

Tribunal de Arbitramento

Herpaty Limitada

v.

Sociedad de Concesionarios S.A. “Concesa S.A”

Diciembre 16 de 2005

Bogotá, D.C., 16 de diciembre de 2005

## **Laudo Arbitral**

El tribunal de arbitramento constituido para dirimir en derecho, las diferencias presentadas entre Herpaty Limitada, parte convocante, en adelante “Herpaty” o la “convocante” y la Sociedad de Concesionarios S.A., parte convocada, en adelante “Concesa” o la “convocada”, profiere el presente laudo arbitral, por el cual se pone fin al proceso objeto de estas diligencias.

### **I. Antecedentes del trámite arbitral**

1.1. El 1º de diciembre de 2000, mediante un escrito privado, se celebró entre las partes un contrato de concesión mercantil.

1.2. En la cláusula décima primera de ese contrato se estableció:

“Cláusula compromisoria. Las partes convienen que en el evento en que surja alguna diferencia entre las mismas, por razón o con ocasión del presente contrato, será resuelta por un tribunal de arbitramento cuyo domicilio será Bogotá, integrado por un árbitro designado por la Cámara de Comercio de Bogotá. Los arbitramentos que ocurrieren se regirán por lo dispuesto en el Decreto 2279 de 1991, en la Ley 23 de 1991 y en las demás normas que modifiquen o adicionen la materia”.

### **II. Desarrollo del proceso**

2.1. Con el lleno de los requisitos formales y mediante apoderado, el 9 de marzo de 2005 Herpaty Ltda. presentó solicitud de convocatoria de tribunal de arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con base en el contrato celebrado y en desarrollo de la cláusula compromisoria, a fin de dirimir el conflicto suscitado con Concesa S.A., respecto del incumplimiento del contrato de concesión celebrado entre ellas<sup>(1)</sup>.

2.2. El 17 de marzo de 2005 tuvo lugar la selección del árbitro en sorteo público<sup>(2)</sup>, quien ese mismo día fue debidamente notificado de su designación y quien después de aceptar oportunamente, instaló el tribunal en audiencia celebrada para el efecto el 14 de abril de 2005<sup>(3)</sup>.

2.3. La demanda fue admitida mediante auto de esta última fecha, y notificada personalmente a la convocada en la misma audiencia.

2.4. El 28 de abril de 2005, mediante apoderado judicial, Concesa contestó la demanda y propuso excepciones<sup>(4)</sup>.

2.5. Esa contestación fue fijada en lista el 19 de mayo de 2005<sup>(5)</sup> y el 3 de junio siguiente, dentro del término de traslado de las excepciones, la convocante se pronunció al respecto<sup>(6)</sup>.

2.6. La audiencia de conciliación se llevó a cabo el 8 de junio de 2005, fracasada la cual, se procedió a fijar los honorarios y gastos de funcionamiento del tribunal<sup>(7)</sup>. Esas sumas fueron pagadas oportunamente.

2.7. El 18 de julio de 2005 se celebró la primera audiencia de trámite, la cual se desarrolló, así:

a) Primeramente el tribunal analizó el pacto arbitral, encontrándolo ajustado a las prescripciones legales, y en tanto

la voluntad de sometimiento a arbitraje en dicho pacto comprendió todas las cuestiones litigiosas concretas materia del presente proceso, se declaró competente para conocer y decidir dichas cuestiones, mediante auto 6<sup>(8)</sup>.

b) Igualmente, por auto 7, fueron decretadas las pruebas del proceso<sup>(9)</sup>.

### **III. Las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje**

#### **3.1. Los hechos de la demanda.**

Las alegaciones de hecho en las que apoya sus pretensiones la sociedad convocante, bien pueden compendiarse del siguiente modo:

3.1.1. En el año 1997 se celebró entre Herpaty Ltda. y la Sociedad Cadena de Almacenes Mil Ltda. un contrato de concesión mercantil.

3.1.2. Ese contrato tenía por objeto la venta de medias para dama, calcetería en general, ropa interior masculina, en sus almacenes de Restrepo y Venecia, de Bogotá, y Fusagasuga; con una remuneración de diecisiete punto cinco (17.5%) para calcetería y ropa interior, y quince (15%) para medias de dama sobre el total de las ventas a favor de Cadena de Almacenes Mil.

3.1.3. El 11 de julio de 2001, ese contrato de concesión fue cedido a favor de la Sociedad de Concesionarios S.A. “Concesa S.A.”, por parte de la Cadena de Almacenes Mil Ltda.

3.1.4. El 1º de diciembre de 2000, antes de cederse el contrato mencionado, se celebró un contrato de concesión mercantil entre Herpaty Ltda., en calidad de concesionaria, y Concesa, en calidad de concedente.

3.1.5. El objeto de ese contrato de concesión era permitir por parte del concedente, la utilización de un espacio físico en los establecimientos de comercio denominados “Paguemenos”, localizados en Chapinero y en los Centros Comerciales Plaza de las Américas y Bulevar Niza, para la exhibición y venta de calcetería y corsetería.

3.1.6. A partir del 1º de julio de 2001 y en cumplimiento del contrato de cesión mencionado en el punto 3.1.3, el objeto del contrato antes descrito se extendió a los establecimientos de comercio “Paguemenos”, ubicados en los barrios Venecia y Restrepo de la ciudad de Bogotá, y al ubicado en la ciudad de Fusagasuga. Por otra parte, también se incluyó en el objeto una extensión de la actividad para el almacén ubicado en la ciudad de Tunja, la cual operó a partir del 9 de noviembre de 2001.

3.1.7. En el contrato de concesión celebrado el 1º de diciembre de 2000 se acordó inicialmente que el concesionario pagaría al concedente un porcentaje del dieciséis (16%) de las ventas antes del IVA, como contraprestación.

3.1.8. Al decir del demandante, el contrato celebrado tiene la característica de ser un contrato de adhesión, que contiene estipulaciones manifiestamente potestativas a favor del concedente.

3.1.9. Según la parte demandante, en virtud de una de esas cláusulas contractuales Concesa S.A. realizó un descuento a Herpaty Ltda. por concepto de salario de un empleado adicional contratado por Concesa S.A. Frente a esta decisión Herpaty Ltda. manifestó que no encontraba justificación para que se le realizara tal descuento.

3.1.10. Bajo el supuesto anterior, la parte demandante plantea que Concesa S.A. incrementó el porcentaje de la contraprestación a cargo de Herpaty Ltda. del 16% al 18% en los almacenes de Bogotá y Fusagasuga, y del 14% al 16% en el almacén de Tunja, desde el mes de junio de 2002. Adicionalmente, se afirma que el porcentaje en este último almacén, sufrió posteriormente un aumento adicional del 16% al 26%, decisión que fundamentó Concesa S.A. en que las empleadas del almacén Paguemenos Tunja, estarían a su cargo desde el 1º de agosto de 2002.

3.1.11. El 11 de septiembre de 2002 se le informó al convocante que la concesión del local del Centro Comercial Plaza de las Américas a favor de Herpaty Ltda. se canceló. Frente a esta decisión Herpaty manifestó su extrañeza por la decisión tomada, aduciendo la existencia de razones ocultas que motivaron tal decisión.

3.1.12. El 17 de octubre de 2002 se ofreció a Herpaty Ltda. continuar haciendo parte del almacén Paguemenos de Tunja, luego de su traslado, pero con un porcentaje del 29% como contraprestación.

3.1.13. De acuerdo con la demanda, el 11 de febrero de 2003, Concesa S.A. solicitó a Herpaty Ltda. la devolución del espacio concedido en el almacén Paguemenos de Chapinero, y días después, según el demandante, le fue retirado el módulo de exhibición. Ante esta situación, Herpaty Ltda. en escrito del 19 de febrero de 2003 reclamó al concedente las arbitrariedades a las que fue sometido, solicitando a su turno que le fuera devuelto el punto de venta.

3.1.14. Adicionalmente, señala la parte demandante, que en escrito del 20 de enero de 2004 Concesa S.A. comunica a Herpaty Ltda. su decisión de dar por terminado el contrato de concesión suscrito, en aplicación de la cláusula octava del contrato, y solicita el retiro de las mercancías de almacenes de Tunja, Fusagasugá, Venecia y Restrepo. En el almacén de Fusagasugá se retiró a Herpaty Ltda. a un sótano.

3.1.15. Al decir del demandante, Concesa S.A. continuó explotando directamente o por interpuestas personas la misma actividad comercial de Herpaty Ltda.

### **3.2. Las pretensiones de la convocante.**

Las pretensiones contenidas en la solicitud de convocatoria, su sustitución y su reforma, son las siguientes:

“Pretensiones

1. “Declarar ineficaces o, subsidiariamente, nulas las cláusulas potestativas del contrato de concesión comercial, que adelante se precisa, por ilícitas o ilegales, a través de las cuales la demandada, como concesionante, podía intempestiva, unilateral y, en resumen, abusivamente modificarlas obligaciones de la demandante, como concesionaria, específicamente las referidas a la potestad de incrementar el monto de cánones o porcentajes de venta como contraprestación por la concesión de un espacio para la venta de productos, reubicación del concesionario, la de terminación unilateral del contrato y la de renuncia anticipada a reclamar indemnizaciones”.
2. “Declarar que por analogía, para resolver o dirimir las controversias surgidas entre las partes por causa o con ocasión del mencionado contrato, son aplicables las normas, principalmente las de orden público, que regulan el contrato de arrendamiento de locales o establecimientos de comercio, contenidas en el Código de Comercio y los principios generales del derecho”.
3. “Declarar que el contrato o los actos jurídicos, en virtud de los cuales la demandada aceptó la cesión de concesiones a la actora de espacios físicos o puntos de venta, no han terminado legalmente”.

“Consecuencialmente, rogamos:

1. “Condenar a Concesa S.A., la concedente, a devolver, pagar, entregar o reembolsar a Herpaty Limitada, la concesionaria, la diferencia entre el porcentaje sobre ventas de mercancías que inicialmente se pactó que esta pagaría a aquella a título de contraprestación por la concesión de puntos de venta o espacios para venta de mercancías y lo que realmente y en exceso retuvo la demandada por este título, que se estima en no menos de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000), sin perjuicio de que pericialmente se fije una cantidad diferente con base en la contabilidad de las partes”.
2. “Condenar a Concesa S.A., la concedente, a pagar, a Herpaty Limitada, la concesionaria, la suma correspondiente a la indemnización que legalmente esta debió pagar a los trabajadores a los que tuvo que terminarles el contrato como consecuencia de los actos abusivos de la demandada, que se estiman en nueve millones de pesos (\$ 9.000.000), salvo que pericialmente se determine un valor diferente”.
3. “Condenar a Concesa S.A., la concedente, a pagar a la demandante no menos de un millón de pesos (\$ 1.000.000) mensuales, a título de indemnización compensatoria de perjuicios, o lo que pericialmente se determine con base en la contabilidad de las partes, por el hecho de haberlo “lanzado” arbitrariamente del punto de venta ubicado en el centro comercial Plaza de las Américas. Local 1816, desde el día diez (10) de septiembre de 2002,

mismo en el que se perpetró el hecho abusivo, hasta cuando se le restituya el usufructo de dicho espacio”.

4. “Condenar a Concesa S.A., la concedente, a pagar a la demandante no menos de un millón de pesos (\$ 1.000.000) mensuales, a título de indemnización compensatoria de perjuicios, o lo que pericialmente se determine con base en la contabilidad de las partes, por el hecho de haberlo “lanzado” arbitrariamente del punto de venta ubicado en Chapinero, desde el día once (11) de febrero de 2003, mismo en el que se perpetró el hecho abusivo, hasta cuando se le restituya el usufructo de dicho espacio”.

5. “Condenar a Condesa S.A., la concedente, a pagar a la demandante no menos de un millón de pesos (\$ 1.000.000) mensuales, a título de indemnización compensatoria de perjuicios, o lo que pericialmente se determine con base en la contabilidad de las partes, por el hecho de haberlo “lanzado” arbitrariamente del punto de venta ubicado Venecia desde el día veinte (20) de enero de 2004, mismo en el que se perpetró el hecho abusivo, hasta cuando se le restituya el usufructo de dicho espacio”.

6. “Condenar a Concesa S.A., la concedente, a pagar a la demandante no menos de un millón quinientos mil de pesos (\$ 1.500.000) mensuales, a título de indemnización compensatoria de perjuicios, o lo que pericialmente se determine con base en la contabilidad de las partes, por el hecho de haberlo “lanzado” arbitrariamente del punto de venta ubicado en el Restrepo, desde el día veinte (20) de enero de 2004, mismo en el que se perpetró el hecho abusivo, hasta cuando se le restituya el usufructo de dicho espacio”.

7. “Condenar a Concesa S.A., la concedente, a pagar a la demandante no menos de un millón de pesos (\$ 1.000.000) mensuales, a título de indemnización compensatoria de perjuicios, o lo que pericialmente se determine con base en la contabilidad de las partes, por el hecho de haberlo “lanzado” arbitrariamente del punto de venta ubicado en la ciudad de Tunja, desde el día veinte (20) de enero de 2004, mismo en el que se perpetró el hecho abusivo, hasta cuando se le restituya el usufructo de dicho espacio”.

8. “Condenar a Concesa S.A., la concedente, a pagar a la demandante no menos de dos millones de pesos (\$ 2.000.000) mensuales, a título de indemnización compensatoria de perjuicios, o lo que pericialmente se determine con base en la contabilidad de las partes, por el hecho de haberlo “lanzado” arbitrariamente del punto de venta ubicado en la ciudad de Fusagasugá, desde el día veinte (20) de enero de 2004, mismo en el que se perpetró el hecho abusivo, hasta cuando se le restituya el usufructo de dicho espacio”.

9. “Ordenar a la accionada que de acuerdo con las estipulaciones contractuales iniciales, restituya a título de arrendamiento o, subsidiariamente, concesión, los espacios o puntos de venta a la actora en los almacenes o establecimientos de comercio de mayor extensión de los que la lanzó sin que mediara causa legal o contractual válida, como se precisará en el acápite de hechos”.

### **3.3. La oposición de la Sociedad de Concesionarios S.A., Concesa S.A. frente a la demanda.**

Concesa S.A., al contestar la demanda, aceptó algunos hechos como ciertos, y frente a los restantes manifestó que estaría a lo probado.

Igualmente propuso las siguientes excepciones, fundamentadas en los argumentos de derecho esgrimidos en la contestación de la demanda:

a) Legalidad del contrato de concesión mercantil.

b) Legalidad en la terminación del contrato.

## **IV. Actuación probatoria surtida en el proceso**

Sobre la práctica de las diligencias de pruebas, cabe señalar lo siguiente:

4.1. El 3 de agosto de 2005 fue posesionada la perito Gloria Zady Correa Palacio. En esta fecha se recibió el interrogatorio de parte de Francisco Omar García Fierro, representante legal de la convocada, y los testimonios de Adriana Rincón Ramírez, Janneth Mercedes Ramírez García y Erika Villate Morales.

4.2. El 6 de septiembre de 2005 tuvo lugar el testimonio de María de la Cruz Moreno.

4.3. El dictamen pericial decretado fue rendido oportunamente y de él se corrió traslado el 6 de septiembre de 2005. Dentro del término legal la convocada presentó solicitud de aclaraciones y complementaciones, las cuales fueron decretadas y rendidas también oportunamente.

