

# Estructura jurídica y contenido negocial de la concesión de espacio comercial\*\*

DOI: <http://dx.doi.org/10.19053/26652714.06.02>

## Resumen

El significativo dinamismo que ha tenido la construcción de grandes complejos comerciales en Colombia en las dos últimas décadas ha motivado a los actores del comercio, a la utilización de instrumentos jurídicos tendientes a responder las necesidades que exigen los intereses de las partes. En este estudio se ofrece una descripción del contrato de concesión de espacios comerciales y un análisis crítico sobre su definición, su contenido negocial y la teleología de algunas de sus prestaciones que pueden suscitar dificultades en su interpretación. Del mismo modo, se abordarán algunos aspectos que, se propone, sean, a título preventivo, herramienta para precaver algunos conflictos que pueden ocurrir al momento de ser ejercidas ciertas facultades unilaterales que su clausulado confiere al concedente.

## Palabras clave

Concesión de espacio comercial, concedente, concesionario, centro comercial de unipropiedad, facultades unilaterales.

\* Abogada y doctoranda en Derecho por la Universidad Católica de Colombia. Magíster en Derecho Privado, Persona y Sociedad con énfasis en Contratación Contemporánea de la Universidad Externado de Colombia, donde también se especializó en Derecho Contractual y Relaciones Jurídico-Negociales. Actualmente, desempeña como Gerente Corporativa en el sector privado. Además, es investigadora y docente catedrática en el mismo ámbito. Correo electrónico: [lorenabernal123@hotmail.com](mailto:lorenabernal123@hotmail.com).

\*\* Este artículo, es producto del desarrollo perfeccionado y actualizado de la investigación que la autora presentó para optar al título de maestría.

## Legal structure and business content of the commercial space concession

### Abstract

The significant dynamism in the construction of large commercial complexes in Colombia over the last two decades has prompted commerce stakeholders to utilize legal instruments aimed at addressing the needs demanded by the interests of the parties involved. This study offers a description of the commercial space concession contract and a critical analysis of its definition, its contractual content, and the teleology of some of its provisions, which may pose difficulties in interpretation. Similarly, some aspects will be addressed, proposed as preventive tools to avoid potential conflicts that may arise when certain unilateral powers granted to the grantor by the contract clauses are exercised.

### Keywords

Commercial space concession, grantor concessionaire, single-owner shopping center, Unilateral powers

## Introducción

Esta investigación estudia el contrato de concesión de espacio comercial como tipología contractual usada para el desarrollo inmobiliario de centros comerciales, en términos de generalidad del negocio, pero particularmente para la tenencia de espacios físicos con destinación comercial. El objeto del contrato en estudio permite reconocerlo como la modalidad apta para permitir el uso y la explotación temporal de espacios comerciales, dentro de un contenido negocial, que facilita a las partes la satisfacción de intereses particulares. Esto gracias a la ductilidad de sus disposiciones, la causa que lo rodea y también por algunas de las facultades que quedan pactadas para ser ejercidas, de forma unilateral, a favor de quien entrega el espacio a conceder.

El factor influyente para desarrollar esta investigación ha sido el crecimiento inmobiliario que ha tenido Colombia en las últimas dos décadas, cuya instrumentalización jurídica ha llamado la atención de académicos y profesionales. Escasos artículos nacionales y extranjeros han permitido comprender su significado, aunados al representativo uso que, en múltiples oportunidades, se ha hecho visible en el escenario arbitral, que lo reconoce como una tipología contractual moderna, autónoma y funcional, aceptada en la práctica<sup>1</sup>.

La metodología empleada en el desarrollo de esta investigación consiste en una observación y descripción realizada de forma crítica, para llegar al análisis de la estructura contractual de la concesión de espacios comerciales y algunas instituciones jurídicas relacionadas con él. Se ha abordado el tema a través de algunas de las vicisitudes relacionadas con su aplicabilidad, con la intención de proponer algunas de las razones por las cuales los actores del comercio le brindan aceptación a la estructura negocial estudiada. La finalidad de esta investigación es definir y proponer algunos argumentos encaminados a explicar el contenido negocial del contrato de concesión de espacio comercial, la causa de sus obligaciones y, en general, revelar sus características jurídicas propias que permitirán contrastar su objeto y elementos esenciales, con otros contratos como es el caso del arrendamiento mercantil. Se propone abordar jurídicamente el contrato de concesión de espacio comercial, analizando su causa y los propósitos que lo han hecho tan conocido en el

1 Está más que probado que el contrato de concesión de espacios es un convenio que surge de la autonomía privada, por tratarse de un contrato atípico que la vida comercial ha introducido, con amplia aplicación en los establecimientos de comercio, particularmente en los centros comerciales. En este sentido, léase Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Cali, laudo arbitral “Centros Comerciales: Aerocali S.A. vs. Librería Atenas S.A.” del 20 agosto de 2009.

ámbito comercial. Aunque se explica la relevancia de la característica relacionada con las facultades de modificación unilateral propias de este contrato, no se pretende agotar su análisis en profundidad.

En tal sentido, en el primer apartado se define el contrato de concesión de espacio comercial, delimitando su concepto y características, y haciendo una construcción teórica a partir de la revisión de la ley colombiana, la jurisprudencia y la doctrina que lo han nominado e interpretado de forma unánime. Además, se expone e identifica su estructura jurídica como figura autónoma diferente de otras tipologías contractuales. En el segundo apartado, se explica la manera funcional en que operan las particularidades de su aplicabilidad a partir de las características jurídicas que le son propias. Así mismo, son señalados algunos aspectos relevantes para su interpretación, se explican y proponen algunas de las razones de su contenido obligacional, y se abordan particularidades de sus prestaciones. En el apartado tercero se explica lo relacionado con las facultades de ejercicio unilateral que prevé el programa contractual, y se proponen algunas previsiones que pueden ser estipuladas con el fin de evitar diferencias en lo que concierne a su cumplimiento y eventual terminación. Finalmente, en el mismo apartado, se desarrolla un breve análisis sobre un caso de la experiencia chilena, del cual se propone extraer algunos aprendizajes que resultarían útiles en el caso de una eventual regulación en Colombia.

## **1. Las construcciones teóricas en torno al contrato de concesión de espacio comercial y sus características**

### **1.1. Delimitación del tema y su breve evolución conceptual desde el derecho comparado regional**

Desde la perspectiva polisémica, el contrato de concesión puede referir tres tipologías: la primera es aquella del derecho público, en la cual se emplea este contrato con la finalidad de permitir la prestación y realización de servicios y obras públicas en cabeza de un particular (contratista) delegado por la administración estatal<sup>2</sup>. A su vez, la segunda de ellas es la referida de antaño en el derecho mercantil en la cual, el contrato de concesión se usa con fines de distribución, esto es, “compra de

2 Ley 80 de 1993, 28 de octubre. Diario Oficial 41.094. Artículo 32, Numeral 4°.

productos a un empresario por parte del concesionario, que forma parte de una red de distribuidores para la reventa bajo unas determinadas condiciones, a fin de obtener una utilidad en favor suyo”<sup>3</sup>.

Por su parte, la tercera como otro uso del término concesión, fue conocida desde la década de los noventa, bajo la denominación que se le atribuye a Gastaldi como la “concesión privada” que, desde esta doctrina argentina, lo define como “un contrato donde una parte autoriza a otra para explotar un servicio que le compete, a su propio nombre, por su cuenta y riesgo, bajo el control de la primera parte, pudiendo o no incluir la entrega de bienes para la explotación y la compensación económica”<sup>4</sup>. De otra parte, en la misma latitud, Lorenzetti criticó la definición inicial propuesta por Gastaldi, argumentando que la denominación de concesión privada podría generar confusiones con los contratos de carácter público. Así, Lorenzetti propuso una definición alternativa, relacionando la concesión con “entidades sin ánimo de lucro que delegan la explotación de actividades diversas, como la limpieza o gastronomía, en terceros que perciben el precio directamente de los beneficiarios del servicio”<sup>5</sup>. En contraste, la autora Inés de Saravía criticó la tesis de Lorenzetti por considerarla limitada, argumentando que, “aunque la concesión privada se utiliza en entidades sin fines de lucro, también es ampliamente empleada por entidades con objetivos económicos”<sup>6</sup>. Entonces, esta formulación acerca del contrato de estudio empezó a mostrar su versatilidad y aplicabilidad en distintos contextos empresariales.

Así, tal es el desarrollo que ha tenido esta última postura, que la doctrina nacional acude a la definición actual del contrato como aquel que incluye dos aspectos principales: i) “el permiso de explotación de un servicio privado determinado dentro de la órbita privada del concesionario”<sup>7</sup> y ii) “que se trata de la cesión al concesionario de un espacio físico que forma parte de un establecimiento de comercio acreditado, del cual es propietario el concedente”<sup>8</sup>. Aunque ambas nociones conservan la finalidad de concesión de un espacio (entendiéndose esta como

3 Teresa Puente Muñoz, *El Contrato de concesión mercantil* (Madrid: Montecorvo, 1976) 35.

4 José María Gastaldi, *Contratos* Vol. I. (Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1994) 286.

5 Ricardo Luis Lorenzetti, *Contratos - Parte Especial* (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003) 279.

6 Inés Saravía Frías, “Concesión de Espacio de Uso”. *Revista Argentina de Derecho Empresario*, n.º 10 (2011): 7, <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=b833a94dfe2f7563eb2d84271c041aea>

7 Lisandro Peña Nossa, *Contratos mercantiles, nacionales e internacionales*. (Bogotá: Temis, 2010) 369.

8 Jaime Alberto Arrubla Paucar, *Contratos Mercantiles. Contratos atípicos*. (Bogotá: Editorial Biblioteca Jurídica Dike, 1998) 288.

permiso o cesión) y la independencia del concesionario, estos no serían los únicos rasgos reconocidos en su abordaje teórico; pero sí una aproximación a sus rasgos iniciales más característicos.

