

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
ELISA ESCALANTE RIOS VS INVERSIONES Y DESARROLLO S.A

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, 1 de Abril de 2009

LAUDO ARBITRAL

Agotado el trámite legalmente establecido por las partes en la cláusula compromisoria, procede el TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO a dictar el laudo que corresponde en el proceso promovido por ELISA ESCALANTE RIOS CONTRA INVERSIONES Y DESARROLLOS S.A.

I. ANTECEDENTES

La Sra. Elisa Escalante Ríos y la Sociedad Inversiones y Desarrollos S.A. celebraron el contrato de Concesión Comercial con fecha 20 de diciembre de 2004 sobre el local comercial No 294 en el Centro Comercial Único II Etapa, ubicado en esta ciudad.

Mediante cláusula compromisoria las partes convinieron:

“DECIMA NOVENA. SOLUCION DE CONTROVERSA: Las partes expresamente convienen que en el evento en que surja una diferencia, reclamación o disputa entre ellas, por razón o con ocasión del presente contrato, ésta será sometida a una Tribunal de Arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Cali. El Tribunal decidirá en Derecho y se sujetará a las disposiciones del Derecho Sustantivo y Procesal de la República de Colombia. El Tribunal como tal estará integrado por tres (3) Árbitros, quienes sesionarán en la ciudad de Cali, salvo que la controversia fuese de menor cuantía, en cuyo caso el Arbitro será uno (1). 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 Cali. La parte contra la cual se dicte un Laudo Arbitral condenatorio, total o parcial, pagará la totalidad de los gastos, costos y honorarios del Arbitro respectivo”.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
ELISA ESCALANTE RIOS VS INVERSIONES Y DESARROLLO S.A

LAUDO ARBITRAL

El Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali realizó la designación del árbitro Único, mediante sorteo, de conformidad con lo establecido en la cláusula compromisoria.

II. LA ACTUACIÓN PROCESAL

El 1º de octubre de 2008, ELISA ESCALANTE RÍOS, mediante apoderado solicitó la convocación del TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO acordado y presentó demanda contra la Sociedad Inversiones y Desarrollos S.A.

Por auto número 1 de octubre 29 de 2008 el TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO se declaró legalmente instalado y mediante auto número 2 de la misma fecha dispuso la admisión de la demanda.

La SOCIEDAD INVERSIONES Y DESARROLLOS S.A. contestó la demanda, oportunamente, sin formular excepciones de mérito.

Por auto número 10 de enero 19 de 2009 el TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO se declaró competente para conocer y decidir en derecho la controversia planteada por la Señora Elisa Escalante Ríos.

Conforme a lo dispuesto por auto número 21 del 2 de marzo de 2009, en audiencia celebrada en la misma fecha las partes alegaron de conclusión y entregaron versión escrita de sus alegatos.

III. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal, conforme a lo establecido en el artículo 142, numeral 2, del decreto 1818 de 1998 (artículo 124, numeral 2, ley 446 de 1998), mediante el auto número 10 del 19 de

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
ELISA ESCALANTE RIOS VS INVERSIONES Y DESARROLLO S.A

LAUDO ARBITRAL

enero de 2009 se declaró competente para conocer del proceso.

IV. LOS HECHOS:

LOS HECHOS PRESENTADOS EN EL LIBELO DE DEMANDA FUERON:

“1.- La sociedad INVERSIONES Y DESARROLLOS S.A. inicialmente entregó el local 294 a la señora GLORIA PATRICIA ORTIZ, quien lo ocupó con un establecimiento de comercio de su propiedad denominado “PELUQUERIA BELLA EPOCA”. Establecimiento de comercio que le fue vendido en marzo de 2005 a la señora ELISA ESCALANTE RIOS, quien asumió propiamente las obligaciones de arrendataria del local 294 a partir del mes de abril de 2005.

