

Una aproximación al contrato de concesión de espacio y sus diferencias con el contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

**UNA APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE CONCESIÓN DE ESPACIO Y SUS
DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO**

AMALIA GIRALDO HOYOS

UNIVERSIDAD PONTIFICA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN

2019

Una aproximación al contrato de concesión de espacio y sus diferencias con el contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

UNA APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE CONCESIÓN DE ESPACIO Y SUS DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

AMALIA GIRALDO HOYOS

Trabajo de grado para optar por el título de abogado

Asesor

HERNÁN VÉLEZ VÉLEZ

Abogado

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

FACULTAD DE DERECHO

DERECHO

MEDELLÍN

2019

CONTENIDO

1. Introducción	5
2. Experiencia laboral	7
3. El contrato de concesión de espacio y sus características	9
4. Diferencia del contrato de concesión de espacio y el contrato de arrendamiento	17
5. Posición del autor	19
6. Conclusiones.....	20

Una aproximación al contrato de concesión de espacio y sus diferencias con el contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

Resumen

El contrato de concesión de espacio es una institución que en Colombia ha sido muy controversial, ya que no se encuentra tipificada dentro el ordenamiento jurídico y, por tanto. Además, el desarrollo que ha tenido este en Colombia ha sido jurisprudencial y doctrinal. Es una figura que, al ser atípica, sus vacíos buscan ser interpretados de distintas maneras, y existe una fina frontera con el contrato de arrendamiento de local comercial, dentro del cual aplican ciertos derechos que no se transfieren al contrato de concesión de espacio. Hoy en día, es cada vez más común encontrarnos con el uso del primer tipo de contrato.

Palabras claves

Contrato de concesión mercantil, contrato de arrendamiento, arbitraje, atipicidad, colaboración.

Abstract

The space concession contract is a highly controversial concept in Colombia since contracts statues do not define it and. Therefore, in Colombia, it has only been addressed by courts and legal studies. It is a concept whose legal gaps, due to the referred atypicality, are filled in many different ways. And there is a fine boundary between this concept and lease contract, in respect of which certain rights are applicable although they do not apply to the former contract. Nowadays, it is becoming more and more common to find space concession contracts.

Key words

Commercial concession contract, lease contract, arbitration, typicality, partnership contract.

Una aproximación al contrato de concesión de espacio y sus diferencias con el contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

1. Introducción

El contrato de concesión de espacio es una figura contractual que no encuentra regulación normativa dentro de la Ley colombiana. Por esta razón, ha sido objeto de continuos debates por parte de los distintos juristas, lo cual vemos reflejado en asuntos como su definición, tal y como lo veremos más adelante.

Igualmente, debido a su falta de legislación especial, ha sido principalmente la jurisprudencia arbitral y los doctrinantes quienes han desarrollado sus características, definición, objeto, finalidad del contrato, etc. En virtud de ello, veremos que este escrito se encuentra primordialmente basado en fallos arbitrales y escritos doctrinales, más que leyes o decisiones de la justicia ordinaria.

Por otro lado, su ausencia de definición en la Ley lleva a aquellos que aplican las normas, a interpretar y adaptar la concesión de espacio, conforme a los criterios de interpretación establecidos en Colombia, siendo uno de ellos la denominada “interpretación sistemática”, que la Corte Constitucional Colombiana la define de la siguiente manera:

“El método sistemático apela a encontrar el sentido de las disposiciones a partir de la comparación con otras normas que pertenecen al orden jurídico legal y que guardan relación con aquella” (Sentencia C-054, 2016).

En virtud de ello, siendo el contrato de arrendamiento, uno de los contratos con el que mayormente se asemeja la concesión mercantil y con el cual puede fácilmente confundirse esta figura, veremos cuáles son las principales diferencias con el mismo. Y, en el mismo orden de ideas, cuando existen vacíos en aquello pactado por las partes en un contrato de concesión de espacio, en ocasiones, se acude al contrato más cercano, que, en este caso, es el contrato de arrendamiento.

Una aproximación al contrato de concesión de espacio y sus diferencias con el contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

Pues bien: en este escrito que, por un lado, es una experiencia de práctica y, por el otro, es un ejercicio investigativo de revisión, veremos inicialmente cual ha sido la experiencia laboral del autor en el manejo de este tipo de contratos y las labores que se desempeñan. En un segundo momento, analizaremos el desarrollo que ha tenido el contrato en materia doctrinal y arbitral, cuáles son las características del contrato de concesión y sus diferencias con el arrendamiento. Finalmente, se esbozará nuestra posición frente al contrato de concesión de espacio, advirtiendo, de entrada, al lector, que su desarrollo a profundidad, perfectamente, puede ser objeto de otro ejercicio investigativo posterior.