En conclusión, desde su concepción teórica el contrato de concesión destinada a fines comerciales entendido como aquel que tiene por objeto el permiso de tenencia de un espacio tuvo una adaptación progresiva, lo que, probablemente de forma vertiginosa, fue permitiéndole evolucionar en una modalidad de gran utilidad para los fines económicos de la explotación de un negocio. En efecto, esta tipología de concesión como instrumento emanado de la voluntad privada de los comerciantes, se transformó gradualmente en lo que hoy se conoce como el contrato de concesión de espacio comercial, (en adelante C.E.C.), cuyo alcance será el objeto de estudio de este trabajo.

## 1.2. El C.E.C. en el ordenamiento jurídico colombiano

La ley colombiana no tipifica el contrato de C.E.C. Sin embargo, mediante el Decreto 570 de 1984, por medio del cual se reglamentó el impuesto sobre las ventas, se puede identificar la diferencia nominal legislativa, que desde aquel entonces fue establecida entre este y el contrato de arrendamiento de local comercial al afirmar que “en el caso de los negocios que operan en locales cuyo uso se ha concedido a través de contratos semejantes al de arrendamiento o con permiso para utilización de espacio, tales como los denominados “contratos de concesión”, el responsable será quien aparezca en la factura o documento equivalente como emisor del mismo”<sup>9</sup>. Nótese cómo la redacción de la citada norma invoca al contrato de concesión, al relacionarlo con el permiso que da una persona para la utilización de un espacio, lo que aparta su finalidad de las características similares que tiene con el contrato de arrendamiento. Con esta referencia legal se sintonizan las medidas económicas de carácter normativo adoptadas en tiempos de crisis generados por la pandemia en 2020, al haberse excluido bajo el cumplimiento de una lista de requisitos y de forma temporal, del impuesto sobre las ventas a “los cánones de arrendamiento de locales comerciales y el pago mensual por concepto de concesión de espacios comerciales”<sup>10</sup> una vez más nominado en cuerpos normativos del ordenamiento legal colombiano.

9 Decreto 570 de 1984, 9 de marzo. Diario Oficial 36.546.

10 Decreto 682 de 2020, 21 de mayo. Diario Oficial 51.321. Artículo 10.

### 1.3. El contrato C.E.C. en la jurisprudencia, cuya postura se encuentra influenciada por el desarrollo doctrinario de la figura

Puede decirse que la postura jurisprudencial de los diversos laudos frente al contrato en estudio es unánime al escindirlo de manera incontestable del contrato de arrendamiento de locales comerciales<sup>11</sup>. Es en tal sentido que, la Corte Suprema de Justicia (CSJ) estableció, de forma preliminar para la época en la que se empezaba a hacer visible su uso en las prácticas comerciales, y en el único fallo conocido sobre el particular, que se está frente a un contrato de C.E.C. cuando concurren los siguientes elementos:

- i) el control y la vigilancia que ejerce el concedente sobre la actividad del concesionario, ii) la entrega de bienes como parte del acuerdo de obligaciones en cabeza del concedente, para desarrollar la actividad de explotación económica del espacio cuya obligación es propia del concesionario y iii) la acreditación que tiene el establecimiento ante los clientes<sup>12</sup>

Este reconocimiento de la figura jurídica, sin duda empezaría a marcar lo que se ha convertido en la hoja de ruta para su identificación y delimitación. Por su

11 Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral “Desarrolladora C.C. Fontanar S.A.S. vs. EPK Kids Smart S.A.S” del 18 de febrero de 2020. Donde puede evidenciarse un paralelo que diferencia, de manera general, el contrato de arrendamiento frente al C.E.C. Así, explica el Tribunal de arbitraje, en el arrendamiento con fines comerciales el bien jurídicamente protegido es el establecimiento de comercio como parte esencial del patrimonio del arrendatario, mientras que, en el C.E.C., el bien jurídicamente protegido es la colaboración entre empresarios y comerciantes. En el caso del arrendamiento, la ubicación del espacio físico es muy importante, en cambio para el contrato de C.E.C. la ubicación del espacio físico no es lo más relevante de la negociación; lo más importante son las ventajas de comercializar los productos propios del concesionario en el local o en el establecimiento de otro. Además, en el contrato de arrendamiento la explotación se da sin la concurrencia del propietario, en cambio, en el contrato de C.E.C., la explotación se da con la concurrencia de la participación del propietario.

12 CSJ, Sala Civil. Sentencia del 25 de enero del 2005, MP: Edgardo Villamil Portilla. El caso que llevó a la Corte Suprema de Justicia a estudiar los elementos del contrato de concesión surgió de una demanda de casación presentada por “Concesiones J.G. Ltda.” y Juan Gonzalo Posada Restrepo contra “Hotel Nutibara S.A.” por una indemnización debido a la terminación de un contrato que los demandantes calificaban como de arrendamiento. Sin embargo, la Corte determinó que el acuerdo era en realidad una concesión, no un arrendamiento. Hotel Nutibara había autorizado a los demandantes a operar una lavandería para los huéspedes, utilizando instalaciones y equipos del hotel. Los demandantes querían que se reconociera el derecho a la renovación del contrato según el Código de Comercio colombiano, aplicable a arrendamientos comerciales. La Corte concluyó que el contrato no cumplía con los elementos esenciales del arrendamiento, ya que el hotel había aportado el inmueble y los equipos, y mantenía vigilancia sobre la actividad comercial. Además, se estableció que el hotel ya había operado la lavandería antes de la concesión, refutando el argumento de los demandantes de que nunca hubo explotación comercial previa por parte del hotel. La Corte razonó que el contrato era atípico y no se ajustaba a las normas sobre renovación aplicables a los arrendamientos comerciales.

parte, el alcance de la doctrina nacional autorizada, que irradia de manera abierta las decisiones arbitrales que comúnmente se presentan sobre el tema conceptúa lo siguiente:

El concedente es el propietario de uno o varios establecimientos de comercio que casi siempre operan en cadena y que están acreditados ante el público. Como una manera de mejorar sus rendimientos y racionalizar los costos, decide ceder espacios físicos de su establecimiento o establecimientos a personas que se denominan concesionarios, que son comerciantes y fabricantes de productos y que desean mercadearlos en los **establecimientos acreditados** del concedente. **El concesionario debe ajustarse a las normas de presentación y administración que imperan en los establecimientos del concedente, utilizando personal propio o del concedente.** (...) Permaneciendo el concedente con la retribución estipulada como remuneración por la concesión. 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.** El concesionario se beneficia de (...) la clientela que visita al lugar<sup>13</sup>. (Negrillas propias)

En este mismo sentido, otros laudos arbitrales anteriores al citado adoptaron la propuesta que conceptúa la doctrina citada<sup>14</sup>, considerando de otra parte las posturas que otros juristas formulaban del contrato de C.E.C. para la primera década de los 2000. Ejemplo de ello es la siguiente construcción teórica que a continuación se cita de manera parafraseada:

El contrato de concesión de espacio en grandes almacenes ha ganado relevancia en Colombia, permitiendo a los concesionarios explotar parte del inmueble para ofrecer servicios o vender productos, sin que esto implique un arrendamiento. Este modelo beneficia al concedente al generar ingresos adicionales y atraer más visitantes sin invertir en fuerza de ventas o promoción. Simultáneamente, el concesionario aprovecha la infraestructura, ubicación y clientela del almacén para incrementar sus ventas, cubriendo con estos ingresos el costo del contrato de concesión. De otra parte el concedente ejerce el control y vigilancia de la operación del concesionario sin que esto implique subordinación ni solidaridad, al practicar

13 Laudo arbitral de 16 de junio de 2015 Organización Terpel S.A. contra Arledis Felisa Sánchez Anave, cuyas consideraciones acogen la definición propuesta por la doctrina nacional atribuida a: Jaime Arrubla Paucar, *Contratos Mercantiles, Contratos Atípicos* (Bogotá, Legis, 2015) 413 - 414. Así como el fallo del: Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral “Desarrolladora C.C. Fontanar S.A.S. vs. EPK Kids Smart S.A.S” del 18 de febrero de 2020.

14 Este es el caso del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo arbitral de “Francisco Javier Martínez, vs. Central de Carnes de Bogotá S.A.” del 4 de diciembre de 2017.

las siguientes actividades: (i) inspeccionar el local concesionado, (ii) verificar la destinación autorizada del área concedida, (iii) exigir confidencialidad integral del vínculo, (iv) imponerle al concesionario el deber de acatar las directrices que imparta el concedente para la utilización de las áreas concedidas y (v) vigilar la forma en que el concesionario atiende al público cumpliendo los horarios y las directrices impuestas por el concedente<sup>15</sup>.

El análisis de la doctrina interpretativa señalada permite reafirmar que, en el escenario jurídico, aunque frecuentemente se confunda en su uso diario, el contrato en estudio se distingue de forma abierta y comúnmente aceptada del contrato de arrendamiento de local comercial. Del mismo modo, puede identificarse que, al celebrar un contrato de C.E.C., las partes pueden estipular sus elementos esenciales y accidentales bajo las características que le son propias y así ejercer, en el marco del acuerdo, todos los derechos correlativos a las obligaciones contraídas generadas desde la autonomía privada. También puede concluirse, de manera anticipada, que en ocasiones se intentan desconocer algunos de los efectos propios de este contrato, como su temporalidad, la frecuente ausencia de una prórroga automática o el derecho de renovación, al que se creería tienen derecho los tenedores del espacio al finalizar el plazo de su ejecución pactada. Tampoco se debe perder de vista que algunos contratos de arrendamiento también pueden ser disfrazados como de C.E.C.