*2.- La sociedad INVERSIONES Y DESARROLLOS S.A. propuso, para evitar que la señora GLORIA PATRICIA ORTIZ no tuviera que ceder los derechos del **Contrato de Concesión** a la señora ELISA ESCALANTE RIOS, ésta firmara el citado contrato retroactivamente al 20 de diciembre de 2004, como efectivamente sucedió, pero que, como digo en el hecho anterior, la fecha en que ocupó el local 294 fue en el mes de abril de 2005.*

*3.- El mismo 20 de diciembre de 2004 entre la sociedad INVERSIONES Y DESARROLLOS S.A. y la demandante ELISA ESCALANTE RIOS se firma un **ACUERDO DE DEVOLUCIÓN DE ANTICIPOS**, pues la citada sociedad recibe de mi poderdante la suma de \$40.000.000.00 como anticipo a los futuros arrendamientos (he subrayado) y a los derechos de participación en relación con el local 294. El anticipo, lo que verdaderamente constituye es un depósito de dinero exigido por la sociedad arrendadora.*

En el mismo Acuerdo se establece: “en caso de que el arrendador (he subrayado) por cualquier circunstancia deba o desee entregar el local y no se ha terminado de devolver la suma acordada, el saldo se devolverá”.

En el citado documento se habla de futuros arrendamientos y de un arrendador, lo que demuestra que el contrato no es de Concesión sino de arrendamiento de un local comercial.

*4.- En el “**Contrato de Concesión Comercial**” celebrado entre la sociedad INVERSIONES Y DESARROLLOS S.A. y la demandante ELISA ESCALANTE RIOS, se establece en la cláusula octava denominada VALOR MENSUAL DE CONCESION, el pago del 8% de las ventas netas entre enero y agosto de 2005 por la **Concesión** del local y del 10% de las ventas a partir del mes de septiembre del mismo año, determinando que “en todo caso en el evento de que el (V.M.C.) sea inferior a la suma de \$2.500.000.00 MAS IVA se establece que, dicha suma será el valor mínimo de la Concesión”.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
ELISA ESCALANTE RIOS VS INVERSIONES Y DESARROLLO S.A

LAUDO ARBITRAL

El inciso segundo de la cláusula citada, señala un incremento anual con base en el IPC más dos puntos, (lo que resultaría contrario a los porcentajes señalados arriba.)

A parte de la concesión por la “explotación del local” la concesionaria deberá pagar la suma de \$400.000.00 mas IVA por concepto de gastos de administración.

La cláusula octava de por si prueba la existencia de un Contrato de Arrendamiento de local comercial y no del simulado Contrato de Concesión Comercial.

5.- Dentro de los requisitos para la existencia y validez del negocio jurídico señalados en el artículo 1502 del Código Civil, que tiene aplicación de acuerdo con lo establecido en el artículo 822 del Código de Comercio, se determina que en todo contrato debe existir una causa lícita. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

El Contrato de Concesión que se le hizo firmar a la demandante, tiene por parte de quien se dice ser el Concedente, unas ventajas que son atentatorias a los intereses profesionales y económicos del Concesionario.

Del contenido del “Contrato de Concesión Comercial” suscrito retroactivamente el 20 de diciembre de 2004 por la señora ELISA ESCALANTE RIOS y la sociedad INVERSIONES Y DESARROLLOS S.A., resalta una causa ilícita, pues a través de ese contrato, la sociedad demandada, quiere dejar sin efectos jurídicos, un contrato real y legal como es el de arrendamiento de local comercial.

*6.- La Concesión es un Contrato atípico. La CONCESION DE ESPACIO (Jaime Alberto Arrubla Paucar, Contratos Mercantiles Tomo II, Editorial Dike pág 327) dice: **“Es una modalidad de la concesión, donde el Concedente es propietario de uno o varios establecimientos de comercio que generalmente operan en cadena, acreditados ante el público. Como una manera de mejorar sus rendimientos racionalizando los costos, deciden ceder espacios físicos de su establecimiento o establecimientos a personas que se denominan concesionarios, que son comerciantes o fabricantes de productos y que desean mercadearlos en los establecimientos acreditados del concedente.***

Por el espacio físico no se está pagando renta alguna, la comisión que se paga es global, por todos los servicios de que se beneficia el concesionario”.

Si la demandante señora ELISA ESCALANTE RIOS pagaba cánones de arrendamiento, administración y servicios públicos por el local 294 del

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
ELISA ESCALANTE RIOS VS INVERSIONES Y DESARROLLO S.A

LAUDO ARBITRAL

“Centro Comercial Único II Etapa” ¿Cómo puede hablarse de Concesión Comercial?