4.4. El traslado de esas aclaraciones y complementaciones se surtió igualmente conforme a lo previsto en la ley.

Así pues, el trámite del proceso se desarrolló en catorce (14) sesiones, sin incluir la de fallo, en el curso de las cuales, como atrás se reseñó, se practicaron todas las pruebas solicitadas y ambas partes, luego de concluida la instrucción de la causa, en la forma prevista por el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998, hicieron uso de su derecho a exponer sus conclusiones finales acerca de los argumentos de prueba obrantes en los autos, presentando así mismo los respectivos resúmenes escritos de las intervenciones por ellas llevadas a cabo y los cuales son parte integrante del expediente.

## **V. Consideraciones del tribunal**

Síguese de cuanto queda expuesto que la relación procesal existente en este caso se ha configurado regularmente y que en su desenvolvimiento no se incurrió en defecto alguno que, por tener virtualidad legal para invalidar lo actuado en todo o en parte y no encontrarse saneado, imponga darle aplicación al artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, motivo por el cual corresponde ahora decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes convocada y convocante, propósito en orden al cual son conducentes las siguientes consideraciones:

El punto de partida está dado por el análisis del contrato que vinculó a las partes, por cuanto el tribunal habrá de edificar sus conclusiones y decisiones, en buena medida, sobre lo que al respecto se determine.

Seguidamente el tribunal se ocupará, de conformidad con lo allí decidido, de las peticiones que tienen que ver con imputaciones de ineffectas o nulidades de varias estipulaciones contractuales (pretensión primera); posteriormente avocará el estudio de la pertinencia o no de la aplicación por analogía de las normas de orden público reguladoras del contrato de arrendamiento para resolver la presente controversia (pretensión segunda) y se decidirá después acerca de las circunstancias relacionadas con la terminación o no del contrato y sus efectos (pretensión tercera y pretensiones condenatorias de la primera hasta la novena).

### **1. Naturaleza jurídica del contrato suscrito entre las partes**

Para el tribunal, por una evidente cuestión de lógica resulta imperativo decidir, en primer término, el tema de la naturaleza jurídica de la relación trabada entre Concesa S.A. y Herpaty Limitada.

En forma previa a la pesquisa acerca de la naturaleza jurídica del contrato se impone averiguar cuál es la función económica que este cumple y la estructura de su funcionamiento.

Al respecto la doctrina precisa que la concesión se trata de una técnica o mecanismo para la venta de uno o varios productos y/o para prestar servicios a terceros, en la cual el concesionario es un auxiliar autónomo que actúa en nombre propio, asumiendo los riesgos de la operación que ejecuta, siendo entonces un verdadero comerciante que coloca su propia organización comercial al servicio del concedente.

Naturalmente se hace necesario que la actividad del concesionario sea controlada e impulsada por el concedente, a fin de organizar, racionalizar y coordinar la realización de una tarea permanente confiada a los concesionarios, quienes se hallan vinculados con el concedente para su realización.

Ahora bien, al inquirir acerca del porqué de este nuevo tipo contractual nos encontramos con que el mismo obedece a satisfacer necesidades del comercio contemporáneo, el cual demanda de la existencia de canales de distribución más ágiles y con opción de brindar formas de organización económica que de manera eficiente ofrezcan un contacto directo con el comprador sin tener que acudir al montaje de una infraestructura propia que resulta especialmente costosa y que sin tener que efectuar grandes inversiones, puede servirse de los recursos de

otro empresario que haga los desembolsos de capital pertinentes y se acumulen sinergias, de suerte que haciendo economías de escala se termine ofertando bienes y servicios de forma concentrada en una gran superficie, la cual ha sido preparada y montada por la parte concedente.

Para la entidad convocante el contrato celebrado sería innominado y no tendría regulación expresa en la ley, pues así parece desprenderse de la manifestación con que se introduce la demanda en el acápite intitulado prenotado, mientras que para la entidad convocada se trata de un contrato atípico normativamente que no se halla regulado dentro de la legislación mercantil.

Este punto parece no generar especial controversia, por lo cual no será menester detenerse en largas consideraciones para arribar a una conclusión inequívoca: estamos en presencia de un contrato atípico e innominado, de carácter mercantil, lo que obliga al juzgador a examinar la naturaleza de las respectivas prestaciones y a buscar, a través de un proceso de integración normativa la solución aplicable al caso debatido.

Es preciso, entonces, perfilar el contrato en comento y para ello resulta apropiado acudir a la doctrina a fin de indagar inicialmente cómo se halla entendido este contrato y cuáles son las características primordiales que se le atribuyen por los autores que se han ocupado del tema; es necesario advertir que entre nosotros no existe una suficiente bibliografía que se refiera al llamado contrato de concesión mercantil, por lo que nos remitiremos en primera instancia a la doctrina extranjera que en forma juiciosa ha venido tratando este novedoso instrumento de desarrollo económico.

El autor que con mayor detenimiento se ha propuesto ahondar en esta materia ha sido José María Gastaldi, quien en su texto *El Contrato de Concesión Privada* define el citado contrato como “un contrato por el cual una parte se obliga a otorgar autorización a otra para la explotación de un servicio que le compete y desea prestar a terceros, obligándose esta otra parte a realizar tal explotación en su propio nombre, por su cuenta y a su riesgo, por tiempo limitado y bajo el control de aquella, entregándole la primera o no bienes para la explotación y comprometiéndose la última a abonar una compensación”<sup>(10)</sup>.

En esta definición se aprecia que el contrato es atípico pues las prestaciones en conjunto aparecen combinadas de tal manera que imposibilitan la ubicación del contrato en algún tipo legal, aunque algunos elementos, individualmente considerados, puedan identificarse con similares de otros contratos típicos.

Para este autor argentino el contrato de concesión privada participa de estas características: a) consensual; b) bilateral; c) oneroso; d) de tracto sucesivo; e) *intuitu personae*; f) de colaboración o cooperación.

El establecer las características del contrato tiene la significación de poder aplicar al mismo las diferentes normas de derecho positivo que consagran los efectos desprendidos de estas.

Por su parte Juan M. Farina<sup>(11)</sup> señala: “El contrato de concesión es una compraventa sujeta a ciertas modalidades; tampoco es, estrictamente, una locación de servicios, ni un contrato de suministro, ni uno estimatorio. Constituye, más bien, una técnica de concentración de empresas distribuidoras de los productos del concedente que forma una red de comercialización sujeta a la organización, la coordinación y el control impuestos por el concedente”.

Entre nosotros Jaime Arrubla Paucar<sup>(12)</sup> precisa: “Por contrato de concesión mercantil podemos entender aquel, en virtud del cual un empresario llamado concedente, se obliga a otorgar a otro llamado concesionario, la distribución de sus productos o servicios o la utilización de sus marcas y licencias o sus espacios físicos a cambio de una retribución que podrá consistir en un precio o porcentaje fijo, o en una serie de ventajas indirectas que benefician sus rendimientos y su posición en el mercado”.

Por último, Pedro Lafont Pianetta<sup>(13)</sup> indica que: “el contrato de concesión privada es aquel convenio en virtud del cual una persona, llamada concedente, se obliga para con otra, llamado concesionario, a permitirle a este la explotación, organización, gestión o prestación de un servicio privado determinado dentro de la órbita privada de aquel, pero por cuenta y riesgo del concesionario, bajo su vigilancia y control y a cambio de una remuneración y con sujeción a los reglamentos de funcionamiento del concedente o del establecido para la explotación o el servicio ...”.

De la panorámica antes examinada fluyen varios elementos comunes que procuraremos analizar: la autorización para la prestación del servicio; la prestación misma del servicio; el control del concedente; el término; la remuneración; se señala como elemento accidental la entrega de bienes por el concedente al concesionario, que en el caso que nos concierne viene dado por el espacio físico que se le ha permitido al concesionario.

### **1. La autorización para la prestación del servicio.**

El concedente decide separar una actividad que le compete y otorga esa autorización al concesionario, que actuará como tal mientras ella subsista. Es, entonces, lo que regula toda la vida del contrato.

### **2. La prestación o explotación del servicio.**

Constituye la finalidad común que ambas partes tienen en mira al contratar. El concedente celebra el contrato para prestar el servicio, para asegurar el mismo a los terceros a quienes desea que aquel se efectúe. Por su parte el concesionario asume como, principal obligación, y adquiere también como principal derecho, la realización de la explotación concedida. Se trata con seguridad de alguien idóneo en el servicio en cuestión, quien lo ejecutará dentro de las pautas marcadas por el concedente.

### **3. El control del concedente.**

La circunstancia de consistir el contrato en una delegación de actividad, lleva a concluir que el control de esta por el concedente debe ser un elemento esencial. Hay que señalar que tal control no significa subordinación técnica, ni económica, ni jurídica; el concesionario actúa en forma independiente. El control se manifiesta en la posibilidad de reglamentación y vigilancia.

### **4. El término.**

Debe preverse un plazo para la vigencia del contrato, sin perjuicio de contemplarse un mecanismo de renovación por períodos.

### **5. La remuneración.**

Puede pactarse un valor que el concesionario debe entregar al concedente y ella puede consistir en dinero u otros bienes; normalmente se pacta en dinero y admite dos modalidades: precio fijo y/o porcentual sobre los ingresos, ingresos que pueden ser brutos o netos.

### **6. El área física entregada.**

Se trata del espacio que el concedente brinda al concesionario a fin de que este pueda contar con un área en la cual exhibir su mercancía y relacionarse con el comprador a fin de formalizar la compraventa pertinente.

En cuanto se refiere al ámbito legal y normativo dentro del cual se encuadra el contrato el tribunal entiende que por ser las dos partes sociedades mercantiles, conforme se desprende de los certificados de existencia y representación legal expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá, obrantes en el expediente, ambas celebraron el contrato de concesión mercantil en desarrollo de su objeto social y por ello no existe la menor duda de que la relación comercial surgida entre las partes ostenta nítido carácter mercantil.

A partir de esta premisa debe ponerse de presente que, según el artículo primero del Código de Comercio:

“Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas”.

A su turno el artículo 2º del mismo código determina: “En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil”.

Pues bien, acreditado como está que las partes son comerciantes, fluye, con base en la disposición transcrita, que ellas y sus asuntos se rigen por la ley mercantil, por la analogía de sus normas en segundo lugar y, en subsidio de

las dos anteriores, por las disposiciones pertinentes del Código Civil.

El Código de Comercio, aplicable en consecuencia a la relación jurídica que está calificando el tribunal, regula a partir del artículo 968 el suministro, que se define legalmente como: “El contrato por el cual una parte se obliga, cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”.

El análisis del contrato de concesión suscrito por las partes permite concluir que Herpaty Ltda. se obligaba a surtir de mercancías el espacio concedido y venderlas, a cambio de un porcentaje acordado, cumpliendo periódicamente con tal prestación, con la contraprestación periódica de la entrega de los recaudos obtenidos por parte de Concesa, S.A.

Por tanto puede sostener el tribunal que, en buena medida el contrato celebrado entre las partes se asemeja al contrato de suministro de cosas, por lo que el tribunal, en lo pertinente, aplicará las disposiciones del Código de Comercio contenidas en los artículos 968 a 980 de tal estatuto; pero tal como lo enseña el propio artículo 980: “Se aplicarán al suministro, en cuanto sean compatibles con las disposiciones precedentes, las reglas que regulan los contratos a que correspondan las prestaciones aisladas”; por tal motivo el tribunal también aplicará las disposiciones que en el Código Civil reglamentan el derecho de uso, es decir los artículos 870 a 878 de dicha codificación.

## 2. Celebración por adhesión del contrato.

Según como está planteada la demanda, es necesario complementar el análisis del contrato celebrado por las partes con la temática de si este fue celebrado o no por adhesión a las condiciones que extendió, dictó o dispuso una de las partes.

Este punto ha sido explícitamente argumentado por la parte convocante y no aceptado por la parte convocada, en la contestación de la demanda, por lo que se impone su estudio detenido.

Para iniciar conviene hacer mención al concepto y caracterización del llamado contrato por adhesión, el cual se contrapone al de contrato libremente discutido o paritario.

De acuerdo con la doctrina más extendida sobre el particular, es dable sostener que se está en presencia de un contrato por adhesión en aquellos eventos en los cuales una de las partes está en posición de extender o dictar los contenidos negociales a los que la otra parte debe simplemente adherir, sin que le sea posible, con efectividad, introducir cambios o modificaciones.

De la bibliografía jurídica sobre los contratos de adhesión, podrían citarse muchas opiniones coincidentes respecto del concepto de los mismos.

Dada la claridad que exhibe, merece destacarse la opinión del catedrático francés Christian Larroumet sobre el particular:

“ **Contrato de adhesión.** En efecto, el elemento característico del contrato de adhesión consiste en que las disposiciones contractuales no son susceptibles de discutirse entre las partes; ya que una de estas las comunica a la otra, quien solo puede dar su consentimiento en bloque o negarse a celebrar el contrato si tales disposiciones no le convienen. También se debe notar que la posibilidad de ese rechazo con frecuencia es perfectamente teórico, en particular cuando se trata de un contrato necesario para la satisfacción de necesidades corrientes (...) Por consiguiente, en oposición con el contrato de acuerdo recíproco o libremente negociado, en cuya conclusión se discuten entre las partes las disposiciones contractuales, de lo cual se deduce que el contrato establece un compromiso o un equilibrio entre sus intereses, la definición jurídica del contrato de adhesión supone un acuerdo cuyos términos no se discuten”<sup>(14)</sup>.

El tratadista argentino Sergio Le Pera señala que el contrato de adhesión implica la idea de un convenio entre una parte que, por una razón jurídica o de hecho, posee una clara superioridad respecto de la otra<sup>(15)</sup>.

Con base en estos conceptos es preciso señalar la caracterización de este tipo de contratos, a fin de llegar a conclusiones claras respecto de la configuración de tal categoría contractual.

Hay que destacar que (i) el contenido del contrato se predetermina unilateralmente, por parte del predisponente, (ii) el esquema predeterminado por el predisponente es rígido y en lo esencial favorable a sí mismo, (iii) la predisposición contractual es inherente al poder de negociación que concentra el predisponente (aunque no siempre coincide con la disparidad económica), y (iv) las alternativas de que dispone el adherente consisten en no contratar o contratar adhiriendo en bloque al esquema predeterminado.

Sobre estas características encuentra el tribunal que ellas son, en efecto, las más significativas y de común ocurrencia. Aún así, no podría sostenerse que sin todas y cada una de tales características no pueda configurarse un contrato de adhesión. En otras palabras, aunque en la práctica en la mayoría de los contratos que se celebran por adhesión, se dan las circunstancias reseñadas, hay casos en los que ello no resulta así. Es que no debe confundirse la categoría del contrato “standard” o masivo, que resulta celebrado por adhesión a condiciones generales, con el contrato por adhesión simple.

El contrato masivo es aquel que la moderna economía, caracterizada por la producción estandarizada y en masa de bienes y servicios y del vasto consumo de ellos, ha favorecido su difusión, orientándolo a permitir la rapidez de la circulación de los productos a través de la predisposición de esquemas contractuales uniformes y la consiguiente simplificación del *iter* formativo del contrato. Tal como lo explica Luigi Ferri este tipo de contratación no satisface solamente las exigencias de la producción y del comercio, sino que además se adecua al rápido ritmo de la vida moderna, a la necesidad de no perder tiempo, común también al consumidor, el cual, si de un lado debe estar sujeto a la voluntad del otro contratante, por otro lado está garantizado al ser las condiciones generales vinculantes para quien las ha ideado y predispuesto y de asegurar con su aplicación uniforme, en orden al mismo tipo de, relación, igualdad de tratamiento.