De ahí que, con las construcciones teóricas señaladas anteriormente, propuestas por la ley, al nominar el contrato de C.E.C. distinto del de arrendamiento de local comercial, la jurisprudencia y la doctrina al enlistar una serie de componentes que recogen la esencia del contrato en estudio, puede concluirse que los siguientes siete elementos son los que integran la doctrina hegemónica<sup>16</sup> del contrato de C.E.C. a saber: i) Entrega de la tenencia de un espacio por un tiempo determinado; ii) ánimo de lucro o factor económico y los servicios que este incluye; iii) ejercicio de una actividad comercial; iv) aprovechamiento de la infraestructura y reputación del concedente por parte del concesionario; lo que involucra las calidades del

15 Juan Antonio Gaviria, "Derecho de la Distribución Comercial". *Revista Foro del jurista Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia*, n.º. 26 (2005): 120 y Sanguino Sánchez, Jesús María. "Contrato de Concesión Mercantil" en *Derecho comercial contemporáneo*. Colegio de Abogados de Medellín y Cámara de Comercio de Medellín. (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1989) 176

16 Mauricio Rengifo, *La causa en el derecho de los contratos* (Bogotá: Temis, 2022) 27. Explica en un breve análisis que la doctrina se emplea como sinónimo de construcción teórica. La doctrina puede ser normativa o interpretativa. Es normativa cuando determinada construcción teórica ha sido incorporada expresamente en un estatuto legal y es interpretativa cuando es resultado de una elaboración de jueces y profesores. Nada impide que determinada doctrina jurídica sea, al mismo tiempo normativa e interpretativa, caso en el cual se considera que la doctrina es hegemónica.

concedente como propietario de un lugar acreditado y posicionado ante el público y puede incluir el proporcionamiento de personal o bienes a cargo del concedente, lo cual ayudaría a facilitar el desarrollo de la actividad del concesionario que también en la mayoría de las veces es seleccionado por sus calidades especiales; la v) potestad de vigilancia, control y reglamentación por parte del concedente; y vi) cooperación de sinergia entre las partes que lo suscriben.

En síntesis, y en una aventurada propuesta inicial, podría definirse al contrato de C.E.C. como el acuerdo en que, en el marco de actividades de colaboración empresarial al interior del mercado que facilitan el crecimiento y sostenibilidad recíproco, un comerciante, en su calidad de propietario o autorizado, da permiso a otro de determinadas calidades, para el uso y la explotación económica de un espacio de uso comercial, que forma parte de un área más grande y altamente acreditada, a título de tenencia durante un plazo determinado; a cambio de un precio. Quien permite el uso y explotación del espacio, cuya ejecución debe ser bajo control y vigilancia, es el concedente; y quien usa, explota el espacio, cumple la normativa impuesta y paga la remuneración, es el concesionario.

#### **1.4. Características del contrato de C.E.C.**

La entrega del espacio concedido a favor del concesionario no constituye, por sí misma, el objeto del contrato. En tal sentido, la celebración del contrato de C.E.C. representa la garantía para el concesionario de que se le permitirá usar y explotar un área adjudicada en el centro comercial del concedente. A su vez la doctrina coincide en indicar que “no se trata de un contrato real ya que no se perfecciona con la entrega del área para uso y explotación, sino que se perfecciona en el momento en que ambas partes contratantes prestan su consentimiento”<sup>17</sup>. Lo cual permite clasificarlo como un contrato consensual. Sin embargo, al tratarse de una modalidad atípica y de adhesión, en la que es común que las estipulaciones contractuales derivadas de la autonomía privada mercantil sean determinadas por el concedente, sus condiciones, que preferiblemente deberían constar por escrito (sin perjuicio de lo preceptuado en el artículo 824 del Código de Comercio Colombiano), poseen un margen de negociación muy restrictivo. Lo que en todo caso no impide que el concesionario, en su calidad de adherente calificado, pueda revisar, comentar, presentar reparos y verificar el equilibrio o control de posible abuso de

17 Inés Saravía Frías, “Concesión de Espacio de Uso”. *Revista Argentina de Derecho Empresario*, n.º 10 (2011): 7, <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=b833a94dfe2f7563eb2d84271c041aea>

sus disposiciones para que, en caso de un conflicto futuro, puedan ser tenidas en cuenta las reglas de interpretación contenidas en el artículo 1624 del Código Civil.

Al respecto, aunque como fue anunciado, la C.E.C. es considerada como una modalidad contractual atípica en términos legales, se ha convertido en un instrumento jurídico con tipicidad social debido a su frecuente uso, reconocimiento y aceptación en la práctica comercial actual; máxime cuando “la costumbre ya ha delineado su estructura y características, que obedecen a una necesidad del comercio muy específica y concreta”<sup>18</sup>. Su popularidad se debe en gran parte, a las numerosas ventajas que ofrece, especialmente en la minimización de gastos operativos y esa unión de fuerzas económicas hincada en el sentido de cooperación entre las partes y la confianza que deposita cada uno de los actores involucrados. Esto puede reafirmarse con posturas de la doctrina moderna en las que se resaltan factores como:

Una idea del concepto cambiante de la propiedad, la contratación en masa, la creación de nuevas necesidades derivadas del urbanismo y el mantenimiento de capitales inactivos que contraían la función social de la propiedad y el interés individual del titular, han motivado a la sociedad contemporánea, a incentivar la creación de figuras coparticipativas, que tienen como finalidad principal la obtención de ventajas económicas a favor de varios sujetos sobre una misma cosa<sup>19</sup>.

La apreciación anterior, muestra la forma en que puede facilitarse, a través de esta modalidad contractual, un uso más dinámico y cooperativo de la propiedad bajo su concepto ampliado desde lo tradicional. Formulación que fortalece la idea que propone el contrato de C.E.C. de que, a través suyo pueden ser desarrolladas estrategias de índole contractual que sobresalen por su carácter de colaborativas incluso relacionales<sup>20</sup>, con las cuales pueda lograrse el equilibrio entre los intereses individuales del propietario y la necesidad de diversos actores del comercio que

18 Ibid.

19 Aída Kemelmajer y Alicia Puerta, *Derecho real de superficie* (Buenos Aires: Astrea 1989) 4.

20 Bernal Fandiño, Mariana, *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos*. (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2013) 54. Al respecto, la doctrina otorga especial interés al contrato relacional, una noción que, al ser una nueva forma de ver la contratación más adaptada a la realidad y consciente de las limitaciones de la teoría clásica, se aproxima al solidarismo contractual por contener elementos de confianza y cooperación, en la negociación, durante la ejecución e incluso en la terminación de los contratos. Con esta teoría, se busca modificar el régimen contractual para flexibilizar las relaciones entre empresas en el mundo actual y adaptarlas con perspectivas de futuro. En lugar de exigir una previsión exhaustiva de todas las circunstancias futuras que puedan considerarse relevantes, el contrato relacional se centra en la permanencia del contrato y su capacidad de adaptación.

pueden tener acceso al permiso que representa el contrato de estudio para la tenencia de espacios con los cuales se pueden desarrollar actividades de comercio a diferentes escalas.

El contrato de C.E.C. de carácter mercantil y oneroso en todos sus casos, también es conmutativo y bilateral, ya que implica contraprestaciones con fines de utilidad para ambas partes. Sobre el particular, resulta importante señalar que, en el marco de esta calificación jurídica, la doctrina interpretativa precisa:

El contrato conmutativo es aquel en el que las partes saben, desde la celebración del contrato, el alcance de las prestaciones recíprocas, que se consideran equivalentes. Se ha definido desde el artículo 1498 del código civil colombiano, al contrato conmutativo como subespecie del oneroso, indicando que el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez, el contrato conmutativo determina de manera invariable las prestaciones y a su vez, brinda a cada parte la seguridad de comprender el alcance de cada una de sus cargas y beneficios para así cumplirlas y hacerlos valer respectivamente<sup>21</sup>.

La afirmación relativa a la conmutatividad, de acuerdo con lo señalado en la doctrina citada, se mantiene incólume cuando la remuneración a cargo del concesionario es fija, pero entra en conflicto cuando se estipula un precio mediante factor variable constituido en un porcentaje sobre las ventas (aspecto sobre el cual se volverá más adelante); pues sin duda esta variabilidad puede convertir el contrato en aleatorio a la luz del artículo 1498 del Código Civil Colombiano, debido a que la contraprestación dependerá de una contingencia incierta, esto es, en las ventas que pueda o no hacer el concesionario en el espacio entregado. Cuando es el caso de considerar el C.E.C. aleatorio, es necesario precisar que, salvo pacto en contrario, la responsabilidad del concedente no puede extenderse al resultado esperado por el concesionario en cuanto al tráfico de clientes y ventas, que son la fuente de pago de la obligación. Sin embargo, la apreciación formulada no impide realizar un cálculo racional y factible sobre las consecuencias económicas de la operación.

Respecto a su carácter de bilateral, resulta oportuno señalar lo afirmado en reciente laudo que estudia la figura contractual en este sentido, dado que el convocante, en su calidad de concedente, pretendía que se declarara la terminación

21 Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones. El negocio jurídico*, vol. II (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015) 371.

del contrato como consecuencia de un incumplimiento grave y reiterado de su contraparte, con el pago de las contraprestaciones de la C.E.C.:

Las partes contraen obligaciones recíprocas en los términos del artículo 1496 del Código Civil. La bilateralidad implica: Condición resolutoria tácita por incumplimiento (artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio). El incumplimiento es cualquier acto u omisión que afecte sustancialmente el beneficio esperado, un elemento natural del contrato. Así el artículo 1546 del Código Civil referido a la condición resolutoria lleva implícito tal remedio y tiene los mismos efectos que si estuviera explícitamente mencionada<sup>22</sup>.

El contrato de C.E.C. también se cataloga como un contrato de tracto sucesivo, porque el concedente además de recibir de su contraparte de forma periódica el pago por cada concepto que involucra la concesión del área comercial, se obliga de manera continuada a la prestación de servicios comerciales en el marco del ejercicio propio de una actividad comercial. En efecto, esa actividad comercial se asocia principalmente con la obligación de medio característica del contrato, la cual tiene a su cargo el concedente y que comprende la ejecución de conductas diligentes y cuidadosas, dirigidas a generar el mayor tráfico de visitantes, en favor de los concesionarios para que estos sean potenciales compradores. Sobre esta obligación de medio se volverá más adelante.