Para este trabajo, se empleó un método analítico, por vía del cual se hizo un levantamiento de información, ante todo jurisprudencial, para luego contrastar conceptos y llegar a conclusiones. Es, pues, el resultado de una investigación cualitativa, basada en un método levantamiento de información de tipo documental.

2. Experiencia de la práctica

En la Universidad Pontificia Bolivariana, como requisito de grado posible, está la práctica empresarial seguida, luego, de un informe sobre lo vivido en ella. Aquí se procede a rendir este informe y, además, a efectuar unas consideraciones teóricas en torno a lo que aprendimos en dicha práctica.

Durante seis meses, tuvimos la oportunidad de realizar la práctica universitaria en una empresa llamada Incubik S.A.S, cuyo ámbito de ejercicio es el derecho inmobiliario, dentro del área comercial.

Es una empresa dedicada a la asesoría de compañías que construyen proyectos inmobiliarios (pero también de aquellos que ya están operando), principalmente de centros comerciales, en todo el proceso de contratación con los arrendatarios o concesionarios, así como los procesos de vinculaciones a las fiducias que administran los recursos del proyecto, al igual que brinda asesoría en la etapa de operación de los mismos.

La filosofía de nuestra empresa es preservar una buena relación con las marcas que entran a ser parte de los proyectos, razón por la cual procuramos mantener una comunicación amigable y pacífica con aquellas, y en caso de presentarse algún tipo de conflicto con ellas, o que decidan desistir del proyecto o terminar los contratos de manera anticipada, el primer filtro será llevar a cabo una reunión directamente con el arrendatario o concesionario con el fin de llegar a un posible acuerdo; luego de esto, habrá un intento de conciliación con nosotros, y en caso de no lograr un acuerdo en la conciliación, ya se remitirá el conflicto a una oficina de abogados externos que se dedican al litigio.

Una aproximación al contrato de concesión de espacio y sus diferencias con el contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

Dicha corporación cuenta con una experiencia de tres años, y anterior a ello, nuestra directora jurídica adquirió una experiencia de diez años en este campo, dentro de uno de los grupos más importantes en este tema, que es el Grupo Éxito.

En nuestra empresa, ostentamos el cargo de asistentes jurídicos, y junto con la directora jurídica, el jefe del área administrativa, la asistente administrativa y otro asistente jurídico, conformamos el equipo de trabajo. Dentro del cargo, se desempeñaron labores tales como: elaboración de contratos de concesión de espacio, elaboración de contratos de arrendamiento, elaboración de otrosíes, análisis de contratos, elaboración de comunicaciones de cobro de sanciones en los contratos por incumplimiento o desistimientos (de acuerdo con los análisis), elaboración de pagarés con sus respectivas cartas de instrucciones, gestión de contratos con los concesionarios u arrendatarios, elaboración de actas de comité, acompañamiento a las marcas en documentación requerida para las vinculaciones a las fiducias, en caso de que el proyecto sea administrado por aquellas.

Por otro lado, pudimos observar cuán diferente es la teoría de la práctica. Cuando comenzamos a trabajar, tenemos la convicción de que iremos a aplicar los conceptos que aprendemos en la universidad, en la vida real. Incluso, con un tema con el que tenemos un poco más cercanía, que son los contratos de arrendamiento. No obstante, el ejercicio de la profesión es algo diferente, donde se aprenden conceptos nuevos, donde más que el conocimiento, debemos saber aplicar las normas y conocer cada una de las tareas asignadas de manera detallada para ser ágiles en el desarrollo de aquellas. Pero, sobre todo, más que aplicación del derecho, en nuestro caso, se aprende a tener comunicación con las demás personas, ya que debemos mantener constantemente conversaciones con las marcas, desarrollar discursos con seguridad y en general, adquirir confianza en las labores que se desempeñan. Toma tiempo acostumbrarse a conocer los temas a fondo, especialmente debido a que la asesoría que brindamos es a varias compañías, con diferentes proyectos, y cada uno tiene alrededor de sesenta marcas

Una aproximación al contrato de concesión de espacio y sus diferencias con el contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

participando en el mismo, y muchas veces toma tiempo lograr la firma de un contrato.

A lo largo de los meses trabajando en Incubik S.A.S, nos hemos interesado especialmente por una de las actividades que realizamos, la cual es la elaboración y gestión de contratos de concesión de espacio. Esto se debe a que, por un lado, dicho contrato no se encuentra tipificado por el ordenamiento jurídico colombiano, y como contrato atípico se encuentra discrepancia frente a su regulación. Asimismo, por su misma naturaleza de atipicidad, se piensa que se debe recurrir a las normas que regulan el contrato más cercano, es decir, el contrato de arrendamiento. Sin embargo, y este es el segundo punto que queríamos mencionar, al no ser precisamente un contrato de arrendamiento, normas como el derecho a la renovación no se aplican a la concesión de espacio. Algunos juristas creen en la existencia del contrato de concesión comercial, aun cuando no se encuentra su tipificación en la Ley, y otros juristas orientan su posición doctrinal en contra de este tipo de contrato, al pensar que burla ciertos derechos del arrendatario (por tanto, consideran que no existe en Colombia).

