TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. COMO VOCERA LEGAL DEL FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDIN PLAZA 2101
Vs.

DISEÑOS Y TEXTURAS DE COLOMBIA LTDA.

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, 31 de agosto de 2009

Cumplido a cabalidad el trámite arbitral y habiéndose agotado cada una de las etapas procesales previstas en las normas que regulan el proceso arbitral, Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, Decreto 2651 de 1991, Ley 446 de 1998 y Decreto 1818 de 1998 y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Tribunal, dentro del término legal, a decidir el conflicto planteado en las pretensiones sometidas a su consideración, profiriendo la correspondiente decisión de mérito con la cual se pone fin al presente trámite arbitral promovido por **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. COMO VOCERA LEGAL DEL FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDIN PLAZA 2101**, contra la sociedad **DISEÑOS Y TEXTURAS DE COLOMBIA LTDA..**

Capitulo I

1. ANTECEDENTES

1.1. El 4 de diciembre de 2008, mediante apoderado especial, la **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.**, como vocera legal del **FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDIN PLAZA 2101**, presenta demanda arbitral en contra de la sociedad **DISEÑOS Y TEXTURAS DE COLOMBIA LTDA.**

1.2. Fue nombrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, como árbitro único quien suscribe el presente laudo, **HUGO JARAMILLO GUTIERREZ**, a quien se le notificó su nombramiento mediante comunicación fechada el 30 de diciembre de 2008, quien expresamente aceptó el nombramiento.

1.3. El día 28 de enero de 2009, el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, instaló el Tribunal y éste designó como secretaria a la doctora **MARIA ESPERANZA MAYOR**

GORDILLO, quien se posesionó de su cargo, en audiencia llevada a cabo el 28 de enero de 2009.

1.4. **ADMISION DE LA DEMANDA:** Por Auto No. 2, de 28 de enero de 2009, el Tribunal, previa las consideraciones legales y pertinentes, admitió la demanda y ordenó correr traslado de la misma a la parte convocada, por intermedio de su apoderada judicial, doctora **CLARA ISABEL AGUDELO DE ZUÑIGA.**

1.5. **NOTIFICACION AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA**: El 28 de enero de 2009, la convocada **DISEÑOS Y TEXTURAS DE COLOMBIA LTDA**., por intermedio de su apoderada judicial, doctora **CLARA ISABEL AGUDELO DE ZUÑIGA**, se notificó del Auto Admisorio de la demanda, corriéndose simultáneamente el respectivo traslado.

1.6. **RECURSO DE REPOSICION INTERPUESTO EN CONTRA DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA**: Contra el Auto Admisorio de la demanda (No. 2, de 2 de enero de 2009) la notificada, en la misma audiencia, interpuso recurso de reposición, recurso al cual el Tribunal le impartió el trámite de ley, dándose traslado en la misma audiencia a la parte convocante, quien por intermedio de su apoderado lo descorrió. El recurso de reposición fue resuelto por Auto No. 3 de 28 de enero de 2009, manteniendo el Tribunal el Auto Atacado.

1.7. **CONTESTACION DEMANDA Y EXCEPCIONES**: Mediante escrito radicado el 11 de febrero de 2009, la apoderada de la parte convocada contestó la demanda y propuso nueve (9) excepciones de fondo, que intituló: 1.- "Existencia de causal para rechazo de plano de la demanda, por falta de jurisdicción y competencia del señor arbitro para conocer de la presente convocatoria", 2.- "Inexistencia de obligaciones por ausencia de una de sus fuentes conjuntas", 3.- "La oferta hace referencia a un fideicomiso inexistente", 4.- El poder especial para ofertar otorgado a Sandra María Tenorio como representante legal de Central Control S.A., conferido por Fiduvalle S.A. hoy Fiduciaria Corficolombiana S.A., se encuentra mal concebido y mal otorgado", 5.- "El objeto social contenido en la escritura 2101 del 26 de mayo de 2003, otorgada por las Notaría Primera de Cali, no da cabida a la celebración de contratos de concesión (sic), por omisión de formalidadades de ley", 6.- "Cobro de lo no debido. La pretensión del pago de administración no tiene sustento jurídico", 7.- "Error en la causa. Incumplimiento de las promesas y condiciones precontractuales", 8.- Cláusula Compromisoria Abusiva", 9.- Contrato no cumplido. Incumplimiento imperfecto. Cumplimiento tardío".

1.8. **TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES**: Por Auto No. 4, de 16 de febrero de 2009 (Acta No. 2, de 16 de febrero de 2009), se corrió traslado a la parte convocante de las excepciones de fondo propuestas por la parte convocada.

1.9. CONTESTACION DE LAS EXCEPCIONES: El día 19 de febrero de 2009, fue radicado escrito mediante el cual el apoderado de la parte convocante descorrió el traslado de las excepciones de fondo propuestas por la parte convocada, escrito que por No. 6, de 3 de marzo de 2009 (Acta No. 3, de 3 de marzo de 2009), se ordenó glosar al expediente.

1.10. AUDIENCIA DE CONCILIACION: Por Auto No. 5, de 16 de febrero de 2009 (Acta No. 2, de 16 de febrero de 2009), se fijó como fecha para la Audiencia de Conciliación el día 3 de marzo de 2009 a las 3:30 p.m., fecha en la cual , en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 141, numeral 2, del Decreto 1818 de 1998, en concordancia con el artículo 121 numeral 2, de la Ley 446 de 1998, partes y apoderados asistieron a la citada audiencia de Conciliación, la que ante la posición que asumieron las partes y, por ausencia de ánimo conciliatorio, resultó fracasada y como tal fue declarada por Auto No. 7, de 3 de marzo de 2009 (Acta No. 3, de 3 de marzo de 2009). En dicha Audiencia el Tribunal les puso de presente a las partes que siempre se encontraría dispuesto a atenderlas lo mismo que a atender cualquier solicitud de conciliación que en desarrollo del proceso pudiera presentarse.

1.11. FIJACION DE HONORARIOS Y GASTOS: Una vez declarada fracasada la Audiencia de Conciliación, por Auto número 8, de 3 de marzo de 2009 (Acta No. 3, de 3 de marzo de 2009), el Tribunal fijó los honorarios del Arbitro Único, de la Secretaria, así como los gastos de funcionamiento y de Administración del Tribunal. Las sumas fijadas en su totalidad fueron consignadas por la parte convocante, dentro de los términos previstos en la Ley, ante la omisión de la consignación por la parte convocada.

1.12. PRIMERA AUDIENCIA DE TRAMITE: Consignados oportunamente por la parte convocante el valor de los honorarios y gastos y cumplido el procedimiento del trámite pre-arbitral, el día 3 de abril de 2009, se llevó a cabo la primera audiencia de trámite y en dicha Audiencia el Tribunal se declaró competente y decretó las pruebas solicitadas por las partes.

1.13. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL: Por Auto No. 9, de 3 de abril de 2009 (Acta No. 4, de 3 de abril de 2009), el Tribunal previa las consideraciones legales pertinentes, se declaró competente para conocer y decidir en derecho de las controversias o diferencias planteadas en la demanda presentada ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali por la sociedad **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A**., como vocera legal del **FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDIN PLAZA 2101**, en contra de la sociedad **DISEÑOS Y TEXTURAS DE COLOMBIA LTDA..**

1.14. RECURSO DE REPOSICION INTERPUESTO EN CONTRA DEL AUTO POR EL CUAL EL TRIBUNAL ASUMIO COMPETENCIA. Contra el Auto antes citado, en la misma audiencia, la apoderada de la parte convocada interpuso recurso de reposición, el que sustentó mediante escrito presentado en la fecha, en el que básicamente hace referencia, en primer lugar, al factor objetivo como determinante de la competencia; que siendo el litigio transigible, debe estar comprendido en el pacto arbitral, a cuyo efecto debe tenerse presente que si se trata de cláusula compromisoria, se entiende la universalidad a menos que se excluya expresamente cierto y determinado asunto; que en la cláusula compromisoria quedó expresamente excluido de este procedimiento las acciones judiciales de ejecución y de restitución para el cobro de los valores originados en desarrollo de concesión; que en el escrito de convocatoria, concretamente en las pretensiones de condena solicitadas se busca el cobro de los valores originados en desarrollo de la concesión; que el hecho de que se anteponga a cada pretensión las palabras daño emergente o lucro cesante, no quiere decir que no se estén cobrando los valores originados en desarrollo del contrato; que nuestra carta fundamental en su artículo 230 claramente establece que los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley, y, en segundo lugar, hace referencia a que nos encontramos frente a un contrato de adhesión, donde la parte débil no fue llamada a prestar su consentimiento respecto de la cláusula ni a expresar su voluntad, trae a colación varios tratadistas y sus postulados acerca de los contratos de adhesión al igual que apartes de sentencias proferidas por la Corte Constitucional .

Descorrido el traslado del recurso de reposición en la misma audiencia, el apoderado de la parte convocante, replica la sustentación de la recurrente, solicitándole al Tribunal desestimar los argumentos en que se fundamenta el recurso de reposición interpuesto y básicamente para ello esboza las siguientes razones: Que el presente proceso es de carácter declarativo, lo cual se deduce de las pretensiones principales declarativas presentadas con el escrito de convocatoria en el que se solicita al señor arbitro declarar la terminación del contrato de concesión celebrado entre las partes a consecuencia del grave incumplimiento de la parte convocada. De igual manera pretende que como consecuencia de lo anterior el señor arbitro ordene la restitución de la unidad comercial cuya tenencia es objeto del contrato y cuya extinción se persigue y, como consecuencia lógica del proceso de responsabilidad civil contractual se condene a la convocada al pago de perjuicios tanto en la modalidad de daño emergente como en la de lucro cesante. Que el daño emergente que se pretende con esta acción, siguiendo los lineamientos del artículo 1613 del CC., está encausado hacia el resarcimiento del daño económico derivado de manera directa de los incumplimientos de la sociedad deudora, esto, el pago de contraprestaciones económicas pactadas en el contrato. Que no se pretende el cobro forzado de sumas de dinero como tampoco la entrega forzada de la tenencia de la unidad comercial. Que la exclusión pactada en la cláusula compromisoria en

su parte final se refiere a la imposibilidad de carácter legal para que un árbitro conozca de procesos de ejecución en cualquiera de sus modalidades. Que al estudiar las normas sobre arbitramento en Colombia, se observa que de manera expresa el Decreto 1818 permite que se lleven a cabo procesos de restitución de inmuebles por el procedimiento arbitral, que no es lo mismo que el proceso relativo a la entrega forzada del bien cuando existe una obligación legal de realizarlo ya sea porque así lo indica el contrato o una providencia judicial.