Finalmente, como había sido anticipado, el C.E.C. es un contrato *intuitu personae*, particularidad que implica que “las partes se eligen por sus calidades, atendiendo sus características individuales, ya que en razón de los rasgos de la prestación y el interés del acreedor, en ellos puede resultar esencial la persona del deudor, o sus atributos personales, profesionales, experiencia y habilidades”<sup>23</sup>, en este caso, “por el producto o servicio que ofrecen, por la marca que representan y por su posicionamiento y acreditación en el mercado. Por consiguiente, esta característica particular implica que se prohíba cualquier tipo de cesión de la posición contractual que pueda ejercer el concesionario”<sup>24</sup>.

Sin embargo, podría considerarse que como un aspecto meritorio de la C.E.C., no siempre el comerciante adherido, en su calidad de concesionario, es

22 Laudo arbitral “Desarrolladora C.C. Fontanar S.A.S. vs. EPK Kids Smart S.A.S” del 18 de febrero de 2020.

23 Fernando Hinestrosa, Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones. El negocio jurídico, vol. II (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015) 365.

24 Laudo arbitral “Desarrolladora C.C. Fontanar S.A.S. vs. EPK Kids Smart S.A.S” del 18 de febrero de 2020.

vinculado contando con una alta reputación contemplada en los requisitos unidos a las calidades señaladas. Como contrargumento, podría pensarse (como se ve en una realidad aún no documentada), que el contrato en estudio cobra valor social determinante, cuando con su celebración se les permite a emprendimientos emergentes hacerse visibles ante el público, expandirse, construir un reconocimiento y fortalecer su posicionamiento. Es de esta manera que se fomentaría el crecimiento de su desarrollo comercial para ganar reconocimiento en el mercado y serían percibidos progresivamente como comercios de alto nivel, debido a estar ubicados en el gran comercio que funge como su concedente. Ejemplo de esto se ve en el caso de marcas de alimentos listos para consumir, tiendas de productos naturales, almacenes de accesorios, de productos de belleza, establecimientos de productos para mascotas, entre otros, que han tenido la oportunidad de experimentar este fenómeno de crecimiento a través de su presencia en cadenas, grandes superficies y centros comerciales.

## 2. Particularidades inherentes a sus elementos esenciales

Con el fin metodológico de permitir una descripción más detallada a partir de los siete componentes esenciales señalados en el capítulo anterior, se propone abordar, en orden, cada uno de ellos para desarrollar el título anunciado. Se acompañará el estudio de algunas particularidades propias de su aplicabilidad en el programa contractual, usualmente vistas en la práctica y que son reafirmadas por los diversos laudos, cuyo alcance, además, describe de manera determinante la causa del contrato, su naturaleza atípica y, por supuesto, su sistema negocial.

### 2.1. Entrega de la tenencia de un espacio por un tiempo determinado.

En lo correspondiente a la concepción de su aplicabilidad, podrían identificarse dos tipos de C.E.C.: el de tipo gran superficie<sup>25</sup> y el tipo centro comercial. La modalidad de gran superficie se refiere a los espacios otorgados dentro y fuera de grandes establecimientos, típicamente cadenas de tiendas o almacenes de gran tamaño. A su turno, la segunda modalidad corresponde a los espacios, o salones de uso

25 Carlos Julio Giraldo Bustamante y Juan Carlos Uribe Durán, *Estudios de derecho contractual: de la compraventa a la economía colaborativa* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2021) 89.

comercial que son concesionados en un centro comercial que puede encontrarse al momento de ser celebrado el contrato de C.E.C. construido o puede ser comercializado sobre planos bajo la modalidad contractual estudiada.

En relación con el tiempo determinado por el cual se entrega la tenencia del espacio, en la práctica se puede ver que la temporalidad del contrato de C.E.C. se traduce en la estipulación de un plazo cerrado de ejecución mínima, que no da lugar a prórrogas automáticas. Las políticas contractuales de los proyectos pueden predisponer sus plazos en función del espacio a ocupar. Por ejemplo, para un concesionario que ingrese a ocupar menos de trescientos metros cuadrados, el plazo podrá ser de entre tres y cinco años, ya que, si esta área es superior en otros acuerdos de concesión, podría tratarse de anclas (locales de superficies significativamente grandes, que pueden ser ocupados por marcas de gran reconocimiento que suelen atraer gran número de clientes, como es el caso de los supermercados, los cines, los gimnasios y algunas cadenas de marcas de las categorías restaurantes y moda que cuentan con gran acreditación a nivel internacional), las cuales generalmente deben suscribir contratos a plazos mucho más amplios.

Esta duración del contrato se pacta en beneficio de aquellos rasgos propios de las prestaciones que buscan satisfacer los intereses de las partes involucradas. De un lado, para el concesionario no resulta conveniente recibir un local que demanda un alto nivel de inversión para ser adecuado, desplegar una serie de actividades a nivel administrativo, técnico y operativo, para luego de pocos meses ser retirado o abandonar el proyecto, de manera que se afectara el retorno de su inversión. De otro lado, el concedente necesita velar por la acreditación de su proyecto ante el público y brindar proyección y sostenibilidad en el tiempo a sus relaciones comerciales con las marcas, a fin de demostrar credibilidad en sus relaciones y permanencia de ellas en el tiempo.

En este ámbito, el contrato de C.E.C. se aparta de la típica renovación relacionada con el arrendamiento mercantil, prevista en el Código de Comercio Colombiano respecto de la cual, el comerciante que cumpla los requisitos para tener este derecho podrá invocarlo para ejercerlo de conformidad con las reglas establecidas en la ley mercantil colombiana. Entonces, cuando se trate del contrato en estudio, este debe estar sometido a un término, sin perjuicio de contemplarse un mecanismo de renovación por determinados períodos como es señalado en laudos<sup>26</sup> que reconocen la legitimidad de este componente esencial del contrato en estudio.

26 Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral del 16 de diciembre de 2005, “Herpaty Limitada vs. Sociedad de Concesionarios S.A. “Concesa S.A.”.

## 2.2. Ánimo de lucro o factor económico y los servicios que este incluye

El elemento referido involucra la onerosidad del contrato cuya caracterización a nivel jurídico ya fue explicada con algunas precisiones, sin embargo, es necesario indicar la forma en que esta onerosidad opera en la práctica.

Cuando se trata de un proyecto futuro, en que se vincula el adherente por conducto de la C.E.C. por medio de comercialización sobre planos, la obligación inicial en cabeza del concesionario se traduce en el pago de los derechos de entrada, prima de colocación o derechos de incorporación al proyecto. Este pago con alguna frecuencia es exigido de acuerdo con las políticas impuestas por el concedente hacia el concesionario, quien tendrá derecho a un espacio en el proyecto. Esta prima de colocación, se estima para cubrir los derechos que le da al adherente, hacer parte de la primicia con la inauguración del centro comercial. La práctica muestra que se paga por una única vez con la celebración del contrato o con el instrumento de vinculación<sup>27</sup> y, generalmente, su valor corresponde al equivalente de una mensualidad del valor de la concesión. Para el caso en que se fija solo un valor variable, se estipula una suma que define el concedente de acuerdo con su conocimiento y el avalúo que, como experto, hace a nivel económico para determinarla.

Otra obligación de pago a cargo del concesionario es la relacionada con la contribución al fondo de pauta y promoción que, como fin único, tiene el de facilitar el cumplimiento de las obligaciones del concedente para llevar a cabo las actividades de mercadeo, cuyo alcance favorece a las marcas, al generarles posicionamiento y acreditación que garantice, además, el flujo de clientes. El pago de esta suma de dinero normalmente se realiza junto con las cuotas mensuales del gasto común, así conocida de forma acostumbrada, y que puede asemejarse a una cuota de expensas de administración para el caso de los centros comerciales que se encuentran sometidos a régimen de propiedad horizontal (RPH), pero que para el caso de los espacios que se organizan de manera física en un gran comercio bajo

27 Juan Carlos Varón Palomino, “Cartas de intención, memorandos de entendimiento, acuerdos de confidencialidad y acuerdos de debida diligencia, como fuentes de obligaciones en Colombia: apuntes desde la teoría del acto o negocio jurídico y de la formación del contrato”. *Anuario de Derecho Privado*, n.º. 1, 2019: 165. DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.200>. Al respecto véase: “Dada la amplitud funcional que tiene la carta de intención, y la ausencia de regulación al respecto, el remitente debe tener claridad sobre la finalidad para la cual la utiliza, particularmente en punto de si desea o no contraer obligaciones a favor del destinatario o de un tercero”. Para el caso de análisis, se trata de una carta de intención, cuya suscripción resulta antecesora de la celebración de la concesión propiamente dicha, con los efectos propios de la fuerza vinculante del contrato destinada para el concesionario. Esto pues si la celebración del contrato de C.E.C. depende de alguna condición que sea a favor del concedente, entonces no habrá lugar a que se cumpla con la celebración del contrato de C.E.C. sin que haya lugar a responsabilidad endilgada al concedente, como quiera que, en este caso, solo habría lugar a la devolución de dineros aportados.

la modalidad de concesión, no lo son como se verá más adelante. El pago de las cuotas mensuales del gasto común cubre la prestación de servicios de seguridad, el uso, el goce y la conservación de las áreas comunes, así como sus servicios públicos domiciliarios.

Como fue anunciado, la estipulación de la modalidad de pago variable, esto es, un porcentaje de las ventas realizadas por el concesionario revela la necesidad de exigir, al interior de las obligaciones accesorias a cargo del concesionario, una muy específica que consiste en certificar las ventas mensuales realizadas bajo determinadas formalidades. Además, esta singularidad de la prestación otorga al concedente el derecho de auditar los libros contables del concesionario de manera periódica o aleatoria, así como de revisar las ventas del establecimiento. Para estas auditorías, se establece un procedimiento que puede incluir un plazo de aviso y un ciclo de ejecución que varía desde un lapso diario hasta mensual, según lo determine el concedente. Incluso puede verse en algunos casos la instalación de un sistema informático especializado que, integrado con el software contable del concedente, genera informes automatizados diarios sobre las ventas del concesionario.