Ahora bien, en el tiempo que hemos tenido la oportunidad de manejar directamente contratos de concesión de espacio, hemos observado todas las ventajas que obtienen ambas partes de dicha figura y cómo, tanto concedente como concesionario, trabajan en conjunto para aumentar las ventas de los productos del concesionario, pues de esta manera ambos se están beneficiando.

3. El contrato de concesión de espacio y sus características

A continuación, haremos una caracterización de esta tipología contractual, a partir del levantamiento documental que efectuamos.

3.1 Generalidades del contrato de concesión de espacio

Una aproximación al contrato de concesión de espacio y sus diferencias con el contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

Los antecedentes del contrato de concesión de espacio se encuentran en Alemania, donde, buscando la aplicación de las diferentes modalidades de distribución y venta de cerveza, se comienza a implementar una nueva forma de contratar, denominada “Concesión”, con la finalidad de ahorrar recursos. Por medio de esta estructura, se pretendía regular una situación de hecho que se presentaba, la cual era la venta de fabricante mayorista y la venta de mayorista expendedor. (Chuliá Vincent & Beltrán Alandete, 2005)

En Colombia, este modelo contractual se ha venido desarrollando gracias a las nuevas necesidades que se manifiestan en el comercio contemporáneo y que han venido evolucionando constantemente, optando por fundar relaciones económicas y jurídicas con canales de distribución más ágiles, donde las partes contratantes tengan un contacto directo, sin que aquella que desea explotar su actividad, deba acudir a mecanismos más costosos. (Laudo Arbitral Herpaty Ltda vs Sociedad de Concesionarios S.A, 2005) Por ejemplo, la adecuación de un local o la obtención de licencias, cuando la otra parte puede brindarle las herramientas e infraestructura necesaria. Asimismo, en el Laudo Arbitral del caso Herpaty Ltda vs Sociedad de Concesionarios S.A, se hizo un análisis sobre las definiciones adoptadas por la doctrina, entre estas, la del doctor Arrubla Paucar, seguido del listado de características del contrato de concesión de espacio (las cuales veremos más adelante), nos indica cual es el rol del concedente (entregar el espacio para la explotación) y del concesionario (la explotación de una actividad comercial en el espacio, el estudio como contrato atípico en el ordenamiento jurídico colombiano, así como realiza un análisis sobre si en el caso estudiado, se presenta un contrato de adhesión, por contener cláusulas abusivas a favor del concedente.

Con todo, el contrato de concesión ha sido objeto de debate y controversias por varios doctrinantes y juristas, debido a su no legislación en el ordenamiento jurídico colombiano. Han sido numerosos los doctrinantes que han definido este contrato, entre ellos, el doctor Jaime Arrubla Paucar, que lo define como:

Una aproximación al contrato de concesión de espacio y sus diferencias con el contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

“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” (Arrubla Paucar, 2006).

Así, el contrato de concesión de espacio es entonces la explotación que realiza una persona llamada concesionario en el espacio físico que es otorgado por el concedente, donde el primero será completamente independiente, pero estará siendo vigilado y controlado, más no subordinado, por el segundo.

Como ya lo habíamos mencionado anteriormente, este tipo de contratos no encuentra regulación exhaustiva ni definición dentro del ordenamiento normativo colombiano, dando lugar a un contrato atípico, concepto que fue definido por la Corte Suprema de Justicia como aquel que “no se encuentra descrito en un tipo legal y, subsecuentemente no está especialmente regulado por el ordenamiento” (Sentencia 5817, 2001).

Es por ello que, para efectos de analizar a profundidad la figura del contrato de concesión de espacio, debemos acudir a la doctrina y a la jurisprudencia.

En primer lugar, debemos mencionar que, debido precisamente a esta atipicidad, este tipo de contratos se encuentra directamente orientado por el principio de la autonomía de la voluntad, según el cual las partes de un contrato tendrán libertad para reglamentar sus actos jurídicos, siempre y cuando estos no vayan en contravía del orden público y las buenas costumbres. Como bien se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia:

“Acótase, como corolario de lo dicho, que los contratos atípicos, designación esta que parece más adecuada que aquella otra de innominados, se encuentran disciplinados, en primer lugar, por el acuerdo negociado, es decir, por las cláusulas ajustadas por las partes,

Una aproximación al contrato de concesión de espacio y sus diferencias con el contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

siempre y cuando no sean contrarias a leyes imperativas; por la práctica social habitual; por las normas generales a todo acto jurídico; y, en caso de vacíos, por las normas que gobiernan los contratos típicos afines” (Sentencia 5817, 2001).