En cuanto a lo planteado por la recurrente respecto de los contratos de adhesión, replica manifestando que los contratos de adhesión son legales y reconocidos por nuestra legislación, sin que dicha legislación permita suponer la mala fe de quien propone el texto contractual a quien de manera libre y espontánea decide adherirse al mismo mediante la manifestación de su consentimiento. Que su interpretación forma parte de los elementos que se discuten en este proceso, los cuales están sujetos a la decisión final del árbitro, razón que no puede servir de fundamento para efectos de determinar competencia en la primera audiencia de tramite.

Por Auto No. 10, de 3 de abril de 2009 (Acta No. 4, de 3 de abril de 2009), el Tribunal resolvió el recurso de reposición, manteniendo en firme la decisión mediante la cual asumió la competencia.

1.15. DECRETO DE PRUEBAS: Asumida por el Tribunal la competencia, por auto No. 11, de 3 de abril de 2009, el Tribunal de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 147 del Decreto 1818 de 1998, procedió a resolver sobras las pruebas pedidas por la partes , reservándose la facultad de decretar y practicar pruebas de oficio. Contra dicho auto no fue interpuesto ningún recurso.

1.16. TERMINO DE DURACION DEL PROCESO.- Al no establecer las partes el término de duración del proceso, éste será de seis (6) meses, contados a partir de la primera audiencia de trámite. (Artículo 103 de la Ley 23 de 21 de marzo de 1991), adicionado de los días que hubiere permanecido suspendido el proceso. Es así como el término de duración del presente proceso arbitral se cuenta desde el día 3 de abril de 2009 al día 2 de octubre de 2009. No es pertinente adicionar el término citado en razón a que en el desarrollo del proceso arbitral no se presentaron solicitudes de suspensión. En consecuencia el Tribunal se encuentra dentro de los términos para proferir el presente Laudo.

Capitulo II

2. LA DEMANDA Y SUS PRETENSIONES

2.1.- HECHOS:

Los hechos de la demanda hacen referencia histórica a la forma como se constituyó la fiducia, respecto al Centro Comercial Jardín Plaza indicando los pasos que se siguieron a su constitución y reformas consecutivas y sesiones que se hicieron por parte del Fiduciante y de la Fiduciaria hasta que finalmente se cedieron la totalidad de los derechos fiduciarios a la sociedad **JARDIN PLAZA S.A**., y quedó como fiduciaria **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A**. También describe como la **FIDUCIARIA DEL VALLE S.A**., confirió la administración y la operación del Centro Comercial Jardín Plaza a la sociedad **CENTRAL CONTROL S.A**., y esta última a su vez celebró el contrato de concesión, a través de oferta mercantil debidamente aceptada, con la sociedad Diseños Texturas de Colombia Ltda.. De la misma manera hacen los hechos alusión a los diferentes incumplimientos en que supuestamente incurrió respecto al contrato de concesión la concesionaria aquí convocada.

2.2.- PRETENSIONES:

En cuanto a las pretensiones comprende algunas de carácter declarativo y otras de condena, siendo las primeras que se declare la existencia de un incumplimiento grave por parte de la concesionaria y la consecuente terminación anticipada del contrato, así como la carencia del derecho de reclamar devolución alguna por concepto de prima y la solicitud de que se ordene la restitución de la Unidad Comercial 131, del Centro Comercial Jardín Plaza, objeto del contrato. En cuanto a las segundas, solicita que haya condenas con respecto al daño emergente correspondiente al pago de las contraprestaciones mensuales dejadas de pagar por la convocada mas las futuras que se causen hasta la terminación prevista para el contrato, más los intereses moratorios que se causen por estas, las expensas comunes por iguales períodos y los intereses moratorios de las mismas. Así mismo solicita la condenación en costas.

Capitulo III

3.- CONTESTACION DE LA DEMANDA.-

Se aceptan unos hechos y se niegan otros, concluyendo esta que el fideicomiso es inexistente, que no existen las obligaciones que se demandan, en razón de que no se trata de un contrato de concesión sino de arrendamiento, de que no tenía la concedente las facultades suficientes para entregar en concesión el bien (Unidad

Comercial 131) y finalmente refuerza sus expresiones con nueve excepciones de mérito, relacionadas en el punto 1.7., del capítulo I de este laudo.

Capitulo IV

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

4.- REVISIÓN DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES*:* Revisada la demanda o Convocatoria conforme a los requisitos de los arts. 75, 77 y 82 del C. de P. C., se encuentra que esta reúne a cabalidad los presupuestos procesales, es decir la capacidad procesal, capacidad para ser parte, demanda en forma y competencia del juzgador. Bien se encuentra que la demanda está formulada por y contra persona jurídica cuya existencia y capacidad están acreditadas conforme a la ley mercantil toda vez que, tanto Convocante como Convocada, son sociedades de carácter comercial (arts. 99 y 117 del C. Co.), la demanda es completa conforme a las normas anotadas de la ley procesal y en relación con la competencia a ella se hizo referencia a la iniciación de este proceso arbitral.

Sin embargo, sobre el último punto el Tribunal hace un análisis mas amplio, pues la Convocada se ha manifestado en sus Excepciones en el sentido de que los términos en que se encuentra concebida la Cláusula Compromisoria no autorizan el proceso arbitral para los procesos de cobro de obligaciones ni de restitución. En criterio de este Tribunal aquí se trata de un proceso declarativo y de condena, no un proceso de ejecución ni de restitución, en el cual la parte Convocante pretende que se declare incumplido el contrato de concesión que de la Oferta Mercantil y su Aceptación se deriva entre las partes y que, por ello, en su favor surgen una serie de obligaciones económicas a cargo de la Convocada, así como también la obligación de restituir una unidad comercial dada en tenencia. Pero es claro que no sería este Tribunal, en caso de acceder a estas peticiones, el llamado a decretar el mandamiento de pago y tampoco a efectuar la entrega o restitución de la tenencia que con el Laudo se ordenaren, todo lo cual será materia de análisis en este proceso. Sobre el punto hubo ya pronunciamiento en los Autos 01 del 28 de enero de 2009 y 02 de la misma fecha, así como en los Autos 09 y 10 del 03 de Abril del mismo año.

A más de lo anterior, comparte este Tribunal lo expuesto por el tratadista Hernán Fabio López Blanco, cuando en su texto Instituciones de Derecho Procesal Colombiano, Tomo II, séptima edición, DUPRE editores, páginas 808 y 809 dice: "Queda así determinado que el proceso arbitral busca esencialmente definir si una de las partes le asiste determinado derecho y, de ser el caso, imponer el monto de la condena pertinente, sólo que de ser necesaria la ejecución de la sentencia debe acudirse a la justicia ordinaria para adelantar ante ella un proceso ejecutivo completo, bien llevar adelante la etapa de remate si la decisión de las excepciones perentorias se difirió a los árbitros o para que se cumpla la diligencia de entrega cuando se ordena la restitución de un bien, en el evento de que se dirima una controversia que implique la orden de entrega de bienes inmuebles, tal como sucedería, por ejemplo, en el caso de una laudo arbitral que ordene la entrega de un

inmueble en la hipótesis de que los árbitros haya definido una controversia en torno a un contrato de arrendamiento que, como ya se advirtió, indiscutiblemente puede ser decidida pro arbitramento, dado que el artículo114 de la ley 446 de 1998, así lo permite al indicar que : "Las controversias surgidas entre las partes por razón de la existencia, interpretación, desarrollo o terminación de contratos de arrendamiento podrán solucionarse a través de la justicia arbitral".

Cabría agregar en relación con la restitución que en el Laudo proferido el 05 de febrero de 2009 por el Arbitro Dr. Jorge Enrique Crepo Botero, en el proceso convocado por Adriana González y otros contra Fiduciaria Corficolombiana, se hace un análisis bien detallado y soportado, por lo que acogemos como fuente jurisprudencial originada en este Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, porque ha quedado en firme y se refiere al mismo punto de derecho, y en el se expresa que la exclusión que se hace en la cláusula compromisoria hace referencia a la restitución de sumas recibidas por alguna de las partes y "*que si se reclama arbitralmente la resolución de un contrato o la declaratoria de terminación por incumplimiento de un acto jurídico, se desvertebraría la pretensión excluyendo de la decisión el tema de las restituciones mutuas, materia sobre la cual, por expresa disposición del artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, le corresponde al fallador el decreto oficioso de las pruebas que estime necesarias para la determinación de las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra semejante*".

El contrato de Concesión contenido en la Oferta prevé en su Cláusula 17° RESTITUCION DE LA UNIDAD COMERCIAL, que "*A partir de la expedición de la respectiva Orden de Compra de Servicios, EL CONCESIONARIO se obliga en forma irrevocable a restituir a favor de LA CONCEDENTE, la tenencia de la Unidad Comercial descrita en las cláusulas precedentes, cuando termine la CONCESION, bien por vencimiento del plazo o por terminación anticipada en los términos de la CONCESION; restitución que se debe efectuar automáticamente y de manera inmediata, toda vez que su demora afecta gravemente el funcionamiento de JARDIN PLAZA, así como el derecho de LA CONCEDENTE, de los demás concesionarios y terceros involucrados".*

En consecuencia, al encontrar el incumplimiento y que de él se deriva la obligación de restituir la Unidad Comercial, conllevará la obligación de ordenarla.

Así, habrá lugar a despachar desfavorablemente la **Primera de la Excepción** propuesta como "*Existencia de causal para rechazo de plano de la demanda, por falta de jurisdicción y competencia del señor arbitro para conocer de la presente convocatoria*",

5.- DE LOS PREPUESTOS MATERIALES*:* La legitimación en la causa, el interés para obrar, la adecuada acumulación de pretensiones, la petición clara que haga posible la decisión de fondo del juez, la ausencia de cosa juzgada, transacción, caducidad o desistimiento, la no existencia de pleito pendiente entre las mismas

partes y sobre el mismo asunto, son los presupuestos que se han tenido en cuenta para este Tribunal entrar a resolver las pretensiones, encontrándose establecida la relación jurídico-material.

