se produzcan a partir de la fecha de ejecutoria del Laudo Arbitral y hasta la fecha pactada para la terminación del

contrato, en la forma y cuantía especificada por cada año, se despacha **desfavorablemente**.

La cuarenta y siete, en que pide se condene al pago del lucro cesante consistente en las expensas comunes de administración, y que se produzcan a partir de la fecha de ejecutoria del Laudo Arbitral y hasta la fecha pactada para la terminación del contrato, en la forma y cuantía especificada por cada año, se despacha **desfavorablemente**.

La cuarenta y ocho, en que pide la condena en costas, se despacha **desfavorablemente**, por haber sido desfavorecida la parte convocada reconviniente, en todas las pretensiones económicas de condena.

RESPECTO DE BROXXO MODA COMPANY S. EN C.:

La cuarenta y nueve declarativa, en que pide que se declare el incumplimiento grave del contrato, se despacha **desfavorablemente**.

La cincuenta declarativa, en que pide la terminación anticipada del contrato, se despacha **favorablemente**.

La cincuenta y uno declarativa, en la que pide que, como consecuencia de las anteriores declaraciones de incumplimiento, carece de derecho a pedir el reembolso de lo pagado a título de prima, se despacha **favorablemente**, por tratarse de contrato de tracto sucesivo, con efectos hacia delante. Pero no se condenará al pago de los saldos que los convocantes reconvenidos estén debiendo por ese concepto a la fecha de esta providencia, por cuanto esa situación de incumplimientos fue generada por los incumplimientos de la misma convocada reconviniente, quien pierde su derecho a cobrarlos.

La cincuenta y dos declarativa, en la que pide que se ordene la restitución inmediata e incondicional de la unidad comercial concesionada, la número 180 se despachará **favorablemente**, pero su cumplimiento solamente podrá exigirse por los procedimientos legales y por la jurisdicción ordinaria.

La cincuenta y tres (de condena ésta y las sucesivas), en que pide se condene por el daño emergente consistente en el pago de las contraprestaciones mínimas mensuales, desde el 11 de Noviembre de 2008,

fecha en que dejó de pagarse, y hasta la fecha en que se dicte el Laudo Arbitral, se despacha **desfavorablemente**.

La cincuenta y cuatro, en que pide que pide se condene al pago de los intereses de mora generados por el no pago de las contraprestaciones mensuales, desde la fecha en que debía pagar cada una de ellas y hasta que el pago se produjera, se despacha **desfavorablemente**.

La cincuenta y cinco, en que pide se condene al pago de daño emergente, consistente en las expensas comunes por administración del Centro Comercial, desde el 11 de Octubre de 2008 y hasta que se produzca el Laudo Arbitral, se despacha **desfavorablemente**.

La cincuenta y seis, en que pide se condene al pago del daño emergente consistente en los intereses de mora generados por el no pago de las expensas comunes de administración, desde la fecha en que debía pagar cada una de ellas y hasta que el pago se produjera, se despacha **desfavorablemente**.

La cincuenta y siete, en que pide se condene al pago del daño emergente consistente en el pago de las contraprestaciones mínimas mensuales, pactadas contractualmente, y que se produzcan a partir de la fecha de ejecutoria del Laudo Arbitral y hasta la fecha pactada para la terminación del contrato, en la forma y cuantía especificada por cada año, se despacha **desfavorablemente**.

La cincuenta y ocho, en que pide se condene al pago del lucro cesante consistente en las expensas comunes de administración, y que se produzcan a partir de la fecha de ejecutoria del Laudo Arbitral y hasta la fecha pactada para la terminación del contrato, en la forma y cuantía especificada por cada año, se despacha **desfavorablemente**.

La cincuenta y nueve, en que pide la condena en costas, se despacha **desfavorablemente**, por haber sido desfavorecida la parte convocada reconviniente, en todas las pretensiones económicas de condena.

RESPECTO DE ARIELA RODRÍGUEZ TAPIERO:

La primera declarativa, en que pide que se declare el incumplimiento grave del contrato, se despacha **desfavorablemente**.

La segunda declarativa, en que pide la terminación anticipada del contrato, se despacha **favorablemente**.

La tercera declarativa, en la que pide que, como consecuencia de las anteriores declaraciones de incumplimiento, carece de derecho a pedir el reembolso de lo pagado a título de prima, se despacha **favorablemente**, por tratarse de contrato de tracto sucesivo, con efectos hacia delante. Pero no se condenará al pago de los saldos que esté debiendo por ese concepto a la fecha de esta providencia, por cuanto esa situación de incumplimientos fue generada por los incumplimientos de la misma convocada reconviniendo, quien pierde su derecho a cobrarlos.