El tribunal comparte esta línea de pensamiento que es, en esencia, lo que ha llevado a la doctrina a distinguir entre los contratos celebrados bajo condiciones generales de contratación y los contratos por adhesión en estricto sentido, ambos integrantes de la categoría denominada “contratos de contenido predispuesto”.

En suma, lo que caracteriza al contrato por adhesión radica, según quedó dicho, en el hecho de verse imposibilitado en la práctica, quien contrata con la parte que extiende o dicta los contenidos negociales, dada la superioridad respecto al poder de negociación que tiene este frente a aquel, de discutir eficazmente las condiciones del negocio predispuestas.

De esta manera queda claramente diferenciado el contrato por adhesión, en sentido estricto, del contrato “standard” o masivo, de tal forma que bien puede afirmarse que este resulta siempre celebrado por adhesión al contenido previamente dispuesto, pero que no todo contrato por adhesión ha de ser masivo.

Abundando en el punto resulta apropiado el comentario del francés Ghestin:

“Es indudable que el contrato de adhesión conlleva un recorte a la autonomía propia de la voluntad privada al impedir, como en este caso, una verdadera negociación y que el consentimiento sea fruto y experiencia de diferentes ofertas y negociaciones para llegar a un verdadero acuerdo. En este caso se presenta lo que denomina la doctrina contratos de dependencia económica, en los que una de las partes depende para su existencia o supervivencia de la relación contractual privilegiada o exclusiva que ha establecido con su contratante la parte privilegiada”<sup>(16)</sup>.

En esta controversia es claro que no nos hallamos en presencia de un contrato masivo, pero esta exclusión no comporta que no pueda considerarse el contrato celebrado como de adhesión, advirtiendo que en esta tarea el tribunal comparte el criterio de Roppo para quien la interpretación contractual consiste en una forma de intervención externa sobre la regulación del contenido contractual, por ende, tal labor debe realizarse con suma cautela, ya que si no se adoptara tal actitud, podría afectarse el principio de la autonomía privada, respetado por la legislación colombiana, no obstante lo cual conviene tener presente la célebre máxima de Lacordaire según la cual **entre el fuerte y el débil, la libertad esclaviza y la ley libera**.

Estima el tribunal que el contrato de concesión mercantil celebrado entre Herpaty Ltda. y Concesa S.A. debe catalogarse, jurídicamente hablando, como un contrato de adhesión.

A continuación el tribunal consigna los argumentos que lo han llevado a esta conclusión.

En primer lugar está fehacientemente demostrado que Concesa S.A. dispuso previamente el contenido del contrato; existe prueba incuestionable del hecho de haber ella extendido o dictado los términos del contrato. En efecto, en el interrogatorio de parte que rindió el señor Francisco Omar García Fierro, representante legal de la convocada, fue explícito al contestar de manera afirmativa cuando fue preguntado por el tribunal si Concesa, S.A. había redactado el contrato celebrado con la convocante.

Al respecto veamos la transcripción de la pregunta y la respuesta correspondientes, que obran a folio 147 del cuaderno de pruebas:

“Por favor diga al tribunal si para efectos de la celebración de los contratos tanto de los que son objeto de esta discusión, como de los restantes que celebra Concesa, Concesa tiene elaborados modelos de contrato ya con el clausulado básico insertado en ellos”.

Respondió: “Sí, de acuerdo, eso es un formato de contrato elaborado”.

Amen de lo anterior está la circunstancia inobjetable de que en el alegato de conclusión presentado, el apoderado de la Sociedad Concesa S.A., de manera expresa señaló: “se suscribe una forma preimpresa preparada de antemano, que se presenta a la otra para que lo tome o la deje”; y reforzó este planteamiento al señalar: “ocurre generalmente que, las partes pactan mediante un contrato de adhesión (o contrato de cláusulas predispuestas) en el cual no hay demasiada discusión acerca de las estipulaciones que regirán la relación. Pero como ya señale el hecho de que el contrato se formalice a través de esta modalidad no lo invalida ni le resta legitimidad”.

En este sentido, según lo explicado previamente, lo que caracteriza al contrato por adhesión es la imposibilidad de discutir eficazmente las condiciones del negocio y de lograr, en consecuencia, modificaciones sobre aspectos cruciales del mismo. El contrato por adhesión se toma o se deja y ello es justamente lo que se evidencia de la posición de la parte convocada, razón por la cual el tribunal entiende que se halla ante un contrato celebrado por adhesión a cláusulas predispuestas.

### **3. La reclamación de ineficacia o nulidad de algunas cláusulas del contrato (pretensión primera).**

#### **A. Marco conceptual general.**

La demanda arbitral, en la pretensión primera, reclama la ineficacia o nulidad de las cláusulas que el escrito identifica como contentivas de la potestad de incrementar el monto de cánones o porcentajes de venta (cláusula segunda); la de reubicación del concesionario (cláusula primera); la de terminación unilateral del contrato (cláusula octava); y la de renuncia anticipada a reclamar indemnizaciones (cláusula octava).

Observa el tribunal que frente a las peticiones de declaración de ineficacia o nulidad, así planteadas de manera general, los fundamentos legales invocados en la demanda, ponen de presente el alcance de la reclamación, directamente relacionado con la consideración según la cual las estipulaciones cuestionadas, en los apartes reseñados, adolecen de nulidad, por objeto ilícito, al contravenir los límites de la autonomía de la voluntad privada, en la noción que debe aplicarse en tratándose de los contratos de adhesión. En palabras del apoderado de la parte convocante:

“El contrato suscrito por las partes el primero (1º) de diciembre de 2000, contiene estipulaciones manifiestamente potestativas a favor de la concedente, definidas por esta, abrigándonos por consiguiente, bajo la premisa de contratos de adhesión, que de acuerdo con el inciso 2º del artículo 1624 del Código Civil han de ser interpretadas a favor del adherente o, conforme al, artículo 1741 del Código Civil y 899 del Código de Comercio deben declararse como nulas, tales como libertad de reubicación y lo, que es peor, modificación unilateral del canon o contraprestación a su favor...”.

Como punto de partida, es claro para el tribunal que el problema relativo a la manera como debe concebirse, desarrollarse y aplicarse el postulado de la autonomía de la voluntad privada, con relación a los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas y/o a condiciones generales, por la natural tendencia que la experiencia práctica muestra en cuanto a ser propensos a incluir estipulaciones abusivas, inequitativas o desequilibradas, ha sido —y sigue siendo— de especial interés para la ciencia jurídica, por lo que no extraña la abundante e interesante literatura que se encuentra al respecto, alguna nacional y la mayoría extranjera, a veces de fuente puramente legal, en ocasiones jurisprudencial y, sobre todo, doctrinaria; en particular merece citarse el laudo arbitral dictado para dirimir la controversia entre Valores y Descuentos Limitada y Bellsouth Colombia S.A.<sup>(17)</sup> cuyas consideraciones sobre el tema nos servirán en las páginas siguientes.

En efecto, la consideración del asunto, en medio de prolijos estudios, referencias legislativas de derecho comparado y pronunciamientos jurisprudenciales, sirve para destacar la complejidad que sin duda encierra el tema, pues se advierten diversas tendencias en su tratamiento, en ocasiones alejadas por diferencias conceptuales significativas, o a veces separadas por matices más o menos relevantes, todo lo cual pone de presente la imposibilidad de trazar reglas absolutas, y ni siquiera abiertamente generales, con la connotación adicional de que suele reconocerse la necesidad de análisis de las circunstancias concretas que rodean cada caso particular, en función de tópicos como la clase o naturaleza específica del contrato, el perfil de los contratantes, la clase o modalidad de la celebración del contrato, el contenido negocial específicamente “consentido”, la naturaleza y grado de reciprocidad de las prestaciones, etc.

Con este panorama de marco conceptual, quizá el gran aporte del estudio sistemático de tan importante cuestión ha radicado en el indudable avance que representa el diseño, ajuste y enriquecimiento permanente de los criterios y parámetros que se convierten en referentes para el análisis de los casos que se someten a revisión judicial, siempre con el ánimo de, delinear, convenientemente, la órbita de respeto al contenido de las voluntades declaradas, como reconocimiento de la inocultable vigencia del postulado de la autonomía negocial privada, pero precisando, también adecuadamente, los límites e implícitos cuyo desborde se traduce en reproche jurídico, merecedor de control judicial. Advierte el tribunal que los criterios o parámetros de referencia, a que se ha hecho alusión, a veces encuentran consagración legal —con matices diversos que van desde la enunciación puntual de cláusulas calificadas anticipadamente como inaceptables, hasta la sola formulación abierta, sometida a la apreciación del sujeto interesado en la valoración—, y en ocasiones son, sobre todo en ordenamientos sin regulación positiva específica, el resultado de la elaboración puramente doctrinaria y jurisprudencial.

Entiende el tribunal, en esta línea de pensamiento, que en un intento de formulación general y abstracta, los referentes que apuntan a la tipificación de cláusulas con especial grado de riesgo de calificación sobre su aceptabilidad o repulsión jurídicas, tienen que ver, citándolos en cualquier orden, con la desnaturalización del vínculo obligacional celebrado; con el desequilibrio importante en los derechos y obligaciones a favor y a cargo de los contratantes; con las facultades o prerrogativas de modificación unilateral del contrato, evidentemente con alcance diferente según la materia sobre la que recaigan y las circunstancias en que puedan realizarse; con la eliminación o restricción significativa de los derechos del contratante adherente; con el control discrecional del contratante predisponente sobre elementos y/o contenido esenciales del contrato; con el establecimiento de ventajas desmedidas a favor del contratante predisponente, etc. Al final, independientemente de la consideración del asunto conforme a las características propias de cada ordenamiento legal, el común denominador termina ubicándose en la ineludible limitación que representan la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres, enmarcados todos en un contexto de adecuado rechazo a las estipulaciones que representen ofensa a los principios fundamentales del sistema jurídico, principalmente al de la buena fe y sus extensiones, modalidades o derivaciones, como la prohibición genérica de abuso del derecho.

Pero debe igualmente advertirse, como lo hace con aceptación generalizada la doctrina, acogida para el efecto por el tribunal, que la presencia de estipulaciones de perfil en mayor o menor grado cercano a los referentes tipificados descritos, no se traducen, automáticamente, en descalificación o rechazo jurídico, pues la evaluación que siempre ha de hacerse, en el nivel de agresión del principio de la buena fe entendido en su contenido más amplio, supone la carencia de razonabilidad y/o de justificación de la regla incorporada al contrato, además del nivel de impacto que puede derivar del hecho de conocimiento o ignorancia del adherente, sobre la existencia misma de la estipulación. Además, es claro, y también generalmente aceptado, que no se trata de propender ni

garantizar la milimetría contractual, por lo que se entiende que solo en casos de desequilibrios marcados y manifiestos, en detrimento de la posición contractual del adherente y/o beneficio desproporcionado y exclusivo del predisponente, se justifica abrir espacio a la posibilidad de enjuiciamiento del contenido negocial.

La caracterización, entonces, de la cláusula abusiva, en palabras de Rubén S. Stiglitz, exige la presencia, por lo menos, de los siguientes elementos:

“a) que no haya sido negociada individualmente ...; b) Que el consumidor le sea presentada dicha cláusula ya redactada previamente; c) Que el consumidor no haya podido participar (o influir) en su contenido, y d) Que su contenido constituya un infracción a las exigencias de la buena fe “entendiendo que ello acontece” cundo cause, en detrimento del consumidor, o en beneficio exclusivo del predisponente, un desequilibrio relevante entre los derechos, y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”<sup>(18)</sup>.

Lo señalado evidencia que si bien la cláusula abusiva no es un mecanismo propio y exclusivo del contrato por adhesión, pues se puede hallar en otra clase de contratación, lo cierto es que en aquel encuentra terreno apto para su existencia y multiplicación.

Agrega el tribunal, en reiteración de lo dicho, que “la infracción a las exigencias de la buena fe” supone que está descartada la posibilidad de justificación y/o de razonabilidad de la estipulación, connotaciones estas que, desde luego, y según su nivel de relevancia, diluyen o eliminan los motivos de reproche, enmarcándola en el respeto del importante postulado del derecho de los contratos, y del derecho en general.

Ahora bien, enfrentados a un escenario de cláusulas jurídicamente inaceptables, conforme a los criterios de tipificación descritos, ¿Cuáles son, y cómo ejercen, los mecanismos legales de control? La respuesta, en términos abstractos y de derecho comparado, también admite contenidos distintos, seguramente partiendo de una distinción inicial, según que se esté ante ordenamientos con o sin regulación específica del tema; en los primeros, a su vez, se aprecian opciones distintas, como la ya mencionada de supeditar la eficacia de la estipulación al conocimiento real o presunto del adherente al momento de la celebración del contrato, o la de sancionarla con disposiciones generales y abiertas —con y sin apreciación valorativa del juzgador según que no estén o si estén previamente enlistadas por el legislador—, o la de excluirlas de la normatividad bajo la calificación de nulidad de pleno derecho; en los segundos, generalmente el tratamiento de la cuestión puede y debe abordarse dentro los principios y normas generales de los contratos, y las especiales —cuando las hay— atinentes a aspectos puntuales de la problemática, todas las cuales se entienden acompasadas con los principios generales de derecho —tengan o no registro positivo—, sea para, según la concepción y estructura de cada ordenamiento, tenerlas por no convenientes; o “transformarlas” en razonables en función de la justicia y la equidad; o invalidarlas por contrariar la ley, la moral, el orden público y/o las buenas costumbres; etc.

A este nivel del análisis conceptual, considera el tribunal que es de recibo la observación que suele admitirse en punto de distinguir hipótesis de cláusulas intrínsecamente inaceptables, por constituir, diciéndolo de alguna manera, agresión grosera del ordenamiento, de escenarios en los cuales la estipulación, considerada en su entidad objetiva, no comporta semejante connotación, solo que deja abierta la posibilidad de uso abusivo o inadecuado del derecho o la facultad que otorga, caso en el cual, como es lógico, no es la órbita de la existencia, eficacia y validez lo que estaría llamado a afectarse, sino que los efectos deberían surtirse por el camino del reproche de la conducta, seguramente constitutiva de incumplimiento contractual, con las consecuencias pertinentes, por ejemplo en materia de indemnización de perjuicios. No escapa al tribunal la dificultad que frente a casos concretos muy posiblemente puede presentarse para trazar el límite entre uno y otro evento, pero esa tarea, cuando sea motivo de controversia, debe examinarse teniendo en cuenta el criterio expuesto, en forma ecuánime.

## **B. Tratamiento del asunto en el derecho colombiano y la posición central del tribunal.**

Corresponde al tribunal, entonces, desarrollar el examen de la cuestión a la que viene refiriéndose, pero ya en un marco de referencia más concreto, vinculado a la normatividad aplicable en el ámbito del derecho nacional, para lo cual interesantes resultan algunas reflexiones pertinentes sobre el particular.