6.- DE LA UNIDAD COMERCIAL:

Conforme a lo previsto en el art. 515 del C. de Co. "*se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa*". De allí estimamos que este Centro Comercial, cuya propiedad es de una sola persona, es un establecimiento de comercio compuesto, entre otras cosas, por varias "unidades comerciales" que están destinadas a ser explotadas por este con la entrega a título de tenencia mediante contratos de arrendamiento (contrato nominado previsto en la ley) o por medio de contratos de concesión que, conforme a la libertad contractual también establecida en la ley, vendrían a formar parte de los llamados contratos innominados. Así se desprende de la Oferta y el propietario del establecimiento de comercio podrá ceder la tenencia de estas unidades comerciales, como espacios previstos dentro de la división del centro comercial, para que bajo la forma de la concesión sean explotados por un tercero, mediante la fijación de una contraprestación que normalmente se calcula con relación a las ventas y otra serie de obligaciones que se establecen contractualmente. La unidad comercial no es, pues, necesariamente un inmueble, sino que se refiere a un espacio que forma parte de un establecimiento comercial dentro de un inmueble de mayor extensión. La oferta propone claramente un negocio que, de ser aceptada, se convertirá en un contrato de concesión respecto a una unidad comercial que forma parte del Centro Comercial Jardín Plaza, cuya ubicación y linderos se establece en los anexos. Esta Unidad Comercial fue recibida y su tenencia es detentada en la actualidad por parte de la Convocada, como se deduce de sus manifestaciones en la contestación de la demanda y en las diferentes pruebas traídas al proceso.

7.- DEL CONTRATO DE CONCESION:

En el caso específico del contrato que se trae a discusión en este Tribunal, se observa que es un contrato de concesión que se deriva de la aceptación de una oferta. Esta última, en forma unívoca nomina la relación contractual como concesión y la convocada, al aceptar emitiendo la Orden de Compra de Servicio, lo acepta como tal. Sus características se establecen en la Oferta direccionándolas a la concesión, como quiera que se trata de una unidad comercial, se fijan como contraprestaciones el pago de una prima que, conforme a ciertas condiciones previstas en el contrato, podrá ser comercializada por el Concesionario, y una contraprestación mensual establecida sobre la base de unas ventas, dejando la salvedad de que si esta no llegare a una determinada cuantía se pagará un mínimo prefijado. No hay prueba de objeción sobre el monto de la renta, sobre la modalidad de su establecimiento, como tampoco lo hay sobre la fijación de la prima y las otras obligaciones previstas en la Oferta. La intención, o mejor la voluntad de las partes,

fue llevar el negocio jurídico en tales términos, por lo que su desarrollo deberá enfocarse bajo tales parámetros. Esta concesión de la Unidad Comercial, que quedó definida y ajustada a lo previsto en la Oferta, dentro de sus características mas relevantes presenta las de que (i) es un contrato mercantil (art. 21 y 22 del C. de Co.), (ii) es celebrado entre comerciantes, (iii) pertenece al grupo de los llamados innominados toda vez que no está regulado expresamente por la ley, (iv) es bilateral, (v) oneroso, y (vi) es celebrado *intuitu personae*. Esta última característica, en nuestro sentir, es una de las que mas lo aparta del arrendamiento en razón que la tenencia de la Unidad Comercial no se le va entregando a cualquier comerciante que simplemente esté en condiciones de garantizar el pago de una renta o canon, sino que debe ser seleccionado dentro de varios aspirantes previendo que su comercio sea de los que se requieren para complementar la variedad de la oferta que debe mantener el Centro Comercial para que cumpla su fin; debe el comerciante tener la tradición, capacidad económica, conocimiento y permanencia suficientes que garanticen el éxito del Centro para que atraiga al público en la convicción de que allí encontrarán no solo lo que buscan sino que puedan tener para ello varias alternativas. En otras palabras, que el Centro Comercial, a través de los comerciantes a él vinculados como Concesionarios, le ofrezca a los clientes que a él asisten como compradores la satisfacción plena de sus necesidades, y en tal sentido se fijaron las bases de la Oferta o propuesta aquí analizada. Así lo establece la Oferta en la Sección Primera, D, CONSIDERACIONES, b, "*Estará conformado por Zonas Comunes y Unidades Comerciales destinadas al desarrollo de actividades comerciales y servicios que serán previamente convenidos entre LA CONCEDENTE y EL CONCESIONARIO respecto de cada unidad comercial; concebido técnicamente dentro de un nuevo concepto de centro comercial, cuyo fin primordial es responder a las necesidades del comercio actual y de entretenimiento, brindando comodidad al público consumidor conforme al Tenant Mix (o combinación de tiendas) establecido por LA CONCEDENTE, ofreciendo, en la medida que el proyecto se desarrolle, permanente variedad de todos los productos y servicios posibles con destinaciones específicas y especializadas, donde convergen los intereses de los participantes en este negocio jurídico, y las necesidades del público en general*".

Para deducir el efecto de las obligaciones derivadas de este contrato resulta fundamental tener en cuenta lo dispuesto en el art. 1602 del C. C.: "*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento o por causas legales*". De allí podemos concluir pues que este Tribunal se atendrá, válidamente, a lo dispuesto en la Oferta, debidamente aceptada.

La Contraprestación establecida a cargo de la Concesionaria está prevista en la Cláusula Quinta de la Oferta y la define esta como "*el valor de la* contraprestación *por la tenencia de la Unidad Comercial concedida, lo constituye una suma mensual que cancelará EL CONCESIONARIO a LA CONCEDENTE durante la vigencia de LA CONCESION y a partir de la apertura al público de JARDIN PLAZA o de la apertura*

de la Unidad Comercial concedida en el evento de que dicha apertura sea posterior a la de JARDIN PLAZA, que EL CONCESIONARIO se obliga a pagar así:

a. *Un valor mínimo mensual de $ 2.870.000.oo, pagadero por mes anticipado, dentro de los 10 primeros días de cada mes;*

b. *El excedente, si lo hubiere, entre el 8% de las ventas brutas del CONCESIONARIO (descontando el IVA y las comisiones de tarjetas débito y crédito) correspondiente al período mensual pagado y el valor mínimo mensual citado en el punto anterior. Este excedente debe ser cancelado por el CONCESIONARIO en la fecha estipulada para el pago del valor mínimo mensual del mes siguiente.*

Así mismo, la Cláusula Sexta de la Oferta establece la existencia de una AUDITORIA ESPECIAL, en los siguientes términos: "*EL CONCESIONARIO autoriza de manera irrevocable para que a partir de la apertura de la UNIDAD COMERCIAL, LA CONCEDENTE verifique, en cualquier momento, el cumplimiento de la CONCESION, mediante la realización de una auditoría especial a los libros y papeles del CONCESIONARIO, con el objeto de constatar el valor de las ventas brutas de cada mes, basándose en las cuales se calculará el valor de la contraprestación mensual. …….".*

Como se ve, del clausulado del contrato de Concesión se derivan una serie de obligaciones a cargo del Concesionario que no tendrían cabida en un contrato de Arrendamiento, además de que serían intolerables para el Arrendatario y allí marca su gran diferencia. Es pues, este, un moderno contrato mercantil de los llamados "*contratos de colaboración empresarial*".

8.- DEL "ITER NEGOTII" DE LA OFERTA O PROPUESTA:

En la Oferta Mercantil, no obstante si se piensa o concluye que se trata de un contrato de adhesión, existen diferencias radicales o palmarias con los contratos típicos de adhesión, como son los de la prestación de servicios públicos, del contrato de cuenta corriente bancaria, del contrato de seguro y del contrato de transporte público de pasajeros, por poner solo estos ejemplos, donde no hay posibilidad por parte del usuario del servicio de discutir las condiciones, sino que debe aceptarlo o rechazarlo sin posibilidad de modificar algunas de las condiciones en él impuestas. Por esa razón este tipo de contratos están sometidos a la aprobación previa por parte de un organismo del Estado que ejerce su vigilancia. En cambio, en la oferta mercantil que nos ocupa hay un proceso mas o menos largo, que podríamos denominar como "iter negotii", en el cual las partes dentro de la libre discusión se van ajustando a sus condiciones hasta que, finalmente y aún se podría decir que de común acuerdo, producen la oferta que, conforme a la ley, debe ser simplemente aceptada o rechazada, en razón de que si existe contraoferta o contrapuesta esta será constitutiva de una "nueva" oferta. Por ello se entiende el sentido de la Cláusula

Vigésima que expresa que "*Una vez aceptada LA OFERTA mediante la expedición de la Orden de Compra de Servicios, LA CONCEDENTE y EL CONCESIONARIO, dan cumplimiento a los acuerdos previos o contractuales que se hubieren celebrado entre ellos* (subrayado fuera de texto). De la aceptación de la propuesta entonces surge el acuerdo de voluntades, nace el contrato, conforme a lo previsto en el art. 1494 del C. C.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia precisa*: "Es verdad inconcusa que los contratos surgen a la vida del derecho en virtud de un acuerdo de voluntades destinado a producir obligaciones. Mas, como se deduce de la propia naturaleza de las cosas, ese acuerdo de voluntades no acaece de un momento para otro;* ***es la culminación de un itinerario que comienza cuando alguien sugiere o propone a otro la celebración del contrato, proposición a partir de la cual se discuten y consideran las diversas exigencias de las partes, las obligaciones eventuales a que daría lugar el contrato a cargo de cada una de ellas y, en fin, los distintos aspectos del negocio en ciernes de celebración, tratos estos preliminares que colocan a las partes en lo que la doctrina denomina estado precontractual, y a cuya culminación puede suceder el advenimiento de la oferta****, esto es, el proyecto definitivo de acto jurídico que por alguien se somete a otra persona, o a personas indeterminadas (policitación), para su aceptación o rechazo (art. 845 del C. de Co.)* (Resalta el Tribunal) (CSJ, Sala Civil, S. 08.03.95)

La oferta o propuesta está definida y regulada en nuestro C. de Co. en los arts. 845 y ss. y de estas disposiciones se deduce que puede referirse a negocios de cualquier género y que bien puede formularse en forma verbal o escrita. La oferta escrita trae la ventaja de que en el régimen probatorio deja claras las condiciones entre las partes al fijar las obligaciones que entre ellas recíprocamente se derivan, conforme a lo previsto en el art. 1494 del C.C. que establece el contrato como una de las fuentes de las obligaciones. La oferta o propuesta, una vez aceptada, constituye un contrato que establece las relaciones inter partes sobre el punto o tema que contiene y a este, en principio, deben atenerse las partes como regulador de sus derechos y obligaciones.