Y, según lo expuesto, vemos que es sumamente importante que las partes sean lo más claras posible al momento de su pacto en cuanto al término de duración, el espacio a conceder, la remuneración, las renovaciones, el aumento de la remuneración, en vista de que no existan lagunas en caso de presentarse controversias, ya que, como dijo la Corte, en estos casos se acudirá al contrato típico más afín.

La finalidad de este contrato es el ahorro de costos para el concesionario, la explotación de su espacio para el concedente, y ambos, de manera colaborativa, aunarán esfuerzos para que, con la venta de los productos del concesionario, reciban una mayor remuneración. Aprovechándose igualmente el concesionario, de la frecuentación que tiene el establecimiento del concedente. (Varón Acosta, 2016)

En el mismo sentido, manifiesta Jean Guyenot, citado por Osvaldo Marzorati:

“El contrato de concesión no es un contrato de cambio sino de colaboración, con vistas a una relación de tipo continua que se perpetúa en el tiempo y que obliga a la cooperación entre las partes” (Marzorati, 2014).

3.2 Tratamiento jurisprudencial del contrato de concesión de espacio

En la práctica se da que en la mayoría de los contratos de concesión de espacio se incluye una cláusula compromisoria, esto es, donde las partes pactan que acudirán a un Tribunal de Arbitramento, en caso de presentarse alguna diferencia entre estas. (Sentencia T-511/2011, 2011) Por ello, la principal jurisprudencia con la que contamos, son laudos arbitrales.

El contrato de concesión de espacio ha sido definido arbitrariamente como:

Una aproximación al contrato de concesión de espacio y sus diferencias con el contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

“La relación por medio de la cual, una persona natural o jurídica posee uno o varios establecimientos de comercio, que generalmente operan en cadena y sus servicios y/o productos están acreditados y son reconocidos por los consumidores, motivo por el cual atraen un público o clientela potencial y como instrumento de reducción de costos, optimización del espacio, mejora de sus rendimientos y servicios ofrecidos a sus clientes, opta por facilitar algunos espacios físicos de su establecimiento a terceras personas comerciantes que desean ofrecer sus productos o servicios al público que visita el establecimiento de comercio de aquella persona natural o jurídica” (Laudo Arbitral Aerocali S.A vs Librería Atenas S.A, 2009).

En nuestra experiencia laboral, hemos visto que en todos los contratos de concesión de espacio que realizamos, siempre va envuelta la cláusula compromisoria de sometimiento a Tribunal de Arbitramento, con tres (3) árbitros. Sin embargo, cuando el concesionario propone la negociación sobre este punto, se modifica en el sentido de disminuir el número de árbitros, o en algunos pocos casos, se elimina esta cláusula.

3.3 Características del contrato de concesión de espacio

Es importante establecer las características de esta figura, ya que, dependiendo de ellas, podrán aplicarse unas determinadas normas, como, por ejemplo, la teoría de la imprevisión en los contratos de ejecución sucesiva. Son, conforme al estudio realizado por Varón Acosta (Varón Acosta, 2016):

- 1. El concedente es una persona reconocida por el público**, y esto lo que lleva al concesionario a contratar con este, pues el segundo busca el reconocimiento o expansión de su negocio.
- 2. El concesionario se encuentra bajo el control del concedente**, ya que es este quien impulsa directamente la actividad comercial.

Una aproximación al contrato de concesión de espacio y sus diferencias con el contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

3. **El contrato tiene carácter mercantil:** el objeto es el desarrollo de la actividad comercial del concesionario dentro del espacio del concedente, la cual es la venta de productos o brindar servicios comerciales (ejemplo: actividades para niños). (Bonivento Fernandez, 2017)
4. **Las partes intervinientes son comerciantes:** ambos tienen esta calidad. El concedente porque es el dueño del establecimiento de comercio que se explota, y el concesionario porque desarrolla actividad mercantil dentro de este.
5. **Atípico:** no se encuentra regulado normativamente por el sistema jurídico. (Ospina Fernandez & Ospina Acosta, 2018)
6. **Bilateral:** ambas partes se obligan recíprocamente (art. 1496 C.C.), el concedente se obliga a permitir la explotación de su actividad comercial dentro del establecimiento de comercio del concedente. El concesionario se obliga a pagar un precio que podrá ser fijo o variable, o se fijan ambos, y se paga el mayor valor. (Gastaldi, 1994)
7. **Oneroso:** ambas partes buscan beneficiarse económicamente con el contrato (art. 1497 C.C.). El concedente recibe un precio, habitualmente mensual, por parte del concesionario, y el concesionario recibe clientela que llega al establecimiento de comercio del concedente. (Fierro Mendez, 2007)
8. **Intuitu personae:** tanto concedente como concesionario contratan con la otra parte por su calidad específica, pues el concedente, por ejemplo, escoge diversos concesionarios de acuerdo con su objeto para que su establecimiento tenga diversas ofertas para el público. Igualmente mira que tenga capacidad económica para cumplir con su obligación. El concesionario,