7.- La demandante ELISA ESCALANTE RIOS durante todo el tiempo que ocupó el local 294 del “Centro Comercial Único II etapa” pagó las facturas que por servicio público de teléfono, energía, aseo y alumbrado público cobraban las Empresas Municipales de Cali conforme tabulados que tienen por beneficiarios de esos servicios a la sociedad INVERSIONES Y DESARROLLOS S.A..

Si dentro del Contrato de CONCESIÓN DE ESPACIO, el Concesionario sólo está obligado a pagarle al Concedente el equivalente al porcentaje de las ventas, no asumiendo el pago de arrendamiento, servicios públicos y administración ¿por qué la demandante señores del Tribunal de Arbitramento, tenía que cubrir entonces esas prestaciones?

8.- Mediante facturas expedidas por el “Centro Comercial Único” a nombre de ELISA ESCALANTE RIOS, denominada de arrendamiento y mantenimiento (he subrayado) cobraban los cánones de arrendamiento y la administración del local comercial #294, donde nunca se tuvo en cuenta el porcentaje de las ventas que era el generador de las obligaciones nacidas del Contrato de Concesión Comercial.

9.- De los \$40.000.000.00 exigidos en depósito por la sociedad INVERSIONES Y DESARROLLOS S.A. a la demandante ELISA ESCALANTE RIOS, se descontaron \$20.000.000.00 por el arrendamiento y administración del local 294. Los otros \$20.000.000.00 los debe reintegrar la sociedad demandada a la demandante, debidamente indexados, pues la garantía mediante el depósito de dinero, no es de la esencia del Contrato de Concesión de Espacio y por el contrario, constituye un abuso del derecho y de la posición dominante en cabeza de quien pretendió ser Concedente.

10.- En carta fechada mayo 29 de 2008 la demandante informa a la sociedad INVERSIONES Y DESARROLLOS S.A. la entrega del local 294, además, requiere la devolución de los dineros que le deben por el depósito de los \$40.000.000.00 que le hizo a la demandada, lo que hasta la fecha de esta demanda no se ha producido.

11.- El presunto Contrato de Concesión Comercial terminó por el querer de la sociedad INVERSIONES Y DESARROLLOS S.A. y el local 294 le fue entregado por la demandante el 1° de junio de 2008.

12.- La cláusula décima novena del simulado Contrato de Concesión Comercial señala que las diferencias entre las partes deberán ser sometidas a un Tribunal de Arbitramento designado por la Cámara de Comercio.

13.- Con fecha junio 27 de 2005, la Jefe de Facturación y Cartera del “Centro Comercial Único” señora Sandra Soledad Rico Flórez, dirige una carta a la

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
ELISA ESCALANTE RIOS VS INVERSIONES Y DESARROLLO S.A

LAUDO ARBITRAL

demandante ELISA ESCALANTE RIOS, donde le manifiesta el “envío contrato de arrendamiento del local 294”.

*14.- En carta de fecha abril 27 de 2007, la misma Jefe de Facturación y Cartera, **CERTIFICA** que la señora ELISA ESCALANTE RIOS ocupa el local 294” y cancela por concepto de arrendamiento la suma de \$2.675.000.00 mensuales y \$427.400.00 por concepto de administración.”*

V. LAS PRUEBAS

Por auto número 11 del 19 de enero de 2009 se decretaron pruebas, y fueron practicadas, así:

1. Se dispuso tener como pruebas los documentos aportados por la demandante con la demanda, y los documentos aportados con la contestación a la demanda.
2. A solicitud de la demandante se recibió el interrogatorio de parte al representante legal de la sociedad convocada de lo que consta en el acta número 9 del 10 de febrero del 2009, diligencia cumplida en audiencia.
3. Se decretó el peritazgo solicitado por la convocante, designando el Tribunal al perito contador financiero Carlos Enrique Garcés Guerrero, quien no fue recusado por las partes y presentó dentro del término fijado por el tribunal su experticia de la que las partes no presentaron solicitud de aclaración o complementación alguna.
4. A solicitud de la sociedad demandada, se recibió el interrogatorio de parte a la Sra. Elisa Escalante diligencia cumplida en audiencia el día 27 de enero del 2009, como consta en acta número 5 de la misma fecha.
5. Por haberlo solicitado la Sociedad demandada, se oyó la declaración de parte de los señores ISIDORO ESQUENAZI, ELKIN VÉLEZ Y LA DOCTORA DIANA ANGARITA., Presidente y, en esa calidad, en diligencias celebradas en audiencia el 10

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
ELISA ESCALANTE RIOS VS INVERSIONES Y DESARROLLO S.A

LAUDO ARBITRAL

de febrero de 2009, y enero 28 de 2009 respectivamente, como consta en las actas numero 9 y 6.