En esta materia, bien se sabe que conforme al principio reconocido en nuestro ordenamiento legal —a partir de la

previsión del artículo 1602 del Código Civil—, de la autonomía de la voluntad privada, los particulares están habilitados para autorregular sus intereses patrimoniales mediante el reconocimiento de plena eficacia jurídica a las manifestaciones de voluntad válidamente exteriorizadas. El contrato, para ocuparnos del supuesto que nos interesa, se convierte en expresión idónea de esa prerrogativa, advirtiendo que sus efectos se producirán dentro de lineamientos que involucran el respeto de los límites que impone el propio ordenamiento (la ley imperativa, el orden público y las buenas costumbres), cuya violación encuentra respuesta en la consagración de sanciones de distinto calado y naturaleza, no plenamente uniformes en la legislación civil y en la comercial, pero genéricamente referidas, como es conocido, a fenómenos de inexistencia, ineficacia de pleno derecho y nulidad —en su doble modalidad de absoluta y relativa— del acto o de la estipulación, para mencionar las más relevantes. Es claro en consecuencia, y se acompasa con los escenarios teóricos previstos para el efecto, que nuestro ordenamiento privado, si bien reconoce la existencia de los denominados contratos de adhesión, a ellos se refiere al artículo 1624 del Código Civil, no tiene una regulación expresa y específica en el asunto de protección y control de cláusulas abusivas, aunque existe la previsión del artículo 133 de la Ley 142 de 1994 en materia de contratos de prestación de servicios públicos, lo cual no significa, de modo alguno, la imposibilidad de encuadrar su análisis conforme a la normatividad general anunciada, la cual, no cabe duda, está imbuida de los principios generales de derecho que son tan relevantes en la materia, incluso con consagración positiva explícita, como los relativos al abuso del derecho (C. de Co., art. 830), y el principalísimo, en el punto que ocupa la atención, de la buena fe (C.C., arts. 1603 y C. de Co., arts. 863 y 871), además del soporte que representan previsiones como las contenidas, al respecto, en los artículos 95 y 333 de la Constitución Política.

Con el marco legal de referencia aludido, advierte el tribunal que, también en forma concordante con el panorama legal y doctrinario que a nivel de derecho comparado se dejó expuesto, caracterizado por tendencias y matices diversos, la jurisprudencia nacional, al abordar el tema, muestra una tendencia clara a aceptar, en los últimos tiempos, la interpretación favorable a la parte adherente del contrato, como ocurre en el pronunciamiento efectuado el 2 de febrero de 2001, proferido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el que sostuvo la alta corporación:

“Cumple anotar que tratándose de negocios jurídicos concluidos y desarrollados a través de la **adhesión a condiciones generales de contratación**, como —por regla— sucede con el de seguro, la legislación comparada y la doctrina universal, de tiempo atrás, han situado en primer plano la necesidad de delimitar su contenido, particularmente para **“excluir aquellas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoístas a costa del contratante individual...**

“Con tal propósito, por vía de ejemplo, se promulgaron normas por la comunidad europea (directiva 93/13 de 5 de abr./93 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores), que también se encuentran incorporadas, a nivel interno, en los derechos alemán (L., dic.9/76), luxemburgués (L. 25/83), italiano (C.C., arts. 1469 bis y ss.), francés (L. 95/96), español (L. 7/98) y, en similar sentido —además—, en las legislaciones brasileña (CDC, art. 51), paraguaya (C.C., art. 691), argentina (L. 2.24°, art. 37 y el D. 1798/94), e igualmente en la colombiana, circunstancia esta a los contratos de prestación de un servicio público (L. 142/94, art. 133), legislaciones en las cuales, de ordinario, se advierten como **características arquetípicas de las cláusulas abusivas** —primordialmente—: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial —vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad—, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes ...

(...).

“Lo abusivo —o despótico— de este tipo de cláusulas —que pueden estar presentes en cualquier contrato y no solo en los de adhesión o negocios tipo—, se acentúa aún más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato (C. Co., art. 1047), esto es, en aquellas disposiciones —de naturaleza volitiva y por tanto negocial— a las que se adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de controvertidas, en la medida en que han sido prediseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora, sin, dejar espacio —por regla general— para su negociación individual.

“(…).

“De ahí que la doctrina especializada haya calificado como abusiva —y de indiscutida inclusión en las llamadas “listas negras”, contentivas de las estipulaciones que, *inradice*, se estiman vejatorias—, aquella cláusula que “favorece excesiva o desproporcionalmente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente”...” (destacado fuera de texto).

Debe destacar el tribunal cómo, en el mismo terreno de la jurisprudencia nacional, ha existido conciencia sobre la posibilidad de configuración de supuestos de responsabilidad por perjuicios causados por el abuso que de estipulaciones contractuales —y en general, de la posición contractual dominante— se haga, escenario jurídico sin duda relevante, pero diferente del que tiene que ver con el control de la eficacia y validez que de ellas pueda predicarse, a lo que se contrae, por así estar precisamente planteado en la demanda, la contienda arbitral que en este punto se dirime. Dijo la corte Suprema de Justicia en sentencia de 19 de octubre de 1994:

“Así, pues, la condena jurídica de los comportamientos abusivos del titular de un derecho subjetivo, ora sea al ejercitarlo o ya por dejar de hacerlo, es un valioso principio regulador de tipo general que en tanto permite un amplio control judicial orientado a reprimir esos comportamientos donde quiera que se presenten, extiende su influencia a todo el ordenamiento positivo hasta el punto de convertirse en una de las bases fundamentales del derecho vigente en el país como lo indica, en forma categórica por cierto, la Constitución Nacional en su artículo 95 (num. 1º del inc. 3º). Su función no se puede reducir, entonces, a la de convertirse en fuente posible de obligaciones derivadas de una modalidad de culpa civil extracontractual a la que sin duda, en ciertas circunstancias, es equiparable el ilícito abusivo, y por lo que atañe al criterio de conformidad con el cual han de aplicar la autoridades judiciales el mencionado principio, debe decirse en consonancia con las consideraciones precedentes, que es la moral social predominante en una comunidad que reconoce en la “solidaridad de las personas” una de las directrices medulares de su organización política (art. 1º de la Carta) e inspirada, por lo tanto, en los postulados de buena fe y respeto por las buenas costumbres, todo ello en aras de hacer efectiva “...la prevalencia del interés general” según lo propugna también el mismo texto superior recién citado. Son estas, sin duda, las bases más claras que hoy en día, a la luz de estos postulados constitucionales, le suministran vigoroso sustento a la doctrina en cuestión, entendido como queda que la ética colectiva, aquella que la sociedad ampara y procura hacer efectiva con su aprobación o con su rechazo, le dispensa holgada cobertura al ordenamiento positivo el cual, sin las ataduras impuestas por indoblegables guiones conceptuales, recoge las normas de comportamiento individual exigibles para asegurar una convivencia social justa; y es precisamente penetrando con profundidad en esta idea como puede llegarse a percibir, sin que medie objeción valedera alguna, la evidente conexión que, en el plano de las relaciones contractuales, existe entre la prohibición del abuso y la exigencia de buena fe consagrada en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, ello hasta el punto de poder afirmarse sin escándalo que en ese terreno, la primera no viene a ser cosa distinta de una modalidad peculiar de infracción del imperativo general de conducta que la segunda implanta; “... el límite más importante del ejercicio lícito de un derecho —dice Kart Larenz refiriéndose a la estrecha relación que entre sí tienen los preceptos de los artículos 226, 826 y 242 del Código Civil Alemán— resulta ... del principio de la salvaguarda de la buena fe ..”, agregando de inmediato que este principio, “...según un criterio hoy indiscutido” es válido “...para cualquier nexo jurídico existente, y fundamenta en el marco de este no solo deberes, sino que restringe también el ejercicio de facultades. Siempre que exista entre determinadas personas un nexo jurídico, están obligadas a no defraudar la confianza razonable del otro, tratando de comportarse tal como se puede esperar de una persona de buena fe ...” (Derecho Civil, parte general; cap. II par. 13), y

“...b) En este orden de ideas, tratándose de la autonomía de la voluntad privada y el conjunto de facultades con que en virtud de ella cuentan las personas, facultades que se condensan en la de celebrar un determinado negocio jurídico o dejar de hacerlo, en la de elegir con quién realizarlo y en la de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas que en cuanto ocasionen agravio a intereses legítimos no amparados por una prerrogativa específica distinta, dan lugar a que el damnificado, aun encontrándose vinculado por el negocio y por fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea la eficacia que de este último es propia, pueda exigir la correspondiente indemnización.

“Y un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, lo suministra el ejercicio del

llamado “poder de negociación” por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación. En consecuencia, no estuvieron desacertados los falladores de instancia en la especie de autos al advertir, en sus respectivas sentencias, que la actuación de las entidades de crédito, cuando incurren estas en las que suelen denominarse “malas prácticas bancarias” que lesionan la normatividad vigente, la buena fe o el esmero profesional con que dichas instituciones siempre deben operar en beneficio de sus clientes, puede ser fuente de abuso dada la amplia capacidad de dominio en la negociación con que cuentan, abuso que debidamente comprobado y de acuerdo con el principio general enunciado líneas atrás, le suministra base suficiente a las pretensiones resarcitorias que invocando esta modalidad de ilicitud civil, sean entabladas para obtener la reparación de los perjuicios causados”.

En medio, pues, de tan particular panorama de complejidad jurídica, para este tribunal el análisis de la cuestión debe hacerse, desde luego que enmarcado en las pautas legales, doctrinales y jurisprudenciales a que se ha hecho alusión, enfatizando en la necesidad de procurar el adecuado equilibrio y la cabal ponderación que permita garantizar, a la vez, la vigencia, aplicación y desarrollo del postulado de la autonomía de la voluntad privada, con el carácter vinculante que conforme a él tienen las declaraciones de voluntad que dan vida a los negocios jurídicos, y el respeto de los límites que a aquel principio son inherentes, puestos en dimensión acorde con la realidad comercial que regulan y los principios de derecho que los inspiran, especialmente, en este tema, el de la buena fe, aplicados considerando las particularidades provenientes de la modalidad de contratación por adhesión a cláusulas predispuestas y/o a condiciones generales —además de las de cada caso específico materia de examen o revisión—, de modo que el ordenamiento mismo no resulte lesionado, ni por exceso, ni por defecto, frente a la ecuanimidad que debe caracterizarlo en cuanto a la protección de los diversos intereses jurídicos involucrados.

Así las cosas, y descendiendo de lleno al asunto examinado, acometerá el tribunal la tarea de examinar las cláusulas del contrato celebrado entre demandante y demandada cuya validez se cuestiona, de manera que a partir de la entidad material de cada una de ellas —en cuanto a la potencialidad de constituir previsiones jurídicamente inaceptables—, y de la evaluación del grado razonabilidad y/o de justificación que pueda atribuírseles, puestas en la lupa del juez intencionado en conseguir el adecuado equilibrio y, la cabal ponderación deseados, se concluya lo que, en cada caso, haya lugar.

### **C. El examen de las cláusulas cuya invalidez se demanda (primera pretensión principal).**

La parte convocante no hizo una detallada e individualizada cita de las cláusulas cuya invalidez reclama, no al menos con el orden y el rigor metodológico que era dable esperar en la presentación de las pretensiones de la demanda; lo que causa adicional perplejidad es que tampoco efectuó en el alegato de conclusión una fundamentación individualizada de las pretensiones formuladas, puesto que se limitó a repetir lo insinuado en el libelo contentivo de la demanda sin imprimirle desarrollo alguno, dejando huérfanas de sustentación jurídica tales pretensiones, lo que a juicio del tribunal no invalida lo solicitado, aunque sí constituye una falta de técnica y preparación que la naturaleza del mandato encomendado le imponía.

No obstante lo anterior, en su deber de administrar justicia el tribunal procederá a pronunciarse sobre cada una de las cláusulas del contrato que se agruparon en la primera pretensión, respecto de las cuales la parte convocante solicita su ineficacia y, subsidiariamente, su nulidad.

#### **C.1. La cláusula relativa a renuncia anticipada a reclamar indemnizaciones.**

Si bien en la primera pretensión no se transcriben sino que se titulan cuáles son las cláusulas que son objeto de censura, en los hechos, dentro del numeral 7º se transcriben 2 de las cláusulas a las que se contrae el cargo y allí aparecen el parágrafo de la cláusula primera que, a la letra dispone: “El área y localización del espacio físico cuyo uso se permite al concesionario será determinado de manera unilateral por el concedente, reservándose, en todo caso, la facultad de reubicar en cualquier tiempo, dentro del mismo establecimiento de comercio las mercancías del

concesionario, quien desde ahora autoriza irrevocablemente al concedente a efectuarlas cuando lo considere conveniente, sin que tal hecho de lugar a indemnización alguna a favor del concesionario”.

Así mismo se transcribe el párrafo de la cláusula 8ª:

“En el evento de enajenación, arrendamiento, constitución de derechos de usufructo, anticresis, o de uso del establecimiento donde se adelantarán las ventas objeto de este contrato, el cedente está facultado para persistir en el mandarlo por terminado unilateralmente sin indemnización de ninguna clase para el concesionario, caso en el cual solo será necesario una notificación por escrito por parte del concedente al concesionario, con no menos de quince días calendario de anticipación”.

Al respecto el tribunal, anticipa, siguiendo la doctrina más aceptada, que, en general, estipulaciones que desde la celebración del contrato incluyen, respecto del adherente, renuncia a derechos derivados del mismo, tienen, de antemano, el perfil que las hace particularmente sensibles a la censura jurídica por lo odioso que resulta la formulación misma, aunque con la previsión de que la posibilidad efectiva de reproche judicial es mayor, cuanto más amplio sea el alcance de la renuncia “convenida”.

A pesar de ello, el párrafo de la cláusula primera bajo examen tiene la característica, en opinión del tribunal, de señalar una renuncia que resulta especialmente acompasada con la naturaleza del contrato de concesión celebrado, pues en este se estipula que la asignación del espacio para el concesionario es del resorte exclusivo del concedente, de forma que desde el inicio del contrato el tamaño del área de la concesión y su ubicación son del fuero de este, razón por la cual la opción de reubicación del concesionario, la conserva, a lo largo del contrato, el concedente como otra manifestación del ejercicio de las potestades de control y supervisión que se reconocen a dicho contratante.

Amen de lo anterior, conviene recordar que los artículos 15 y 16 del Código Civil admiten, en el campo de las posibilidades, los fenómenos de la renunciabilidad y la irrenunciabilidad, el primero señalando que: “podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”, y el segundo, dejando establecido que “no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”.

En cuanto al párrafo de la cláusula 8ª lo que allí se prevé es que cuando se enajene el establecimiento de comercio donde se halle operando el contrato de concesión o se constituyan respecto de este derechos reales, el concedente podrá continuar el contrato o darlo por terminado sin indemnización para el concesionario, de forma que se está consagrando un margen de libertad al concedente para que, en caso de que se produzca una afectación a la órbita jurídica de este respecto al establecimiento de comercio de que se trata, pueda convenir con el nuevo adquirente, si a tal adquirente le interesa, continuar o no con los contratos celebrados ya, los cuales dan por resultado la ocupación del espacio físico del establecimiento que se ha adquirido o sobre el cual recaen los derechos reales constituidos. Esta disposición contractual no solo no se ve abusiva o arbitraria sino que suele convenirse en contratos que han otorgado tenencias a terceros, pues de otra manera se inmovilizaría el patrimonio del concedente, quien vería congelado el activo correspondiente si una cláusula como esta no fuera pactable, pues lo contrario le impediría movilizar particularmente el establecimiento de comercio concernido.

Los anteriores elementos de juicio son suficientes para que concluya el tribunal, dentro del análisis propio de la cuestión, que las dos cláusulas de renuncia que se estudian pueden tener aplicación dentro de los parámetros que su propio contenido define, con la salvedad de los derechos irrenunciables conforme a la ley, frente a los cuales nada pueden las estipulaciones predispuestas.