Una aproximación al contrato de concesión de espacio y sus diferencias con el contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

por su parte, analizará el prestigio y posición en el mercado del concedente para decidir si realmente obtendrá mayor beneficio trabajando en conjunto con este. (Escobar Sanín, 1994)

9. Conmutativo: las obligaciones de las partes son equivalentes y ciertas, pues no hay incertidumbre en la ganancia que se generará, aunque en algunas ocasiones podrá ser mayor que otras (art. 1498 C.C.). (Escobar Sanín, 1994)

10. Principal: el contrato de concesión de espacio comercial subsiste por sí mismo, no necesita de otras convenciones para que exista o sea válido (Art. 1499 C.C.). (Bohórquez Orduz, 2004)

11. Consensual: no se exige ningún requisito formal para el perfeccionamiento del contrato, solo el acuerdo de voluntades. Sin embargo, es importante que conste por escrito por temas probatorios. (art. 1500 C.C.). (Fierro Mendez, 2007)

12. De Ejecución Sucesiva: se cumple con su ejecución de manera periódica, y no inmediatamente en una sola oportunidad. Al ser el contrato de ejecución sucesiva, dará la posibilidad de aplicarle la teoría de la imprevisión del artículo 868 Código de Comercio, que establece que en caso de que una obligación se convierta excesivamente onerosa para una de las partes que le impida su ejecución, podrá pedir la revisión del contrato por parte del juez, para que este equilibre o rescinda el contrato. (Castro de Cifuentes, 2011)

3.4 Elementos esenciales del contrato de concesión de espacio:

- **La remuneración:** el concedente percibe un pago global por parte del concesionario, por todos los servicios de los que beneficia el concesionario, como lo son la publicidad, la infraestructura, etc. (Varón Acosta, 2016)

Una aproximación al contrato de concesión de espacio y sus diferencias con el contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

Este precio que se pacta puede ser un valor fijo o un valor variable. (García Vergara, 2018) Será fijo cuando es el mismo valor todos los meses. Y será variable, cuando dependa de un porcentaje que se establece en base a las ventas periódicas que realice el concesionario, donde este estará en la obligación de presentar su factura al finalizar el mes para realizar el cálculo. O igualmente, se pueden establecer ambos valores, y se cobrará el mayor valor que resulte.

- **El objeto:** la utilización de un espacio otorgado por el concedente, a título de mera tenencia por parte del concesionario. O como se ha mencionado en materia arbitral: “es como si se metiera un pequeño establecimiento de comercio, dentro de un gigante establecimiento de comercio o almacén de cadena” (Laudo Arbitral Francisco Javier Martínez vs Central de Carnes Bogotá S.A, 2017).

- **La partes:** se compone de dos sujetos:

Concedente: es aquel que tiene la propiedad del espacio a explotar. Concede a la otra persona la facultad de distribuir sus propios productos dentro del espacio, entregando el derecho de goce y aprovechar las ventajas de la acreditación de su espacio. Y a cambio de ese permiso de explotación, recibirá una suma de dinero por parte del concesionario.

Concesionario: es quien realiza la explotación del espacio y paga una remuneración al concedente, que podrá representarse en una suma fija o variable. Este, en algunos casos, tiene la responsabilidad de mantener una clientela, más no implica una obligación. (Arrubla Paucar, 2006) Además, debe permitir al concedente la vigilancia de la concesión.

- **Término para realizar la notificación:** en el contrato de concesión de espacio no existe un término obligatorio para realizar el desahucio, y por ello pueden presentarse decisiones arbitrarias por cualquiera de las partes en su terminación. Entonces, conforme al método de interpretación sistemática, puede acudir a los términos del contrato de arrendamiento, ya que, en este sí, existe un término establecido. Pero, si se quiere estipular un plazo determinado dentro

Una aproximación al contrato de concesión de espacio y sus diferencias con el contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

del contrato de concesión de espacio, deben mantenerse unos lineamientos. Ha dicho Arrubla Paucar frente al término de desahucio en la concesión:

“La parte que desee poner fin a la concesión mercantil deberá notificarlo en un término prudencial, con antelación suficiente para que la otra pueda concluir sus negocios pendientes, procurarse un reemplazo u otra actividad, etc. La clase de concesión mercantil, el volumen de los negocios, la complejidad de la misma, darán contenido a la expresión “término prudencial” (Arrubla Paucar, 2006).