6. Se recibió de la Cámara de Comercio Cali , los documentos que reposan en el archivo del establecimiento de comercio Peluquería Bella Época , así como los de la comerciante Gloria Patricia Ortiz, en relación con el mismo establecimiento de comercio, por solicitud de la convocada.

VI. CONSIDERACIONES DE TRIBUNAL FRENTE A LAS PRUEBAS

En el curso del proceso se decretaron y practicaron todas las pruebas solicitadas por ambas partes, respecto de las que se cumplieron los principios de publicidad, contradicción, intermediación y sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, ni causa alguna para desestimarlas, por tanto, se consideran todas viables como soporte del presente laudo arbitral.

VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados de ambas partes presentaron los alegatos de conclusión, exponiendo sus argumentos legales y doctrinales respecto de los hechos, pretensiones de la demanda, contestación de la demanda y las pruebas practicadas.

VII. LAS PRETENSIONES

Fueron señaladas en el escrito de demanda así:

PRIMERA.- Decrete que entre la convocante (demandante) señora ELISA ESCALANTE RIOS y la convocada (demandada) INVERSIONES Y DESARROLLOS S.A. se celebró un contrato simulado de Concesión Comercial el 20 de diciembre de 2004 en relación con el local #294 ubicado

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
ELISA ESCALANTE RIOS VS INVERSIONES Y DESARROLLO S.A

LAUDO ARBITRAL

*en el “Centro Comercial Único II Etapa” – calle 52 entre
carreras 3 y 4 de Cali.*

*SEGUNDA.- Decrete que entre la demandante ELISA
ESCALANTE RIOS y la sociedad demandada INVERSIONES
Y DESARROLLOS S.A. el verdadero negocio jurídico, lo
constituye un Contrato de Arrendamiento sobre el local
comercial #294 ubicado como se señala en la pretensión
anterior.*

*TERCERA.- Decrete la no validez jurídica, por causa ilícita, de
un Contrato simulado de Concesión Comercial suscrito
retroactivamente entre la demandante y la sociedad
demandada el 20 de diciembre de 2004, cuyos efectos
jurídicos sólo se producen a partir del mes de abril de 2005,
fecha en que verdaderamente comienza a usar y gozar del
inmueble materia del contrato la demandante ELISA
ESCALANTE RIOS.*

*CUARTA.- Decrete que consecuencia de la existencia real de
un Contrato de Arrendamiento de local comercial, en relación
con el local #294 ubicado en el “Centro Comercial Único II
Etapa”, la sociedad demandada INVERSIONES Y
DESARROLLOS S.A. debe reintegrar o devolver a la
demandante ELISA ESCALANTE RIOS, la suma de VEINTE
MILLONES DE PESOS MCTE (\$20.000.000.00) debidamente
indexados, por el cobro de un depósito de dinero que le fuera
exigido mediante una Concesión Comercial, que
contractualmente nunca existió.*

*QUINTA.- Decrete que el contrato de arrendamiento del local
comercial #294 terminó el día 31 de mayo de 2008, por ser
esa la voluntad de la parte demandada.*

*SEXTA.- Decrete que dentro de los cinco (5) días siguientes
en que quede en firme el Laudo, la sociedad demandada,
devuelva a la demandante la suma de \$20.000.000.00
debidamente indexada, que se solicita en la pretensión
cuarta de esta demanda.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
ELISA ESCALANTE RIOS VS INVERSIONES Y DESARROLLO S.A

LAUDO ARBITRAL

SEPTIMA.- Se condene a la sociedad demandada al pago de las costas y agencias en derecho

VIII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Primer Cargo. Simulación del contrato de concesión comercial celebrado. Causa ilícita del contrato celebrado.