9.- LA CLAUSULA COMPROMISORIA Y LA OFERTA MERCANTIL:

Diferente resulta entonces la inclusión de la cláusula compromisoria en una oferta mercantil relativa a un negocio que no es de aquellos "típicos" de adhesión indicados, como son los de servicios públicos, etc., pues en esta se ha tenido la oportunidad de ir decantando o puliendo el negocio, ajustando sus condiciones hasta que se llega al acuerdo con base en el cual se presentará la oferta lista para su aceptación. En un contrato de concesión en el cual deben ser analizadas una serie de factores que inciden en el buen suceso de una explotación comercial, es del caso sopesar la ubicación del bien ofrecido bajo esta modalidad, el tipo de comercio que allí se establecerá, la competencia que se creará, la integración de servicios adicionales o complementarios, el flujo de eventuales clientes del comercio allí asentado, etc., puntos que requieren un estudio especializado de mercadeo, entre otras cosas, que

hacen por ello de la profesión de comerciante algo complejo, no una actividad que se improvisa, razón por la cual un comerciante avezado, responsable, no aceptaría una oferta comercial de buenas a primeras sin entrar en el examen exhaustivo a que nos estamos refiriendo. Esta oferta mercantil si en gracia de discusión se la considerase como un contrato de adhesión, es bien diferente de aquellos que la jurisprudencia constitucional excluye, por su carácter impositivo, o de posición dominante, de la inclusión de la cláusula compromisoria o de arbitramento, por abusiva. No cabría en la mente de un comerciante el aceptar cláusulas que vayan en contra del buen suceso de su actividad mercantil. Pero así las partes hayan aceptado en que se trata de un contrato de adhesión, eso no le da tal carácter porque los contratos son lo que de su naturaleza y características legales se desprende, no lo que las partes digan ser. Así lo expresa el Tribunal Superior de Cali en el recurso de anulación propuesto contra el citado Laudo de Corficolombiana Vs. Smartcell: "*El hecho de que el apoderado de la Convocante hubiera "reconocido" que el del presente caso es un contrato de adhesión ni quita ni pone, porque la esencia y la naturaleza de un contrato no son susceptibles de confesión, o son o no lo son por querer legal, mas no por decisión de los contratantes".*(Arbitramento No. 000-2009-0006-00, del 04 de agosto de 2009)

Si bien la Cláusula compromisoria es autónoma, tuvo en el convenio contractual el mismo tratamiento y oportunidad de discusión de la Oferta Mercantil.

10.- DEL CONTRATO DE FIDUCIA.-

El fideicomiso fue constituido en debida forma por medio de la E.P. No. 2101 de 26-05-03 de la Notaría 1ª de Cali, debidamente registrada, bajo la denominación de Fideicomiso Carrera 100 S.J., posteriormente modificada mediante documento privado calendado el 27 de julio de 2004 mediante el cual se le cambió el nombre por el de Fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza, modificación que se trata de un *cambio cosmético*, como lo expresa el Tribunal Superior de Cali, al resolver el recurso de anulación interpuesto dentro del proceso de Fiducolombia Vs. Smartcell. Después, con la E.P. No. 2293 de 03 de junio de 2005, de la misma Notaría 1ª de Cali, se le cambió su denominación por la de FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDIN PLAZA 2101, se dispuso que la sociedad VALORA S.A. fuera la nueva Fideicomitente y se modificó su Objeto a fin de que la "*fiduciaria permita la utilización y disposición de los activos fideicomitidos en proyectos que impliquen venta, arrendamiento o concesión en bloque de diferentes unidades o lotes a través de mecanismos permitidos por la ley*". Posteriormente, mediante documentos privados se cedieron los derechos fiduciarios a favor de la sociedad JARDIN PLAZA S.A. (Anexos No. 8 de la Convocante).

En el Decreto 663 de 1.993 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se observa que la celebración de contratos de fiducia puede establecerse por documento privado. Y si esto es válido para su constitución, con mayor razón lo es para sus ampliaciones, aclaraciones y reformas.

El art. 824 del C. de Co. consagra el principio de la consensualidad en los siguientes términos: "*Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad".*

Para este Tribunal es clara la existencia del contrato de fiducia en tanto que en el acto de su constitución, que implicó adicionalmente la transferencia de inmuebles, se hizo por Escritura Pública y fue debidamente registrada, aunque los demás actos que cambiaron los fideicomitentes, que modificaron la denominación del fideicomiso, que ampliaron su vigencia, algunos de ellos se formalizaron por documento privado, conforme a la ley, sin implicar que necesariamente se hicieran por Escritura Pública debidamente registrada, toda vez que no conllevaban modificaciones en los derechos reales ni los afectaban. La ley exige la Escritura Pública cuando el negocio jurídico fiduciario recae sobre inmuebles, porque la transferencia del dominio de inmuebles está sometida a esta solemnidad, y además, debe ser registrada para que opere la tradición, resultando la propiedad fiduciaria en cabeza de la actora.

Esta fiducia, debidamente constituida, contiene en forma clara el objeto para el cual está destinada y con base en él se estableció el contrato de concesión, como resultado de la Oferta y su correspondiente Aceptación. Inicialmente tuvo como finalidad "*que la sociedad fiduciaria permitiera la realización de proyectos urbanísticos mediante cualquier modalidad de inversión, cuentas en participación o aportes de capital en especie*" y posteriormente fue ampliado a fin que pudiera también comprender, en forma específica, contratos de "*concesión*", como se hizo en la Escritura Pública 2293 de 03 de junio de 2005, de la Notaría Primera del Círculo de Cali (anexo No. 6 de la Demanda).

En el Art. 898 del C. de Co. se define la inexistencia de los negocios mercantiles de la siguiente manera: "*Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de los elementos esenciales*".

De esta manera se tendría entonces que la inexistencia se da en actos y contratos mercantiles (i) cuando se ha celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación, en razón del acto o contrato y (ii) cuando falte alguno de los elementos esenciales. Fuera de estas causales no cabría alegar la inexistencia en este tipo de actos o contratos. El acto o contrato podría ser desconocido en el primero de los casos por falta de documento, o escritura pública, o registro, etc., cuando la ley lo exija como una solemnidad propia de ese negocio jurídico y en el segundo cuando la voluntad de las partes no ha sido clara y definida o carezca de causa u objeto.

Concluye también el Tribunal, con base en lo dispuesto en el art. 1618 del C.C., que si bien se han presentado algunas confusiones en la denominación del fideicomiso

dentro de los documentos que de su cumplimiento se originan, en su comportamiento ha sido claro para las partes que siempre se ha hecho referencia al Fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza 2101, pues si bien pudo haber omitido la parte numérica de su denominación o cualquiera otra, se estaban refiriendo a este y así desarrollaron sus relaciones sin pensar que las condiciones eran para otro fideicomiso. Siempre entendieron las partes con claridad a cual fideicomiso se direccionaban sus compromisos. La disposición legal citada dispone: "*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*".

Así habrá también lugar a despachar desfavorablemente la **Tercera Excepción** planteada como "*La oferta hace referencia a un fideicomiso inexistente",* y la **Quinta Excepción** propuesta como "*El objeto social contenido en la Escritura 2101 del 26 de mayo de 2003, otorgada por la Notaría Primera de Cali, no da cabida a la celebración de contratos de concesión, por omisión de formalidades de ley*", y respecto a estas dos es aplicable el criterio expresado por el Tribunal Superior de Cali, dentro del recurso de Anulación citado, cuando dice:"*Distingamos: la fiduciaria no está en disolución, por lo tanto, tiene plena capacidad para realizar su objeto social, como es el de administrar bienes cuya propiedad le ha sido transferida en fiducia. De donde, como dice el laudo, se concluye que tenía plena capacidad para realizar el llamado para el trámite arbitral. El que, por falta del discutible requisito de la solemnidad, entró en disolución y liquidación, es el patrimonio autónomo. Pero como de él no se predica la personalidad jurídica, siendo su naturaleza de carácter excepcional, no puede predicarse tampoco que, por estar en disolución y liquidación solo pueda cumplir determinados actos, como ocurre con las sociedades las que, disueltas, mientras se liquidan, únicamente pueden recibir y hacer pagos. Con todo, e independientemente de esta interpretación en el sentido de que la restricción no alcanza a los patrimonios autónomos, lo cierto es que el objetivo del presente arbitraje no involucra actos nuevos de administración, sino la decisión sobre los ya celebrados, para declarar si hubo incumplimientos y, por ende, si deben o no fulminarse las condenas consiguientes".*

11.- SOBRE LA INEXISTENCIA DEL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

Se alega con insistencia por parte de la Convocada que la Oferta mercantil, convertida en el contrato de Concesión, habla siempre de fuente de algunas de las obligaciones de pago que corresponden a la Convocada como Concesionaria la requerida existencia del Reglamento de Propiedad Horizontal del Centro Comercial Jardín Plaza y del Reglamento Interno del Centro Comercial pero que el inmueble nunca se constituyó como tal conforme a lo previsto en la Ley 675 de 2001. Que al prever la Oferta la existencia de un Reglamento de Propiedad Horizontal conjuntamente con el Reglamento Interno del Centro Comercial, y no existir uno de los dos, v. gr. el de la copropiedad, por haberse previsto en forma conjunta entonces no existirán a cargo de la Concesionaria las obligaciones tales como el pago de las cuotas de soporte de administración, etc. Así, plantea la *Inexistencia de Obligaciones*

por Ausencia de una de sus Fuentes Conjuntas. No comparte este Tribunal esta conclusión, al considerar errada la exigencia de que necesariamente deben concurrir ambos reglamentos en forma simultánea, cuando en ningún momento lo ha exigida así el contrato de Concesión que se deriva de la Oferta Mercantil, y lo cierto es que en esta última se prevé que será también fuente de obligaciones el Reglamento Interno del centro comercial, y en él se establecen, entre otras, el pago de aportes periódicos para la administración y sostenimiento del mismo (v. cláusulas 12°, 12.2, n. 28 de la Oferta y 7°, a, 8.1, 8.6, 8.11, 8.27, 8.35, 8.37 del Reglamento Interno, incorporados en los anexos 1 de la Convocada y 16 y 28 de la Convocante), al igual que todas ellas se encuentran incorporadas dentro de la Oferta que, con su Aceptación, constituyen obligaciones a cargo de la Concesionaria. La no existencia de un Reglamento de Propiedad Horizontal no omite las obligaciones que se han admitido con la aceptación de la Oferta y del Reglamento Interno y con mayor razón a sabiendas de que, al momento de emitir la Convocada la Orden de Compra de Servicios, no existía el tal Reglamento de Propiedad Horizontal. Pese a ello, la Concesionaria aceptó el contrato y comenzó a dar cumplimiento de sus obligaciones hasta que, por otras razones como lo expresa en el Interrogatorio de Parte, comenzó a incumplirlas.