4. Diferencias del contrato de concesión de espacio con el contrato de arrendamiento

1. El contrato de arrendamiento hace parte del establecimiento de comercio, mientras que el contrato de concesión de espacio es un contrato independiente basado en la colaboración empresarial. (Laudo Arbitral Claudia Sofía Arroyave y Otros Vs. Fiduciaria Corficolombiana S.A., Vocera y Administradora del Fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza 2101, 2009)
2. El concesionario no tiene derecho a la renovación, mientras que el arrendatario si la tiene cuando han transcurrido 2 años consecutivos de estar ocupando el inmueble. (Laudo Arbitral Claudia Sofía Arroyave y Otros Vs. Fiduciaria Corficolombiana S.A., Vocera y Administradora del Fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza 2101, 2009)
3. En el contrato de arrendamiento, el arrendatario es titular de un derecho de preferencia que podrá hacer efectivo una vez terminada la reconstrucción del local, en caso de haberla. En la concesión de espacio no existe este derecho. (Laudo Arbitral Claudia Sofía Arroyave y Otros Vs. Fiduciaria Corficolombiana S.A., Vocera y Administradora del Fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza 2101, 2009)

Una aproximación al contrato de concesión de espacio y sus diferencias con el contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

Estas dos últimas diferencias se derivan del hecho de que al no ser el contrato de concesión de espacio parte de un establecimiento de comercio, estos derechos no le son aplicables.

4. En el contrato de concesión de espacio el concedente está interesado en el éxito del negocio, puesto que de esto depende la remuneración del concedente. Por esta misma razón, se pacta usualmente dentro del contrato que el concedente podrá reubicar al concesionario en un espacio diferente, con el fin de aumentar sus ventas. Situación que demuestra la colaboración empresarial. En contraposición, al arrendador le es indiferente si el arrendatario tiene buenos resultados o no, ya que simplemente pacta un precio. (D. Natera Higaldo, 2007)
5. En el contrato de concesión de espacio se paga una remuneración al concedente de manera global por todos los beneficios. En el arrendamiento se paga por la explotación del local. (Arrubla Paucar, 2006)
6. En el arrendamiento la ubicación del local es muy importante. En cambio, en el contrato de concesión de espacio la ubicación del espacio físico no es lo más relevante de la negociación, lo más importante son las ventajas de comercializar los propios productos en el local o en el establecimiento de otro. (Laudo Arbitral Francisco Javier Martínez vs Central de Carnes Bogotá S.A, 2017)
7. Mientras en el contrato de arrendamiento la explotación del local se da sin la concurrencia del propietario, en la concesión de espacio el concesionario explota con la concurrencia del concedente y la participación del propietario. Esto podemos analizarlo en el caso en que comparando el hecho de que una persona decida explotar su actividad en el espacio del concedente, y explotar su actividad solo, en otro lugar, genera mayores beneficios la primera opción.

Una aproximación al contrato de concesión de espacio y sus diferencias con el contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

(Laudo Arbitral Francisco Javier Martínez vs Central de Carnes Bogotá S.A, 2017)

8. Además, dice el Tribunal de Arbitramento en el caso Herpaty Ltda. Vs Sociedad de Concesionarios S.A:

“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” (Laudo Arbitral Herpaty Ltda vs Sociedad de Concesionarios S.A, 2005).

5. Posición del autor sobre la concesión de espacio

Desde nuestra opinión, el contrato de concesión de espacio es una figura que se presentó para adaptarse a las necesidades actuales de la sociedad, de una sociedad capitalista donde cada vez más se busca consumir. A raíz de las relaciones que se crean en el mercado moderno, la apertura de fronteras y la liberalidad de la economía, se busca que esas relaciones sean cada vez más ágiles, y jurídicamente deben existir mecanismos que respalden dichas acciones.

En un principio tuvimos muchas dudas frente a la existencia o legitimidad del contrato de concesión de espacio, pero a medida que fuimos conociendo y profundizando sobre el concepto, pudimos darnos cuenta de que, dando aplicación al principio de autonomía de la voluntad y de libertad contractual, las partes pueden llevar a cabo un negocio que los beneficie a ambos y les permita trabajar de manera conjunta.