Pretende la convocante que se declare que el contrato de concesión comercial celebrado entre ella (demandante), señora ELISA ESCALANTE RIOS, y la convocada (demandada) INVERSIONES Y DESARROLLOS S.A., de fecha 20 de diciembre de 2004 en relación con el local #294 ubicado en el “Centro Comercial Único II Etapa” – calle 52 entre carreras 3 y 4 de Cali fue simulado. Además, pretende que se declare la no validez jurídica del contrato de concesión comercial celebrado por causa ilícita.

1. Celebración del contrato de concesión comercial

Conforme al acerbo probatorio que reposa en el expediente es evidente que el contrato fue celebrado inicialmente, en forma verbal, entre la parte convocada y las señoras Luz Dary Giraldo y Gloria Patricia Ortiz, quiénes lo cedieron a la parte convocante con posterioridad, acordando las partes la firma retroactiva del contrato al 20 de diciembre de 2004, aunque la cesión ocurrió a partir del mes de marzo de 2005. Los pagos iniciales a la concedente para tener derecho a usufructuar el local comercial en el que instalaron el establecimiento de comercio denominado Peluquería Bella Época, como anticipo a los cánones del contrato de concesión comercial y como derecho de participación en el centro comercial Único, fueron efectuados por las contratantes iniciales como Concedentes. En consecuencia, aunque el contrato aparece suscrito por la Señora Elisa Escalante Ríos no fue ella la parte que celebró el contrato de manera directa, ni fue ella quien realizó los pagos

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
ELISA ESCALANTE RIOS VS INVERSIONES Y DESARROLLO S.A

LAUDO ARBITRAL

discutidos a la sociedad convocada. Actuó como cesionaria de un contrato celebrado con anterioridad, asumiendo los derechos y obligaciones contraídos por las iniciales concedentes.

Este punto es esencial para dilucidar la pretensión de la declaratoria de simulación del contrato y para analizar si hubo vicios en el consentimiento de la parte demandante al celebrar el mismo. Pero antes de pronunciarse sobre el tema es necesario analizar la naturaleza jurídica del contrato de concesión comercial celebrado.

2. El Contrato de Concesión Comercial y su causa

La doctrina¹ advierte que ante la falta de regulación por la ley comercial colombiana de ésta clase de contrato, el mismo es atípico, oneroso, bilateral, consensual, de colaboración empresarial, de tracto sucesivo, *intuitu personae*, de naturaleza comercial y dependiendo de su configuración puede ser de libre discusión o de adhesión.

Al observar el contrato firmado por las partes encontramos que cumple con las características señaladas y es claro, aunque no ilegal, la adhesión de la concesionaria, cesionaria del contrato, a los términos preimpresos y elaborados por la concedente.

En las voces del artículo 1524 del Código Civil Colombiano no se observa ilicitud en la causa, pues el contrato fue celebrado por mera liberalidad de las partes y no está prohibido por la ley, ni es contrario a las buenas costumbres o al orden público.

2. Simulación

¹ Entre ellos ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO, *Contratos Mercantiles, Tomo III, Contratos Atípicos*, DIKE, 6ª, Medellín, 2006, págs. 334 a 336.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
ELISA ESCALANTE RIOS VS INVERSIONES Y DESARROLLO S.A

LAUDO ARBITRAL

Como lo expone el apoderado de la parte convocada en su alegato de conclusión al detallar las diversas corrientes doctrinales sobre la teoría de la simulación, no hay evidencia alguna dentro del expediente, que las partes contratantes tuvieran la intención o hubieran declarado de mutuo acuerdo la simulación del contrato de concesión comercial, teniendo la voluntad de ocultar un contrato o negocio jurídico subyacente. La Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación del 24 de octubre de 1936, XLIV, 172, manifestó: *“Para que la simulación exista es necesario que aparezca como pactada una convención, con todos los elementos esenciales y naturales que la ley fija para su existencia jurídica, celebrada la cual viene a encubrir u ocultar otra de distinta índole que fue la querida por las partes y la que de manera efectiva pactaron, pero que no aparece allí y cuya existencia es indispensable demostrar con otros elementos probatorios traídos al proceso”*.