## **C.2. La cláusula de terminación unilateral del contrato.**

A este respecto el contrato en la cláusula octava señala lo siguiente:

“Terminación del contrato. El contrato se terminará sin lugar a indemnización alguna por:

a) Sin perjuicio de lo estipulado en la cláusula tercera, cualquiera de las partes podrá en cualquier tiempo dar por terminado el presente contrato de manera unilateral, para lo cual solo bastará comunicación escrita en ese sentido a

la otra parte con una antelación no inferior a quince (15) días calendario.

b) Mutuo acuerdo.

c) Expiración del término de duración.

d) Los casos consagrados en la ley.

e) Por incumplimiento injustificado de las obligaciones contenidas en el presente contrato”.

Planteadas así las cosas, el tribunal se pronunciará acerca de la validez de la cláusula antes transcrita, que fue aceptada por los contratantes y que no presenta como evento especial sino el de la terminación unilateral, consagrado en favor de ambas partes.

De conformidad con lo establecido en los artículos 1602 el Código Civil y 864 del Código de Comercio y 871 ibídem, las estipulaciones contenidas en la mencionada cláusula resultan para el tribunal plenamente válidas y oponibles entre los contratantes por aplicación de la teoría de la relatividad de los contratos. En esta cláusula las partes convinieron establecer las causas que, en su sentir, podrían permitir a cualquiera de ellas darlo por terminado válidamente ya fuera por decisión unilateral o calificando alguna conducta propia de una de ellas como causal de incumplimiento de las obligaciones asumidas. También habilitaron el mutuo acuerdo, la expiración de la vigencia del contrato y las causas legales de terminación.

Esta cláusula es fiel reflejo de la autonomía negocial de los contratantes y no atenta contra el orden público ni contra las buenas costumbres, por lo que en opinión del tribunal resulta válida y admisible.

La facultad que se dieron los contratantes para dar por terminado el contrato de mutuo acuerdo en cualquier tiempo, corresponde exactamente a la regla contenida en el artículo 1625 del Código Civil, según la cual los contratantes que sean plenamente capaces y que puedan disponer libremente de lo suyo que consientan en dar por nula la obligación que contrajeron, extinguirán la convención de que se trate, manifestación esta que se relaciona íntimamente con su libertad y autonomía contractual.

Por ello es que los contratantes podían pactar libremente la forma en que podrían dar por terminado un contrato válidamente celebrado entre ellos.

Lo que se discute y suscita polémica es saber si por virtud del principio de la autonomía contractual, los contratantes pueden establecer válidamente que uno de ellos pueda dar por terminado el contrato frente al otro en forma unilateral.

Sobre este particular el tribunal, acogiendo la jurisprudencia arbitral, sigue la reflexión propuesta en el laudo proferido dentro del proceso de la Compañía Central de Seguros y la Compañía Central de Seguros de Vida S.A. contra Maalula Ltda., que es ilustrativa sobre el tema: “...pero también puede acontecer y ello suele ocurrir con mucha frecuencia, que las partes, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, se hayan reservado expresamente en el contrato, bien a favor de ambas ora a favor de solo una de ellas, la potestad de revocar o de dar por terminado en forma unilateral el contrato que convinieron celebrar o, como lo denominan los Ospina, “el derecho potestativo para revocarlos por su sola voluntad”. Se ha dicho también, que esa facultad potestativa de extinción del vínculo contractual es de ejercicio extra judicial y con afectos simplemente *ex nunc*, no retroactivos.

Al respecto los Hermanos Mazeaud consideran que la cláusula de un contrato que faculta a una de la partes para darlo por terminado, es un pacto válido y recuerdan cómo así lo ha decidido la corte de casación Francesa (Mazeaud, Henri, León, Jean; lecciones de derecho civil, parte II, volumen III, Págs. 13 y ss.), solución que parece admisible en el derecho privado colombiano, con apoyo en el principio de la autonomía de la voluntad que campea los códigos Civil y de Comercio”<sup>(19)</sup>.

En este orden de ideas, estima el tribunal que la cláusula en comento resulta válida y en consecuencia plenamente oponible entre los contratantes, máximo si se toma en consideración que la posibilidad de terminación unilateral del contrato se halla al alcance de ambas partes, pues si tan solo estuviera consagrada a favor de la parte

predisponente, no cabría duda del carácter abusivo de la misma.

No obstante lo anterior, debe señalar el tribunal que cosa diferente a la validez de la estipulación cuestionada, es la que atañe a la evaluación de la conducta propia de la ejecución contractual, pues eventuales comportamientos antijurídicos de uno de los contratantes, que causaren daño a otro, bien podrían ser fuente de responsabilidad, lo que podría acaecer si se abusó de la facultad conferida —como lo alega la demandante— pero en este escenario no nos estaríamos refiriendo a la validez de la estipulación, sino al, eventual incumplimiento de obligaciones en el contexto de las pretensiones principales surgidas con ocasión de la celebración del contrato, asunto del cual se ocupará el tribunal más adelante.

### **C.3. La cláusula de la modificación unilateral del porcentaje de remuneración.**

Se impugna en la demanda, siempre en la primera pretensión, esta facultad consagrada a favor de Concesa, S.A. que en el contrato figura en el parágrafo segundo de la cláusula segunda y que se transcribe a continuación:

“PAR. SEGUNDO.—No obstante el porcentaje señalado en la presente cláusula, el concedente se reserva el derecho a revisar y modificar unilateralmente dicho porcentaje, cuando a su juicio ocurrieren alteraciones económicas que alteren (sic) sensiblemente los costos de operación del establecimiento”.

Tal como se expresó anteriormente, con referencia a las cláusulas contentivas de renuncia anticipada de derechos, las que contienen facultades o prerrogativas de modificación unilateral del contrato, en cabeza del predisponente, también suelen incluirse en el listado de las que son particularmente sensibles a la censura jurídica, por lo que significan, con perfil de excepcionalidad, respecto de la idea central del contrato como acuerdo de voluntades —así sea por adhesión—, ante lo que es natural que tienda a causar-rechazo la alteración negocial por voluntad de uno solo de los contratantes. Empero, para el tribunal conserva vigencia la previsión entonces efectuada, en el sentido de indicar que la posibilidad efectiva de reproche judicial es mayor, cuando más amplio sea el alcance de la prerrogativa otorgada en la cláusula respectiva, como que no es lo mismo, por solo hacer una ilustración en abstracto, la facultad de modificación unilateral que pueda versar, con total amplitud, sobre cualquier aspecto del contrato, a aquella que consagre, con parámetros de restricción, solo a aspectos puntuales del mismo y con referencia a elementos objetivos que atenúen el poder que en todo caso otorgan.

Regresando sobre el texto enjuiciado resulta claro que se trata de un tema especialmente sensible por estar referido a uno de los elementos esenciales del contrato —la remuneración del concedente—. Revisado su contenido advierte el tribunal que no encierra una facultad abierta de modificación unilateral del porcentaje, por sí y ante sí, a favor de Concesa, S.A., pues aparece ligada la posibilidad a cuando “ocurrieren alteraciones económicas que alteren (sic) sensiblemente los costos de operación del establecimiento”, según reza la cláusula. En medio de la evidente mezcla de restricción y amplitud anotadas, se aprecia que en abstracto tiene justificación y razonabilidad que el porcentaje de remuneración del concedente pueda variar en función de la aparición o el surgimiento de alteraciones económicas que afecten sensiblemente los costos de operación del establecimiento de comercio, todo enmarcado en el postulado de la buena fe contractual —que se presume, también, respecto del predisponente—, pues se estaría ante una medida razonable encaminada a procurar el equilibrio económico del contrato.

Así entendido el asunto, el tribunal arriba a la conclusión de la validez de la cláusula aludida, de nuevo aclarando que otro debate distinto, es el relativo a los efectos jurídicos derivados de eventuales abusos en el ejercicio del derecho que de dicha cláusula se deriva, sobre lo cual, otro es el espacio para hacer el pronunciamiento pertinente.

En este orden de ideas, el tribunal estima que las cláusulas objetadas por ineficaces y/o por nulas resultan válidas y, en consecuencia, plenamente oponibles entre los contratantes.

### **4. La aplicación analógica de las normas del Código de Comercio referentes al contrato de arrendamiento de establecimientos de comercio (segunda pretensión principal).**

Solicita la parte convocante que se apliquen al contrato de concesión celebrado entre Concesa, S.A. y Herpaty Ltda. las normas de orden público contenidas en la regulación que acerca de los locales o establecimientos de comercio trae el Código de Comercio en los artículos 515 a 524.

Al respecto se debe precisar que para el legislador colombiano el contrato de arrendamiento se define en el artículo 1973 del Código Civil: “El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”.

Es así que resulta esencial al contrato de arrendamiento el otorgamiento del goce de la cosa y ya sabemos que el goce de un bien supone también el aprovechamiento o percepción de los frutos (naturales o civiles), utilidades, ganancias o provechos de ella.

Así las cosas, el alcance de los derechos del arrendatario y el concesionario es muy distinto; el arrendatario tiene tanto el uso como el goce; el concesionario tiene solamente el uso y no puede extender su derecho al goce. En la concesión no están comprendidos, en la entrega del área física, los frutos ni naturales ni civiles; el concesionario no puede subarrendar, facultad que no es ajena al contrato de arrendamiento, a menos que esté expresamente prohibida.

De esta forma el tribunal aprecia una diferencia fundamental entre los dos contratos en cuanto los derechos que cada uno confiere.

También existe especial diferencia en cuanto a la causa del contrato, pues en el arrendamiento el arrendatario tiene el propósito de obtener el uso y goce del bien arrendado, mientras que el concesionario lo que pretende es la posibilidad de explotar un área que otro ha dispuesto, acreditado y que cuenta con un nombre comercial que hace atractivo el sitio para la venta de las mercancías que piensa allí colocar.

Otra importante distinción encuentra el tribunal respecto al papel que juega el precio en uno y otro contrato pues en el arrendamiento el arrendatario lo paga para lograr el uso y el goce del bien arrendado, al paso que en la concesión el porcentaje de las ventas reconocido se cancela para poder realizar las ventas y continuar en la actividad, con independencia de qué área física tenga ocupada ni cuál sea la ubicación dentro de la superficie de que se trate.

Así mismo, advierte el tribunal que las potestades de control y supervisión marcan una nueva distinción frente al arrendamiento; en el contrato de concesión celebrado se estipuló que el concesionario se tendría que someter al horario de funcionamiento del establecimiento de comercio; igualmente se obligó a exhibir y surtir las mercancías en forma adecuada y permanente y, en general, se sometió al concesionario a la supervisión del concedente en diversas materias, todas las cuales resultan especialmente extrañas al contrato de arrendamiento, pues el arrendador no puede interferir ni dirigir la tenencia de su arrendatario.

Por todo lo anterior, el tribunal ve claramente diferenciado un contrato del otro, sin que ello hasta ahora sea obstáculo fundamental para denegar la aplicación analógica solicitada, aunque sí permite entender que se trata de dos contratos con especificidad propia, aunque la concesión no se halle legalmente reglamentada.

En cuanto concierne directamente a la aplicación de los artículos 515 a 524 del Código de Comercio, el tribunal entiende que, en particular, la disposición contenida en el artículo 524 de la codificación mercantil es de carácter excepcional dentro de nuestra legislación en materia contractual. Como tal, estima el tribunal que la misma no puede extenderse a supuestos no previstos por el legislador, siendo de interpretación restrictiva y válida solo para el caso típico de arrendamiento de establecimientos de comercio.

En verdad, la aplicación de una disposición de orden público al ámbito del contrato celebrado entre las partes contendientes supone una extrapolación impropia que no puede aceptar el tribunal, máxime si se aprecia que la mayoría de las características propias del establecimiento de comercio, previstas en la ley mercantil, no se configuran en este caso.

Veamos por qué:

- a) La enseña, el nombre comercial y las marcas de los productos y bienes no le pertenecen a Herpaty Ltda.
- b) Los derechos del empresario sobre invenciones o creaciones le pertenecen al concedente y no al concesionario.

c) El mobiliario e instalaciones son de propiedad del concedente.

d) El concedente es quien celebra el contrato de arrendamiento respecto al establecimiento de comercio en que funcionan múltiples concesionarios, y la distribución interna de estos la efectúa el concedente.

e) La protección de la fama comercial corresponde, en principio, al concedente.

En suma, del conjunto de los elementos integrantes del establecimiento de comercio, que según el art. 516 del Código de Comercio son siete, al menos cinco de ellos no se configuran en cabeza del concesionario, sino del concedente.

Por todo lo anterior, el tribunal concluye la improperidad de la segunda pretensión principal de la demanda.

### **5. Declaración acerca de que el Contrato no ha terminado legalmente (tercera pretensión principal).**

Reclama la parte convocante que se declare la vigencia actual del contrato de concesión, frente a lo cual el tribunal reitera la manifestación efectuada previamente, conforme a la cual la potestad de terminación del contrato en forma unilateral para cualquiera de las partes suscriptoras del contrato es una potestad plenamente válida y oponible entre los contratantes.

La cláusula contentiva de la facultad de terminación unilateral es fiel reflejo de la autonomía negocial de los contratantes y no vulnera el orden público ni atenta contra las buenas costumbres, por lo que, insiste el tribunal, la misma es admisible.

Ya explicó el tribunal, ampliamente, cómo la doctrina y la jurisprudencia arbitral aceptan como legítimas las estipulaciones que permiten la terminación unilateral de los contratos y fijó su criterio acerca de que la cláusula correspondiente no es abusiva, pues la facultad es recíproca para ambos contratantes, lo que la exime de reproche jurídico en nuestra opinión.

Siendo ello así pasa el tribunal a analizar cómo se hizo uso de la facultad de terminación del contrato y encuentra que el 20 de enero de 2004 Concesa S.A. comunicó su decisión de dar por terminado el contrato de concesión y lo hizo en forma escrita, dirigiendo el documento respectivo al representante legal de Herpaty Ltda., razón la cual actuó al amparo de la facultad estipulada en el contrato en el primer literal la cláusula octava, que a letra reza:

“Terminación del contrato. El contrato se terminará sin lugar a indemnización alguna por:

a) Sin perjuicio de lo estipulado en la cláusula tercera, cualquiera de las partes podrá en cualquier tiempo dar por terminado el presente contrato de manera unilateral, para lo cual solo bastará comunicación escrita en ese sentido a la otra parte con una antelación no inferior a quince (15) días calendario.

b) Mutuo acuerdo.

c) Expiración del término de duración.

d) Los casos consagrados en la ley.

e) Por incumplimiento injustificado de las obligaciones contenidas en el presente contrato”.

“En el evento de enajenación, arrendamiento, constitución de los de usufructo, anticrisis, o de uso del establecimiento donde se adelantarán las ventas objeto de este contrato, el cedente está facultado para persistir en el mandarlo por terminado unilateralmente sin indemnización de ninguna clase para el concesionario, caso en el cual solo será necesario una notificación por escrito por parte del concedente al concesionario, con no menos de quince días calendario de anticipación”.

En esta forma la terminación del contrato es inobjetable, pues fue comunicada formalmente, la comunicación provino de quien tenía la facultad correspondiente y se dirigió al destinatario adecuado; por otra parte los efectos naturales desprendidos de la terminación del contrato se produjeron en forma regular: se prescindió del pago de la

remuneración pactada, se retiraron las mercancías de Herpaty Ltda., de los puntos de venta respectivos y se dio por finiquitada la relación material que vinculaba a las partes.