Una aproximación al contrato de concesión de espacio y sus diferencias con el contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

En los contratos que hemos realizado en el desempeño de nuestras labores, tuvimos la oportunidad de identificar en las cláusulas las ventajas que existían tanto para el concedente como el concesionario, y como en muchas ocasiones el concedente opta por aliviar ciertas cargas del concesionario, o caminar hacia en el mismo sentido. Por ejemplo, los concesionarios que participan de los proyectos deben entregar cada mes las facturas de las ventas buscando que la gerencia en conjunto con el área comercial pueda ejecutar un plan estratégico con el fin de, posiblemente, reubicar varias marcas en distintos lugares, o apoyar en temas de publicidad y mercadeo, o en caso de abandonar el proyecto se les permite ceder el contrato para no cobrarles las sanciones estipuladas, entre muchos otros.

Por otro lado, en cuanto el tema de la negociación existe una mayor flexibilidad entre las partes al momento de contratar. Pues, aunque, por regla general, es el concedente quien propone el contrato, siempre permite modificaciones en pro de los intereses del concesionario, a menos de que, por ejemplo, vaya en contravía del manual de reglamento interno¹. También, se evidencia esta flexibilidad, en casos como la estipulación de una cláusula penal bilateral.

Aunque también somos conscientes de que, a pesar de las ventajas o desventajas que puedan derivarse de dicho contrato, al tratarse de un contrato atípico, se presentan una cantidad de controversias doctrinales y jurisprudenciales al no estar regulado exhaustivamente por el ordenamiento. Lo cual representa una desventaja a la hora de pactar este tipo de contratos, pues habrá una inseguridad jurídica y se presentan controversias. Y a nuestro modo de pensar, es urgente que nuestro legislador regule esta figura, ya que cada vez se hace más común la convención sobre estos contratos. Aunque gracias al mecanismo alternativo de

¹ Es aquel que deriva del reglamento de propiedad horizontal, pero se diferencia con este en que, el último es, según la Ley 675 de 2000, el estatuto que regula los derechos y obligaciones específicas de los copropietarios de un edificio o conjunto sometido al régimen de propiedad horizontal. En el reglamento interno, por su parte, se establecen aspectos como los horarios del centro comercial, se regulan temas especiales para cada tipo de actividades, por ejemplo, alimentos, entretenimiento, cines, etc.

Una aproximación al contrato de concesión de espacio y sus diferencias con el contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

solución de conflictos, que es el arbitraje, podemos justificar la utilización de la concesión de espacio con mayor certeza.

6. Conclusión

Para concluir, podemos observar, en primer lugar, que el contrato de concesión de espacio es una figura contractual que ha sido desarrollada principalmente por la doctrina y la jurisprudencia, en vista de que no encuentra definición legislativa dentro del ordenamiento jurídico. Por esta misma razón, ha sido un tema de mucha controversia entre los diferentes juristas; y, su indefinición ha llevado a que el tratamiento jurídico que se le ha dado a dicho contrato, no se realice de manera uniforme y no exista unanimidad respecto de ello.

En segundo lugar, es un mecanismo, que más allá de crear confusiones, ha sido una herramienta útil al momento de realizar un acuerdo entre los particulares, y que es cada vez más común su pacto entre los mismos. Como vimos, hay una mayor flexibilidad en su pacto, representa un ahorro de costos para el concesionario, una ganancia para el concedente al prestar sus espacios para la venta de productos o servicios (ya que al concesionario tener ganancias, el concedente por consecuente también), entre otros.

En tercer lugar, debido a su similitud con el contrato de arrendamiento, se han creado unos criterios de diferenciación entre dichas nociones, pero que no son absolutos, pues como ya mencionamos, el desarrollo de este concepto ha sido continuo por parte de la doctrina y jurisprudencia. Y, además, como consecuencia de esta misma cercanía entre ambos contratos, ha generado constantes críticas frente al tema de la no aplicación de los derechos que se derivan de este contrato, tales como el derecho a la renovación y el derecho de preferencia.

Por otro lado, consideramos que la aplicación de esta figura puede dar lugar a una Inseguridad jurídica, ya que, al no brindar un desarrollo y decisiones unánimes, puede declararse fácilmente la existencia de un contrato de

Una aproximación al contrato de concesión de espacio y sus diferencias con el contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

arrendamiento, y no la presencia de un contrato de concesión de espacio. Se ve reflejada en el hecho de que, si algunos de los criterios de diferenciación con el contrato de arrendamiento, dentro de los cuales existe una fina frontera con aquellas características del contrato de concesión de espacio, no se cumplen, podrá declararse la presencia de un arrendamiento y no de una concesión de espacio.

En el mismo sentido, basándose en el principio que rige en el derecho, según el cual “la realidad prima sobre las formas”, se justificará dicha declaración. Y el denominar a un contrato con el nombre de “concesión de espacio” en lugar de “arrendamiento”, no significa que efectivamente se trate de esta figura, si la verdadera voluntad de las partes fue la de contratar un arrendamiento.