Así, se despachará desfavorablemente la **Segunda Excepción** que se expresa como "*Inexistencia de obligaciones por ausencia de una de sus fuentes conjuntas"*

12.- DE LA CAPACIDAD DE CENTRAL CONTROL PARA LA EMISION DE LA OFERTA MERCANTIL-

La Oferta de CENTRAL CONTROL S.A., aportada en el anexo No. 16 de la solicitud de Convocatoria, fue emitida con fecha 11 de noviembre de 2005 en tanto que la que la faculta para la administración del Centro Comercial Jardín Plaza tiene inicio el 15 de noviembre del mismo año, lo que implica que al momento de emitirse la Oferta dirigida a DISEÑOS Y TEXTURAS DE COLOMBIA LTDA., respecto a la Unidad Comercial No. 131 del Centro Comercial Jardín Plaza aquella no se hallaba facultada para ello, razón por la cual se concluye que actuó como Agente Oficioso, contrato que posteriormente fue convalidado (o ratificado) mediante los documentos emitidos por la representante legal del fideicomiso con fechas 21 de octubre de 2005 y 29 de junio de 2007, que obran en los anexos Nos. 17 y 18 de la solicitud de Convocatoria, lo que al tenor de lo previsto en el art. 844 del C. de Co. le confiere plena validez, no sin que a falta de esta ratificación no la hubiera tenido.

El C. de Co. en su Art. 844 expresa: "*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"* y el *C.C. en el Art. 2304* define: *"La agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, llamada comúnmente gestión de negocios, es un contrato (sic) por el cual el que administra*

sin mandato los bienes de alguna persona, se obliga para con esta, y la obliga en ciertos casos".(subrayado del Tribunal)

En consecuencia, para el Tribunal, la Oferta emitida por Central Control S.A. con fecha 11 de noviembre de 2005 a Diseños y Texturas de Colombia Ltda. tiene hoy plena validez y vigencia.

De esta manera se resolverá desfavorablemente sobre la **Cuarta Excepción** planteada como "*El poder especial para ofertar otorgado a Sandra María Tenorio como representante legal de Central Control S.A., conferido por Fiduvalle S.A. hoy Fiduciaria Corficolombiana S.A., se encuentra mal concebido y mal otorgado".*

13.- DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES Y LAS PRUEBAS.-

La Oferta expresa en su Cláusula Vigésima que "*Una vez aceptada LA OFERTA mediante la expedición de la Orden de Compra de Servicios, LA CONCEDENTE y EL CONCESIONARIO, dan cumplimiento a los acuerdos previos o contractuales que se hubieren celebrado entre ellos. En consecuencia, debidamente aceptada LA OFERTA, este documento será el único que consigna un acuerdo total y deja sin efecto cualquier otro acuerdo, verbal o escrito celebrado entre el concedente y el concesionario con anterioridad*", y así fue aceptado al emitir la Orden de Compra de servicios, luego es a este, y no a promesas verbales, supuestas o reales, o a acuerdos previos o precontractuales, que debe atenerse el Tribunal para juzgar el cumplimiento de las obligaciones surgidas entre las partes.

Así, estimando que del contrato de concesión han surgido a cargo de las partes obligaciones que deben ser cumplidas, y solo existen las en tal documento contenidas o que se deriven de la ley, pasamos a analizar éstas:

Está demostrado en el proceso que la sociedad Central Control S.A., mediante documento privado calendado el 11 de noviembre de 2005 (v. anexo 16 de la Convocatoria), produjo la Oferta Mercantil cuyo destinataria fue la hoy convocada Diseños y Texturas de Colombia Ltda., respecto a la Unidad Comercial No. 131 del Centro Comercial Jardín Plaza y, aunque en ella se hace alusión a que este centro comercial está constituido como Propiedad Horizontal, la existencia de esta figura no constituye, en ningún momento, "*conditio sine qua non*" para que de la aceptación de la Oferta surja el contrato de Concesión ofrecido. Razón por la cual no se halla, en tal sentido, incumplimiento de parte de la Concedente. Pero, es mas, no habiendo existido Reglamento de Propiedad Horizontal sí se observa la existencia de un Reglamento Interno del centro comercial, anunciado en la Oferta desde el Capítulo de Definiciones (C-4 y C-10), en donde se manifiesta que el Concesionario acepta "*el reglamento interno de Jardín Plaza para el desarrollo de una actividad comercial lícita previamente convenida*".

Mediante la Concesión, en la forma prevista en la Oferta, se establece que "*la Concedente confiere a el Concesionario, a partir de la expedición de la OFERTA a través de la orden de compra de servicios y a cambio de las retribuciones en dinero por concepto de prima única y de contraprestación mensual, la tenencia de la Unidad Comercial No. 131 del Centro Comercial Jardín Plaza, para la explotación comercial de pijamas, ropa interior y vestidos de baño, por su propia cuenta y riesgo, para su única y exclusiva utilización, conforme al uso y destinación estipulados en el Anexo No. 4*". También se establecen en forma clara y precisa en la Oferta todas las obligaciones cuyo incumplimiento se atribuye a la Concesionaria, así no exista un Reglamento de Propiedad Horizontal que nuevamente las establezca. Bajo estas premisas la Concesionaria aceptó la Oferta mediante la emisión de la Orden de compra de servicio y, posteriormente, recibió la Unidad Comercial efectuando las adecuaciones previstas contractualmente, e inició su actividad comercial sin que conste hasta allí incumplimiento de parte de aquella.

No encuentra este Tribunal en el proceso prueba alguna de incumplimiento, por parte de la Concedente, de ninguna de las obligaciones a que se refiere en forma específica la Cláusula Décima de la Oferta. Sobre el particular se ha alegado dentro del proceso que la Concedente hizo ofertas adicionales a la Concesionaria en el sentido de que (i) existiría en el sector de la ubicación de la Unidad Comercial 131 otro establecimiento de comercio que, de seguro, le traería clientela pues su paso obligado por allí le daría flujo o movimiento de personas que repararían en las mercancías que la concesionaria ofrecería, pero de esto no hay constancia en la oferta y, sin bien pudieron darse alusiones para ser consideradas como benéficas en un momento dado para el comercio de esta, también dentro del proceso se ha discutido si en verdad tal flujo de personas, a horas diferentes de las en que estaría abierta al público la Unidad 131, resultaba meramente ilusorio. Además, se ha demostrado que, finalmente, aquél otro establecimiento fue posteriormente dado al servicio, lo que descartaría cualquier reclamo que de ello se pudiera deducir. También se ha hablado (ii) de unos chorros de agua en frente de la Unidad 131, pero, como lo anterior, tampoco existe evidencia de que estos se hayan prometido como un factor determinante para la aceptación de la Oferta y, finalmente, (iii) la apertura de unas salas de cine que traerían un notorio movimiento al centro comercial que, está aceptado por las partes en el proceso, existen en la actualidad.

Adicionalmente, se concluye también que no ha habido incumplimientos por parte de la Concedente, al revisar los testimonios traídos al proceso por ambas partes, como el de Sandra María Tenorio Calero, rendido a petición de la Convocada el 13 de mayo de 2009, quien es, según se informó en la audiencia, representante legal de la sociedad Central Control S.A. que actúa como administradora del centro comercial. Bajo la gravedad del juramento, expresa ante la pregunta aclaratoria del Arbitro, que "*Nosotros sí ofrecimos un Body Tech, nosotros sí ofrecimos unos cines, y nosotros sí ofrecimos un Zara. Ese Zara lo ofrecimos porque teníamos la certeza de que llegaba; jamás se dijo, se abre hoy o mañana, porque era una negociación que la estábamos haciendo desde España, y tan es así que el local de Zara fue construido con todas las especificaciones pedidas por ellos" "……". "Body Tech y los cines, podían ser*

ubicados donde nosotros en un momento dado decidiésemos que se ubicaran, pero se ofrecieron, se negociaron, y no se ofrecieron para la inauguración del centro comercial. Si usted mira en la mayor parte de los centros comerciales los cines se abren después, es más, el Body Tech no es un sitio de flujo de gente que dañe o no dañe las ventas de un almacén, es un sitio de destino, y la prueba perfecta está en Vanitas. En los horarios en que Body Tech está lleno, Vanitas está cerrado y tiene acceso directo al Body Tech. Para llegar al Body Tech la gente pasa por el pasillo, pero es un acceso directo al Body Tech, y la gente va de destino. La gente que va a Body Tech en trusa no va a salir de compras sudada, mostrando el gordito, mostrando el poquito de celulitis o algo así; o sea, la gente que va, a hacer ejercicio, se bañará y volverá en el momento que quiera volver, y los horarios donde el Body Tech está lleno, Vanitas está cerrado". "……". "La misma doctora ha discutido que el Body Tech iba en otro sector y fue el ofrecimiento, nosotros como centro comercial podemos tomar decisiones de colocarlo en distintos sectores siempre y cuando se cumpla con la promesa, y se cumplió, se colocó hacia ese sector precisamente porque iba a dar un flujo de personas que en este momento tiene 1.800 afiliados, que si fuese tan importante no entendería por qué le va tan mal a la señora de Vanitas, si tiene un flujo de 1.800 personas afiliadas a Body Tech".

Sobre lo anteriormente expuesto se rechazará, como no probada, la **Septima Excepción** que reza "*Error en la causa. Incumplimiento de las promesas y condiciones precontractuales",* al igual que la **Novena Excepción** que planteada como "*Contrato no cumplido, incumplimiento imperfecto, cumplimiento tardío*", se estima semejante a aquella.

Se ve, además, que el establecimiento de comercio que debería abrir al público la Convocada operaría con el nombre de "KAMADREAMS", como se indicó en la Orden de Compra de Servicios, pero se puede establecer a lo largo del proceso que este se denomina "VANITAS", sin que las partes hayan dado importancia a tal hecho, razón por la cual pasará de largo en este punto el Tribunal sin considerarlo un incumplimiento.