Aunque la facultad de auditoría podría resultar aparentemente excesiva en términos de manejo de la información sensible del concesionario, es una práctica usual y aceptada al interior de la C.E.C. a favor del concedente que permite, no solo supervisar y controlar a su contraparte, sino también efectuar una lectura pormenorizada del desempeño de la operación del concesionario dentro de la categoría a la que pertenece, evaluando con carácter confidencial sus ventas, para tener elementos de juicio que le permitan establecer reglas al momento de fijar precios, o, incluso, a fin de promover la proyección de la renovación del contrato.

### **2.3. El ejercicio de una actividad comercial**

No puede dejarse de vincular el elemento de aquella actividad comercial inherente a las partes, con las características señaladas en el primer capítulo, como la obligación de medios y sus calidades, sin que se tenga que decir que están completamente relacionadas con la pregunta: ¿hasta dónde estaría llamado el concedente a responder por el resultado económico del concesionario, cuando el tráfico de clientes no le da ni siquiera para pagar el precio de la concesión? Si bien, puede decirse, de forma relativa, que el concedente no estaría llamado a responder por el resultado económico del concesionario, incluso si el tráfico de clientes no es suficiente para que con este puedan darse las ventas con las cuales pudiera cubrirse el precio de la concesión, y con esto, decirse también que es el concesionario quien

asume el riesgo del resultado de su operación económica comercial<sup>28</sup>; no puede el concedente liberarse de toda responsabilidad, pues sin asegurar ni garantizar en términos de resultado, un mínimo de clientes visitantes del centro comercial, sí deberá llevar a cabo la cantidad de actividades necesarias para facilitar que el centro comercial reciba visitantes. En efecto podría considerarse, en gracia de discusión, que el concedente sí estaría llamado a responder por la falta de pericia comprobada en la ejecución de las conductas dirigidas a lograr el fin relacionado con el tráfico de clientes.

Una práctica que matiza los efectos de las afirmaciones sostenidas en relación con la actuación por cuenta y riesgo propio del concesionario es la que, usualmente, los concedentes toman como medida de acompañamiento comercial, cuando los resultados del tráfico de clientes se ven reflejados en las ventas negativas del concesionario. De esta manera, lo que hace el concedente es proponer a su contraparte un plan de acción estructurado, que consiste en una estrategia, donde las actividades de mercadeo y promoción de la marca se ven reforzadas a través de diversas formas de publicidad. Estrategia que puede ser asumida en sus costos por el concesionario, puede ser repartida entre los dos o dependiendo de lo crítico del problema, puede incluso ser patrocinada en su totalidad por el concedente en su calidad de parte calificada. Este acompañamiento suele ser la primera elección antes de llegar a considerar la renegociación sobre el precio de la contraprestación, que sería la *ultima ratio*. Aunque esta estrategia no forma necesariamente parte del programa contractual, sin duda representa una conducta razonable, inherente a los mandatos de la buena fe representados en la confianza, la cooperación y la reciprocidad que se deben las partes del contrato en estudio, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 1603 del Código Civil Colombiano. Además, sin duda muestra esa responsabilidad que, de algún modo, sí se hace visible en cabeza del concedente cuando la expectativa e intereses del concesionario se ven afectados por el resultado negativo de la ejecución del contrato.

Concluyendo, como se indicó en el apartado correspondiente a la obligación de medios, la carga de la prueba del incumplimiento corresponderá entonces al concesionario, quien tendría que probar que su cocontratante no dispuso los mecanismos adecuados, de conformidad con lo que le era exigible, dados los

28 Así lo reconoce el Laudo “Desarrolladora C.C. Fontanar S.A.S. vs. EPK Kids Smart S.A.S” del 18 de febrero de 2020 que sobre el particular afirma que “el contrato de C.E.C. un elemento esencial del contrato de concesión de espacios es que media una actuación por cuenta y riesgo propio del concesionario, asumiendo el éxito, fracaso o riesgo de su actividad comercial. Este riesgo no se transfiere al concedente. El concesionario opera en el espacio concedido en su propio nombre y solo actúa en interés del concedente cuando la contraprestación incluye componentes variables”

antecedentes y conductas generales de la relación contractual del cumplimiento. En ese sentido el concedente tiene la posibilidad, de demostrar que tomó las conductas propias de la lealtad, probidad y corrección que su contraparte consideró no idóneas<sup>29</sup>.

#### **2.4. El aprovechamiento de la infraestructura y reputación del concedente por parte del concesionario**

Continuando con el análisis propuesto en la metodología, el cuarto elemento, referido al aprovechamiento de la infraestructura y reputación del concedente por parte del concesionario, refiere a aspectos como el que se encuentra asociado a la ejecución de estrategias globales del negocio, a través de las cuales el concedente busca materializar la ubicación más idónea del centro comercial, la ubicación de locales ancla que aseguran el volumen de visitantes, el diseño del centro comercial y sus funcionalidades conexas, cuya concepción estaría a tono con las necesidades del consumidor moderno. Todo lo cual se traduce en que los proyectos atiendan necesidades como seguridad, admisión de mascotas, eventos religiosos, culturales, de entretenimiento, espacios de trabajo compartido, amplia oferta de parqueaderos, accesos inclusivos, equipos de movimiento vertical, entre otros. Adicionalmente, los proyectos nuevos y los centros comerciales que son modernizados para ser ampliados o remodelados son diseñados estratégicamente, para que el circuito comercial llame la curiosidad e invite al consumidor a realizar un recorrido que lo obligue a visitar hasta el local que se encuentre aparentemente más recóndito.

Al respecto, vale la pena señalar el concepto del *tenant mix* que ha tenido gran acogida en el marco de este contrato como subelemento del componente que conforma la actividad comercial, cuyo alcance en sentido estricto es conocido por conocedores en la materia como “la mezcla ideal de comercios dentro de un centro comercial”<sup>30</sup>. Esta afirmación es documentada por el más reciente fallo conocido sobre el particular, el cual califica como uno de los elementos esenciales del contrato de C.E.C. aquellos “valores inmateriales agregados al espacio físico, ofrecidos

29 Fernando Hinestrosa, “Notas sobre el incumplimiento de las obligaciones”, *Revista de derecho privado*, n.º 36, (2019): 12. Al respecto señala el autor: “En las obligaciones de medios, la carga de la prueba del cumplimiento y e incumplimiento se distribuye, de modo que, el incumplimiento solo es predicable cuando aparece que el deudor no dispuso los medios adecuados, de conformidad con lo que le era exigible. No puede, tampoco, el deudor considerarse a salvo de responsabilidad en tanto el acreedor no le demuestre la inidoneidad de su conducta, y ha de tomar la iniciativa de acreditar la corrección de aquella”.

30 Desarrollo del Tenant mix”, Front consulting Group, acceso el 4 de mayo de 2024, <https://www.frontconsulting.com/desarrollo-del-tenant-mix>.

por el concedente”<sup>31</sup> cuyo alcance enmarca de manera parcial el concepto señalado y aborda otros aspectos inherentes al componente de la actividad comercial, al indicar que “muy importante es para el concedente el contar en su mix comercial o portafolio con concesionarios distinguidos o identificados con marcas atractivas y de buena reputación entre el público consumidor”<sup>32</sup> así como precisa que:

El nivel de especialización del mercado resulta tan avanzado en la actualidad que incluye factores como la existencia o éxito de las campañas de fidelización realizadas directamente por el concedente, el equilibrio en el mix comercial, la captura y estudio de tendencias de consumo, la realización de eventos promocionales, campañas publicitarias y mercadeo orientadas a incrementar el tráfico de visitantes y promover las ventas en los establecimientos concesionados, e incluso la estrategia olfativa, todos ellos valores que impactan directamente las ventas del concesionario y/o repercuten en su éxito comercial.<sup>33</sup>

## **2.5. La potestad de vigilancia, control y reglamentación por parte del concedente**

En este aspecto, lo primero que debe resaltarse es aquella facultad que el concedente posee para supervisar y controlar las operaciones del concesionario, sin que exista subordinación propiamente dicha. El concedente, bajo esta estrategia, puede asegurarse de que la gestión del espacio concesionado se llevará a cabo de manera idónea y acorde con las expectativas de un negocio diseñado por él, además bajo sus necesidades corporativas. Esto incluye aspectos como la administración del espacio, los horarios de servicio<sup>34</sup>, la calidad de los productos y servicios ofrecidos, así como la participación en las actividades de marketing y publicidad del centro comercial.

Una de las características más inéditas del contrato, adherida a la facultad de vigilancia y control, es el sometimiento que tiene el C.E.C. a las reglas de interpretación que se rigen por virtud de lo que se conoce en la práctica como reglamento interno. El reglamento interno de operación, es el conjunto de reglas establecidas de forma predispuesta por el concedente o el desarrollador del proyecto, previsto para la celebración del contrato de C.E.C., cuyas disposiciones sirven de base para

31 Laudo “Desarrolladora C.C. Fontanar S.A.S. vs. EPK Kids Smart S.A.S” del 18 de febrero de 2020.

32 *Ibíd.*

33 *Ibíd.*

34 Sanguino, “Contrato de Concesión Mercantil”, 176.

interpretar la concesión en sí misma, y cuyo contenido regula todo aquello referido a la convivencia entre concesionarios, la forma de operar los establecimientos y otros aspectos, entre los cuales se encuentran algunos tan sustanciales para la estructura del negocio como el cumplimiento de horarios, la exigencia de la participación en las actividades de mercadeo y la necesidad en las calidades del servicio y de los bienes que deben brindar al consumidor los concesionarios. En efecto, lo anterior se traduce en la propia administración de la actividad del concesionario.