Así las cosas, la pretensión enderezada a mantener vigente la relación contractual y retornar a Herpaty Ltda., a la calidad de concesionario de Concesa, S.A. resulta contraria a la evidencia probatoria y al encuadramiento jurídico que las partes se impusieron al origen de su relación contractual, pues estas autorizaron la terminación del vínculo en la forma en que Concesa, S.A. lo llevó a cabo.

Por tanto, para el tribunal aparece demostrado que el contrato terminó por una causa establecida libremente por las partes, por lo que en la parte resolutive de esta laudo arbitral se rechazará la tercera pretensión principal de la demanda encaminada a declarar que el contrato de concesión no ha terminado; todo lo anterior sin perjuicio de evaluar si la utilización de la cláusula correspondiente fue abusiva o no y por tanto, si Concesa, S.A. se halla obligada a reparar los daños y perjuicios causados y probados.

## **6. El cumplimiento de las cláusulas cuyo abuso se demanda.**

El tribunal considera conveniente usar su facultad de interpretación para dar un alcance lógico a las pretensiones condenatorias que persiguen, en asocio con parte de la pretensión principal primera, la indemnización de los perjuicios por el incumplimiento del contrato, interpretación que, como lo dice la Corte Suprema de Justicia, “es una labor que debe emprender el juez para desentrañar el querer del demandante, querer que está ahí, implícito en el libelo, pero que no se muestra claro o coherente” (Casación Civil, 3º de noviembre de 1994, M.P. Héctor Marín Naranjo). En otra oportunidad, la misma Corte fue aún más enfática, al sostener lo siguiente: “Cuando la demanda genitora del proceso sea oscura, imprecisa o vaga, gravita sobre el juzgador, **no una mera potestad de interpretarla, sino el deber de hacerlo**, por supuesto dentro de los límites establecidos en la ley con miras a precisar sus verdaderos alcances, **labor a la que solo pueda (sic) sustraerse** cuando la confusión sea de tal magnitud que, pese a sus esfuerzos, no logre desentrañar los alcances sin alterar el contenido objetivo, pues es obvio que en tal caso, en lugar de cumplir con su cometido, estaría sustituyendo la voluntad del demandante y trocando a su antojo el objeto del litigio” (Casación Civil, 17 de abril de 1998, M.P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Negrillas fuera del texto).

Así las cosas, este tribunal entiende que se persigue la indemnización de perjuicios, fruto del ejercicio abusivo de las cláusulas del contrato que permitían a Concesa S.A., por una parte la modificación unilateral del porcentaje de ventas como remuneración del concedente y, por otra parte, la terminación unilateral del contrato.

En la misma pretensión primera el actor plantea el ejercicio abusivo del derecho que Concesa, S.A. llevó a cabo de las cláusulas que contemplan la modificación unilateral del porcentaje y de terminación unilateral del contrato.

Está plenamente demostrado en el proceso que Concesa, S.A. procedió deslealmente durante la ejecución del contrato de concesión, faltando a la buena fe que le impone la ley a los contratantes (C.C., art. 1603 y C. de Co., art. 871).

El tribunal desea destacar el reprochable y censurable proceder que observó Concesa S.A. al dar por terminado el contrato de concesión y obtener el retiro de Herpaty Ltda., de los puntos de venta en que hallaba cuando recibió la comunicación correspondiente, para luego sustituirla en ellos por la firma Colega Ltda., empresa esta formada por accionistas de Concesa S.A. y parientes de estos, para confirmar lo cual basta con transcribir el interrogatorio de parte del representante legal de la convocada, señor Francisco Omar García Ferro, quien preguntado por el tribunal:

“por favor diga al despacho si es verdad que los accionistas de Concesa S.A. con sus parientes a través de una sociedad denominada Colega Ltda. Siguieron explotando la misma actividad comercial de Herpaty Ltda. en los puntos que Concesa S.A. le había concesionado”.

Respondió:

“esta sociedad sí reemplazó a Herpaty en algunos puntos de los que él tenía y también cubrió la necesidad de Concesa en otros almacenes donde Herpaty no quiso entrar como concesionario”; también agregó el representante

legal de Concesa a pregunta acerca de si existía relación entre los socios de Concesa S. A. y Colega Ltda.: “sí hay socios que son parientes de algunos de los socios de Concesa”.

Igualmente, obra en el expediente la respuesta de la señora Erika Villate Morales persona que trabajó en el punto de venta de Fusagasuga quien a la pregunta de: “sabe si la concesión de Herpaty fue reemplazada por alguna otra que se dedicó al mismo tipo de negocio?”; respondió:

“Sí señor fue la marca Colega, que son unos socios que son los mismos de la concesión de Concesa, ellos están manejando las mismas marcas, están manejando Pat Primo, están manejando Gef, Punto Blanco, Elite, Maratón”; preguntada la testigo si tenía conocimiento acerca de si los socios o dueños de Colega Ltda. tienen vínculos con la sociedad Concesa S.A.

Respondió:

“sí claro, está la hija de don Omar, está un primo de doña Amanda, son familiares, que la cuñada, que el esposo de la otra señora, sí hay vínculos familiares dentro de la sociedad”.

Así mismo, obra en el expediente el testimonio de Janneth Mercedes Ramírez García quien se desempeñó como empleada de Herpaty en el punto de venta en la ciudad de Tunja y luego trabajó a ordenes de la sociedad Colega Ltda. en la misma ciudad, quien sobre el tema que nos ocupa expresó:

“Básicamente comencé la relación en Tunja, como empleada de Herpaty Ltda. el almacén en Tunja se acababa supuestamente, pero no fue así, hicieron fue un traslado de local. A mi me vincularon después con Concesa pero obviamente tenía que ser prudente hasta cortar la relación con Herpaty para poder a ingresar a trabajar con Concesa, no decirle a ellos que el almacén en Tunja no terminaba sino que realmente seguía, se acababa era la concesión Herpaty”.

“Inicialmente Herpaty siempre llevó el primer puesto en ventas a nivel concesiones por la variedad de los productos, por la calidad de los producto, entonces en lo que yo trabajé con ellos siempre llevábamos el primer lugar. Ya vino Colega a reemplazar a Herpaty en la parte del cambio de almacén al que me refiero, no cambio de almacén sino cambio de local, Colega llegó con la misma línea que trabajaba Herpaty, exactamente los mismos productos, las mismas marcas. Yo empecé a trabajar con Concesa Colega y a la fecha no me encuentro trabajando con ellos porque ese es otro tema, pero las ventas siguieron similares a las que manejaba Herpaty, el producto sale super bien, se maneja lo mismo”.

Preguntada la misma testigo sobre su conocimiento acerca de los socios o dueños de Colega Ltda. contestó:

“cuando se presentó la vinculación a Colega, la señora Marlen Abril, administradora de Tunja, me informó que la persona jefe de Colega era el señor León, el apellido es complicado, él es uno de los principales socios de Concesa. Me dejaron en Colega por la trayectoria que yo tenía de Herpaty de manejo de la mercancía, nunca tuve ningún problema de inventarios, de descuadre, nada, por eso me dejaron continuar con ellos, para montar nuevamente el punto por el traslado que me refiero, de local, y por el manejo que yo tenía con la mercancía, por la experiencia que yo tenía y mi jefe directo. era el señor León, que es socio de Concesa porque se me recomendó mucho; incluso la señora Amanda me recomendó que a él no se le podía fallar porque el era una persona muy importante dentro de la organización”.

Por último, también se recepcionó el testimonio de la señora Adriana Rincón Ramírez quien trabajó para Herpaty en los puntos de venta de los barrios Venecia y Restrepo en Bogotá, testigo que sobre esta misma temática respondió:

“Eso como son varios puntos, lo que decía el señor, el primero que nos quitaron fue Plaza de las Américas, entonces uno averiguaba y quien ocupó allá el espacio?, una concesión que se llama Colega entonces uno va a mirar y manejaban exactamente los mismos productos, que ya sabíamos que nos iba a pasar con el tiempo cuando nos retiraran de los otros almacenes o en sí en el que yo estaba, que fue Restrepo”.

Solicitada para que precisará a quienes se refería, respondió: “Colega”; preguntada “usted dijo siguieron vendiendo

ellos, o ellos mismos, quiénes son ellos mismos?” respondió: “eso si ellos pertenecen a socios de Paguemenos que son Colega, ellos manejan diferentes mercancías y manejan las que nosotros manejábamos”.

Resulta entonces ostensible, dada la perfecta coincidencia de respuestas en los tres testimonios, que la sociedad Concesa S.A. sustituyó en los puntos de venta a la sociedad Herpaty Ltda., a través de la sociedad Colega Ltda., tomando para sí la misma actividad comercial e idéntico género de ropa que esta vendía; estos tres testimonios coincidentes ratifican la confesión efectuada por el representante legal de Concesa S.A., quien reconoció explícitamente esta circunstancia en la respuesta que anteriormente se transcribió.

Se trata de una actitud abusiva e inadecuada de Concesa S.A. que resulta objetable e inadmisible para el tribunal, dado que constituye una verdadera usurpación de los derechos y prerrogativas de Herpaty Ltda., pues con su retiro de los distintos puntos de venta lo que hizo Concesa S.A. fue apoderarse de los espacios otorgados, obtener las líneas y marcas de distribución con que contaba Herpaty Ltda. y asegurarse la clientela que ya frecuentaba y adquiriría los productos que Herpaty comercializaba, razón por la que el tribunal condenará a la convocada al pago de los perjuicios correspondientes.

En cuanto a la variación del porcentaje de renumeración a favor de la concedente, estima el tribunal que el uso de dicha cláusula por parte de Concesa S.A. se alejó radicalmente de lo preceptuado en el contrato, pues allí lo normado era que solo ante la ocurrencia de alteraciones económicas que afectaran sensiblemente los costos de operación del establecimiento se podría acudir a este mecanismo; sin embargo no solo no se demostró la ocurrencia del evento exigido, sino que las comunicaciones en que se notifican los incrementos cuestionados resultan desprovistas de elementos de convicción al respecto, llegándose al extremo de invocar el argumento de autoridad desprendido de la decisión del órgano directivo de Concesa S.A. como única razón desnuda de verdaderos motivos serios y estimables que pudieran brindar un mínimo de presentación contractual y legal a la decisión en comento. Así, se aprecia en la comunicación obrante a folio 14 del cuaderno de pruebas, la que suscrita por el presidente de la junta directiva y el director operativo de Concesa, le notifica a Herpaty Ltda.:

“Debido a la difícil situación económica que se refleja en los altos costos operativos para la empresa, y con el propósito de garantizar un eficiente manejo de los almacenes y el pago cumplido, la junta directiva de la empresa aprobó incrementar la contraprestación de su concesión del 16% al 18% a partir el de junio del presente año en Bogotá, Fusagasuga y del 14% al 16% en Tunja”.

También figura en el expediente a folio 15 del cuaderno de pruebas la comunicación en que el director operativo de Concesa le informa a Herpaty Ltda. de un incremento que supone pasar del 16% al 26%, lo que resulta extraordinariamente gravoso, comunicación que señala:

“Atentamente le informamos que a partir del 1º de agosto del año en curso las empleadas del almacén Paguemenos en Tunja estarán a cargo de Concesa, para lo cual el concesionario pagará una contraprestación del 26% sobre el total de ventas netas”.

El motivo invocado constituye un verdadero pretexto para el tribunal, pues la vinculación de un empleado a la nómina de Concesa S.A., nunca alcanzaría a representar la necesidad de un incremento de 16% al 26% de remuneración a favor de la concedente.

#### **A. Perjuicios sufridos por la convocante.**

Pues bien, siendo claro que las decisiones de Concesa de modificar unilateralmente el porcentaje de remuneración y de dar por terminado el contrato en la forma como lo hizo y tomando en consideración la verdadera finalidad que la animaba para ello, todo lo cual constituyó un proceder arbitrario, abusivo y por consiguiente impropio, es obvio que dicha conducta no es de recibo dentro de un sistema legal como el que impera entre nosotros, sino que, además, ha generado un franco desequilibrio en la relación contractual que unía a Concesa S.A. con la convocante; desequilibrio que en opinión de esta, se tradujo en un perjuicio patrimonial que hubo de soportar y que la condujo a reclamar el pago de un monto a título de indemnización.

Los perjuicios de que se viene hablando se hallan ubicados dentro del tema de la responsabilidad civil, más precisamente, dentro de la responsabilidad civil contractual.

## **A.1. Noción general de perjuicio**

El perjuicio es el daño, menoscabo, detrimento o lesión que sufre el titular del patrimonio; por la conducta o acto impropio de otros.

Quien actúa impropriamente y causa daño debe responder; alrededor de esta situación nace la teoría de la responsabilidad civil, sobre la cual el tratadista Guillermo Ospina Fernández explica:

“Esta responsabilidad se funda en el máximo postulado del derecho, cual es el de no perjudicar a otro injustamente y que se traduce en el deber que pesa sobre toda persona, por el hecho de vivir en sociedad, de observar una conducta prudente y cuidadosa para que en el ejercicio de sus numerosas actividades y de sus derechos, no lesione injustamente a otro; deber que incluye el leal y diligente cumplimiento de las obligaciones concretas, voluntariamente contraídas o impuestas por la ley. La violación de este deber compromete la responsabilidad del agente y le acarrea, en consecuencia, la obligación de indemnizar los daños causados”<sup>(20)</sup>.

Así, quien causa daño o perjuicio a otro porque no observa una conducta prudente y cuidadosa o porque no es leal y diligente en el cumplimiento de las obligaciones concretas ya sean estas voluntariamente contraídas o impuestas por la ley, debe proceder a reparar el daño o perjuicio ocasionado.

En este caso nos referimos a los perjuicios materiales que se contraen al daño que puede sufrir el patrimonio económico del lesionado; por tanto convergen hacia los derechos patrimoniales de este. Los perjuicios materiales tienen un doble componente: el daño emergente y el lucro cesante.

Por daño emergente se entiende, de conformidad con el artículo 1614 del Código Civil, la pérdida o disminución patrimonial. El lucro cesante constituye, según el mencionado texto legal, la ganancia o provecho que deja de reportarse.

El daño, en el caso de autos, se hace ver por la convocante como la situación contractual en que Herpaty Ltda. venía cumpliendo con sus obligaciones contractuales frente a Concesa S.A., que en forma intempestiva y sin esgrimir razón seria alguna, modifica el porcentaje de remuneración estipulado en su favor por una parte y por otra parte notifica, mas adelante, la terminación unilateral del contrato y con ello inexplicablemente se esfuma la posibilidad de continuar efectuado las ventas propias de la concesión, con lo cual, la razonable perspectiva de obtener durante la vigencia del contrato unas utilidades, de repente y sin previo aviso desapareció también.

Entonces el daño consistió en la disminución de las utilidades como fruto de la modificación arbitraria del porcentaje de la remuneración de la concedente (daño emergente) y por otra parte en que la posibilidad o perspectiva, la proyección o justa aspiración de la convocante de obtener utilidades durante la vigencia del contrato sorpresivamente cesó, con lo cual se lesionó el derecho que tenía y, consecuentemente, su propio patrimonio (lucro cesante).

En rigor jurídico, los perjuicios materiales que busca en su favor la convocante, debe entenderse como daño emergente y lucro cesante, esto es como la pérdida o disminución patrimonial por una parte, como consecuencia de la modificación del porcentaje es decir el daño emergente y, por otra parte, como lucro cesante, es decir el provecho o ganancia que dejó de percibir, durante la vigencia del contrato como consecuencia de la terminación del contrato decidida abusivamente por Concesa S.A.