La Concesionaria, en cambio, asumió una serie de obligaciones previstas en la Cláusula Décima Segunda de la Oferta, entre otras, la del pago de (i) una Prima, (ii) un Valor Mensual correspondiente a la contraprestación de la Concesión, (iii) pago de expensas comunes que se generen por la Administración, a prorrata de acuerdo con el porcentaje de participación de la Unidad Comercial, (iv) mantener vigente durante el término de la concesión un Seguro "*Todo Riesgo*" para los bienes muebles y mercancías con los cuales desarrolle la actividad comercial en la Unidad Comercial y con la obligación de "*ser entregados junto con los recibos de pago en las oficinas de la Concedente dentro de los treinta (30) días calendario siguientes al inicio de cada período asegurado*", (v) abstenerse de comercializar bienes y servicios no incluidos en el Anexo 4 de la Oferta, (vi) abstenerse de modificar o complementar con otras actividades, así sean de carácter transitorio, el destino de la Unidad Comercial concesionada, (vii) "*cumplir el Reglamento de Propiedad Horizontal de JARDIN PLAZA, así como el reglamento interno del mismo*", (viii)

cancelar mensualmente y dentro del plazo indicado en el Reglamento de Propiedad Horizontal que rige JARDIN PLAZA, el valor de las expensas comunes, que fijen los órganos de dirección de JARDIN PLAZA y (ix) cancelar mensualmente el valor de los servicios públicos, energía, teléfono, agua, gas, y demás que les suministren las empresas prestadoras de servicios correspondientes, a la Unidad Comercial concedida.

Revisado el acervo probatorio se topa este Tribunal, en primer lugar, con que en el Interrogatorio de Parte rendido por la representante legal de la Convocada, el 21 de abril de 2009, previo el juramento de rigor, y ante la pregunta del Apoderado de la Convocante: A la Décima Pregunta.- "*¿Diga cómo es cierto, sí o no, que Diseños y Texturas de Colombia Ltda. está en mora en el pago de contraprestaciones y gastos de expensas comunes por el uso, tenencia y explotación de la Unidad Comercial No. 131 del Centro Comercial Jardín Plaza?,* esta respondió: "*Sí, es cierto, me encuentro en mora porque cancelé mi prima, cancelé las prestaciones hasta dado un punto en que ya no pude seguir mas porque el flujo en el pasillo y el movimiento del centro comercial no ha sido el esperado, razón por la cual no he tenido como cubrir estos compromisos".*
A la pregunta Trece: "*Diga cómo es cierto, sí o no, que la sociedad de Diseños y Texturas de Colombia nunca ha presentado a la administración del centro comercial la póliza de seguro todo riesgo para proteger a los demás concesionarios y usuarios del centro comercial de los riesgos que se deriven del desarrollo de su actividad comercial?,* a lo que respondió: "*Sí, es cierto, no la he presentado porque de hecho no la tengo".*
A la pregunta Dieciséis: "*Vende usted cosméticos en su establecimiento de comercio?"* Contestó: "*En principio hubo un tiempo que vendí cosméticos, pero ya no vendo cosméticos".*
A la pregunta Diecisiete: *"Por favor informe al señor arbitro con todo detalle, ¿por qué motivo el 7 de octubre de 2008 un funcionario de la Secretaría de Salud Pública de Cali, decomisó varios productos cosméticos ofrecidos en venta al público en la Unidad Comercial No. 131?.* Respondió: "*Ese era un muestrario que me habían dejado en consignación, de hecho yo no estaba en el país, lo puedo probar con mi pasaporte, la niña que estaba encargada del local lo recibió porque era en consignación, después de que hubo este incidente no volvimos a comercializar dichos productos".*
A la pregunta Dieciocho: *"Pero la pregunta concreta es ¿cuál fue el motivo por el cual fueron decomisados?.* Respondió: "*Fueron decomisados especialmente cremas y Splash de Victoria Secret, y el funcionario dijo que no tenían Registro Invima, entonces que no se podían comercializar. Hecho el cual desconocíamos porque dentro del centro comercial vemos que otros comerciantes los comercializaban, entonces no teníamos ni idea que tenía como requerimiento tener un Invima, entonces por eso los comercializamos sin pensar que iba a tener consecuencias como estas".*

Con ello acepta, a título de confesión conforme a lo previsto en el art. 194 del C. de P. C., que ha habido incumplimiento de su parte en relación con las prestaciones a

que se hallaba obligada y que se derivan del contrato de concesión, aunque inicialmente no precisa cuales de estas son las prestaciones incumplidas, pero en las respuestas posteriores si va precisando, conforme a la concreción de las preguntas, cuales son las obligaciones incumplidas.

Se aportaron igualmente con la solicitud de Convocatoria unas certificaciones de la sociedad Central Control S.A. en relación con los incumplimientos de parte de la Concesionaria en relación con los pagos de la Contraprestación Mensual por la concesión, de las expensas comunes que se generan por administración a prorrata de acuerdo con el porcentaje de la Unidad Comercial y de los intereses de mora causados por el no pago oportuno de tales obligaciones.

En la declaración del Testigo Carlos Hernán Betancourt Sanclemente, solicitada por la Convocante, quien dice haberse desempeñado como Gerente Administrativo de la empresa Central Control S.A., afirma que "*Central Control S.A. es la sociedad que opera y administra el Centro Comercial Jardín Plaza; Jardín Plaza pues es la sociedad dueña de los derechos fiduciarios del Fideicomiso Jardín Plaza 2101; y la Fiduciaria Corficolombiana es la vocera y administradora del fideicomiso*". Agrega, posteriormente, que "*la Fiduciaria como vocera y administradora del fideicomiso otorgó a Central Control S.A. un poder para que le representara en esas actuaciones pues, en la firma de los contratos, entonces, Central Control actuaba pues como apoderada de la sociedad Fiduciaria Corficolombiana vocera y administradora del fideicomiso pues para realizar estos acto".* Así mismo expresa, al ser preguntado al respecto por el Apoderado de la Convocante sobre la diferencia que podría existir en el fideicomiso en razón de los diferentes nombres que ha tenido: "*Pues diferencia en el fondo, ninguna, son el mismo fideicomiso. Originalmente el fideicomiso que se constituyó fue Fideicomiso Carrera 100SJ que era San Joaquín, como inicialmente se tenía contemplado pues que se iba a…. o que era el nombre pues inicial del proyecto; ese fideicomiso fue reformado de nombre, se le cambió el nombre al Fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza, y después a Fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza 2101".* Ante la pregunta del apoderado de la Convocante sobre cómo están compuestas y cómo operan las denominadas zonas comunes de Jardín Plaza, respondió: *"Las zonas comunes de Jardín Plaza están compuestas por todas aquellas áreas no concesionadas. Áreas no concesionadas entiéndase pues aquellas diferentes de los metros cuadrados concesionados, entregados, las unidades comerciales a los comerciantes. ¿Qué incluyen estas áreas comunes? Incluyen lo que son los pasillos, los corredores, las zonas verdes, los parqueaderos, los cuartos técnicos, las plazoletas, las plazas de comida, las lonas, los techos, en fin todo este tipo de áreas y zonas del centro comercial que como les digo no se encuentran concesionadas a los comerciantes".* Le pregunta nuevamente el mismo sobre quiénes usan las zonas comunes y a quiénes benefician estas y responde: *"Las zonas comunes son para el uso de todos, tanto de los visitantes, los comerciantes, sus empleados, nosotros, son para uso digamos o para disfrute de absolutamente todas las personas que vayan al centro comercial".* Preguntado por el mismo apoderado sobre cual es la fuente de recursos de la que se nutre el centro comercial para atender los pagos de funcionamiento, mantenimiento, operación, de

las zonas comunes, respondió: *"De las cuotas de administración que pagan los comerciantes; de allí se sufragan esos gastos".*

Preguntado el mismo testigo por la apoderada de la Convocada sobre las Ofertas Mercantiles, si en general son….., el texto, el clausulado, son mas o menos el mismo para todos los comerciantes, respondió: *"Hay digamos como un cuerpo del documento, pero pues lógicamente ya las condiciones particulares varían de acuerdo a las negociaciones. No es lo mismo la negociación que usted hace con una marca que con otra, entonces hay cosas que cambian y eso pues lógicamente queda reflejado en esos contratos, pero va directamente relacionado como le digo con la negociación que se dé previamente o previo a la firma de los mismos".* Le pregunta también la apoderada de la Convocada sobre que al no existir reglamento de propiedad horizontal, de donde se derivan esas obligaciones asumidas por la Concesionaria, y responde el testigo: *"Pues inicialmente y como es lógico el contrato digamos es el primer elemento que genera obligaciones de parte y parte. En segunda instancia el centro comercial tiene un reglamento interno, como le digo no es reglamento de propiedad horizontal porque pues el centro comercial no está constituido como propiedad horizontal, pero si es un reglamento interno donde se establecen todas las normas de convivencia y se establece pues otras norma que rigen pues como el comportamiento y las relaciones allí en el centro comercial".*

La testigo Leydi Marlen Arcila Espinosa, quien manifiesta haber laborado para Central Control S.A,, como Abogada de planta, citada por la Convocante, expresa en sus respuestas al apoderado de la Convocante que "*la sociedad Diseños y Texturas está en mora desde hace mas de dos años, como desde abril-mayo de 2007;* y al preguntarle el mismo sobre si a esa sociedad se le ha ofrecido alternativas de solución a su situación de incumplimiento, respondió que *"se les colaboró cobrándoles la prestación mínima a la mitad, y a la sociedad Diseños y Texturas se les sostuvo por algo así mas de un año y medio. Esa fue la primera ayuda pues con la que tengo conocimiento. Luego en el año 2007 cuando yo ya estaba allí, precisamente yo personalmente me hablé con una de las representantes, la señora Heidi Gutiérrez, fue a ofrecerle un traslado porque ella manifestaba que no tenía las mejores ventas, que ella quería trasladarse, entonces le dijimos que bueno, que aceptábamos que se trasladara al lado de la Platería Ramírez, en la cual el centro comercial asumiría el costo de la adecuación y le daríamos un plazo prolongado para el pago de las obligaciones que estaban pendientes".*

Al ser preguntada la misma testigo por la abogada de la Convocada si sabe de donde se derivan las obligaciones de su representada, en este caso Diseños y Texturas de Colombia, *"a las que mi representada se obligó?",* respondió: *"De la oferta mercantil que se le dirigió y que aceptó a través de una orden de compra".* Nuevamente preguntada por esta apoderada que *"si no existe reglamento de propiedad horizontal, qué pasa con las obligaciones que se derivan de ese reglamento?".* Esta respondió: *"Doctora, pues al no existir, no se han hecho exigibles porque no existe. Se han hecho exigibles única y exclusivamente las que están consagradas en el texto del contrato y en el reglamento interno del centro comercial".*

La testigo María Elisa Guerrero Collazos, declarante a petición de la Convocante, manifestó trabajar para Central Control S.A. como Gerente de Mercadeo del Control Comercial Jardín Plaza, y para este Tribunal no aporta nada respecto al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de las partes.