Y en Casación del 2 de febrero de 2006, Exp. 16971, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, afirmó:

“De ahí que no sea posible concebir la simulación en forma unilateral, es decir sin un concierto de las partes en tal sentido, desde luego que dicho fenómeno no se presenta solamente cuando uno de los contratantes tiene la intención de fingir la declaración de voluntad, sin que el otro preste su colaboración con la misma finalidad. Cuando así acontece, es decir, cuando los contratantes no convienen en ocultar o desfigurar el negocio jurídico, el querer unilateral de uno de ellos no trasciende y, a lo sumo, podrá calificarse como «una reserva mental» que por sí sola carece de relevancia jurídica”.

Estas posiciones jurisprudenciales son suficientes para establecer que no aparece en el proceso evidencia alguna del querer de las partes contratantes, las concesionarias iniciales, la cesionaria y la concedente, de entender que el contrato de concesión comercial celebrado fuera simulado para ocultar otra realidad jurídica como la pretendida por la parte convocante. En consecuencia, no es viable declarar la

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
ELISA ESCALANTE RIOS VS INVERSIONES Y DESARROLLO S.A

LAUDO ARBITRAL

procedencia de las pretensiones primera y tercera por no prosperar los cargos imputados.

Segundo Cargo. El verdadero negocio jurídico fue un contrato de arrendamiento.

De la misma manera, pretende la convocante que se declare que el verdadero negocio jurídico celebrado fue un contrato de arrendamiento y no el de concesión comercial.

Como se anotó en el análisis del cargo anterior, que concluye con la no procedencia de declarar la simulación del contrato de concesión comercial, por ausencia de voluntad contractual unánime en ese sentido, el Tribunal considera pertinente esbozar brevemente, el análisis sobre la libre determinación de las partes al celebrar el contrato discutido.

No aparece en el expediente prueba alguna que el consentimiento expresado por la señora ELISA ESCALANTE RIOS estuviere viciado por error, fuerza o dolo, o que la concedente la hubiere presionado indebidamente a celebrar el contrato referido.

Los artículos 1502, 1508, 1509 y 1510 del Código Civil Colombiano, en concordancia con el artículo 824 del Código de Comercio, que regulan todo lo concerniente al principio de consensualidad, son claros en disponer que el consentimiento debe expresarse libre de vicios como error, fuerza o dolo, que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y que el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta.

En relación con el error sobre un punto de derecho como vicio del consentimiento, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación de fecha 29 de septiembre de 1938 expresó que “... *En Colombia es absolutamente nula, y aún*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
ELISA ESCALANTE RIOS VS INVERSIONES Y DESARROLLO S.A

LAUDO ARBITRAL

inexistente, la obligación contraída sin mas fundamento que un error de derecho, porque éste no puede aprovechar al que lo alega para hacer una ganancia, sino concurren también una capacidad legal, un objeto lícito y una causa distinta del error mismo, aunque esa causa no sea civil sino apenas natural”.

Y sobre el error de hecho sobre la especie de acto o contrato que se celebra dispuso en Sentencia de Casación Civil del 3 de agosto de 1983 *“Error común creador de derechos. Presupuestos para su aplicación. ... Estima la Corte que para dar aplicación a la doctrina del error común creador de derechos es indispensable que se reúnan los siguientes requisitos, a saber: 1. Debe existir una situación que realmente sea contraria a la normatividad, pero oculta, es decir, que no es fácil advertirla, la cual sea necesariamente ajena a su etiología y desarrollo a quién eventualmente resultare perjudicado con la apariencia de juridicidad. Es obvio que si quién pretende ser favorecido con la aplicación de la doctrina tuvo alguna parte en los procesos que determinaron la creación de la apariencia de derecho, mal puede invocar a su favor la apariencia de legalidad, que en tales condiciones dejaría de serlo para ella. 2. Que esa apariencia de legalidad esté respaldada en hechos, situaciones o documentos cuyo vicio no sea posible advertir con diligencia y cuidado propios de un padre de familia. 3. Que la conducta de quién resultó perjudicado con la situación de aparente legalidad esté respaldada por una buena fe del particular no simplemente presunta, sino probada, permanente y no transitoria, paradigmática, sin sombra de mácula. Es esa buena fe la que permite que se cree el derecho donde normalmente no existía y, correlativamente, se extingas en quién verdaderamente era su titular. 4. Que la situación no esté regulada por una ley imperativa que imponga soluciones diferentes a las que resultarían de la aplicación de la doctrina”.*