Este instrumento accesorio surge como respuesta jurídica a la necesidad de someter el centro comercial de unipropiedad a un conjunto de reglas vinculantes, que reemplazan el alcance legal del RPH cuando el proyecto no se encuentra sometido a este modo de administración derivado de la existencia de múltiples propietarios. El modelo de negocio de los centros comerciales que se conciben como proyecto inmobiliario, y que toman como instrumento de vinculación el C.E.C., con frecuencia permiten evidenciar la singular estrategia de control centralizado, en la que la propiedad del proyecto del centro comercial recae sobre un único propietario. Generalmente, la forma conocida como centro comercial de unipropiedad. Lo destacable de este modelo es que el propietario o desarrollador único, tiene la facultad exclusiva de tomar todas las decisiones necesarias para adaptar el centro comercial a las condiciones del mercado sin que esto genere las tradicionales posibles discusiones que trae el RPH. Esto incluye determinar las estrategias de posicionamiento y definir todos los detalles de la operación desde una visión integral que se traduce en la gestión y administración directa del negocio del centro comercial. Al respecto, expertos han señalado:

A comienzos de siglo, la regla todavía dictaba que cualquier centro comercial se sometía al RPH por cuanto la constructora vendía los locales a terceros; Sin embargo, eso ha cambiado sustancialmente a lo largo de la segunda década del siglo, pues ha ido imponiéndose el modelo de “desarrollador único” bajo el cual el área arrendable de un centro comercial es en efecto entregada en concesión por quien es el desarrollador del proyecto. Así, los grandes jugadores del retail en la región como los chilenos: Parque Arauco, Mall Plaza y Cencosud, han dado un giro diametral al modelo de la industria de centros comerciales por cuanto ya no se concibe un proyecto de centro comercial sin desarrollador único<sup>35</sup>.

35 Sergio Quintero, Algunos aspectos jurídicos para tener en cuenta por los retailers en sus procesos de expansión en América Latina, entrevistado por Leopoldo Vargas Brand, mayo de 2018, [https://www.mallyretail.com/index.php?id=&id\\_news=379](https://www.mallyretail.com/index.php?id=&id_news=379).

No obstante, es importante aclarar que, existen proyectos que, sin ser modalidad de unipropiedad, se encuentran sometidos al RPH y, aun así, optan por recurrir a contratar sus espacios a través de la tipología contractual estudiada, conforme las necesidades de ocupación comercial de los inversionistas o del vehículo que haya sido utilizado para construir el proyecto. En estos casos puede verse la presencia aún de un reglamento especial adscrito al RPH, incluyendo el manual de vitrinismo que se explica a continuación. Al respecto, vale la pena señalar la mención que de esta reglamentación hace de forma tácita un reciente laudo, el cual enuncia estas características al indicar que “en materia de convivencia o cohabitación se regulan comportamientos de los concesionarios que tengan el potencial de afectar otros concesionarios o impactar la explotación de áreas vecinas, como el sometimiento a horarios de apertura y cierre, límites de sonido, olores y técnicas comerciales”<sup>36</sup>.

Para abordar el manual de vitrinismo, se debe decir que este contiene el conjunto de reglas que consagran los parámetros orientadores en relación con la apariencia física de los espacios concedidos, su adecuación, su puesta a punto, su mantenimiento y su conservación. Así como también prevé las reglas de su restitución y los lineamientos para el uso y destinación de los espacios comunes pertenecientes al proyecto. Antes de ser entregado el espacio al concesionario este tiene la obligación de enviar para su aprobación, los diseños técnicos, planimetría y plan de trabajo de obra de adecuación al concedente para que este a su vez los apruebe. La apreciación señalada encuentra sustento interpretativo en el reconocimiento que el laudo reciente le otorga al señalar que

la importancia que tiene para el concedente preservar tanto las condiciones físicas del espacio entregado en concesión como los valores inmateriales del establecimiento comercial. Por ejemplo, en vitrinismo, se controlan aspectos como fachadas, cerramientos internos, tamaño y material de los avisos, y la circulación de mercaderías<sup>37</sup>

De otra parte, es común que en el marco de esa vigilancia y control que el concedente ejerce sobre el concesionario, este actúe como garante frente al consumidor. En este contexto, el concedente suele exigir al concesionario la implementación de canales eficaces para gestionar las reclamaciones directas de los clientes, de acuerdo con el Estatuto de Protección al Consumidor (EPC). Además,

36 Laudo “Desarrolladora C.C. Fontanar S.A.S. vs. EPK Kids Smart S.A.S” del 18 de febrero de 2020.

37 *Ibíd.*

el concedente contempla que estas reclamaciones se comuniquen inicialmente al centro comercial, que luego las redirige al concesionario para su resolución dentro del marco legal del EPC. En tal sentido, el concesionario no solo debe asegurarse de que los bienes y servicios cumplen con las garantías constitucionales establecidas en el artículo 78, sino también alcanzar estándares posiblemente superiores, como los estipulados en la C.E.C. Específicamente puede exigir que los productos no infrinjan las normas de competencia y/o propiedad industrial y que mantengan la calidad que el mercado y los consumidores de tal segmento esperan. De modo que, un ejemplo específico de esta particularidad radica en que el contrato puede establecer, para marcas de calzado, moda y accesorios, la prohibición de usar en su identidad visual la denominación de *outlet*. El laudo citado reafirma esta premisa al indicar que “todo esto se realiza sin perjuicio de respetar y promover la marca del concesionario, con el objetivo de conservar la apariencia y reputación comercial, el valor del espacio físico, y evitar afectaciones relacionadas con normas (...) de protección al consumidor”<sup>38</sup>.

En complemento a esta facultad de vigilar, controlar y reglamentar la operación del concesionario, se hace manifiesta la fuerza obligatoria del contrato, el poder integrador y correctivo de la buena fe, en cohesión con su función económica, el carácter *intuitu personae* del contrato y su finalidad de colaboración empresarial, como elementos que restringen la posibilidad que tiene el concesionario para modificar de forma unilateral la destinación y uso que le da al espacio concesionado. En consecuencia, aunque no sea pactada la prohibición consistente en que el concesionario cambie la destinación del espacio, al ofrecer bienes y servicios distintos de los autorizados en el contrato, su naturaleza hincada en las calidades de las partes impide que el ejercicio de esta facultad, por parte del concesionario, se dé en detrimento de su contraparte y sin autorización de esta.

Sin embargo, consideran las razonables prácticas comerciales, que será posible el cambio de destinación del espacio concedido cuando las expectativas e intereses del concedente y la salvaguarda de las obligaciones esenciales del contrato se garanticen. Lo anterior se podría ilustrar con el siguiente ejemplo: cuando un concesionario representa un grupo de marcas pertenecientes a una cadena que tiene distintas líneas. Piénsese en una cadena de restaurantes que tiene una marca que ofrece comida oriental, otra de platillos de mar, además de otra que en su oferta brinda postres internacionales y café. Para este caso, todas son igual de exitosas sin importar cuál opere en determinada ubicación. Esto lleva, en la práctica, a que

38 Ibíd.

el concedente autorice la modificación arriba mencionada sin dificultad, debido a que para este será suficiente conocer qué marca será la que tome el lugar de la anterior. Si se trata de una de las que ya conoce como complementaria a la operación, no será impedimento tal reforma, máxime si el concesionario, entendiendo las necesidades del mercado en el espacio concedido, encuentra que podría funcionar mejor otra de las marcas de su contraparte, que la que allí opera. Caso diferente se presentaría, si se pretendiera, en vez de solicitar el cambio de una de sus marcas de restaurante, modificar la destinación del espacio para vender productos de otra naturaleza que distan de su prestigio comercial y son ajenos al sector de la atención en mesa, pues, en ese caso, el concedente no estaría obligado ni podría acceder a tal pedimento.

## 2.6. El contrato de C.E.C. es uno de aquellos de cooperación y sinergia

Finalmente, uno de los elementos más destacados y meritorios del contrato de C.E.C. es que se trata de un contrato de cooperación y sinergia entre las partes que lo suscriben. Este acuerdo se reafirma como un verdadero instrumento de colaboración empresarial en el cual, tanto el concedente como el concesionario, buscan aprovechar su respectiva reputación en el mercado para garantizar el éxito comercial del proyecto. Postura reconocida por un laudo sobre el tema al indicar que “la esencia de este contrato radica en la creación de sinergias mediante la cooperación, coordinación y organización conjunta, con el fin de alcanzar objetivos comerciales compartidos”<sup>39</sup>. A su turno lo reafirma la doctrina cuando expresa sobre el particular que “las empresas que intervienen en la relación contractual colaboran entre sí, sus intereses no pueden estar encontrados, por el contrario, se deben satisfacer mutuamente”<sup>40</sup>.

Así entonces, queda demostrado que el éxito de esa unión de esfuerzos para un bien común depende en gran medida del reconocimiento y posicionamiento de las marcas involucradas, lo cual incrementa las probabilidades de atraer el tráfico de clientes necesario y alcanzar las ventas esperadas, lo que asegura un beneficio económico razonable para ambas partes y promueve el cumplimiento exitoso de las metas establecidas en el contrato de C.E.C., lo que refleja su función tanto económica como social.

39 Laudo “Francisco Javier Martínez vs. Central de Carnes de Bogotá S.A.” del 4 de diciembre de 2017.

40 Jaime Alberto Arrubla, *Contratos mercantiles: Contratos atípicos*. (Bogotá: Legis Editores S. A., 2015) 409.

### **3. Las facultades de ejercicio unilateral en el C.E.C. y el caso chileno frente a algunas de sus prácticas**

#### **3.1. Delimitación de las facultades de ejercicio unilateral en el contrato de C.E.C.**

La autonomía privada es la que, a través de sus manifestaciones y límites, permite que en el caso en estudio sea posible seleccionar la figura más apropiada para el negocio y determinar el contenido de sus disposiciones. En efecto, aquí la incorporación de cláusulas que otorgan el poder de ejercicio unilateral a una de las partes se ve justificada legítimamente desde la autonomía privada por razones tendientes a la flexibilización del contrato, y con el objetivo de aprovechar el conocimiento experto del concedente. Así entonces, el otorgamiento de estos poderes que se reserva el predisponente, se ven reflejados en las siguientes cláusulas, que encierran la posibilidad de ejercicio de facultades contractuales de carácter unilateral en cabeza del concedente: i) el cambio de localización del espacio concedido dentro del gran comercio, ii) la modificación unilateral al contenido del reglamento interno y manual de vitrinismo, iii) el poder de sancionar al concesionario y iv) la terminación unilateral anticipada del contrato.