La cuarta declarativa, en la que pide que se ordene la restitución inmediata e incondicional de la unidad comercial concesionada, la número 84, se despacha **favorablemente**, pero su cumplimiento solamente podrá exigirse por los procedimientos legales y por la jurisdicción ordinaria.

La quinta (de condena ésta y las sucesivas), en que pide se condene al pago del saldo de la prima, **no se concede**, por las razones ya expresadas.

La sexta, en que pide se condene por el daño emergente consistente en el pago de los intereses moratorios sobre la suma a que hace referencia la pretensión de reembolso de prima, desde el 30 de junio de 2007, fecha en que de acuerdo al contrato debía pagar, hasta el día en que éste se efectúe, **no se concede**.

La séptima, en que pide se condene por el lucro cesante consistente en el pago de las contraprestaciones mínimas mensuales, desde la fecha de ejecutoria del Laudo Arbitral y hasta la fecha pactada para la terminación del contrato, se despacha **desfavorablemente**.

La octava, en que pide se condene al pago de daño emergente, consistente en las expensas comunes por administración del Centro Comercial, desde la fecha de ejecutoria del Laudo Arbitral y hasta la fecha pactada para la terminación del contrato, se despacha **desfavorablemente**.

La novena, en que pide la condena en costas, se despacha **desfavorablemente**, por haber sido desfavorecida la parte convocada reconviniente, en todas las pretensiones económicas de condena.

RESPECTO DE OLGA LUCY MORALES VIANA:

La décima declarativa, en que pide que se declare el incumplimiento grave del contrato, se despacha **desfavorablemente**.

La décimo primera declarativa, en que pide la terminación anticipada del contrato, se despacha **favorablemente**.

La décimo segunda declarativa, en la que pide que, como consecuencia de las anteriores declaraciones de incumplimiento, la convocante reconvenida carece de derecho a pedir el reembolso de lo pagado a título de prima, se despacha **favorablemente**, por tratarse de contrato de tracto sucesivo, con efectos hacia delante. Pero no se condenará al pago de los saldos que esté debiendo por ese concepto a la fecha de esta providencia, por cuanto esa situación de incumplimientos fue generada por los incumplimientos de la misma convocada, quien pierde su derecho a cobrarlos.

La décimo tercera declarativa, en la que pide que se ordene la restitución inmediata e incondicional de la unidad comercial concesionada, la número 159, se despacha **favorablemente**, pero su cumplimiento solamente podrá exigirse por los procedimientos legales y por la jurisdicción ordinaria.

La décimo cuarta (de condena ésta y las sucesivas), en que pide se condene, al pago del saldo de la prima, **no se concede**, por las razones expresadas.

La décimo quinta, en que pide se condene por el daño emergente consistente en el pago de los intereses moratorios sobre la suma a que hace referencia la pretensión de reembolso de prima, desde la fecha en que de acuerdo al contrato debía pagar, hasta el día en que éste se efectúe, **no se concede**.

La décima sexta, en que pide se condene por el daño emergente consistente en el pago de las contraprestaciones mínimas mensuales, desde el 11 de Septiembre de 2008 y hasta la fecha en que se dicte el Laudo Arbitral, se despacha **desfavorablemente**.

La décimo séptima, en que pide se condene al pago de daño emergente, consistente en los intereses moratorios por las contraprestaciones mensuales no pagadas, desde el 11 de Septiembre de 2008 y hasta que el pago se efectúe, se despacha **desfavorablemente**.

La décimo octava, en la que pide, a título de daño emergente, el valor de las expensas comunes por administración, dejadas de pagar desde el 11 de Noviembre de 2008, hasta la fecha del Laudo Arbitral, se despacha **desfavorablemente**.

La décimo novena, en la que pide condenar al pago de intereses de mora sobre los saldos dejados de pagar por expensas comunes de administración, se despacha **desfavorablemente**.

La vigésima, en la que pide el lucro cesante por contraprestaciones mínimas mensuales, desde la ejecutoria del Laudo Arbitral y hasta la fecha pactada en el contrato para su terminación, se despacha **desfavorablemente**.

La vigésimo primera, en la que pide el lucro cesante por las expensas comunes de administración, desde la ejecutoria del Laudo Arbitral y hasta la fecha pactada en el contrato para su terminación, se despacha **desfavorablemente**.

La vigésimo segunda, en que pide la condena en costas, se despacha **desfavorablemente**, por haber sido desfavorecida la parte convocada reconviniente, en todas las pretensiones económicas de condena.

RESPECTO DE B&T TRADING LTDA.

La vigésima tercera declarativa a trigésima tercera, no se pronunciará el Tribunal, en virtud de que se declarará inhibido para fallar de fondo en relación con dicha sociedad.

RESPECTO DE C.I. ANN CHERY ORTOPÉDICOS CHAROL E.U.