Para este Tribunal todas las partes del contrato, antes mencionadas, actuaron libremente y de manera espontánea, sin que se adviertan o estén probados vicios del

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
ELISA ESCALANTE RIOS VS INVERSIONES Y DESARROLLO S.A

LAUDO ARBITRAL

consentimiento respecto del contrato celebrado, pues él mismo aparece rodeado de sus características esenciales y básicas de tener objeto y causa lícitos, plena capacidad de los contratantes y consentimiento exento de vicios. Como se anotó, no hay una realidad jurídica oculta, subyacente o aparente, que nos permita concluir que el contrato celebrado hubiese sido de naturaleza diversa al de concesión comercial.

La parte convocante insiste en que se tomen algunos elementos del desarrollo contractual, con base en las pruebas documentales, declaraciones de parte y testimoniales, como indicios de la existencia de un contrato de arrendamiento, pues en vez de utilizar la expresión canon del contrato de concesión utilizan la expresión arrendamiento. convencimiento al cual no llega este Tribunal puesto que en los contratos de tracto sucesivo como el que aquí se analiza, es bastante usual que quiénes no son abogados confundan las expresiones cánones² con arrendamientos, o utilicen de indistinta manera tales términos o a veces mezclados para hablar de cánones de arrendamiento. Lo que debe buscarse con claridad meridiana es la voluntad contractual de fondo y no la aparente por las formas utilizadas. Y para este Tribunal es contundente la celebración de un contrato de concesión comercial, exento de vicios del consentimiento, objeto o causa ilícitos y con plena capacidad de los contratantes.

Por lo expuesto no está llamada a prosperar la pretensión indicada en el numeral segundo de la demanda sobre la declaratoria de la existencia de un contrato de arrendamiento en sustitución del de concesión comercial.

Tercer Cargo. Terminación del contrato de concesión comercial.

² Según el diccionario de Real Academia Española de la lengua la palabra a la palabra Canon entre muchas acepciones se le atribuyen las de “Precio del arrendamiento rústico de un inmuebles; Cantidad que paga periódicamente el censatario al censalista; Cantidad periódica pagada a la Administración por el titular de una concesión demanda”.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
ELISA ESCALANTE RIOS VS INVERSIONES Y DESARROLLO S.A

LAUDO ARBITRAL

Sobre este punto la parte convocante aduce que el contrato terminó el día 31 de mayo de 2008, por ser su voluntad. La parte convocada en la contestación de la demanda afirma que tal hecho no es cierto, que el contrato terminó por violación contractual por parte de la concesionaria quién no efectuó los pagos de la retribución de los meses de noviembre y diciembre de 2007 y enero a mayo de 2008, como lo muestra el dictamen pericial.

El asunto es que ninguna de las partes aporta pruebas para determinar la fecha exacta de terminación del contrato, lo que imposibilita a este Tribunal de acceder a despachar la pretensión solicitada, pues ante la ausencia probatoria, debe declararse inhibido para resolver la referida pretensión.

Cuarto Cargo. Derecho a la devolución de la suma pagada por concepto de derechos de participación comercial en el Centro Comercial Único

El apoderado de la convocante expone a la luz de la Constitución Política Colombiana y del Código de Comercio su posición en el sentido que la concedente abusó del derecho respecto de la concesionaria cesionaria del contrato celebrado, para imponerle indebidamente el pago de veinte millones de pesos (\$20.000.000) moneda legal colombiana como derechos de participación comercial en el Centro Comercial Único, cuando para él constituyeron un indebido anticipo por arrendamientos, que debe ser reintegrado por la Concedente a la Concesionaria.