En el ordenamiento colombiano, el quebrantamiento del carácter sinalagmático de la relación contractual y, por ende, la pérdida de la reciprocidad y el equilibrio que ello conlleva, podría ser el criterio determinante del carácter de abusivo de las cláusulas o actos mediante los que se ejercen derechos o facultades unilaterales. En este sentido, las facultades de ejercicio unilateral contenidas en determinadas cláusulas del contrato se hacen visiblemente cuestionables cuando se ejercen sin la aplicación de un procedimiento correcto, en tutela de los intereses del concesionario. La teoría acogida a nivel constitucional considera desde la jurisprudencia que:

No solo se habla de abuso cuando la intención dañina reporta la ausencia de provecho alguno, sino que además cuando la facultad unilateral se ejerce con el propósito de desconocer el derecho ajeno, se abusa del propio lesionando las exigencias emergentes de la buena fe negocial, generando así un desequilibrio significativo en consonancia con la correlatividad de prestaciones a las que se obligan las partes<sup>41</sup>.

41 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-511 de 8 de noviembre de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En efecto, el concedente no puede ejercer de manera deliberada las facultades que le otorga el contrato, si de ellas se desprende un beneficio mayor para él y no equivalente para su contraparte, lo cual conllevaría a desconocer derechos del concesionario y podría constituir un desequilibrio significativo, que no necesariamente debe ser económico<sup>42</sup>, sobre las prestaciones recíprocas acordadas. Concluyendo, el abuso de las facultades de carácter unilateral puede materializarse cuando se ve alterada la equidad y justicia intrínsecas al contrato, perjudicando los intereses de la otra parte. Es en tal sentido que (como se explica a continuación) la buena fe negocial opera como principio integrador y rector de las relaciones contractuales a fin de restablecer el equilibrio presuntamente alterado.

### **3.2. Desde la buena fe: propuestas para el ejercicio de las facultades que se reserva el concedente**

Así las cosas, se consideran a continuación algunos aspectos significativos que deben ser tenidos en cuenta para garantizar que, al ejercer las facultades unilaterales en cabeza del concedente, sean salvaguardados tanto los intereses como las expectativas del concesionario. El cambio de localización del espacio concedido dentro del centro comercial, es una facultad que se reserva el concedente para tener la mezcla ideal de comercios, con el fin de promover que el centro comercial pueda ajustarse a las necesidades de los visitantes, que muchas veces se hace necesaria por virtud de obras de remodelación y otras diversas intenciones, que el concedente concibe para obtener una mejoría en los resultados de las ventas de cada marca o de su misma operación comercial, si se trata de una gran superficie.

Al respecto, se propone considerar al menos cuatro aspectos que deberán guiar un justo y equilibrado ejercicio de este poder contractual a cargo del concedente y que se recomienda establecer, desde el momento mismo de la formación del consentimiento.

El primero de ellos es el tiempo con el cual debe ser avisado el concesionario, de que debe abandonar el espacio comercial y dejarlo a disposición del concedente. Este plazo de preaviso debe ser razonable y cumplir con tiempos que le permitan al concesionario tomar una decisión debidamente informada, así como planear todo lo que implica a nivel logístico y administrativo la desocupación o recogida del establecimiento. El segundo aspecto se refiere a quién deberá asumir los gastos que

42 José Gual, "Las cláusulas abusivas - Evolución hacia una noción". *Verba Iuris*, n.º 36, 121, <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.36.1017>.

implica la adecuación del espacio a dónde será trasladado el concesionario. Si bien el objeto del contrato no es la entrega de un local, sino el permiso de uso y explotación de un espacio no puede perderse de vista que el concesionario ha invertido recursos con el propósito de ejecutar el contrato, cuyas condiciones de restitución en los eventos en que el concedente ejerza esta facultad unilateral, debería ser acordada desde el programa contractual.

El tercer aspecto se relaciona con el espacio en el que se pretenda reubicar al concesionario, que debe contar con iguales o similares características físicas y comerciales, en cuanto al tráfico de visitantes, ubicación, acceso y ventajas de visibilidad. Luego, si la modificación referida a la localización del espacio resulta significativamente inferior en cuanto a estos factores, este cambio en las condiciones podría representar para el concesionario un daño en sus expectativas e intereses económicos, que posteriormente podría ser objeto de indemnización a cargo del concedente; o, en caso de desacuerdo, la terminación del contrato como efecto propio de esta circunstancia, en la cual la parte adherente no podrá ser obligada a aceptar los efectos que traen consigo el ejercicio de una facultad unilateral emanada del texto contractual predispuesto por su contraparte<sup>43</sup>.

Respecto a la modificación unilateral del contenido y alcance del reglamento interno y manual de vitrinismo, esta es una facultad de ejercicio unilateral prevista en las cláusulas de modificación para mantener el control sobre el conjunto de concesionarios, en especial, como ya ha sido mencionado, sobre la apariencia y ornato general del centro comercial. En relación con el particular, debe tenerse en cuenta que, si el reglamento es reformado con efectos extensivos hacia el contenido del contrato, las disposiciones que generen este efecto no podrán ir en su contravía, toda vez que prevalecería el acuerdo de las partes. En efecto, si las modificaciones al reglamento llegan a ser materializadas, deberán ser oportunamente notificadas, con el propósito de que el concesionario afectado por las modificaciones disponga del tiempo necesario y razonable para tomar las medidas de cumplimiento a que haya lugar, verbigracia el caso de las remodelaciones impuestas al concesionario.

De otra parte, está el poder de sancionar al concesionario, materializado en la posibilidad que tiene el concedente de ejecutar, por cuenta e iniciativa suya, el cobro de multas, la suspensión de actividades del concesionario, y ejercer el derecho a la retención de bienes. Facultades de ejercicio unilateral que se pactan con fines disuasivos, para dar la importancia que merecen a aquellas obligaciones

43 Martha Lucía Neme Villareal, *Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso. La buena fe otorga criterios para el legítimo ejercicio del ius variandi* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018) 98.

determinantes que ya han sido explicadas, las cuales generalmente se encuentran vinculadas con la ejecución del concesionario sobre el cumplimiento del reglamento interno y el pago de sumas de dinero. Para su inusual ejercicio, se debe tener en cuenta que dicha facultad unilateral sancionatoria debe seguir un procedimiento previo, como quiera que no basta con que el deudor, en este caso el concesionario, se rehúse a cumplir, sino que debe encontrarse en estado de mora y haber sido debidamente requerido por su acreedor, sobre todo si el cumplimiento de las obligaciones se encuentra sometido a cláusula resolutoria, aunque se hayan renunciado requerimientos previos.

La facultad de ejercicio unilateral consistente en la terminación anticipada del contrato, la cual se reserva el concedente para ser ejercida en los eventos pactados en el contrato, somete su ejercicio a un plazo y a una forma como lo es la aplicación típica de la cláusula resolutoria<sup>44</sup>. Esta facultad unilateral suscita inconvenientes en las experiencias comunes de los comerciantes, pues al existir una posible confusión de la figura con el contrato de arrendamiento, el concesionario supone erróneamente poseer el derecho a la renovación que establece el Código de Comercio Colombiano. Sin embargo, este asunto también ha sido decantado por la jurisprudencia arbitral<sup>45</sup>, al considerar que ninguna relación tiene el contrato de arrendamiento mercantil regulado en el citado cuerpo normativo, con el contrato de C.E.C. Lo anterior permite inferir que las partes dentro de un contrato de C.E.C. no podrán invocar las reglas propias del contrato de arrendamiento mercantil, con la justificación de que estos se parecen por tener aparente objeto similar. De tal forma, deberán atender y reconocer los efectos a las reglas acordadas en el contrato de concesión.

En contraste, no puede descartarse que algunos arrendadores intentan disfrazar sus contratos de arrendamiento con concesiones para evadir las reglas del estatuto mercantil, por lo cual se aconseja considerar las características, elementos y demás particularidades del contrato objeto de estudio ya señaladas en los capítulos anteriores, para evitar caer en estas cuestionables prácticas.

Finalmente, podría afirmarse que el pacto de estos poderes que se confiere el concedente, son orientados a garantizar la estabilidad operativa, administrativa y económica del centro comercial al asegurar la rentabilidad de su resultado.

44 Laudo arbitral “Desarrolladora C.C. Fontanar S.A.S. vs. EPK Kids Smart S.A.S” del 18 de febrero de 2020.

45 Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Bogotá, “Herpaty Limitada vs. Sociedad de Concesionarios S.A. “Concesa S.A”, laudo arbitral del 16 de diciembre de 2005.

En todo caso, el ejercicio de estas facultades unilaterales estipuladas a través de cláusulas modificatorias debe respetar el interés negocial de la contraparte y, en ningún caso, podrá implicar una violación al principio de la buena fe, comportar un ejercicio malintencionado o inútil del derecho subjetivo, o apartarse de los fines económicos y sociales que son propios a la causa del contrato.

Se considera así que, lo más importante es la razonabilidad y previsibilidad con la que concedente y concesionario logren establecer mecanismos de prevención y estipulen en el reglamento contractual procedimientos mediante los cuales las partes, como acreedoras mutuas, puedan proteger sus intereses y garantizar el cumplimiento de los derechos que, en virtud del objeto y de la función propia del contrato celebrado, les pertenecen. Esta conducta contractual previsiva es integrada y sometida a la corrección derivada del principio de la buena fe negocial, con el propósito de evitar la desarticulación del sistema normativo, la desviación de la finalidad del acuerdo negocial o la falta de reconocimiento del sinalagma característico que representa la relación obligacional particular.