La trigésima cuarta declarativa, en que pide que se declare el incumplimiento grave del contrato, por parte de la convocante reconvenida, se despacha **desfavorablemente**.

La trigésima quinta declarativa, en que pide la terminación anticipada del contrato, se despacha **favorablemente**.

La trigésima sexta declarativa, en la que pide que, como consecuencia de las anteriores declaraciones de incumplimiento, la convocante reconvenida carece de derecho a pedir el reembolso de lo pagado a título de prima, se despacha **favorablemente**, por tratarse de contrato de tracto sucesivo, con efectos hacia delante. Pero no se condenará al pago de los saldos que esté debiendo por ese concepto a la fecha de esta providencia, por cuanto esa situación de incumplimientos fue generada por los incumplimientos de la misma convocada reconviniendo, quien pierde su derecho a cobrarlos.

La trigésima séptima declarativa, en la que pide que se ordene la restitución inmediata e incondicional de la unidad comercial concesionada, la número 112, se despacha **favorablemente**, pero su cumplimiento solamente podrá exigirse por los procedimientos legales y por la jurisdicción ordinaria.

La trigésima octava (de condena ésta y las sucesivas), en que pide se condene al pago del daño emergente por el pago de las contraprestaciones mínimas mensuales, desde el 11 de Abril de 2.008, hasta la fecha del Laudo Arbitral, **no se concede**, por las razones ya expresadas.

La trigésima novena, en que pide se condene por el daño emergente consistente en el pago de los intereses moratorios sobre la suma a que hace referencia la pretensión de pago de las contraprestaciones mensuales, desde la fecha en que de acuerdo al contrato debía pagar, hasta el día en que éste se efectúe, **no se concede**, por las mismas razones ya expresadas.

La cuadragésima, en que pide se condene al pago de expensas comunes de administración, desde el 11 de Abril de 2.008 y hasta que se dicte el Laudo Arbitral, se despacha **desfavorablemente**.

La cuadragésima primera, en que pide se condene al pago de daño emergente, consistente en los intereses moratorios por las contraprestaciones mensuales no pagadas, desde el 11 de Abril de 2.008 y hasta que el pago se efectúe, se despacha **desfavorablemente**.

La cuadragésima segunda, en la que pide, a título de lucro cesante, el valor de las contraprestaciones mínimas mensuales, desde la fecha de ejecutoria del Laudo Arbitral y hasta la fecha pactada en el contrato para su terminación, se despacha **desfavorablemente**.

La cuadragésima tercera, en la que pide condenar al pago de expensas comunes de administración, desde la fecha de ejecutoria del Laudo Arbitral y hasta la fecha pactada en el contrato para su terminación, se despacha **desfavorablemente**.

La cuadragésima cuarta, en que pide la condena en costas, se despacha **desfavorablemente**, por haber sido desfavorecida la parte convocada reconviniente, en todas las pretensiones económicas de condena.

El tribunal **se declara inhibido para fallar de fondo** sobre las pretensiones de Fernando Pérez Castañeda, María Rosa Triviño Briñez y B&T Trading Limitada.

TERCERO: Liquidación en concreto de costas y agencias en derecho.

De acuerdo a los parámetros contenidos en el punto 6, no se harán condenas en costas ni en agencias en Derecho.

CONDENA EN CONCRETO

Se condena a la parte convocante, CLAUDIA SOFÍA ARROYAVE Y OTROS, a pagarle a la Perito Contadora, Sra. Miryam Caicedo Rosas, la suma de \$4.000.000,00 la cual deberá pagarse dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria del presente Laudo Arbitral.

CUARTO: Liquidación final de la cuenta de gastos del tribunal.

Ejecutoriado este Laudo Arbitral, el Presidente hará la liquidación final de gastos, cubrirá los que estuvieren pendientes y, previa cuenta razonada,

devolverá a las partes la porción no utilizada de la suma entregada por ellas para gastos del Tribunal.

QUINTO: Copias auténticas del laudo arbitral.

Se ordena que por secretaria se expidan y entreguen copias auténticas de este Laudo, a los apoderados de las partes, al Centro de Conciliación Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali y a la perito contadora, Sra. Myriam Caicedo Rosas, para el cobro de sus honorarios, con mérito ejecutivo contra los convocantes.

SEXTO: Protocolización del laudo

El Tribunal protocolizará la totalidad del expediente, y en caso de que tal acto exceda el saldo de la suma de gastos que tenga a su disposición para ese efecto, las partes pagarán los derechos notariales, en lo que excediere tal la suma, lo cual harían en proporciones iguales.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

El Árbitro único,

JOSÉ ANTONIO TAMAYO HURTADO

PATRICIA RIASCOS LEMOS

Secretaria