Como se concluyó anteriormente, el contrato celebrado fue el de concesión comercial en la forma consignada en el texto escrito allegado al expediente, no está probado que haya sido un contrato simulado, las partes concurren libre y espontáneamente a su celebración y sustitución, y no es evidente una posición dominante de parte de la cedente, sólo por ser la dueña o titular del centro comercial ofrecido a los concesionarios.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
ELISA ESCALANTE RIOS VS INVERSIONES Y DESARROLLO S.A

LAUDO ARBITRAL

Es de resaltar que uno de los grandes avances en nuestro país desde la óptica del nuevo derecho, ha sido que la Constitución Política consagrara los derechos fundamentales de los ciudadanos, que ha permitido situar valores supremos por encima de las disposiciones legales, en el caso en que éstas van en contravía de aquellos preceptos y valores supremos. Sin embargo, tal situación no se presenta en el caso discutido, en el que hubo plena autonomía y libertad contractual de las partes y no es evidente la posición dominante de la concedente respecto de la concesionaria cesionaria, la cual al firmar el contrato y su anexo, no fue presionada, engañada, violentada en su intimidad y más bien debe indicarse debió asesorarse mejor en la celebración del contrato pactado.

No es relevante tampoco el hecho que hoy en día se haya abandonado la práctica de celebrar contratos de concesión comercial en el centro comercial Único y se haya migrado a contratos de arrendamiento, pues ello es un claro desarrollo de la iniciativa privada sin restricción constitucional o legal alguna.

Por ello, éste Tribunal no encuentra en ninguna de las actuaciones surtidas por las partes en la celebración y ejecución del contrato mala fe, utilización de posición dominante o abuso del derecho.

Por ello, procede negar todas las demás pretensiones de la demanda, al no encontrarse probados los cargos formulados.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
ELISA ESCALANTE RIOS VS INVERSIONES Y DESARROLLO S.A

LAUDO ARBITRAL

XI. COSTAS

DE CONFORMIDAD CON LO ESTIPULADO EN EL ARTÍCULO 392 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL NUMERAL PRIMERO, SE DEBE CONDENAR EN COSTAS A LA PARTE VENCIDA EN EL PROCESO, ASI MISMO EL NUMERAL NOVENO ESTABLECE QUE SOLO HABRA LUGAR A COSTAS CUANDO EN EL EXPEDIENTE APAREZCAN QUE SE CAUSARON Y EN LA MEDIDA DE SU COMPROBACIÓN.

EN ESTE CASO NO OBSTANTE DE CUMPLIESE EL PRIMER PRECEPTO NO SE CUMPLE EL SEGUNDO POR LO CUAL NO SE CONDENARÁ EN COSTAS

CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL PAGO DEL TRIBUNAL

LA PARTE CONVOCANTE INFORMO VERBALMENTE AL TRIBUNAL DE LA CANCELACIÓN QUE LE HICIERA LA PARTE CONVOCADA DEL 50% QUE LE CORRESPONDIA PAGAR POR GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, FUNCIONAMIENTO, HONORARIOS DE ÁRBITRO Y SECRETARIA QUE SUFRAGÓ EN LA OPORTUNIDAD PROCESAL LA CONVOCANTE POR EL CONVOCADO

XII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO convocado para dirimir en derecho las controversias surgidas entre la Sra. Elisa Escalante Ríos y la sociedad Inversiones y Desarrollo S.A. en torno al contrato de concesión comercial de 20 diciembre de 2004 celebrado entre las mismas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. DECLARASE INHIBIDO PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
ELISA ESCALANTE RIOS VS INVERSIONES Y DESARROLLO S.A

LAUDO ARBITRAL

FECHA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO, PRETENSIÓN QUINTA DE LA DEMANDA, DE ACUERDO A LO EXPRESADO EN LOS CONSIDERANDOS DEL PRESENTE LAUDO.

SEGUNDO. De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo, DECLARAR QUE NO PROSPERAN LAS DEMÁS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

TERCERO. Por lo expuesto en el título XI. Costas, no habrá condena en costas ni agencias en derecho.

CUARTO. ORDENAR que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes y copia simple con destino al Centro de Conciliación, Arbitraje y amigable Composición de la CAMARA DE COMERCIO DE CALI

QUINTO. Una vez ejecutoriado el presente laudo, el Presidente procederá a protocolizar el expediente en una de las notarías del Círculo Notarial de Cali, Departamento del Valle del Cauca. Los gastos de la protocolización serán asumidos por las partes en igual proporción y atenderán de manera inmediata la entrega del dinero una vez le sea requerida.

NOTIFÍQUESE.

FABIO LONDOÑO GUTIÉRREZ
ÁRBITRO ÚNICO

PATRICIA RIASCOS LEMOS
SECRETARIA