La testigo Edna Lorena Ángel Villegas, rinde su declaración a petición de la parte Convocada y manifiesta esta, entre otras cosas, que es socia de Diseños y Texturas de Colombia Ltda., sociedad aquí actuante como Convocada y, aunque su testimonio no fue tachado oportunamente por la Convocante, para este Tribunal no resulta plenamente confiable al considerarlo un testigo sospechoso, al tenor del art. 217 del C.P.C., por tratarse de alguien que tiene manifiesto interés en el resultado que podría tener el proceso gracias al soporte, entre otras pruebas, de su testimonio. Por tal razón se desestima, y su declaración gira alrededor de supuestas promesas incumplidas por parte de la Concedente y que los incumplimientos en que incurrió la Concesionaria (convocada) se debieron a problemas de orden económico generados por el pretendido incumplimiento de tales promesas.

En el Dictamen Pericial rendido el 11 de mayo de 2009 se concluye, ante lo preguntado por la parte Convocante, (i) que el establecimiento denominado VANITAS se abrió al público el 20 de diciembre de 2005; (ii) que el valor de las contraprestaciones mensuales mínimas causadas y no pagadas, correspondientes a la Unidad 131 del Centro Comercial Jardín Plaza, generadas desde abril de 2007 hasta mayo de 2009 (mes en que se rinde el Dictamen) ascienden a $ 80.486.272.oo, incluido I.V.A.; (iii) que el valor de los intereses moratorios, liquidados a la tasa mas alta autorizada por la ley hasta la fecha del Dictamen, ascienden a la suma de $ 20.635.708 y proyectados a noviembre del mismo año a la suma de $ 31.476.681; (iv) que el valor de las expensas comunes o cuotas de administración causadas y no pagadas, correspondientes a la Unidad Comercial No. 131, hasta mayo de 2009, fecha del Dictamen, ascienden a $ 10.075.888.oo, incluido I.V.A.; (v) que los intereses moratorios de las expensas comunes o cuotas de administración causadas y no pagadas, ascienden a la suma de $2.789.307.oo hasta mayo, época en que fue rendido el Dictamen, y que proyectadas al mes de noviembre del mismo año a $ 4.141.436.oo; (vi) que el valor estimado de la contraprestación mínima mensual proyectada para los años de 2009 y 2010 aplicable a la Unidad Comercial No. 131 de mayo de 2009 (fecha del Dictamen) hasta el mes de diciembre de 2010, serán de $ 78.560.693.oo, incluido I.V.A.; (vii) que las cuotas de administración proyectadas para las expensas comunes (cuotas de administración) del Centro Comercial Ciudad Jardín, aplicable a la Unidad Comercial No.131, entre los meses de mayo de 2009, fecha en que fue rendido el Dictamen, y el 31 de diciembre de 2010, será la suma de $ 8.911.567.oo, incluido I.V.A. El Dictamen Pericial trae un análisis y detalle de todas estas obligaciones, indicando igualmente las disposiciones legales en que se basa la liquidación de los intereses, las que este Tribunal encuentra válidas.

Tenemos que concluir, en este punto, que no habiendo sido el Dictamen objetado por las partes, y que ni siquiera se solicitó su aclaración o adición y que, por consiguiente se encuentra en firme, encontrándolo este Tribunal, además, por razón de la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, conforme a lo dispuesto en el art. 241 del C. de P. C., sin haber este entrado en contradicción con los otros medios probatorios obrantes en el proceso, es prueba también del incumplimientos en que ha incurrido la Convocada en relación con el pago de (i) las prestaciones mínimas mensuales a partir del mes de abril de 2007 y, (ii) las expensas comunes o cuotas de administración por el mismo período; (iii) y del haber incurrido en la mora del pago de las anteriores causándose así sus respectivos intereses, razón por la cual habrá de establecerse la obligación de su satisfacción en la forma prevista en el contrato que vincula a las partes y el lucro cesante, también conforme a lo acordado contractualmente por ellas.

14.- LAS OBLIGACIONES INCUMPLIDAS:

Como se expresó, teniendo como fuente de las obligaciones adquiridas por las partes el contrato de Concesión que se deriva de la Oferta debidamente aceptada por la Concesionaria mediante la expedición de la Orden de Compra de Servicios, se concluye con las pruebas recogidas en este proceso arbitral que la Convocada incumplió las siguientes obligaciones a su cargo, previstas todas ellas en la Cláusula 12° de la Oferta o contrato de Concesión: a) Pagar el valor mensual correspondiente a la contraprestación de la Concesión en las fechas señaladas; b) Pagar los gastos de expensas comunes que se generen en la administración, a prorrata de acuerdo con el porcentaje de participación de la Unidad Comercial; c) Mantener vigente durante el término de la Concesión, un Seguro "Todo Riesgo", y d) Abstenerse de comercializar bienes y servicios no incluidos en el Anexo 4 de la Oferta.

El Contrato de Concesión previsto en la Oferta, en su Cláusula Décima Segunda, 12.2, 6, establece la obligación, por parte de la Concesionaria el *pagar los gastos o expensas comunes que se generen por la administración a prorrata de acuerdo con el porcentaje de participación de la Unidad Comercial*, complementada con lo dispuesto en el 29 de *cancelar mensualmente y dentro del plazo indicado en el Reglamento de Propiedad Horizontal que rige Jardín Plaza, EL VALOR DE LAS EXPENSAS COMUNES, QUE FIJEN LOS ORGANOS DE DIRECCIÓN DE JARDIN PLAZA. (Mayúsculas fuera de texto).*

Queda entonces en el párrafo anterior expresada la razón sobre la cual se rechazará la **Sexta Excepción** planteada como "*Cobro de lo no debido. La pretensión del pago de administración no tiene sustento jurídico*".

15.- POSICION DOMINANTE O CLAUSULAS ABUSIVAS:

No se ve en ninguna de las pruebas punto alguno que permita concluir que la Convocada hubiere sido engañada, impelida o forzada a aceptar la Oferta en los

términos contenidos en el documento aportado por las partes, sino que, por el contrario, esta fue el resultado de una concertación o acuerdo de voluntades, como tampoco hay constancia inicial de inconformidad alguna de parte de esta sobre las condiciones que dice se le impusieron, o de las falsas promesas que la indujeran a una decisión errada, sino que se concluye por ello que en la relación contractual primó la buena fe para la estructuración y aceptación del contrato. En otras palabras, no se observa la existencia de posición dominante ni de abuso del derecho. Al menos no quedó así demostrado por la parte que lo alega.

En esta forma quedará también despachada desfavorablemente la **Octava Excepción** propuesta como "*Cláusula Compromisoria Abusiva".*

16.- EN CUANTO A LAS PRETENSIONES:

"Onus probandi incumbit actori": la carga de la prueba incumbe al actor. Se encuentra, pues, aquí demostrado con el análisis anterior que la Convocada (i) incumplió, efectivamente, el Contrato de Concesión suscrito entre las partes, (ii) que con tal incumpliendo y de acuerdo a lo dispuesto en el mismo contrato habrá de declararse la *terminación anticipada* de la concesión, (iii) que, también conforme a lo establecido en el contrato, la Concesionaria carece de derecho a solicitar a la Concedente el reembolso de la prima pagada, (iv) que, frente al incumplimiento y lo previsto contractualmente, hay lugar al decreto de la *restitución* de la Unidad Comercial No. 131 del Centro Comercial Jardín Plaza, (v) que hay lugar también a condenar a la Convocada, como Concesionaria, al pago de las *Contraprestaciones mensuales adeudadas* hasta la fecha del Laudo, (vi) que cabe también el pago de los *intereses moratorios causados por el no pago de las contraprestaciones mensuales* desde la fecha en que se dejaron de pagar hasta la fecha de este Laudo, con base en la tasa mas alta prevista en la ley, (vii) también habrá de decretarse el pago de la totalidad de las *expensas comunes causadas y dejadas de pagar* hasta la fecha de Laudo, (viii) así mismo habrá de ordenarse el pago de los *intereses moratorios sobre las expensas comunes*, calculados a la tasa de interés mas alta prevista en la ley, hasta la fecha en que este pago se efectúe y (ix) se decretará, igualmente, el pago de la totalidad de *las prestaciones mínimas mensuales que se causarían a partir de la terminación anticipada del contrato hasta la fecha prevista en el contrato para su normal terminación*.

En razón de tales incumplimientos se da lugar a la *terminación anticipada* por parte de la Concedente dando aplicación a lo previsto en la Cláusula 16° de la Oferta o Contrato de Concesión que dispone que "*la Concesión podrá darse por terminada de manera anticipada en los siguientes eventos, así: 116.1, por parte de LA CONCEDENTE: 1. El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones a cargo de EL CONCESIONARIO, le da derecho a LA CONCEDENTE para declarar extinguido el plazo, exigir el pago insoluto de la prima y/o de la contraprestación adeudada por*

vía judicial o extrajudicial, sin necesidad de requerimiento ni constitución en mora, a los cuales renuncia expresamente EL CONCESIONARIO".

En cuanto a la petición de condena en relación con las *contraprestaciones mensuales futuras*, o sea aquellas que se causen con posterioridad a la finalización anticipada del contrato hasta la fecha en que debería, según lo pactado, terminar el contrato de Concesión, se observa que en la Cláusula 5ª, Parágrafo Uno, de este prevé que la Concesionaria deberá pagar en tales casos "*las contraprestaciones que faltaren hasta cumplir el término de la presente concesión*", lo que al tenor de lo dispuesto en el art. 1592 del C.C. constituye una cláusula penal perfectamente válida contractualmente, razón por la cual habrá de decretarse en la condena atendiendo la petición que se ha formulado al respecto. No, en cambio, ocurrirá lo mismo respecto de las *expensas comunes o gastos de administración* en razón de que esto no está así previsto en el contrato y tampoco se podrán decretar como sanción o penalidad no prevista contractualmente ni en la ley, pues entregada la Unidad Comercial no es razonable ni justificado para este Tribunal que se sigan causando a cargo de la Concesionaria estos gastos.