## **A. 2. Relación de causalidad entre la conducta de la convocada y el daño acaecido.**

Tal relación queda integrada de la siguiente manera: el primer extremo de la relación, esto es, la causa está conformada por el hecho de que Concesa S.A. haya utilizado el parágrafo segundo de la cláusula segunda del contrato para modificar unilateralmente el porcentaje de su remuneración sin que existieran en verdad alteraciones económicas que afectaran sensiblemente los costos de operación y que, posteriormente, se haya apoyado en la cláusula octava del contrato que permite la terminación unilateral del mismo, desnaturalizando dicha cláusula con su conducta la cual se demostró abusiva y desleal, para dar por terminado el contrato que había celebrado con la convocante, a fin de apoderarse directamente para sí del espacio concedido, de las líneas de confección que comercializaba y de la distribución de las marcas correspondientes.

En consonancia con lo argumentado, el tribunal condenará a lo solicitado en la primera pretensión condenatoria, para lo cual tasaré la suma correspondiente siguiendo lo señalado en el dictamen pericial rendido por la perito Gloria Zady Correa Palacio, quien al respecto consignó en el dictamen lo siguiente:

“La diferencia entre los ingresos de acuerdo con los contratos y lo facturado por Concesa S.A. y Paguemenos S.A., asciende a la suma de \$21.968.636, discriminado por cada uno de los puntos de ventas, así:

Punto de venta	Comisiones de acuerdo con lo facturado	Comisiones de acuerdo con los contratos	Diferencia
Chapinero	\$ 44.538.365	\$ 41.775.572	\$ 2.762.794
Plaza de las Américas	\$ 23.133.332	\$ 23.437.155	\$ -303.822
Bulevar Niza	\$ 9.223.633	\$ 9.241.430	\$ -17.797
Restrepo	\$ 60.824.683	\$ 57.236.870	\$ 3.587.813
Venecia	\$ 47.810.613	\$ 45.259.108	\$ 2.551.505
Fusagasuga	\$120.216.872	\$112.164.879	\$ 8.051.992
Tunja	\$ 26.417.644	\$ 21.081.493	\$ 5.336.151,
Total	\$332.165.144	\$310.196.5°8	\$21.968.636

Fuente: Contratos firmados entre Herpaty Ltda., y Concesa S.A. Contabilidad Herpaty Ltda., documentos que soportan los registros contables.

Ver cálculo de la diferencia por cada una de las facturas y por punto de venta en el anexo 4.

Dicha diferencia se obtiene de la comparación entre el total facturado v. el total liquidado de acuerdo con los contratos suscritos entre Herpaty Ltda. y Concesa S.A., así:

Facturado: de acuerdo con los registros contables, la contraprestación por la concesión, fue contabilizada como comisiones; dichos registros contables se hacían con base en las facturas presentadas por Concesa S.A., y Paguemenos S.A., en forma mensual.

Para los puntos de venta de Bulevar Niza, Chapinero, Venecia, Restrepo, Fusagasuga y Tunja, Concesa S.A. enviaba una factura donde cada mes relacionaba el monto de las ventas para cada uno de estos puntos de venta y liquidaba la respectiva comisión. Para el punto de venta de Plaza de las Américas, la factura era emitida por Almacenes Paguemenos S.A. de la ciudad de Medellín, esto es, en una factura diferente a la de los otros puntos de venta”.

El tribunal excluirá de la relación efectuada por la señora perito las cifras correspondientes a los puntos de venta de Bulevar Niza y Plaza de las Américas por las siguientes razones:

a) **Punto de Bulevar Niza:** acerca de este punto de venta la parte convocante no solicitó ningún tipo de condena, pues las pretensiones condenatorias debidamente individualizadas desde el numeral primero hasta el numeral noveno de la demanda únicamente cobijan los puntos de venta de Plaza de las Américas (N° 3), Chapinero (N° 4), Venecia (N° 5), Restrepo (N° 6), Tunja (N° 7) y Fusagasuga (N° 8), es decir que este punto de venta se excluyó deliberadamente de la demanda y el tribunal entiende que resulta lógica y razonable esta omisión puesto que obra en el expediente, a folio 13 del cuaderno de pruebas el oficio en virtud del cual Concesa, S.A. informó a Herpaty Ltda. acerca de la devolución del local en que funcionaban todas las concesiones de Bulevar Niza, motivo por el cual la sociedad convocante no contravirtió dicha decisión y tampoco reseñó en los hechos de la demanda ninguna clase de censura o reclamo por su salida de este punto de venta, todo lo cual permite al tribunal abstenerse de proferir condena alguna respecto al punto de Bulevar Niza.

b) **Punto Plaza de las Américas:** acerca de la concesión ubicada en Plaza de las Américas advierte el tribunal que obra en el expediente, a folios 21 y 22 del cuaderno de pruebas, aportada por la sociedad convocante, una comunicación fechada febrero 18 de 2003, que halla suscrita por el representante legal de Herpaty Ltda., dirigida a Concesa S.A. en la cual se señala en numeral 2º de la misma lo siguiente: “2. Mediante compromiso con el señor Eugenio Gutman, presidente de la junta directiva de esa sociedad convinimos en aras de esa equidad la entrega del punto de venta en el almacén Plaza Américas como único punto de venta de devolución y adicionalmente no fuimos invitados a participar con un punto de venta en el almacén Ciudad Tunal”.

Adicionalmente a lo anterior, en el mismo escrito en el numeral 5º, consignó el representante legal de la convocante:

“5. Al momento de aceptar la entrega del punto Plaza de las Américas lo hicimos bajo dos premisas a saber: a) Las cuantiosas pérdidas que asumimos por lo precipitado de la decisión y b) La búsqueda de un acuerdo bipartito que nos generara alguna estabilidad en los demás puntos de venta”.

De los dos párrafos transcritos fluye inequívocamente que, si bien inicialmente Herpaty Ltda. Formuló reparos a la decisión de Concesa S.A., con posterioridad a los mismos formalizó un acuerdo con la convocada, en virtud del cual aceptó expresamente la entrega de la concesión ubicada en Plaza de las Américas, razón por la cual mal podría pretender obtener una indemnización por una decisión que fue explícitamente consentida por ella y que, por tanto, no le confiere derecho a formular reclamaciones que carecen de apoyo jurídico en este caso.

Amen de lo anterior existe la circunstancia de que, tal como lo señala la perito y lo ha manifestado el apoderado de la convocada, el responsable jurídico de la concesión por parte del concedente era la sociedad Almacenes Paguemenos S.A. de la ciudad de Medellín; no obstante al tribunal le basta con la argumentación traída en el párrafo anterior para descartar cualquier tipo de indemnización a favor de la convocante en relación con la concesión ubicada en el Centro Comercial Plaza de las Américas.

### **B. Primera pretensión condenatoria.**

Así las cosas, el tribunal entiende que al prosperar la reclamación de incumplimiento del contrato en los términos en que se ha interpretado la demanda, ello se traducen, en cuanto a la primera petición condenatoria que aquí se considera, en la condena que hará el tribunal en cabeza de Concesa S.A. y a favor de la sociedad Herpaty Ltda. al pago: (i) del valor correspondiente a la diferencia producida por el cobro del porcentaje modificado arbitrariamente a favor de la parte convocada respecto a la concesión ubicada en Chapinero, cuyo monto, demostrado pericialmente, asciende a dos millones setecientos sesenta y dos mil setecientos noventa y cuatro pesos (\$ 2.762.794); (ii) del valor correspondiente a la diferencia producida por el cobro del porcentaje modificado arbitrariamente a favor de la parte convocada respecto a la concesión ubicada en Restrepo, cuyo monto, demostrado pericialmente, asciende a tres millones quinientos ochenta y siete mil ochocientos trece pesos (\$ 3.587.813); (iii) del valor correspondiente a la diferencia producida por el cobro del porcentaje modificado arbitrariamente a favor de la parte convocada respecto a la concesión ubicada en Venecia, cuyo monto, demostrado pericialmente, asciende a dos millones quinientos cincuenta y un mil quinientos cinco pesos (\$ 2.551.505); (iv) del valor correspondiente a la diferencia producida por el cobro del porcentaje modificado arbitrariamente a favor de la parte convocada respecto a la concesión ubicada en Fusagasuga, cuyo monto, demostrado pericialmente, asciende a ocho millones cincuenta y un mil novecientos noventa y dos pesos (\$ 8.051.992); (y) del valor correspondiente a la diferencia producida por el cobro del porcentaje modificado arbitrariamente a favor de la parte convocada respecto a la concesión ubicada en Tunja, cuyo monto, demostrado pericialmente, asciende a cinco millones trescientos treinta y seis mil ciento cincuenta y un pesos (\$ 5.336.151).

### **C. Segunda pretensión condenatoria.**

Se solicita al tribunal el reconocimiento de nueve millones de pesos (\$ 9.000.000) como suma correspondiente a la indemnización que tuvo que cancelar la convocante a sus trabajadores por la terminación anticipada de los correspondientes contratos laborales, consecuencia esta que habría sobrevenido como fruto de la conducta abusiva de Concesa S.A.

Sobre este particular el tribunal precisa que acerca de esta reclamación no existe prueba alguna, ni de carácter documental, ni de carácter testimonial, que pudiera brindar soporte o fundamento a la pretensión analizada; por el contrario, existe prueba adversa a lo pretendido cuando en el peritazgo practicado, la perito Gloria Zady Correa determinó, a folio 102 del cuaderno de pruebas:

“De acuerdo con la contabilidad de Herpaty Ltda., no aparece ningún registro que dé cuenta del pago de indemnizaciones a trabajadores”.

Tampoco el apoderado de la convocante hizo mención alguna a esta pretensión en el alegato de conclusión que presentara, todo lo cual conduce al tribunal a despachar desfavorablemente esta pretensión, habida cuenta de la inexistencia de prueba alguna a favor de la misma.

En consecuencia la pretensión condenatoria marcada con el número 2 no prosperará.

#### **D. Tercera pretensión condenatoria.**

En esta pretensión la convocante pide el reconocimiento de la indemnización correspondiente a la terminación unilateral del contrato de concesión referido al punto de venta ubicado en el Centro Comercial Plaza de las Américas local 1816.

A este respecto el tribunal reitera la posición ya expresada anteriormente la cual repite aquí, para mayor claridad, conforme a la cual el tribunal advierte que obra en el expediente, a folios 21 y 22 del cuaderno de pruebas, aportada por la sociedad convocante, una comunicación fechada febrero 18 de 2003, que halla suscrita por el representante legal de Herpaty Ltda., dirigida a Concesa S.A. en la cual se señala en numeral 2° de la misma lo siguiente: “2. Mediante compromiso con el señor Eugenio Gutman, presidente de la junta directiva de esa sociedad convinimos en aras de esa equidad la entrega del punto de venta en el almacén Plaza Américas como único punto de venta de devolución y adicionalmente no fuimos invitados a participar con un punto de venta en el almacén Ciudad Tunal”.

Adicionalmente a lo anterior, en el mismo escrito en el numeral 5°, consignó el representante legal de la convocante:

“5. Al momento de aceptar la entrega del punto Plaza de las Américas lo hicimos bajo dos premisas a saber: a) Las cuantiosas pérdidas que asumimos por lo precipitado de la decisión y b) La búsqueda de un acuerdo bipartito que nos generara alguna estabilidad en los demás puntos de venta”.

De los dos párrafos transcritos fluye inequívocamente que, si bien inicialmente Herpaty Ltda. Formuló reparos a la decisión de Concesa S.A., con posterioridad a los mismos formalizó un acuerdo con la convocada, en virtud del cual aceptó expresamente la entrega de la concesión ubicada en Plaza de las Américas, razón por la cual mal podría pretender obtener una indemnización por una decisión que fue explícitamente consentida por ella y que, por tanto, no le confiere derecho a formular reclamaciones que carecen de apoyo jurídico en este caso.

Además de lo anterior, tal como ya se había reseñado por el tribunal, tanto la perito designada como el apoderado de la convocada habían expresado que el responsable jurídico de la concesión por parte del concedente era la sociedad Almacenes Paguemenos S.A. de la ciudad de Medellín; empero, el tribunal entiende que con la argumentación invocada anteriormente es suficiente para rechazar cualquier tipo de indemnización a favor de la convocante en relación con la concesión ubicada en el Centro Comercial Plaza de las Américas.

Por consiguiente, la pretensión condenatoria marcada bajo el número 3 será igualmente negada, sin necesidad de explicaciones adicionales.

#### **E. Cuarta pretensión condenatoria.**

La convocante solicita la indemnización correspondiente a la terminación unilateral del contrato de concesión que la vinculaba con Concesa, S.A. en el punto de venta ubicado en Chapinero, a partir del 11 de febrero de 2003, hasta cuando se le restituya el usufructo de dicho espacio, según reza la demanda.

Para resolver esta petición, el tribunal se remite a las consideraciones anteriormente efectuadas, particularmente las que se consignaron en el numeral 6° bajo el título: El cumplimiento de las cláusulas cuyo abuso se demanda, en tanto entiende que en este caso la parte convocante está planteando, como consecuencia del ejercicio abusivo de la cláusula de terminación allí analizado, la condena a los perjuicios desprendidos de dicha conducta de Concesa S.A., sobre lo cual el pronunciamiento arbitral es favorable a los intereses de la convocante, con la precisión en el tiempo y en el cómputo de los perjuicios que seguidamente se efectuará.

La parte convocante pretende que la condena se extienda hasta el momento en que se restituya el usufructo del punto de venta, sobre lo cual el tribunal expresa su negativa a prolongar el término de cómputo de la indemnización mas allá del vencimiento del contrato. En efecto el tribunal destaca que el contrato celebrado entre las partes contempla un término de duración de un año a partir de la suscripción del mismo; en la cláusula tercera del citado documento se lee:

“Duración. El término de duración del presente contrato es de un (1) año, contado a partir de la firma del presente documento”.

Conforme al principio tantas veces mencionado, de la autonomía de la voluntad privada, los particulares pueden regular sus intereses patrimoniales y en este caso lo hicieron a través del contrato de concesión, fijando un término de vigencia al mismo, que estipularon en un año, razón por la cual el tribunal no puede reconocer un lucro cesante que exceda de dicho término, pues ello equivaldría a convertir el contrato de concesión celebrado en un contrato a termino indefinido, lo que constituye una indebida intromisión del tribunal en la órbita jurídica de los contendientes pues con ello se violaría el contrato ajustado entre las partes y, de contera, se vulneraría flagrantemente la ley mercantil que tutela expresamente dicha autonomía.

En consonancia con la reflexión anterior el tribunal limitará la condena a perjuicios materiales-lucro cesante- hasta la fecha de vencimiento del término pactado, que en la presente pretensión condenatoria es el 1° de diciembre de 2004.

Conforme al dictamen pericial, a folios 118 y 160 del cuaderno de pruebas, la utilidad promedio mensual en el punto de concesión de Chapinero ascendía a la suma de un millón setecientos cuarenta y cinco mil doscientos noventa y un pesos (\$ 1.745.291) que multiplicado por los nueve meses y diecinueve días que restaban para concluir el contrato arroja un total de dieciséis millones ochocientos doce mil novecientos setenta pesos (\$ 16.812.970), suma que el tribunal reconocerá a favor de Herpaty Ltda. a título de lucro cesante por la terminación unilateral injustificada del contrato de concesión referente al punto de venta situado en Chapinero.

#### **F. Quinta pretensión condenatoria.**

La convocante solicita la indemnización correspondiente a la terminación unilateral del contrato de concesión que la vinculaba con Concesa, S.A. en el punto de venta ubicado en Venecia, a partir del 20 de enero de 2004, hasta cuando se le restituya el usufructo de dicho espacio, según reza la demanda.