Finalmente, podemos preguntarnos qué otras clases de figuras contractuales presentan similitud con el contrato de concesión mercantil, y en caso de presentarse conflicto en su interpretación de una u otra manera, por ejemplo, con un contrato de distribución ¿cuál figura debe prevalecer?

Bibliografía

- Arrubla Paucar, J. (2006). *Contratos Mercantiles Tomo II. Contratos Atípicos*. Medellín, Colombia.
- Bohórquez Orduz, A. (2004). *De los negocios jurídicos en el Derecho privado Colombiano, Volumen 2*. Bogotá - Colombia: Ediciones Doctrina y Ley LTDA.
- Bonivento Fernandez, J. A. (2017). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. Colombia: Librería ediciones del profesional.
- Castro de Cifuentes, M. (2011). *Derecho de las Obligaciones , Tomo I*. Bogotá - Colombia: Editorial Temis.
- Chuliá Vincent, E., & Beltrán Alandete, T. (2005). *Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos*. Barcelona, España: Jose María Bosch Editor.
- D. Natera Higaldo, R. (2007). *Fiscalidad de los Contratos Mercantiles .* Córdoba, España: CISS.
- Escobar Sanín, G. (1994). *Negocios Civiles y Comerciales. II Teoría General de los Contratos*. Bogotá - Colombia: Editorial Biblioteca Jurídica Dike.

Una aproximación al contrato de concesión de espacio y sus diferencias con el contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

- Fierro Mendez, R. E. (2007). *Teoría General del Contrato*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley LTDA.
- García Vergara, J. C. (2018). *Notinet Legal*. Obtenido de <https://www.notinetlegal.com/el-contrato-de-concesin-de-espacio-como-una-de-las-modalidades-del-contrato-de-concesin-mercantil-194.html>
- Gastaldi, J. M. (1994). *Contratos*. Buenos Aires, Argentina.
- Laudo Arbitral Aerocali S.A vs Librería Atenas S.A (Tribunal de Arbitramento Aerocali S.A vs Librería Atenas S.A - Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali 20 de agosto de 2009). Obtenido de <https://www.ccc.org.co/wp-content/uploads/2011/05/Aerocali-S.A.-Vs.-Librer%23U00c3%23U00ada-Atenas-S.A..pdf>
- Laudo Arbitral Claudia Sofía Arroyave y Otros Vs. Fiduciaria Corficolombiana S.A., Vocera y Administradora del Fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza 2101 (Tribunal de Arbitramento laudia Sofía Arroyave y Otros Vs. Fiduciaria Corficolombiana S.A. Cámara de Comercio de Cali Centro de Conciliación Arbitraje y Amigable Composición 19 de octubre de 2009). Obtenido de <https://www.ccc.org.co/file/2011/05/Claudia-Sofia-Arroyave-y-otros-Vs.-Fiduciaria-Corficolombiana-S.A..pdf>
- Laudo Arbitral Francisco Javier Martínez vs Central de Carnes Bogotá S.A (Tribunal de Arbitraje Bogotá Francisco Javier Martínez vs Central de Carnes Bogotá S.A. Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá. 4 de diciembre de 2017). Obtenido de https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/21400/5084_FRANCISCO_JAVIER_MARTIINEZ__VS._CENTRAL_DE_CARNES_DE_BOGOTA_4_12_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Laudo Arbitral Herpaty Ltda vs Sociedad de Concesionarios S.A (Edgar Saboya. Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. 16 de Diciembre de 2005). Obtenido de https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/21690/1259_V_Herpaty_VS_Concesa_2005_12_16.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Marzorati, O. (2014). *Contrato de Concesión y de distribución (a propósito del proyecto del Código Civil y Comercial)*. Colombia.
- Ospina Fernandez, G., & Ospina Acosta, E. (2018). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Editorial temis.
- Palacio Abogados, A. (10 de agosto de 2018). *Palacio & abogados asesores*. Obtenido de

Una aproximación al contrato de concesión de espacio y sus diferencias con el contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

https://www.palacioabogados.com/blog/index.php?controller=post&action=view&id_post=16

Sentencia 5817, Expediente n°5817 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Magistrado Ponente Jorge Antonio Castillo Rugeles. 22 de octubre de 2001).

Sentencia C-054, expediente D-10888 (Corte Constitucional, Sala Plena. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva. 10 de febrero de 2016). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-054-16.htm>

Sentencia T-511/2011, T-2958222 (Corte Constitucional 30 de junio de 2011).

Varón Acosta, V. H. (2016). Diferencias Legales entre el Contrato de Arrendamiento de Local Comercial y Contrato de Concesión de Espacio Comercial. *Vitela*, 30. Obtenido de http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/8550/Diferencias%20legales_entre_contrato.pdf?sequence=1&isAllowed=y