Los *intereses moratorios* serán ordenados pagar conforme fueron liquidados, y debidamente soportados, por el Perito en su Dictamen.

Entonces los valores expresados en el Dictamen Pericial deberán ser ajustados hasta el 31 de agosto de 2009, fecha de este Laudo, para efectos de la condena respecto a las Contraprestaciones mensuales y sus intereses moratorios y respecto a las Expensas comunes y sus intereses de mora, en los siguientes términos:

Contraprestaciones mensuales:

	Real a May,/08	**Proyectado a Agosto/09**
SALDO INSOLUTO DE FACTURAS	80.486.272	92.363.254
INTERESES MORATORIOS	20.635.708	26.085.364
TOTAL OBLIGACION	**101.121.980**	**118.448.618**

Expensas comunes:

	Real a May,/08	**Proyectado a Agosto/09**
SALDO INSOLUTO DE FACTURAS	10.075.888	11.431.603
INTERESES MORATORIOS	2.789.307	3.483.201
TOTAL OBLIGACION	**12.865.195**	**14.914.804**

17.- EN CUANTO A LAS EXCEPCIONES:

"*Reus, in exipiendo, fit actor*": el demandado, cuando excepciona, funge como actor. Por tal razón a este corresponde demostrar sus afirmaciones y, en este proceso, como se ha venido comentando en el análisis probatorio y de cada una de las excepciones, estas no fueron probadas.

18.- LIQUIDACION DE COSTAS:

Para la *liquidación de costas* se dará aplicación a lo establecido en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la ley 794 de 2003 artículo 42.

Capitulo IV

DECISION

En mérito de las consideraciones expuestas, este Tribunal de Arbitramento, de conformidad con lo dispuesto en el articulo 304 del Código de Procedimiento Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por participación accidental en la función jurisdiccional en virtud de la Cláusula Arbitral a la cual debe su origen y por autoridad de la ley

R E S U E L V E:

PRIMERO: Declarar imprósperas, con base en las razones expresadas en este Laudo, las Excepciones de Mérito formuladas por la Convocada, excepciones que se refieren a (i) "*Existencia de causal para rechazo de plano de la demanda, por falta de jurisdicción y competencia del señor arbitro para conocer de la presente convocatoria*", (ii) "*Inexistencia de obligaciones por ausencia de una de sus fuentes conjuntas*", (iii) "*La oferta hace referencia a un fideicomiso inexistente*", (iv) "*El poder especial para ofertar otorgado a Sandra María Tenorio como representante legal de Central Control S.A., conferido por Fiduvalle S.A. hoy Fiduciaria Corficolombiana S.A., se encuentra mal concebido y mal otorgado*", (v) "*El objeto social contenido en la Escritura 2101 del 26 de mayo de 2003, otorgada por la Notaría Primera de Cali, no da cabida a la celebración de contratos de concesión, por omisión de formalidades de ley*", (vi) "*Cobro de lo no debido. La pretensión del pago de administración no tiene sustento jurídico*", (vii) "*Error en la causa. Incumplimiento de las promesas y condiciones precontractuales*", (viii) "*Cláusula Compromisoria Abusiva*", y (ix) "*Contrato no cumplido, incumplimiento imperfecto, cumplimiento tardío*".

SEGUNDO: Declarar que la sociedad **DISEÑOS Y TEXTURAS DE COLOMBIA LTDA., INCUMPLIO** las obligaciones contraídas mediante el Contrato de Concesión que se derivó de la Oferta Mercantil emitida el 11 de noviembre de 2005 por **CENTRAL CONTROL S.A.** a nombre de **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.,** quien actuaba como vocera legal del Fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza 2101, relativa a la Concesión de la Unidad Comercial No. 131 de dicho establecimiento.

TERCERO: Declarar, como consecuencia del anterior incumplimiento, la **TERMINACION** anticipada del Contrato de Concesión respecto a la Unidad Comercial No. 131 del expresado Centro Comercial Jardín Plaza.

CUARTO: Declarar que la sociedad **DISEÑOS Y TEXTURAS DE COLOMBIA LTDA.**, carece del derecho a solicitar a la Concedente el reembolso del valor pagado por concepto de Prima.

QUINTO: Ordenar a la sociedad **DISEÑOS Y TEXTURAS DE COLOMBIA LTDA.,** la **RESTITUCION** de la Unidad Comercial No. 131 del Centro Comercial Jardín Plaza a favor de **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.**A., en su calidad de vocera legal del **FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDIN PLAZA 2101**.

SEXTO: **CONDENAR**, por concepto de daño emergente, a la sociedad **DISEÑOS Y TEXTURAS DE COLOMBIA LTDA**., a pagar a favor de **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.**, como vocera legal del **FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDIN PLAZA 2101**, la totalidad de las contraprestaciones mínimas mensuales causadas a su cargo y derivadas del Contrato de Concesión, que ha dejado de pagar a partir del 11 de marzo de 2007 hasta el 31 de agosto de 2009, fecha de este Laudo, conforme a lo dictaminado por el Perito obrante este proceso, en cuantía de **NOVENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA ($92.363.254.oo).**

SEPTIMO: **CONDENAR**, por concepto de daño emergente, a la sociedad **DISEÑOS Y TEXTURAS DE COLOMBIA LTDA**., a pagar a **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.**, como vocera legal del **FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDIN PLAZA 2101**, los Intereses Moratorios causados sobre cada una de las contraprestaciones mensuales a su cargo y derivadas del Contrato de Concesión, que ha dejado de pagar a partir del 11 de marzo de 2007 hasta el día en que se efectúe el pago, liquidadas ahora hasta el 31 de agosto de 2009, fecha de este Laudo, conforme a lo dictaminado por el Perito obrante este proceso, en cuantía de **VEINTISEIS MILLONES OCHENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA ($26.085.364.oo).**

OCTAVO: **CONDENAR**, por concepto de daño emergente, a la sociedad **DISEÑOS Y TEXTURAS DE COLOMBIA LTDA**., a pagar a favor de **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A**., como vocera legal del **FIDEICOMISO CENTRO**

COMERCIAL JARDIN PLAZA 2101, la totalidad de las expensas comunes causadas por la administración del Centro Comercial Jardín Plaza, a su cargo y derivadas del Contrato de Concesión y que ha dejado de pagar desde el 11 de abril de 2007 hasta el 31 de agosto de 2009, fecha de este Laudo, conforme a lo dictaminado por el Perito obrante en este proceso, en cuantía de **ONCE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MIL SEISCIENTOS TRES PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (11.431.603.oo).**

NOVENA: **CONDENAR**, por concepto de daño emergente, a la sociedad **DISEÑOS Y TEXTURAS DE COLOMBIA LTDA**., a pagar a favor de **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A**., como vocera legal del **FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDIN PLAZA 2101**, los Intereses Moratorios causados sobre cada una de las expensas comunes a su cargo y derivadas del Contrato de Concesión, generadas por la administración del Centro Comercial Jardín Plaza y que ha dejado de pagar a partir del 11 de marzo de 2007 hasta el día en que se efectúe el pago, liquidados ahora hasta el 31 de agosto de 2009, fecha de este Laudo, conforme a lo dictaminado por el Perito obrante este proceso, en cuantía de **TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS UN PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA ($3.483.201.oo).**

DECIMA: **CONDENAR**, por concepto de lucro cesante, a la sociedad **DISEÑOS Y TEXTURAS DE COLOMBIA LTDA**., a pagar a favor de **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A**., como vocera legal del **FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDIN PLAZA 2101**, el valor correspondiente a la totalidad de las contraprestaciones mínimas mensuales que esperaba esta recibir por la Concesión de la Unidad Comercial No.131 del Centro Comercial Jardín Plaza desde el 31 de agosto de 2009, fecha de este Laudo, hasta el 19 de diciembre de 2010, fecha pactada para la terminación de la Concesión, conforme a lo dictaminado por el Perito obrante este proceso, en cuantía de **CINCUENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SEIS MIL SETECIENTOS VEINTINUEVE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA ($54.806.729.oo).**

U**NDECIMA**: **ABSTENERSE** de decretar el pago por concepto de futuras expensas comunes de administración del Centro Comercial Jardín Plaza

DUODECIMA: **CONDENAR** a la sociedad **DISEÑOS Y TEXTURAS DE COLOMBIA LTDA.,** a pagar a favor de la sociedad **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. COMO VOCERA LEGAL DEL FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDIN PLAZA 2101** las costas del proceso que se liquidan así:

AGENCIAS EN DERECHO: QUINCE MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA ($15.000.000.oo).

DECIMOTERCERA: **CONDENAR** a la sociedad **DISEÑOS Y TEXTURAS DE COLOMBIA LTDA.,** al pago de los gastos del proceso en la suma de **TRECE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y**

TRES PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA ($13.981.493.oo), favor de la sociedad **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. COMO VOCERA LEGAL DEL FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDIN PLAZA 2101.**

DECIMOCUARTA: Todas las sumas de condena del presente laudo, deberán pagarse por la parte convocada, la sociedad **DISEÑOS Y TEXTURAS DE COLOMBIA LTDA.**, a favor de la sociedad **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A., COMO VOCERA LEGAL DEL FIDEICOMISO CENTRO COMERCIAL JARDIN PLAZA 2101**, en la ciudad de Santiago de Cali, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de ejecutoria del presente laudo. La restitución deberá efectuarse al día siguiente de su ejecutoria.

DECIMAQUINTA: Ordenar a la Secretaría del Tribunal, la expedición y entrega de copia auténtica de este laudo arbitral al apoderado de cada una de las partes con sujeción a lo dispuesto en el artículo 115 del C.P.C.

DECIMASEXTA: Por la Secretaría y con destino al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, expídase copia del presente laudo.

DECIMASEPTIMA: Por el Presidente del Tribunal y con cargo a la cuenta de gastos del Tribunal, una vez ejecutoriada la presente providencia protocolícese el expediente en una Notaría del Círculo de Cali.

El presente laudo queda notificado en audiencia.

El Árbitro,

HUGO JARAMILLO GUTIERREZ

MARIA ESPERANZA MAYOR GORDILLO
Secretaria