Para resolver esta petición, el tribunal, de nuevo, se remite a las consideraciones anteriormente efectuadas, particularmente las que se consignaron en el numeral 6° bajo el título: el cumplimiento de las cláusulas cuyo abuso se demanda, en tanto entiende que en este caso la parte convocante está planteando, como consecuencia del ejercicio abusivo de la cláusula de terminación allí analizado, la condena a los perjuicios desprendidos de dicha conducta de Concesa S.A., sobre lo cual el pronunciamiento arbitral es favorable a los intereses de la convocante, con la precisión en el tiempo y en el cómputo de los perjuicios que seguidamente se efectuará.

Como en el caso de la pretensión anterior, el tribunal limitará la condena hasta la fecha del vencimiento del contrato, por las razones ya explicadas, de tal forma que el cómputo del lucro cesante se extenderá hasta el 1° de diciembre de 2004.

Conforme al dictamen pericial, a folios 118 y 160 del cuaderno de pruebas, la utilidad promedio mensual en el punto de concesión de Venecia ascendía a la suma de un millón cuatrocientos cuarenta y cuatro mil quinientos once pesos (\$ 1.444.511) que multiplicado por diez meses y diez días que restaban para concluir el contrato arroja un total de catorce millones novecientos veintiséis mil seiscientos trece pesos (\$ 14.926.613), suma que el tribunal

reconocerá a favor de Herpaty Ltda. a título de lucro cesante por la terminación unilateral injustificada del contrato de concesión referente al punto de venta situado en Venecia.

#### **G. Sexta pretensión condenatoria.**

La convocante solicita la indemnización correspondiente a la terminación unilateral del contrato de concesión que la vinculaba con Concesa S.A. en el punto de venta ubicado en Restrepo, a partir del 20 de enero de 2004, hasta cuando se le restituya el usufructo de dicho espacio, según reza la demanda.

Para resolver esta petición, el tribunal, de nuevo, se remite a las consideraciones anteriormente efectuadas, particularmente las que se consignaron en el numeral 6° bajo el título: el cumplimiento de las cláusulas cuyo abuso se demanda, en tanto entiende que en este caso la parte convocante está planteando, como consecuencia del ejercicio abusivo de la cláusula de terminación allí analizado, la condena a los perjuicios desprendidos de dicha conducta de Concesa S.A., sobre lo cual el pronunciamiento arbitral es favorable a los intereses de la convocante, con la precisión en el tiempo y en el cómputo de los perjuicios que seguidamente se efectuará.

Como en el caso de la pretensión anterior el tribunal limitará la condena hasta la fecha del vencimiento del contrato, por las razones ya explicadas, de tal forma que el cómputo del lucro cesante se extenderá hasta el 1° de diciembre de 2004.

Conforme al dictamen pericial, a folios 118 y 160 del cuaderno de pruebas, la utilidad promedio mensual en el punto de concesión de Restrepo ascendía a la suma de un millón setecientos noventa y ocho mil ciento trece pesos (\$ 1.798.113) que multiplicado por diez meses y diez días que restaban para concluir el contrato arroja un total de dieciocho millones quinientos ochenta mil quinientos un pesos (\$ 18.580.501), suma que el tribunal reconocerá a favor de Herpaty Ltda. a título de lucro cesante por la terminación unilateral injustificada del contrato de concesión referente al punto de venta situado en Restrepo.

#### **H. Séptima pretensión condenatoria.**

La convocante solicita la indemnización correspondiente a la terminación unilateral del contrato de concesión que la vinculaba con Concesa, S.A. en el punto de venta ubicado en Tunja, a partir del 20 de enero de 2004, hasta cuando se le restituya el usufructo de dicho espacio, según reza la demanda.

Para resolver esta petición, el tribunal, de nuevo, se remite a las consideraciones anteriormente efectuadas, particularmente las que se consignaron en el numeral 6° bajo el título: el cumplimiento de las cláusulas cuyo abuso se demanda, en tanto entiende que en este caso la parte convocante está planteando, como consecuencia del ejercicio abusivo de la cláusula de terminación allí analizado, la condena a los perjuicios desprendidos de dicha conducta de Concesa S.A., sobre lo cual el pronunciamiento arbitral es favorable a los intereses de la convocante, con la precisión en el tiempo y en el cómputo de los perjuicios que seguidamente se efectuará.

Como en el caso de la pretensión anterior el tribunal limitará la condena hasta la fecha del vencimiento del contrato, por las razones ya explicadas, de tal forma que el cómputo del lucro cesante se extenderá hasta el 1° de diciembre de 2004.

Conforme al dictamen pericial, a folios 118 y 160 del cuaderno de pruebas, la utilidad promedio mensual en el punto de concesión de Tunja ascendía a la suma de setecientos cuarenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y un pesos (\$ 744.461) que multiplicado por diez meses y diez días que restaban para concluir el contrato arroja un total de siete millones seiscientos noventa y dos mil seiscientos sesenta y tres pesos (\$ 7.692.763), suma que el tribunal reconocerá a favor de Herpaty Ltda. a título de lucro cesante por la terminación unilateral injustificada del contrato de concesión referente al punto de venta situado en Tunja.

#### **I. Octava pretensión condenatoria.**

La convocante solicita la indemnización correspondiente a la terminación unilateral del contrato de concesión que la vinculaba con Concesa, S.A. en el punto de venta ubicado en Fusagasuga, a partir del 20 de enero de 2004, hasta cuando se le restituya el usufructo de dicho espacio, según reza la demanda.

Para resolver esta petición, el tribunal, de nuevo, se remite a las consideraciones anteriormente efectuadas, particularmente las que se consignaron en el numeral 6° bajo el título: el cumplimiento de las cláusulas cuyo abuso se demanda, en tanto entiende que en este caso la parte convocante está planteando, como consecuencia del ejercicio abusivo de la cláusula de terminación allí analizado, la condena a los perjuicios desprendidos de dicha conducta de Concesa S.A., sobre lo cual el pronunciamiento arbitral es favorable a los intereses de la convocante, con la precisión en el tiempo y en el cómputo de los perjuicios que seguidamente se efectuará.

Como en el caso de la pretensión anterior el tribunal limitará la condena hasta la fecha del vencimiento del contrato, por las razones ya explicadas, de tal forma que el cómputo del lucro cesante se extenderá hasta el 1° de diciembre de 2004.

Conforme al dictamen pericial, a folios 118 y 160 del cuaderno de pruebas, la utilidad promedio mensual en el punto de concesión de Fusagasugá ascendía a la suma de tres millones ochocientos ocho mil trescientos seis pesos (\$ 3.808.306) que multiplicado por diez meses y diez días que restaban para concluir el contrato arroja un total de treinta y nueve millones trescientos cincuenta y dos mil cuatrocientos noventa y cinco pesos (\$ 39.352.495), suma que el tribunal reconocerá a favor de Herpaty Ltda. a título de lucro cesante por la terminación unilateral injustificada del contrato de concesión referente al punto de venta situado en Fusagasugá.

### **3. Novena pretensión condenatoria.**

Se pide al tribunal, por último, que se restituya a la convocante a título de arrendamiento o, en subsidio, de concesión los espacios o puntos de venta de que fue desvinculada por la sociedad convocada.

Al respecto el tribunal no encuentra razones de orden jurídico-legal que le permitan la adopción de una decisión como la que nos ocupa; antes bien el tribunal reitera aquí su negativa a dar aplicación a las normas que la ley mercantil trae para el arrendamiento de los establecimientos de comercio y reafirma su entendimiento del contrato de concesión mercantil como un contrato distinto al del arrendamiento, con características y especificidad propias que reclama su propio ámbito de autonomía, a pesar de la carencia de regulación legal de que adolece.

En cuanto a la restitución a título de concesión, el tribunal confirma, de nuevo, que el contrato se halla terminado legalmente, en ejercicio de una atribución que las partes se confirieron recíprocamente, razón por la que no es dable acceder a lo solicitado.

Sin necesidad de abundar en el punto, el tribunal concluye la denegación de la novena y última pretensión condenatoria.

### **7. Excepciones propuestas por la sociedad convocada.**

Han quedado ya consignadas, al efectuar el análisis de las pretensiones elevadas, los elementos pertinentes para sustentar el pronunciamiento del tribunal sobre las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada, las cuales se reseñaron en el tercer capítulo de esta providencia.

Así, con apoyo en las consideraciones ya expresadas, basta con reiterar que el tribunal desecha la excepción de “legalidad en la terminación del contrato”. En efecto, se han presentado ya los argumentos conforme a los cuales el contrato fue abusivamente terminado por Concesa S.A., de forma tal que al extinguirse el vínculo jurídico que ligaba a las partes se generó la obligación de indemnizar los perjuicios correspondientes.

En lo referente a la excepción denominada “legalidad del contrato de concesión mercantil”, esta fue aceptada y se rechazaron las pretensiones que aspiraban a la nulidad o ineficacia de varias de las principales cláusulas de dicho contrato.

### **8. Condena en costas.**

El tribunal en desarrollo de las normas procesales aplicables en esta materia (CPC, art. 392, cuyo texto fue modificado por L. 794/2003, art. 42) debe pronunciarse sobre la imposición de las costas del proceso, dado que existe norma imperativa que obliga a efectuar la regulación correspondiente.

En el presente caso la prosperidad de las pretensiones de la demanda fue solamente parcial, aunque tuvieron éxito la mitad de ellas, pues se aceptaron 6 de las condenatorias y se desestimaron 3 de las condenatorias, al igual que se rechazaron las 3 pretensiones principales, razón por la cual el tribunal considera pertinente condenar a la parte convocada a hacerse cargo del 65% de las costas de este proceso, incluyendo dentro de ellas el rubro de agencias en derecho, las cuales fija el tribunal, en su valor total, en cuantía equivalente a dos millones de pesos (\$ 2.000.000).

De las sumas a pagarse por este concepto y de los valores, en general, a los cuales se condena, deberá deducirse cualquier sobrante de las partidas previstas para gastos del tribunal y para la protocolización del expediente, cantidad que será entregada bajo recibo a la convocante e informada por secretaria de apoderado de Concesa S.A.; en el evento de que la suma disponible a la fecha no resulte suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente, el valor faltante deberá ser sufragado en un 35% por la parte convocante y en un 65% por la parte convocada.

Con apoyo en las consideraciones precedentes, se produce la siguiente liquidación:

Valor total gastos:

Honorarios árbitro único	\$ 4.209.372
Honorarios secretario	\$ 2.104.687.50
IVA de 16% aplicable a los dos rubros anteriores	\$ 1.010.250
Gastos de funcionamiento	\$ 982.000
Partida de protocolización y registro	\$ 900.000
Honorarios de la perito	\$ 1.500.000
Costos de la pericia	\$ 36.280
Subtotal	\$10.899.712.50
Agencias en derecho	\$ 2.000.000
Valor Total de las costas	\$ 12.899.712.50

#### **Costas a cargo de Concesa S.A.**

El 65% del valor total de las costas liquidadas, cuyo pago corresponderá a Concesa S.A., según lo definido por el tribunal, equivale a la suma de: ocho millones trescientos ochenta y cuatro mil ochocientos doce pesos con ochenta centavos (\$ 8.384.812.80).

En el evento de que la sociedad Concesa S.A. hubiese cancelado directamente a Herpaty Ltda. la suma equivalente al 50% de los honorarios, gastos y partida de protocolización y registro, de lo cual no existe evidencia documental en el expediente, la suma a pagar por concepto de costas ascendería a: tres millones setecientos tres mil noventa y seis pesos con ochenta centavos (\$ 3.703.096.80); el saldo a pagar, que se incorporará en la parte resolutive del laudo, corresponde a la suma de ocho millones trescientos ochenta y cuatro mil ochocientos doce pesos con ochenta centavos (\$ 8.384.812.80) y en caso de haber reembolsado a la convocante el 50% que le correspondía inicialmente asumir a Concesa S.A., le tocará cancelar tres millones setecientos tres mil noventa y seis pesos con ochenta centavos (\$ 3.703.096.80).

#### **VI. Decisión**

En mérito de las consideraciones que anteceden, el tribunal de arbitramento convocado para dirimir las controversias suscitadas entre el Herpaty y Sociedad de Concesionarios “Concesa”, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Con relación a la primera pretensión principal de la demanda declarar válidas las cláusulas primera, segunda y octava del contrato de concesión celebrado cuya nulidad o ineficacia se buscaba obtener por la convocante, por las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia; en consecuencia, declarar probada la excepción propuesta por Concesa S.A. de legalidad del contrato de concesión mercantil.

Segundo. Con relación a la segunda pretensión principal, negar la aplicación analógica solicitada en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva.

Tercero. Respecto a la tercera pretensión principal de la demanda, negarla en los términos, con el alcance y por las razones invocadas en la parte motiva.

Cuarto. Acerca de la primera pretensión condenatoria declarar que Concesa S.A. incumplió el contrato de concesión celebrado, en los términos explicados en la parte motiva, y condenar a Concesa S.A. al pago de la suma de veintidós millones doscientos noventa mil doscientos cincuenta y cinco pesos (\$ 22.290.255) por concepto de la modificación unilateral del porcentaje convenido en su favor.

Quinto. Negar las pretensiones condenatorias segunda, tercera y novena de la demanda presentada, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Sexto. Con relación a las pretensiones condenatorias cuarta, quinta, sexta, séptima y octava declarar que el contrato de concesión mercantil celebrado entre Concesa S.A. y Herpaty Ltda. terminó abusiva e injustamente y por tanto se desestima la excepción de legalidad en la terminación del contrato alegada por la sociedad convocada.

En consecuencia, el tribunal ordena a Concesa S.A., respecto a las mismas pretensiones, a pagar las sumas de dinero que a continuación se especifican, por los conceptos, en los términos y por las razones señaladas en la parte motiva:

1. \$ 16.812.970 por concepto de lucro cesante con ocasión de la terminación unilateral injustificada referente al punto de venta situado en Chapinero.

2. \$ 14.926.613 por concepto de lucro cesante con ocasión de la terminación unilateral injustificada referente al punto de venta situado en Venecia.

3. \$ 18.580.501 por concepto de lucro cesante con ocasión de la terminación unilateral injustificada referente al punto de venta situado en Restrepo.

4. \$ 7.692.763 por concepto de lucro cesante con ocasión de la terminación unilateral injustificada referente al punto de venta situado en Tunja.

5. \$ 39.352.495 por concepto de lucro cesante con ocasión de la terminación unilateral injustificada referente al punto de venta situado en Fusagasuga.

Séptimo. Condenar a Concesa S.A. a pagar, a la ejecutoria de este laudo, por concepto de costas del proceso, según liquidación efectuada en la parte motiva, la suma de ocho millones trescientos ochenta y cuatro mil ochocientos doce pesos con ochenta centavos (\$8.384.812.80) y en caso de haber reembolsado a la convocante el 50% que le correspondía inicialmente asumir a Concesa, S.A. le tocará cancelar tres millones setecientos tres mil noventa y seis pesos con ochenta centavos (\$3.703.096.80) pago que se hará a favor de la sociedad Herpaty Ltda.

Octavo. Ordenar que por secretaría se expida copia auténtica de este laudo para cada una de las partes.

Noveno. Ordenar que, en su oportunidad, se protocolice el expediente en una notaría de círculo de Bogotá.

Esta providencia queda notificada en estrados.

*Edgar Garzón Saboya, árbitro.*

*Antonio Pabón Santander, secretario.*

---