### 3.3. Una mirada al caso extranjero: Chile

Recientemente el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) de Chile, analizó algunas de las prácticas citadas a lo largo de este artículo en una resolución que fue el resultado de una consulta realizada por la Asociación Gremial de Marcas del Retail<sup>46</sup>. Aunque el análisis llevado a cabo por el TDLC refiere específicamente a los contratos de arrendamiento en centros comerciales tipo *mall* de amplio alcance, definidos como aquellos que superan los 20.000 metros cuadrados, los problemas identificados podrían ser considerados pertinentes para el contrato de C.E.C. debido a un significativo número de puntos de convergencia entre una y otra modalidad contractual (arrendamiento – C.E.C.). Sí podría considerarse viable importar tales regulaciones, así como fue en su momento importada la modalidad de la C.E.C. Resultaría interesante para el caso colombiano no perder de vista los argumentos que esta decisión presenta para el caso en concreto, dado que la resolución reseñada aborda materias críticas, como el cuestionamiento de cláusulas impuestas por el operador del centro comercial que ponen en desventaja a los locatarios<sup>47</sup>, verbigracia:

46 Chile, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Resolución n°. 80 de 2024, 8 de febrero).

47 Recuérdese la expresión del arrendamiento conocida desde Roma como la "*Locatio conductio*". Al respecto puede consultarse: Roberto Fiori, *La definizione della 'locatio conductio' giurisprudenza romana e tradizione romanistica* (Nápoles: Jovene, 1999).

La imposición de cobros dobles del valor de remuneración en el mes de diciembre (práctica que también es aplicada en algunos de los acuerdos celebrados en Colombia), la posible concentración del mercado en unos pocos operadores, incluso consideran lesivas las formas de estipulación del precio en la modalidad del pago de contraprestaciones fijas, dado que el tráfico de clientes nunca permite que se llegue a pagar el variable, generándose así lo que denomina la consulta un estrangulamiento de márgenes<sup>48</sup>.

Se revela así, una posible necesidad de que tales prácticas requieran intervención regulatoria en Colombia para el caso de la C.E.C. cuando, como se ha explicado, todas estas características le son propias a la práctica comercial nacional de esta modalidad importada.

Otros de los aspectos que se pueden ver en este icónico pronunciamiento, son los referidos a la entrega de información confidencial al concedente, concluyendo que este derecho es viable, pero siendo ejercido de una manera restringida; así como el riesgo de integración vertical, que podría comprometer la protección de la leal competencia en el mercado. Esto resulta particularmente relevante cuando el concedente también es un competidor directo de las marcas que ocupan los espacios, especialmente en casos donde el local que se conoce como ancla pertenece al desarrollador del centro comercial.

Además, son estimadas algunas preocupaciones relacionadas con la incidencia que tiene la vinculación de un mismo adherente a las negociaciones de un proyecto frente a otros del mismo desarrollador y las condiciones para la terminación del contrato por parte del locatario, para nuestro caso: el concesionario al que por medio de la resolución, el TDLC obliga a que los centros comerciales le permitan contar con un término de preaviso razonable de tres meses, así como considera una sanción pecuniaria para dicha terminación que no podrá superar el precio de dos mensualidades.

Sin duda la importación de estas prácticas lleva a reflexionar sobre la importancia que toman algunos de los argumentos que presenta el TDLC en Chile, con la finalidad de evidenciar que si los convocados allí son los mismos actores que han exportado la figura contractual en estudio para ser implantada en Colombia, tendrá que dejarse de lado la denominación que se le dé al contrato, para considerar que son algunas prácticas cuestionables las que, de facto, deberían tenerse en cuenta para que sean objeto de regulación, así como que sean puestas en consideración estas pautas en torno a la iniciativa privada de los comerciantes.

48 Chile, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

## Conclusiones

Algunas de las conclusiones que se pueden extraer del contenido de este estudio se ven materializadas en la idea plausible de que el contrato de C.E.C. analizado a partir de sus características, y bajo una lectura enmarcada en las particularidades de sus elementos esenciales, permite considerar que, su acogimiento entre la comunidad comercial y jurídica es cada vez más amplio, lo que lo hace completamente distinto del contrato de arrendamiento de local comercial. Además, se pudo dejar demostrado como este contrato tiene una función económica y social, propia de la naturaleza colaborativa empresarial, que brinda a las partes del contrato las garantías suficientes para materializar dicha funcionalidad. Es decir, la estructura jurídica del contrato brinda a las partes la certeza de que cada uno, con su cumplimiento recibirá de forma correlativa la equivalencia de su contraprestación para llegar a un solo fin: el éxito y sostenibilidad del proyecto comercial, sea cual sea su modalidad (centro comercial o gran superficie).

Finalmente puede concluirse que, con base en esa función económica de la C.E.C., las partes consienten bajo razones precisas, estructurar el programa contractual, y facultar al concedente para que, en caso de ser necesario ejerza ciertas facultades, con el fin de garantizar la acreditación y prestigio del proyecto comercial. En tanto que una posible regulación se hace visible en el territorio nacional, será necesario que las partes reglamenten en su acuerdo, bajo los mandatos de la buena fe y la equidad, todas aquellas facultades entregadas al concedente bajo un cuidadoso régimen procedimental y normativo, pactado desde el programa contractual a modo preventivo y tendiente a reconocer de forma permanente la equivalencia de las prestaciones, propia del sinalagma contractual, de manera que se garanticen las expectativas e intereses de ambas partes. Así, quedó comprobado también, cómo algunas de las prácticas particulares del contrato de C.E.C., examinadas brevemente desde la óptica extranjera, pueden representar discusiones en términos de equilibrio y protección de la competencia en el mercado.

## Bibliografía

Arrubla, Jaime, *Contratos Mercantiles. Contratos atípicos*. Bogotá: Editorial Biblioteca Jurídica Dike, 1998.

Arrubla, Jaime. *Contratos mercantiles, Contratos atípicos*. Bogotá: Legis, 2015.

Bernal, Mariana, *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2013.

Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral del 16 de diciembre de 2005, "Herpaty Limitada vs. Sociedad de Concesionarios S.A. "Concesa S.A.", Árbitro único: Garzón Saboya, Edgar.

Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Cali, laudo arbitral del 20 agosto de 2009, "Centros Comerciales: Aerocali S.A. vs. Librería Atenas S.A. Árbitro único: Olano Martínez, Jaime.

Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Cali, laudo arbitral del 19 de octubre de 2009, "Alfredo Sánchez Belalcázar que cita a su vez el de Claudia Sofía Arroyave y otros contra Fiduciaria Corficolombiana S.A., Vocera y Administradora del Fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza". Árbitro único: Tamayo Hurtado, José Antonio.

Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral del 4 de diciembre de 2017, "Francisco Javier Martínez, contra Central de Carnes de Bogotá S.A." Árbitros: Guzmán Caballero, Andrés Alberto y Sánchez Belalcázar, Alfredo.

Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral del 18 de febrero de 2020, "Desarrolladora C.C. Fontanar S.A.S. vs. EPK Kids Smart S.A.S.". Árbitros: Graciela Melo Sarmiento, Sandra Lilliana Santisteban y Laura Marcela Rueda.

Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral del 31 de marzo de 2020, "Makro Supermayorista S.A.S. vs. Luz María Bustamante Araujo". Árbitro: Luis Guillermo Acero.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-511 de 8 de noviembre de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de noviembre de 1994. Magistrado Ponente: Marín Naranjo, Héctor.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 25 de enero del 2005. Magistrado Ponente: Villamil Portilla, Edgardo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 10 de agosto de 2015. Magistrado Ponente: Giraldo Gutiérrez, Fernando.

"Desarrollo del Tenant mix", Front consulting Group, <https://www.frontconsulting.com/desarrollo-del-tenant-mix>.

Decreto 570 de 1984

Decreto 682 de 2020

Fiori, Roberto. La definizione della 'locatio conductio' giurisprudenza romana e tradizione romanística. Nápoles: Jovene, 1999.

Gastaldi, José. *Contratos* Vol. I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.

Gaviria, Juan "Derecho de la Distribución Comercial". Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, n.º. 26 (2005).

Gual, José. "Las cláusulas abusivas - Evolución hacia una noción". *Verba Iuris*, n.º 36, (2016) 113–134, DOI: <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.36.1017>

Giraldo, Carlos Julio y Juan Uribe. *Estudios de Derecho Contractual: de la Compraventa a la Economía Colaborativa*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2021.

Hinestrosa, Fernando. Tratado de las obligaciones I. Concepto, estructura y vicisitudes. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

Hinestrosa, Fernando. Tratado de las obligaciones II de las fuentes de las obligaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

Hinestrosa, Fernando. Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones. *Revista de derecho Privado*. n.º 36. 2018, 5–25. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n36.01>.

Kemelmajer, Aída y Puerta, Alicia. *Derecho real de superficie*. Buenos Aires: Astrea, 1989.

Ley 84 de 1873

Ley 80 de 1993

Ley 675 de 2001

Lorenzetti, Ricardo. *Contratos parte especial*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003.

Neme, Martha Lucía. *Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso. La buena fe otorga criterios para el legítimo ejercicio del ius variandi*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

Peña, Lisandro. *Contratos mercantiles, nacionales e internacionales*. Bogotá: Temis, 2010.

Puente, Teresa. *El contrato de concesión mercantil*. Madrid: Montecorvo, 1976.

Quintero, Sergio. “Algunos aspectos jurídicos para tener en cuenta por los retailers en sus procesos de expansión en América Latina”, entrevistado por Leopoldo Vargas Brand, mayo de 2018, [https://www.mallyretail.com/index.php?id=&id\\_news=379](https://www.mallyretail.com/index.php?id=&id_news=379).

Rengifo, Mauricio. *La causa en el derecho de los contratos*. Bogotá: Temis, 2022.

Sanguino, Jesús. “Contrato de Concesión Mercantil” en *Derecho comercial contemporáneo*. Colegio de Abogados de Medellín y Cámara de Comercio de Medellín. (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1989)

Saravía, Inés. “Concesión de espacio de uso”. *Revista argentina de derecho empresario -IJ* Vol. 1, n°. 10 (2011): <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=b833a94dfe2f7563eb2d84271c041aea>

Varón, Juan Carlos. Cartas de intención, memorandos de entendimiento, acuerdos de confidencialidad y acuerdos de debida diligencia, como fuentes de obligaciones en Colombia: apuntes desde la teoría del acto o negocio jurídico y de la formación del contrato. *Anuario de Derecho Privado*, n°. 1, 2019, 153-184. DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.200>. Al respecto véase: