

Uso del contrato de concesión de espacio comercial en zonas comunes de propiedades horizontales.

Mabel Cristina Sánchez Valencia*

Julieth Natalia Ocampo Estrada**

Juan Fernando Tamayo Gil***

Resumen: Esta investigación trata del estudio de un contrato atípico, que no está regulado dentro del ordenamiento jurídico colombiano, utilizado en el ámbito comercial y se enfoca en analizar los alcances jurídicos del contrato de concesión de espacio comercial, desde la ley, la doctrina y la jurisprudencia como un aporte a la falta de regulación normativa.

Los autores del presente textos abordan una posición crítica del contrato de concesión de espacio comercial señalando sus características esenciales y realizando algunas diferencias con los contratos de arrendamiento y de comodato, con el fin de evidenciar como dicha figura contractual es una herramienta jurídica idónea para los sujetos de las relaciones mercantiles que exige un análisis riguroso y un desarrollo a nivel legislativo y jurisprudencial que permita mayor seguridad jurídica en cuanto a los efectos, derechos y obligaciones de cada una de las partes contratantes.

De otro lado, se indaga frente a la conveniencia y pertinencia que deberán identificar las partes respecto a la tipología contractual con base en sus intereses legítimos gobernados dentro de la relación contractual, en aras de que la figura utilizada se ajuste, no solamente a los elementos de existencia y requisitos de validez del acto jurídico, sino a la expectativa de cada uno de los cocontratantes respecto a la causa final del negocio jurídico celebrado.

En efecto, el presente artículo de revisión bibliográfica analiza y describe los alcances jurídicos del contrato de concesión de espacio comercial de las zonas comunes de las propiedades horizontales.

* mabel.sancheva@amigo.edu.co. Estudiante de Derecho de la Universidad Católica Luis Amigó.

** julieth.ocampo@amigo.edu.co. Estudiante de Derecho de la Universidad Católica Luis Amigó.

*** juan.tamayogi@amigo.edu.co. Estudiante de Derecho de la Universidad Católica Luis Amigó.

Palabras clave: Contrato; comercial; partes; concesión; espacio; inmueble.

Abstract: This research deals with the study of an atypical contract, which is not regulated within the Colombian legal system, used in the commercial field and focuses on analyzing the legal scope of the commercial space concession contract, from the law, doctrine and jurisprudence. as a contribution to this lack of regulatory regulation.

The authors of this text address a critical position of the commercial space concession contract, pointing out its essential characteristics and making some differences with the lease and loan contracts, in order to demonstrate how said contractual figure is an ideal legal tool for the subjects. of commercial relations that requires a rigorous analysis and development at a legislative and jurisprudential level that allows greater legal certainty regarding the effects, rights and obligations of each of the contracting parties.

On the other hand, the convenience and relevance that the parties must identify with respect to the contractual typology is investigated based on their legitimate interests governed within the contractual relationship, in order that the figure used adjusts, not only to the elements of existence and validity requirement of the legal act but rather to the expectation of each of the co-contractors regarding the final cause of the legal transaction concluded.

Indeed, this bibliographic review article analyzes and describes the legal scope of the commercial space concession contract for the common areas of horizontal properties.

Keywords: Contract; commercial; parts; concession; space; property

Introducción

En este trabajo vamos a hablar de una forma de contratar que se ha venido dando a partir de la costumbre mercantil y que cada vez coge más fuerza entre los empresarios y comerciantes porque se trata de una práctica comercial frecuente.

Es importante que recordemos un concepto de lo que es el contrato en general, “como un acto jurídico y como tal, es un acto de voluntad de las partes que en él intervienen”. (Galindo, 1996).

Según el tratadista Jaime Alberto Arrubla Paucar, el contrato de concesión de espacio comercial se puede definir como:

Es 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” (Paucar, Contratos Mercantiles. Contratos Atipicos, 2015).

Este contrato de concesión de espacio comercial no está regulado dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, tiene algunas características jurídicas que, en la práctica, pueden generar confusiones con otros tipos de contratos configurados como típicos, por ejemplo, el contrato de arrendamiento de local comercial, contrato de comodato, entre otros.

A partir de esos vacíos normativos que existen del contrato atípico de concesión de espacio comercial, podemos evidenciar poca seguridad jurídica para las partes, por la ambigüedad en la aplicación de este contrato, donde las condiciones comerciales que son impuestas por el concedente, hacen que este se encuentre en una desventaja jurídica a la hora de resolver inconformidades que puedan resultar entre las partes.

“La propiedad horizontal es en sí, el derecho real sobre una unidad de un inmueble integrada por partes privativas y comunes, que atribuye facultades de uso, goce y disposición jurídica, conforme con su régimen legal” (Alterini E. G.-J., 1998).

Este contrato es común en centros comerciales, aeropuertos, estaciones de tren, plazas comerciales y otros lugares de alto tráfico, donde múltiples negocios desean aprovechar la afluencia de clientes. También se puede utilizar este contrato para: instalación de rompe tráfico, vayas, stand, uso de canaletas, puertas de ascensores, entre otros.

El propósito de la presente investigación consiste en describir de manera general las características del contrato de concesión de espacio comercial y como ha sido desarrollado por la doctrina y jurisprudencia colombiana, con el fin de establecer unos criterios generales y buenas prácticas para su aplicación adecuada en las zonas comunes de las propiedades horizontales,

además, procura concluir algunas precisiones jurídicas respecto a la figura, lo que conlleva a la seguridad jurídica de las partes y de contera a buenas prácticas en los negocios mercantiles.

El problema jurídico radica en la falta de claridad de la figura del contrato de concesión de espacio dado su poco desarrollo legislativo, lo que en la práctica genera inseguridad jurídica a las partes, pues las relaciones prestacionales dentro de la relación negocial no se corresponden con la tipología contractual que se viene utilizando en el tráfico jurídico, debido a la utilización indebida del contrato objeto de estudio en este artículo de revisión.

Dicho en otras palabras, ante la atipicidad del contrato, los sujetos que utilizan esta figura se ven envueltos en una incertidumbre jurídica frente a sus derechos y obligaciones que emanan de la relación contractual, falta de certeza en cuanto a que no es claro si sus obligaciones son las mismas o similares a las de un arrendamiento o comodato, situación que hace riesgoso el cumplimiento de la prestación debida y que puede acarrear consecuencias jurídicas graves para el contratante incumplido debido a la falta de determinación y alcance de los efectos jurídicos del contrato de concesión de espacio comercial en zonas comunes de propiedades horizontales. El presente artículo da cuenta de ello y propone algunos aportes conceptuales y de buenas prácticas que permitan una mayor claridad y precisión a la hora de determinar los efectos aplicables en virtud de dicha relación jurídica.

Metodología

Esta investigación es de enfoque cualitativo, donde se utiliza una metodología descriptiva y analítica para el desarrollo del artículo. Para la recolección de la información, tenemos la ley, jurisprudencia, doctrina, fuentes de información de las bases de datos de la universidad y textos desarrollados por otros investigadores.

Luego de recolectar la información, realizaremos la compilación y sistematización que nos ayude a desarrollar nuestra posición crítica, esperando dar solución al problema jurídico planteado.

Los datos recopilados se sometieron a un riguroso proceso de análisis cualitativo de 50 referencias bibliográficas donde se incluyó la identificación de patrones comunes en los conceptos y características que ofrecen cada uno de los autores trabajados con el fin de

evidenciar algunas similitudes y diferencias de un contrato atípico, pero de gran utilidad dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Las fuentes de datos utilizadas en el presente artículo fueron: Sentencias judiciales, laudos arbitrales, revistas jurídicas, libros e informes de doctrinantes.

Estas fuentes se seleccionaron debido a la gran confiabilidad que ofrecen para asegurar suficiente veracidad dogmática frente a la doctrina utilizada que constituye las referencias bibliográficas conforme a la reglamentación interna de la universidad católica Luis Amigó.

1. Características del contrato de concesión de espacio comercial y su regulación normativa.

En Colombia, el contrato de concesión de espacio comercial se ha desarrollado gracias a nuevas prácticas mercantiles, donde las partes buscan mejorar las relaciones comerciales.

Los intereses de las partes juegan un papel muy importante en la interpretación, porque habrá ocasiones en que ellos no pueden ser alcanzados utilizando combinadamente contratos típicos. Estos se mostrarían insuficientes para suplir los actos de disposición de intereses particulares atípicos. (García, Los contratos en derecho privado, 2007).

Este contrato de concesión de espacio comercial es un contrato atípico que no se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico colombiano, pero ha tenido un desarrollo jurisprudencial y doctrinal importante para la aplicación de esta figura contractual.

En Sentencia del 6 de abril de 1994 de la Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia, se menciona que el profesor José Ignacio Narváez, en su obra “Obligaciones y contratos mercantiles, indica lo siguiente:

El contrato innominado es una figura contractual atípica, en el sentido de no estar disciplinada por la legislación vigente, aunque pueda tener un nombre dado por el uso o por la doctrina. Se trata de supuestos de hecho, convencionales, que las partes acuerda, combinando prestaciones de contratos típicos diversos o con prestaciones que generan obligaciones diferentes. Las partes dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad pueden celebrar acuerdos que aunque no estén previstos en la ley civil o comercial, según sea el caso, pueden generar, y de hecho generan, derechos y

obligaciones entre las partes contratantes, siempre y cuando el acuerdo no vulnere la ley, el orden público o las buenas costumbres. (Sentencia Sala Civil, 1994).

Si bien, la legislación no tiene estipulado las condiciones generales ni específicas para la celebración de los contratos de concesión de espacio comercial, las partes de común acuerdo pueden celebrar contratos siempre y cuando estos no vayan en contra de la ley o las buenas costumbres.

Entendemos entonces, que cuando se define el contrato de concesión de espacio de zona común siempre se tiene la premisa de que es un contrato de adhesión:

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". (Larroumet, 1999).

Esta relación con el contrato de adhesión la evidenciamos por su forma, su realidad jurídica y su costumbre comercial, que ha llevado a que los concesionarios quieran proteger sus inversiones y sus intereses, solicitándole al concedente que garantice de cierta manera, que no tendrán imposiciones jurídicas sin razones válidas o justas, para una posible reubicación o hasta una terminación unilateral del contrato por mera liberalidad del concedente.

En cuanto se refiere a la determinación de si las condiciones generales se entendían incluidas en el contrato, la jurisprudencia señaló que la voluntad de someterse a unas condiciones no puede referirse más que aquellas con las cuales el aceptante podía equitativamente contar (Mejia, 2007).

Se hace importante realizar un control a las cláusulas que se pacten en el contrato para evitar ambigüedad y abuso por una o ambas partes de la relación contractual.

Dicho de otro modo, el contrato de adhesión pareciera ir en contra de las características propias de los contratos típicos, porque al adherente, o en nuestro caso, al concesionario, no le queda más opción que aceptar o no el contenido completo del contrato y que se dispuso anticipadamente solo por una de las partes.

1.1. Atipicidad del contrato de concesión de espacio comercial

Se trata de un contrato innominado y atípico, que nace de la costumbre comercial y que no está regulado en nuestro ordenamiento jurídico.

Se dice que un acto jurídico es típico o nominado cuando ha sido particularmente reglamentado por la ley, como el testamento, la compraventa, el arrendamiento, la sociedad etc.; y se dice que es atípico o innominado cuando sus estipulaciones no encajan en ninguno de los actos legalmente reglamentados (Acosta G. O., Teoría General y del Negocio Jurídico, 2005).

Como lo menciona el autor Ospina Fernández, la legislación colombiana no ha reglamentado esta modalidad contractual atípica por lo que las partes de común acuerdo, libres de toda coacción y por el principio de la autonomía de la voluntad privada, determinan los efectos que en el contrato se reglamenta. Igualmente, hemos evidenciado que los altos tribunales de arbitramento, han emitido algunos laudos arbitrales para ilustrarnos sobre esta modalidad contractual.

No es la ley la que tipifica una figura contractual, esta apenas la reconoce. Es el hecho social el que señala el concepto y la función de cada uno de los contratos. Por ello, podemos decir que estos existen antes de que la ley los haya regulado y luego de esta regulación, porque así lo han querido quienes han hecho uso de él. (Paucar, Contratos Mercantiles. Contratos Atipicos, 2015).

Como podemos ver, el hecho de que sea un contrato atípico y que no esté regulado normativamente, nos puede llevar a un problema de no saber definir qué regulación normativa podemos aplicar a este tipo de negocio, sobre todo a lo concerniente a las obligaciones que adquieren las partes y en esos aspectos que no están previstos a la hora de cerrar la negociación.

Los contratos atípicos se encuentran disciplinados, en primer lugar, por el acuerdo negocial, es decir por las cláusulas ajustadas por las partes siempre y cuando no sean contrarias a las leyes imperativas, por las prácticas sociales habitual y/o costumbre, por las normas generales a todo acto jurídico y en caso de vacíos, por las normas que gobiernan los contratos típicos afines. (Sentencia Corte Suprema de Justicia, 2001)

De acuerdo con esta sentencia, consideramos importante tener en cuenta lo relativo al principio de la autonomía de la voluntad privada, en el sentido de poder darle validez a los

acuerdos pactados entre las partes y que no estén en contra del ordenamiento jurídico colombiano.

La teoría de la autonomía de la voluntad comete dos errores lógicos de gravedad. Primero, confunde el ser con el deber ser al identificar el contrato y la obligación. Segundo, confunde la parte con el todo al hacer equivalentes el contrato y la obligación, que son las partes, con la relación jurídica que es el todo. (Gardeazabal, 2007).

Según lo previsto en la Constitución Política de Colombia de 1991, el concepto de la autonomía de la voluntad privada supone la existencia de un poder que dispone intereses propios por iniciativa personal. (Sentencia de la Sala de Revision Corte Constitucional, 2013).

Para Betti: “La autonomía privada se define como el poder atribuido a entes no soberanos para expedir normas jurídicas equiparadas a las normas del ente soberano”.

De aquí se desprende, a nuestro juicio, la importancia de la declaración de la voluntad y que normalmente, la ley establece una solemnidad, no solo para dar a conocer la voluntad sino también para que ese acto jurídico adquiera validez.

Ahora, este contrato tiene un tratamiento especial, el cual está regulado de los artículos 518 a 524 del Código de Comercio, sin embargo, no consagra si este tipo de contrato tiene que ser escrito, por lo que se infiere que podría llegar a ser verbal o escrito, sin perjuicio de ello, lo recomendable será siempre que se haga de forma escrita, de esta manera las partes se aseguran que las particularidades del contrato sean conocidas y entendidas de la misma manera, con la finalidad de evitar eventuales inconvenientes a futuro (Barrera, 2022).

Es importante también resaltar en este contrato, que los espacios que denomina el concedente para la entrega al concesionario, tiene diversas connotaciones y depende de la necesidad del concesionario, de su actividad comercial, de su requerimiento previo o de sus necesidades logísticas.

Ordinariamente ocurre esto en punto de transportes, seguros, compraventas en los grandes almacenes, espectáculos, servicios públicos, etc, pues las grandes empresas

que se dedican a estos ramos suelen fijar por si solas sus precios y condiciones, ofreciéndolos al público sin admitir que persona alguna entre a discutirlos, sino simplemente a manifestar si los acepta o no. (Acosta G. O., Teoría General y del Negocio Jurídico, 2005).

La regulación siempre dependerá de la aceptación de las condiciones impuestas por el concedente, en la mayoría de situaciones. Porque en algunos casos, el concedente no acepta las condiciones o modificaciones que el concesionario considere que pueden vulnerar sus derechos o beneficios en su relación contractual.

Si el contrato implica necesariamente el concurso de las voluntades de las partes, parecería lógica la exigencia de que su celebración debiera realizarse siempre previa discusión entre estas de todas y cada una de las cláusulas que lo integran, en forma tal que dichas cláusulas fueran elaboradas conjuntamente por todos los contratantes. (Acosta G. O., Teoría General y del Negocio Jurídico, 2005).

Quizá, este sea uno de los aspectos más inquietantes de esta figura contractual, porque se podría entender como una limitación al principio de la autonomía de la voluntad privada. Se podría decir que “la concesión mercantil es una técnica de distribución en el mercado de los bienes fabricados por una empresa, o sea, una técnica de comercialización de un producto” (Muñoz, 2002).

Nos parece importante resaltar que, aunque se trata de un contrato atípico, puede tener el mismo valor que un contrato típico porque es el resultado de la manifestación de la voluntad de las partes por el cual adquieren unas obligaciones y unos derechos.

Los actos jurídicos típicos se gobiernan así: en primer lugar, por las normas legales imperativas que no pueden ser derogadas por actos jurídicos por estar interesados en ellas el orden público; en segundo lugar, por las cláusulas libremente redactadas o estipuladas por los agentes dentro de los límites legales señalados a la voluntad privada; en tercer lugar, por las reglas legales propias del contrato de que se trata las cuales tienen precisamente un carácter supletivo de la voluntad de las partes; y en cuarto lugar, por las reglas generales de los actos jurídicos y de los contratos, según el caso. (Acosta O. F., 1998).

Vemos entonces, que la práctica de esta figura contractual que se ha dado a partir de la costumbre mercantil, tiene completa validez, siempre y cuando las partes respeten el principio de la autonomía de la voluntad privada y se acepten las cláusulas pactadas en el contrato.

...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 su rendimiento y su posición en el mercado. (Paucar, Contratos Mercantiles. Contratos Atipicos, 2015).

Compartimos esta definición del doctrinante Arrubla Paucar, en la cual menciona diferentes tipos de concesión que se han venido presentando de una manera más tradicional en la práctica mercantil y que nos puede ampliar la visión sobre las distintas características que puede tener un contrato de concesión.

1.2. Práctica del contrato de concesión de espacio comercial en la costumbre mercantil

Entendemos que el ordenamiento jurídico establece ciertos tipos de contratos que se perfeccionan mediante determinada formalidad, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 1500 del Código Civil Colombiano, “Contrato real, solemne y consensual.” (Código Civil).

Para este caso concreto del contrato de concesión de espacio comercial, encontramos que la ley no impone una solemnidad, teniendo en cuenta que solo se perfeccionará con la mera voluntad de las partes.

En este sentido, podemos hablar de la formalidad del contrato, en la cual una de sus funciones es dar protección a las partes del contrato, porque puede garantizar que las partes “manifiesten su voluntad contractual habiendo realizado el adecuado proceso de reflexión” (Diez, 2009), dejando constancia de los compromisos adquiridos por las partes en el contenido del contrato y así se facilita el desarrollo jurídico porque permite registrar la identidad y la capacidad de las partes. “Los actos jurídicos son consensuales o informales cuando se perfeccionan por la sola voluntad del agente o agentes, sin que dicha voluntad tenga que

expresarse o manifestarse por medio de formas predeterminadas” (Acosta G. O., Teoría General y del Negocio Jurídico, 2005).

Esto quiere decir que, para probar la existencia de las obligaciones acordadas entre las partes, no será necesario la solemnidad que en algunos casos proclama la ley, basta con la presentación de lo consensuado y aceptado por las partes.

Por eso es muy importante que la voluntad de las partes quede expresamente por escrito en un documento con los acuerdos pactados, tal como pasa con los contratos típicos como el contrato de arrendamiento.

Se perfecciona por el acuerdo de las partes sobre la cosa y sobre el precio. No se requiere que la declaración de la voluntad este revestida de alguna solemnidad especial para que se reputa perfecto el contrato. Sobre los extremos cosa y precio debe girar la declaración de convenirse en el uso y goce (Fernandez, 2008).

Consideramos entonces, que este contrato de concesión de espacio comercial, merece la misma importancia que cualquier otro negocio jurídico, por el principio de la autonomía privada y de la manifestación de la voluntad de las partes y que al momento de celebrar este tipo de contratos, se debe tener en cuenta los acuerdos pactados por las partes, con los que se busca suplir unas necesidades comerciales.

Es muy importante que el inmueble de mayor extensión tenga una identificación, una nomenclatura para así poder determinar que el espacio comercial que se va a entregar como concesión tenga un área específica, un croquis o plano del área concedida y los diseños de publicidad que no contraríen las normas del reglamento de la propiedad horizontal.

El contrato de concesión hace del vendedor un proveedor exclusivo de los productos del comerciante y de éste el revendedor exclusivo de los productos del fabricante, en un sector determinado. Este contrato permite llegar a una comercialización organizada gracias al impulso del productor que agrupa en torno a su firma, un número más o menos importante de comerciantes que aceptan seguir sus directivas, a cambio de la concesión exclusiva de sus productos. (Sentencia Sala Civil, 1994).

Entendemos entonces que entre mayor presencia de tráfico demuestre un concedente, mayor será la probabilidad de promesa de venta de los concesionarios.

Es importante resaltar dentro de las características que puede tener el contrato de concesión de espacio comercial, las siguientes:

- Es un contrato atípico que “No está regulado por la ley, no existen formalidades, y en principio rige la libertad contractual sobre su forma, efectos y extinción” (Nossa L. P., Interpretación de los contratos atipicos, 2017).
- Es un contrato principal que es “cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención” (Código Civil).
- En este contrato, ambas partes tienen obligaciones recíprocas y beneficios económicos, quiere decir que es un contrato oneroso y bilateral y “es necesaria la existencia de las partes para la celebración del contrato”. (Nossa L. P., Interpretación de los contratos atipicos, 2017).
- Es un contrato que “se realiza periódicamente, y consiguientemente, las obligaciones se cumplen de manera sucesiva y pesan durante todo el transcurso del arrendamiento.” (Fernandez, 2008).
- Es un contrato en el que una de las partes redacta el acuerdo y la otra parte se adhiere, aceptando o rechazando el contenido del acuerdo.

En este contrato de concesión de espacio comercial, al igual que en otros tipos de contrato, como el de arrendamiento, por ejemplo, la destinación del área o espacio debe tener el desarrollo de una actividad mercantil, de acuerdo con el Artículo 20 del Código de Comercio. Sin embargo, en el contrato de concesión de espacio comercial no se permite una regulación del inmueble para destinación mixta (vivienda – comercio), básicamente por las características del espacio concedido, que se trata de un espacio dentro de una zona común, generalmente de las propiedades horizontales.

En la práctica podemos ver que, al igual que en el contrato de arrendamiento, el cambio de destinación podría ser una causal de terminación en este contrato, así como en los demás contratos típicos, de acuerdo con el Artículo 518 del Código de Comercio.

Ya hemos mencionado que el contrato de concesión de espacio comercial no es típico en el ordenamiento normativo colombiano. Sin embargo, aunque existe jurisprudencia y doctrina que ha ayudado a dar un mayor control a esta figura contractual, también podemos evidenciar que en la práctica el manejo que se da es muy similar al del contrato de arrendamiento.

El contrato de concesión hace del vendedor un proveedor exclusivo de los productos del comerciante y de éste el revendedor exclusivo de los productos del fabricante, en un sector determinado. Este contrato permite llegar a una comercialización organizada gracias al impulso del productor que agrupa en torno a su firma, un número más o menos importante de comerciantes que aceptan seguir sus directivas, a cambio de la concesión exclusiva de sus productos. (Sentencia Sala Civil, 1994).

En este sentido, cabe mencionar que la autonomía operacional para este contrato de concesión de espacio comercial se puede aplicar, en locales independientes que no están sometidos al Régimen de Propiedad Horizontal, donde se da una autorregulación por parte del concesionario y una autonomía parcial y en locales de edificaciones sometidas al Régimen de Propiedad Horizontal, donde se da una autorregulación parcial, una autonomía parcial y una obligación de respetar las reglas de funcionamiento del concedente o de la copropiedad, como pueden ser manual de vitrinismo, campañas de publicidad, horarios de funcionamiento, medidas de seguridad, entre otros.

ARTÍCULO 3o. DEFINICIONES. Para los efectos de la presente ley se establecen las siguientes definiciones:

Régimen de Propiedad Horizontal: Sistema jurídico que regula el sometimiento a propiedad horizontal de un edificio o conjunto, construido o por construirse.

Reglamento de Propiedad Horizontal: Estatuto que regula los derechos y obligaciones específicas de los copropietarios de un edificio o conjunto sometido al régimen de propiedad horizontal. (Ley de Propiedad Horizontal, 2001).

Es por esto, que el sometimiento al Régimen de propiedad horizontal, implica para el propietario, arrendatario, tenedor o concedente, la obligación del cumplimiento con los parámetros establecidos en dicho reglamento. Condiciones de uso como horarios, procedimientos, protocolos etc.

En cuanto a la contraprestación, es un elemento esencial del contrato, aplica de la misma manera como se aplica en otros contratos típicos que se puede dar de manera económica, en especie y mixta.

La contraprestación a cargo del arrendatario debe existir y ser real. Si se señala un precio, pero la intención de las partes es no pagar, ni recibir, hay que entender que este elemento de contrato no se cumple, degenerando el acto en otro negocio, por ejemplo: comodato; porque el propósito fundamental es conceder el uso y goce sin contraprestación real. (Fernandez, 2008).

En la contraprestación mixta, el concesionario se obliga a pagar un porcentaje de la contraprestación en especie y otro porcentaje en dinero; es decir, “puede pactarse como renta el pago de productos o especies que tengan una fácil valoración dineraria. Así, por ejemplo, el pago del precio en vestidos de determinada calidad y cantidad” (Fernandez, 2008).

Ahora mencionaremos la vigencia del contrato de concesión de espacio, que debe ser por libre acuerdo entre las partes. No existe una vigencia presunta. Sin embargo, en la costumbre mercantil se da de 3 maneras: (i) Corta duración: Hasta 1 año; (ii) Mediana duración: De 1 a 3 años; y (iii) Larga duración: Más de 3 años. (Velez, 2017).

El tratadista Jaime Alberto Arrubla Paucar, afirma que “la concesión suele ser pactada por un amplio término de tiempo. Es indispensable para que las partes puedan cumplir sus recíprocos intereses. Una vez concluido ese periodo de tiempo estipulado por las partes, termina el contrato” (Paucar, Contratos Mercantiles. Contratos Atípicos, 2015).

Para este caso del contrato de concesión de espacio comercial, la renovación del contrato es un derecho no regulado para el concesionario, caso diferente como pasa en el contrato de arrendamiento para el arrendatario, por ejemplo. Las nuevas condiciones del contrato se definen de mutuo acuerdo entre las partes.

En cuanto a la prórroga del contrato de concesión de espacio comercial, el concedente por lo general incorporará en el contrato de concesión una cláusula en la que indica las condiciones de la renovación si las hubiere, o los tiempos de notificación del desahucio por una terminación anticipada.

A continuación, mencionamos las dos causales de terminación de este contrato de concesión de espacio comercial, que se da por incumplimientos contractuales por parte del concesionario y por el vencimiento de la vigencia inicial de la renovación o de la prórroga, sin dejar de lado que las partes por mera liberalidad pueden acordar otros tipos de terminaciones. Por lo tanto, “Si el término de duración del contrato es el normal, puede suceder, que el concedente no está interesado en renovar el contrato, ocasionando con ello un perjuicio importante al concesionario.” (Paucar, Contratos mercantiles).

Haciendo un breve repaso de lo que hemos mencionado, el objeto principal del contrato de concesión de espacio comercial, es la prestación de servicios o el suministro de bienes a terceros, en la forma y tiempo pactado por las partes.

Es oportuno precisar que, aunque este contrato es una figura que no está regulada en nuestro ordenamiento jurídico, también podemos encontrar contratos que se vuelven típicos de manera social; es decir, por su reiterada práctica en determinados negocios, como es el caso de concesión de espacio para una explotación comercial, se vuelve frecuente y, por lo tanto, tiene una aceptación social en el desarrollo de algunos negocios. Es decir, que la jurisprudencia y la doctrina se han ocupado de darle una alineación que permite la validez del contrato, a pesar de ser un tema que puede ser controversial en el mundo mercantil.

Este criterio resulta prevalente y se aplica en subsidio de la voluntad de las partes por tratarse precisamente de un contrato atípico de tipicidad social. Disposiciones correspondientes a contratos atípicos afines que sean compatibles con la economía y finalidad del contrato atípico (Alterini A. A., 1999).

Es por esto, que nos parece fundamental resaltar la importancia de esta modalidad contractual, que se ha venido desarrollando a partir de ciertas necesidades que pueden surgir en las relaciones comerciales, en las cuales se busca que los beneficios sean recíprocos y que exista seguridad jurídica para todas las partes que intervienen en el negocio jurídico que se pretenda celebrar.

2. Comparaciones con otros tipos de contratos desde la norma, la doctrina y la jurisprudencia

Empezaremos este capítulo, recordando el concepto de ANALOGIA, teniendo en cuenta que todos los negocios que se celebren en materia comercial o mercantil, tendrán que regirse de acuerdo con el Código de Comercio. Pero en el caso que ahora nos ocupa, se trata de una figura contractual que no está regulada normativamente, pero que tiene el amparo del funcionamiento de figuras que si son típicas, “porque en presencia de un asunto no regulado expresamente por el legislador mercantil, el artículo 1º C. de Co. manda aplicar las normas comerciales por analogía, antes que el derecho civil donde la cuestión tiene una solución expresa” (mercantil, 2003).

Una de las mayores dificultades que encontramos para resolver el tema objeto de este trabajo, es la falta de regulación legal en el contrato de concesión de espacio comercial, lo que lo hace un contrato atípico. Esto no quiere decir que le quite individualidad como figura contractual en el ordenamiento jurídico, ni que permita su asimilación con otros tipos de contratos.

No se debe insistir en la aplicación de normas de un contrato típico, puesto que, precisamente, este contrato no colmaba el interés perseguido por las partes con su convención. Se propone, por tanto, acudir a las normas de la teoría general de las obligaciones y de los contratos para regular la convención típica (Paucar, Contratos Atípicos, 2012).

Existe un riesgo grande para confundir este contrato de concesión de espacio comercial con otros tipos de contrato, como el contrato de arrendamiento, el contrato de comodato, entre otros, toda vez que comparten algunas características similares. Sin embargo, también existen algunas diferencias sustanciales que los consideran contratos independientes.

El dueño contrae la obligación o el deber de tolerar o permitir que otra persona goce total o parcialmente de la cosa, sobre la cual aquél sigue teniendo la propiedad plena (él no se desprende ni del uso, ni del goce, ni de la disposición) y la posesión. Sucede así en el arriendo y en el comodato. (Restrepo, 2005).

2.1. Diferencias con el contrato de arrendamiento

Comencemos con una definición del contrato de arrendamiento, de acuerdo con el Artículo 1973 del Código Civil:

Uso del contrato de concesión de espacio comercial en zonas comunes de Propiedades Horizontales.
Asesor: Juan Pablo Vásquez Castañeda
Año 2023

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. (Código Civil).

Algunos elementos esenciales que se podemos encontrar, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento, son el uso y goce de un inmueble con destinación comercial, con una contraprestación económica, normalmente mensual, que será la renta o canon de arrendamiento. Por el contrario, los elementos esenciales del contrato de concesión de espacio comercial, puede ser la explotación económica de un espacio que se encuentra dentro de un establecimiento de comercio, también con una contraprestación económica que se paga por un conjunto de servicios que recibe el concesionario de ese establecimiento comercial del concedente.

Sin embargo, dentro de los derechos que tiene el concesionario no está el goce del inmueble, mientras que en el caso de los arrendatarios si está el goce del inmueble. Por ejemplo, un arrendatario puede subarrendar hasta la mitad del inmueble, de acuerdo con el Artículo 523 del Código de Comercio, con la expresa autorización del arrendador. Mientras que, en el caso del concesionario, solo podrá usar exclusivamente el espacio concedido por el concedente para los fines acordados en el objeto del contrato.

El contrato de concesión de espacio, ha sido tratado por la doctrina, tanto nacional como internacional. En la sentencia antes mencionada, del 6 de abril de 1994 de la Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia, se menciona también al autor francés Jean Guyenot, quien afirma que:

El contrato de concesión hace del vendedor un proveedor exclusivo de los productos del comerciante y de éste el revendedor exclusivo de los productos del fabricante, en un sector determinado. Este contrato permite llegar a una comercialización organizada gracias al impulso del productor que agrupa en torno a su firma, un número más o menos importante de comerciantes que aceptan seguir sus directivas, a cambio de la concesión exclusiva de sus productos. (Sentencia Sala Civil, 1994).

Además, la citada sentencia del 6 de abril de 1994 de la Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia, en la que la entidad Comfama demanda al señor Diego Alberto Ríos Valencia, sobre la restitución de un inmueble y la definición del tipo de contrato celebrado. Esta sentencia

Uso del contrato de concesión de espacio comercial en zonas comunes de Propiedades Horizontales.

Asesor: Juan Pablo Vásquez Castañeda

Año 2023

hace énfasis en el acuerdo de voluntades que no está reglamentado en el Estatuto Mercantil y da respuesta a la pregunta de, si el contrato de concesión de espacio comercial, puede celebrarse válidamente:

¿Puede celebrarse válidamente? La respuesta es afirmativa a la luz del Artículo 4 de la obra citada y del 1602 del Código Civil, con una condición, de que satisfagan los requisitos de validez de todo contrato, a saber, capacidad legal, consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícitos, y el contrato 449 a que hemos hecho alusión, reúne tales presupuestos, por los que produce efectos jurídicos y genera obligaciones entre las partes contratantes. (Sentencia Sala Civil, 1994).

De esto se desprende que la contraprestación económica también es diferente en ambos contratos, toda vez que, en el contrato de arrendamiento, la renta o canon se pagará por el uso y goce del inmueble arrendado, mientras que, en el contrato de concesión de espacio comercial, el precio puede ser en una contraprestación económica mensual, en especie o con una participación del concedente en las utilidades del concesionario y no se paga por el uso del espacio concedido sino por la prestación de los servicios que está prestando el concesionario en el establecimiento de comercio del concedente.

El tratadista Jesús María Sanguino Sánchez afirma:

Por concesión entendemos el contrato atípico de colaboración, por medio del cual una empresa concede a otra, mediante el pago de una cantidad y en condiciones determinadas, el derecho de reventa de bienes o de explotación de un espacio comercial, marca, nombre, know How, de los cuales es propietaria, con la finalidad de crear una técnica institucional de venta debidamente integrada (Sánchez, 1989).

El tratadista Román Lagazzi Aravena, manifiesta al respecto:

Siendo el contrato de concesión una delegación de actividad, el control de dicha actividad por el concedente es un elemento esencial, el que se manifiesta en la posibilidad de reglamentación y de vigilancia y es consecuencia de que el concedente necesita uniformar la actividad del concesionario y por esta razón se reserva la facultad de controlarlo, así como también la de modificar las condiciones en que

presta la actividad en ciertos aspectos, como por ejemplo precios, descuentos, materiales o mercadería a utilizar en la prestación, utilización de los emblemas e insignias del concedente (Aravena).

En el laudo arbitral del 10 de Mayo de 2013, se presentó también una controversia entre dos sociedades, para tratar de determinar si el contrato que habían celebrado era un contrato de concesión de espacio comercial o un contrato de arrendamiento de local comercial. El Tribunal de arbitramento, luego de realizar las revisiones a las pruebas aportadas y de las normas sobre la interpretación de los contratos, constató: “la prevalencia del contrato, la interpretación sistemática, la interpretación extensiva y la interpretación en favor del deudor” (Laudo arbitral, 2013).

Para este tribunal fue necesario apreciar todas las estipulaciones contempladas por las partes y entonces afirmó:

que la naturaleza contractual consagrada por las mismas partes, prima sobre cualquier interpretación, puesto que cuando el querer de quienes celebraron el contrato queda escrito en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, se debe dar por establecido que esas estipulaciones son el reflejo de la voluntad interna de las partes y que por lo tanto, no es necesario interpretar, pero además, el contrato es una unidad, por lo que es necesario apreciarse todas las estipulaciones en forma coordinada y armónica, pues de lo contrario se puede poner a producir al negocio efectos jurídicos contrarios a los que realmente se deducen. (Laudo arbitral, 2013).

A partir de esto, el tribunal pudo concluir: “que las diferencias entre los contratos de concesión de espacios y el contrato de arrendamiento de local comercial son evidentes y esenciales.” (Laudo arbitral, 2013).

Para este caso que se tomó como ejemplo, el Tribunal de Arbitramento no encontró pruebas que demuestren discrepancia entre lo escrito y lo querido por las partes y confirma que se trata de un contrato de concesión de espacio, argumentado desde lo expuesto por los tratadistas Ospina Fernández y Ospina Acosta, en concordancia con el Artículo 1618 del Código Civil:

El texto legal es diáfano: parte del supuesto de que se encuentre claramente establecida la discrepancia entre la intención real y su expresión material, lo que podría ocurrir, por ejemplo, cuando en un proceso queda plena y claramente acreditado que uno de los agentes, por desconocimiento del idioma o por ignorancia del significado técnico o usual de las expresiones empleadas, suscribió un documento cuyo contenido no corresponde al negocio que pretendió celebrar. (Acosta, 1998).

Claramente en un contrato celebrado entre dos partes en las cuales se estipula una especial modalidad de pago de las contraprestaciones y la injerencia del concedente en el control diario de las ventas efectuadas por el concesionario, difiere completamente del contrato de arrendamiento de local comercial.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en la Sentencia de octubre de 2001, expediente N° 5817, dice al respecto:

Que como contrato atípico, dicho convenio se encuentra sometido a las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a normas imperativas; a las reglas generales de todo contrato; a las normal derivadas de la tipicidad social (costumbre) y, cuando sea del caso, a la analogía con las normas que gobiernan contratos afines. (Sentencia Sala de Casación Civil, 2001).

Es claro que podemos encontrar una distinta clasificación sobre estos dos contratos. Los contratos típicos o nominados, que son los que tienen una regulación normativa y unas características propias; y los contratos atípicos o innominados, como lo explica el profesor Valencia Zea, “no encuadran exactamente dentro de ninguna de las clases expresamente reguladas por el Código Civil y se rigen por las reglas aplicables al contrato con el que guarde mayor analogía” (Zea, 1982).

Se trata de un contrato con una figura atípica, en el sentido de no estar sometida por ninguna legislación, aunque puede que se le haya dado un nombre por el uso o por la doctrina y que trate de supuestos de hecho, convencionales que las partes acuerdan, combinando prestaciones de contratos típicos diversos o con prestaciones que generan obligaciones diferentes.

Juan M. Fariña afirma lo siguiente, con respecto a los contratos de concesión de espacio comercial:

SHOPING CENTER. La empresa propietaria del inmueble sobre el cual se construye el edificio en que funciona el shopping center, generalmente da en locación sus locales a diferentes empresas que, con su prestigio y solidez, afianzan las perspectivas del proyecto y catalizan el gusto del gran público (Fariña, 1993).

Este contrato, aunque es atípico, también encaja en negocios que si estén regulados jurídicamente y seguirá produciendo efectos jurídicos, de acuerdo con el uso que se le da y que es el que le da su verdadera existencia, tal como lo establece el Artículo 864 del Código de Comercio: contrato es “un acuerdo entre dos o más partes para construir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”. Se da total aplicación y será válido siempre y cuando no contraríe las normas jurídicas.

“La legitimidad que anima a las cláusulas negociadas está dada por el espíritu de los codificadores y el respeto a la autonomía privada”. (Caorci, 2002). Dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, las partes pueden celebrar contratos, aunque no estén regulados por el ordenamiento jurídico en leyes civiles o comerciales y que pueden generar derechos y obligaciones entre las partes contratantes, toda vez que dicho contrato no vulnere la ley, el orden público o las buenas costumbres.

El Código de Comercio dispone algunas estipulaciones en los contratos válidamente celebrados y que les dan plena autonomía a los comerciantes para celebrar cualquier clase de acuerdos, siempre y cuando se cumplan los requisitos de validez, como lo son la capacidad, el consentimiento, el objeto y causa lícitos y algunas formalidades en ciertos casos, tal como lo establece el Artículo 4 del (Código de Comercio).

Teniendo en cuenta lo anterior, se hace necesario verificar la validez del contrato atípico de concesión de espacio comercial, analizando si cumple con los requisitos de existencia y validez para que pueda tener plenos efectos entre las partes.

De acuerdo con el Artículo 1603 del Código Civil Colombiano, “ejecución de buena fe” (Código Civil) y el Artículo 870 del Código de Comercio, “resolución o terminación por mora”

(Código de Comercio), y con el fin de verificar la validez jurídica de un contrato de concesión de espacio comercial, se hace necesario que analicemos los siguientes aspectos:

En cuanto a la capacidad, que no se observe ninguna prueba que indique la falta de capacidad de las partes para obligarse frente a la otra parte.

En cuanto al consentimiento, que el acuerdo de voluntades entre las, sin que ese consentimiento soporte los vicios como error, fuerza o dolo.

En cuanto al objeto, que el objeto del contrato sea lícito y que no contraríe las normas del ordenamiento jurídico colombiano, aplicables a contratos mercantiles.

En cuanto a la causa, que se trate de causas lícitas, que no esté prohibida por la ley y que no contraríe las buenas costumbres mercantiles.

En lo atinente a la formalidad del contrato, por tratarse de un contrato atípico, no requiere de cumplimiento de requisitos o formalidades impuestas por la naturaleza del contrato o por la calidad de las partes que lo celebran.

Como podemos ver, los elementos de validez de los contratos se encuentran taxativos en la norma. Sin embargo, si en el caso del contrato de concesión de espacio comercial celebrado no se opone a los requisitos de ley mencionados anteriormente, esto conlleva a que los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos, las obligaciones, sus efectos, su interpretación, el modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a no ser que la ley establezca otra cosa diferente.

El autor francés Jean Guyenot, afirma que el contrato de concesión de espacio comercial hace del vendedor un proveedor exclusivo de los productos del comerciante y de este el revendedor exclusivo de los productos del fabricante, en un sector determinado. Este contrato permite llegar a una comercialización organizada gracias al impulso del productor que agrupa en torno a su firma, un número más o menos importante de comerciantes que aceptan seguir sus directivas, a cambio de la concesión exclusiva de sus productos.

La Corte de Casación de la República de Uruguay, afirma:

La índole de un contrato no depende del nombre que le asignen las partes; pero puesto que es obra común de las partes, ha de estarse a su voluntad que debe desentrañarse en los términos usados, en tanto no sean ambiguos o se opongan a la naturaleza del contrato. No por la nominación que le hayan atribuido las partes se determina la naturaleza jurídica de los contratos; ésta nace de la relación jurídica que han pretendido establecer los contratantes, siendo necesario para ello indagar el motivo impulsor o fin perseguido y fijar lo que verosímilmente entendieron o pudieron entender al vincularse, debiendo en estas tareas evaluar todas y cada una de las circunstancias que procedieron, estuvieron presentes rodeando el acto y las posteriores que condicionaron la conducta o el actuar de las partes. (Fariña, 1993)

Es por esto, que los empresarios se han visto en la necesidad de buscar la seguridad jurídica que facilite las relaciones comerciales y la posibilidad de desarrollar las tareas de distribución y venta en la actividad comercial.

Dice también la doctrina Argentina, país en donde se ha legislado sobre este tipo de contratos:

Así entendida la colaboración empresarial en un sentido amplio, todos los contratos son susceptibles de llevarla a cabo y la expresión contratos de colaboración empresarial no agregaría nada a la de contratos a secas. A fin de comprender el sentido con que la legislación societaria utiliza la expresión contratos de colaboración empresarial, debe comenzarse observando que la cooperación entre unidades económicas puede tener lugar produciendo muy distintos grados de integración entre éstas... Sucede esto en ciertas locaciones de cosas, en las que el locador mantiene un cierto grado de control sobre el destino y utilización que se da a los bienes locados, aunque más no sea desde el ángulo negativo de impedir determinadas conductas que perjudiquen el valor de tales bienes. (Cabanellas, 1987).

Para interpretar entonces este tipo de contrato atípico e innominado, como lo es el contrato de concesión de espacio comercial, debe aplicarse lo que convinieron las partes porque son quienes establecieron el tipo de contrato las concordancias que se desprenden del mismo.

El Artículo 1501 del Código Civil, menciona que en los contratos hay elementos que son de su esencia, de su naturaleza y accidentales. En el caso del contrato de concesión de espacio

Uso del contrato de concesión de espacio comercial en zonas comunes de Propiedades Horizontales.

Asesor: Juan Pablo Vásquez Castañeda

Año 2023

comercial, objeto de estudio en este trabajo, los elementos esenciales, serían: el espacio concedido y la contraprestación económica que se debe pagar por ocupar ese espacio concedido. En cuanto a los elementos de naturaleza, serían: su figura sinalagmática, en la cual se generar sinergias entre las partes, el ser contratos estables y de tracto sucesivo. Y en lo relativo a los elementos accidentales, se puede mencionar los contenidos en las demás cláusulas que hagan referencia a las obligaciones de las partes, que no sean esenciales ni naturales.

Aquí no se trata ya de volver sobre esos elementos esenciales, naturales y accidentales que integran el contenido u objeto específico de cada acto jurídico en particular, sino de los efectos generales que la ley les atribuye a todos ellos, tales como su obligatoriedad o vigor normativo para las partes, la buena fe y la diligencia que estas deben prestar en su ejecución (Acosta G. O., Los efectos generales de los actos jurídicos, 1998).

Aquí podemos confirmar que puede estar sometido a la ley comercial imperativa pero también se puede ubicar por encima de la costumbre mercantil.

2.2. Diferencias con el contrato de comodato

Citaremos una definición que, a nuestro juicio, explica muy bien lo que es el contrato de comodato:

El comodato o préstamo de uso es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso. (Código Civil).

Esta definición del abogado Mateo Duque Giraldo de la Universidad Externado de Colombia y docente de la Universidad de Medellín, explica una gran diferencia entre dos tipos de contratos típicos:

El contrato de comodato es un préstamo de uso de un bien, con el objetivo de que quien lo recibe lo utilice en su propio beneficio y de manera gratuita, mientras que en el contrato de arrendamiento se le transfiere el uso de un bien al arrendatario, a título de tenedor, para que lo aproveche a cambio de una contraprestación económica mensual determinada. (Giraldo, 2018).

Encontramos que la diferencia principal entre el contrato de comodato y el contrato de concesión de espacio comercial, en cuanto a la contraprestación porque en el contrato de comodato una parte entrega de manera gratuita un bien mueble o inmueble a la otra parte, para que luego le devuelva el mismo bien.

Quizá sea posible que haya algo de similitud entre ambos contratos, en lo relativo a la explotación de un bien inmueble. Sin embargo, en el comodato la concesión se hace de manera gratuita.

Conclusiones

Podemos concluir que este contrato atípico de concesión de espacio comercial, surge por la necesidad de los empresarios y comerciantes para obtener ganancias en sus negocios. Se muestra como una figura contractual, como una nueva herramienta idónea ante las exigencias que surgen de este tipo de contrato que no se encuentra regulado dentro del ordenamiento jurídico y que pueda permitir flexibilizar los acuerdos entre las partes, ante las necesidades actuales del mercado.

Una de las figuras contractuales con las que se puede confundir el contrato de concesión de espacio comercial, es el contrato de arrendamiento de local comercial y el contrato de comodato, pues tienen algunas similitudes y unas diferencias sustanciales, de las cuales fueron objeto de este trabajo.

Se confirma, entonces, la independencia en la figura contractual jurídica de este contrato de concesión de espacio comercial. Como los contratos típicos, este contrato también se hace necesario en la vida comercial jurídica porque permite el buen desarrollo de las relaciones comerciales entre los empresarios y comerciantes.

Se utiliza una analogía en la normativa jurídica, teniendo en cuenta los vacíos que existen en el contrato atípico de concesión de espacio comercial y hay que remitirse a la regulación normativa para el contrato de arrendamiento de local comercial.

Además, de que la figura contractual del contrato de concesión de espacio comercial se ha venido utilizando a nivel internacional como una costumbre mercantil, bajo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Se puede concluir que el contrato de concesión de espacio comercial es la herramienta jurídica de mayor uso comercial, ya que los propietarios y empresarios del sector inmobiliario, optan por esta alternativa que les da flexibilidad al momento de tomar decisiones y que tienen mayor relevancia en la tenencia de los bienes inmuebles en materia mercantil.

Resultados

El contrato de concesión de espacio comercial tiene características muy propias. A pesar de ser un contrato atípico, que no encuentra una definición legal, vemos que ha tenido un desarrollo jurisprudencial, en materia ordinaria y arbitral y también un desarrollo doctrinal, que nos han dado la oportunidad de conocer diferentes conceptos que definen lo que es este contrato.

Los contratos atípicos plantean dos problemas fundamentales: a) el problema de su admisibilidad por parte del ordenamiento, y b) el saber cuál es la disciplina normativa aplicable en orden a determinar cómo deben ser interpretados y cómo deben ser integrados para suplir precisamente sus deficiencias o lagunas normativas. (García, Los contratos en derecho privado, 2007).

Pensar en cuál tipo de contrato es más beneficioso o conveniente celebrar, dependerá siempre de la necesidad de ambas partes. “Las reglas que deben regular el contrato atípico son aquellas que disciplinan la figura contractual típica más parecida o semejante” (Paucar, Contratos Mercantiles Tomo III, 2008).

En nuestra opinión, consideramos que un contrato de concesión de espacio comercial es beneficioso tanto para el concedente como para el concesionario. El concedente recibe ingresos por alquiler y puede tener un control sobre quién opera en su propiedad, mientras que el concesionario obtiene un lugar físico para establecer su negocio sin necesidad de invertir en la compra o construcción de un local.

Uno de los principios que consideramos más importantes para celebrar cualquier tipo de contrato, es la buena fe, que “se impone como un patrón de conducta que debe ser seguido por todas las personas en todas sus actuaciones de significación jurídica”. (Gillet, 2011). De allí parte que esa relación contractual, pueda ser exitosa.

Una de las modalidades que tiene este contrato es el de la concesión de espacio. En este, el propietario de una gran superficie (varios establecimientos de comercio acreditados) decide ceder espacios físicos de sus establecimientos a comerciantes o fabricantes –para el caso concesionario– que desean mercadear sus productos en los establecimientos acreditados del concedente. (Bustamante, 2015).

En el caso de las partes del contrato de concesión de espacio comercial, el concedente autoriza al concesionario para que distribuya unos bienes o preste un servicio y el concesionario lo hace por cuenta propia, obligándose de manera autónoma. Puede haber una relación permanente entre ambas partes, pero insistimos en que sus actos deben estar siempre encaminados por el principio de la buena fe.

La autonomía contractual, que se manifiesta en el mercado a través de la oferta y la demanda de bienes y servicios, crea el mercado; por su parte, la autonomía contractual es influenciada por el mercado, en el sentido que, desde el punto de vista económico, el mercado influencia las elecciones e incide sobre la autonomía de los particulares. Lo mismo ocurre desde el punto de vista jurídico, porque en la actualidad el mercado es un mercado regulado, por consecuencia, los contratos y su régimen jurídico se ubican en un contexto que es regulado y controlado. (Capobianco, 2017).

Como ya lo hemos mencionado, es importante que ambas partes del contrato de concesión de espacio comercial expresen su voluntad y que se consignen en las cláusulas del contrato. Es por esto, que pensamos que esta práctica contractual depende mucho de la situación actual del mundo mercantil y este principio de la autonomía de la voluntad es totalmente relevante para garantizar la seguridad jurídica de ambas partes.

En el derecho colombiano rige también la consensualidad como regla general – en lo civil y mercantil -, siendo la excepción los casos de contratos reales y solemnes, los cuales se celebrarán, respectivamente, cuando se entregue la cosa objeto del contrato o cuando se observe la formalidad establecida por el legislador en los casos específicos, tal como dispone el Artículo 1500 del Código Civil. (Alban, 2008).

Siguiendo este lineamiento de la consensualidad, creemos que cuando en una negociación, ambas partes disponen sus intereses, pueden recurrir a tipos de contratos que ya estén fijados en la ley o pueden utilizar figuras no reconocidas expresamente por la ley, como es el caso del contrato de concesión de espacio comercial, que está blindado jurídicamente por las normas civiles y mercantiles y por el desarrollo jurisprudencial y doctrinal que nos ha mostrado un gran avance de esta figura contractual.

Todo riesgo que aparezca en la ejecución del convenio, en que las partes intervinientes desconozcan los beneficios a obtener, es equivalente a lo que se presenta en el contrato de sociedad, sin que ello implique que este contrato sea aleatorio. Esta aclaración es preciso hacerla, pues algunos autores han tratado de insinuar que en la concesión como no se pueden precisar los beneficios a recibir, y por tanto resulta un contrato aleatorio. (Sanchez, 1989).

Este contrato también ha sido denominado como un contrato de cooperación comercial, toda vez que ambas partes reúnen sus esfuerzos para obtener beneficios recíprocos o conmutativos.

La cooperación empresarial o alianza estratégica se puede interpretar como el conjunto de acuerdos o contrato voluntario entre dos o más empresas independientes, que implica el intercambio o asociación de actividades, capacidades y/o recursos, o incluso el desarrollo de nuevos recursos –sin llegar a fusionarse-, que instaura cierto grado de interrelación con el propósito de incrementar sus ventajas competitivas. (Redalyc.org, 2018).

Nos parece muy interesante este concepto de cooperación empresarial y por eso lo traemos a colación, en el sentido de que ambas partes pueden tener beneficios recíprocos. En el caso que ahora nos ocupa, el concedente debe administrar bien el espacio concedido para garantizar la afluencia de clientes y así el concesionario pueda prestar un buen servicio a las personas que concurren a este espacio. Pensamos que esta figura contractual es de gran ayuda comercial para ambas partes.

Así como sucede en otros tipos de contratos, pueden existir dificultades en la operación comercial. El ordenamiento jurídico nos muestra que se puede aplicar la teoría de la imprevisión,

Uso del contrato de concesión de espacio comercial en zonas comunes de Propiedades Horizontales.

Asesor: Juan Pablo Vásquez Castañeda

Año 2023

la cual está establecida en el Artículo 868 del Código de Comercio y básicamente es una revisión de los términos contractuales cuando en la ejecución del contrato han variado las circunstancias que motivaron en principio las partes para celebrar el contrato.

En esta parte pensamos que el contrato de concesión de espacio comercial es un poco menos riesgoso que otros tipos de contrato. Pero que, si ocurriera alguna dificultad, sería totalmente apropiado, apalancarse de la norma comercial que contiene el elemento fundamental que garantice la seguridad jurídica de las partes.

Aunque nos parece que este contrato es menos riesgoso, también hay que tener cuidado con el abuso de la posición dominante porque podría entenderse que es muy probable que la parte concedente se sienta facultada para ejercer cierto control sobre la operación comercial que ejecuta el concesionario, de acuerdo con el Artículo 830-abuso del derecho-indemnización de perjuicios. (Código de Comercio).

En este sentido, pensamos que el concedente tiene facultades sobre aspectos determinantes en este tipo de contratos, como lo es la terminación unilateral del contrato o la determinación del precio de la contraprestación económica. Pero entendemos que estas facultades no pueden ser absolutas, en la medida que no pueden violar los derechos que son propios del concesionario.

De allí, resaltamos nuevamente la importancia de que en el contrato quede expresamente pactado que ambas partes tengan facultades autónomas. Por ejemplo, que el concedente pueda revisar aspectos como las ventas, la contabilidad, aspectos financieros deber ser un acuerdo con el concesionario sobre la forma cómo puede hacerlo.

La legislación mercantil va mucho más allá de la civil, toda vez que no limita la noción de contrato a los actos jurídicos de contraprestación, sino que admite dentro de tal noción a los actos complejos o de colaboración. (Nossa L. P., Contratos empresariales nacionales e internacionales, 2017).

Sabemos que en cuestiones comerciales, cuando no se puedan regular algunas situaciones, se dará aplicación a la ley civil, es decir que habrá una analogía interna (Código de Comercio).

En el Capítulo 2, mencionamos las diferencias sustanciales entre el contrato de concesión de espacio comercial con el contrato de arrendamiento, porque en el mundo mercantil es muy

Uso del contrato de concesión de espacio comercial en zonas comunes de Propiedades Horizontales.

Asesor: Juan Pablo Vásquez Castañeda

Año 2023

común que se pueda dar esta confusión. Para nosotros es importante analizar los objetivos comerciales de las partes para establecer el tipo de contrato que se debe celebrar. Por ejemplo, si se trata de un negocio a largo plazo en un lugar fijo o estás interesado en una presencia comercial más temporal y flexible. Nuestra opinión para este ejemplo, sería que el contrato de arrendamiento puede ser más adecuado para un compromiso a largo plazo, mientras que un contrato de concesión de espacio comercial podría ser ideal para eventos o empresas temporales.

Las dificultades económicas que sufren algunos empresarios, se constituyen en el primer obstáculo para la adquisición del inmueble donde funcionará el establecimiento de comercio, y es por este motivo, que el empresario procura el uso y goce del bien temporalmente, para desarrollar y consolidar su actividad, hasta que su capacidad económica le permita adquirir el mismo en propiedad. Otras veces, le es beneficioso tomar el local en arrendamiento, debido a que, la actividad comercial no va a ser permanente, o que la vida comercial del sector se estima corta, situación que no le permitiría recuperar la inversión, si lo hubiera adquirido (Nossa L. P., De los contratos mercantiles nacionales e internacionales, 2006).

Consideramos que el tipo de negocio que se planea operar dentro de la propiedad horizontal, también influye en la elección del tipo de contrato. Algunos negocios, como restaurantes o tiendas minoristas, suelen optar por contratos de arrendamiento debido a la necesidad de una ubicación fija y a largo plazo. Los negocios más temporales, como quioscos de temporada o ferias, pueden preferir contratos de concesión de espacio comercial.

Si el comerciante es una persona que apenas está iniciando en el mundo mercantil, podría optar mejor por una opción de contrato de concesión de espacio comercial, en lo relativo al tema de inversiones y gastos. Los contratos de arrendamiento a menudo requieren una inversión inicial significativa para adaptar el espacio a tus necesidades, mientras que las concesiones de espacio suelen ser más flexibles en este sentido. “Es una nueva forma de organización del mercado donde el productor y el distribuidor realizan labores especializadas, teniendo como objetivo común conseguir consumidores finales para sus productos, lo cual propicia una forma de integración económica” (Nossa L. P., Concesión comercial, 2017).

Concluimos que esta figura contractual, aunque es atípica, ha tomado mucha fuerza en el mundo mercantil. Igualmente, se hace necesario siempre analizar los objetivos comerciales y las circunstancias del negocio.

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 negocial, es decir, por las cláusulas ajustadas por las partes, 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 M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, 2001).

Dentro de los resultados obtenidos se puede evidenciar que el contrato de concesión de espacio comercial es el mecanismo jurídico de mayor uso comercial, debido a que los propietarios y empresarios del sector inmobiliario, prefieren esta figura contractual que les brinda mayor seguridad jurídica al momento de tomar decisiones por su relevancia en la tenencia de los bienes inmuebles en materia mercantil.

Referencias

- Acosta, G. O. (1998). Los efectos generales de los actos jurídicos. En *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (pág. 314). Bogotá: Temis.
- Acosta, G. O. (2005). *Teoría General y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Temis S.A.
- Acosta, O. F. (1998). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*.
- Alban, J. O. (2008). *La formación del contrato*. Bogotá: Editorial Temis.
- Alterini, A. A. (1999). *Contratos civiles, comerciales y de consumo*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Alterini, E. G.-J. (1998). *El Derecho Real. Elementos para una teoría general*. Buenos Aires, Argentina: Alberedo - Perrot S.A.
- Aravena, R. L. (s.f.).
- Barrera, L. S. (2022). *Disacya*. Obtenido de <https://disacya.com/contrato-de-arrendamiento-de-local-comercial/>
- Bustamante, C. J. (2015). *Algunas reflexiones sobre los contratos de distribución, en especial sobre los contratos de concesión y agencia mercantil*. Bogotá: Universidad de Los Andes.
- Cabanellas, G. K. (1987). *Contratos de colaboración empresaria*. Buenos Aires.
- Caorci, J. J. (2002). *La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas*. Bogotá: Temis.
- Capobianco, E. (2017). *Lecciones sobre el contrato*. Bogotá: Ediciones jurídicas Axel.
- Código Civil*. (s.f.).
- Código de Comercio*. (s.f.).
- Diez, G. F. (2009). *Forma y documentación del contrato*.
- Fariña, J. M. (1993). *Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación*.
- Fernandez, J. A. (2008). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Galindo, I. (1996). *Teoría General de los contratos*. Mexico.
- García, E. R. (2007). Los contratos en derecho privado. En *Interpretación del contrato atípico a la luz de la jurisprudencia colombiana* (pág. 47). Legis.
- García, E. R. (2007). Los contratos en derecho privado. En *Interpretación del contrato atípico a la luz de la jurisprudencia colombiana* (pág. 48). Legis.

- Gardeazabal, M. R. (2007). Los contratos en el derecho privado. En *Contratos, hechos y normas* (pág. 1103). Legis.
- Gillet, C. B. (2011). *La Buena Fe Contractual*. Chile: Editorial Jurídica.
- Giraldo, M. D. (2018). *Comodato y arriendo no son sinónimos*. Medellín: Fuente: El Colombiano.
- Larroumet, C. (1999). *Teoría General del Contrato*. Bogotá.
- Laudos arbitrales (Tribunal de Arbitramento 2013).
- Ley de Propiedad Horizontal (2001).
- Mejía, J. P. (2007). Los contratos en derecho privado. En *Justicia y abuso contractual* (pág. 697). Legis.
- mercantil, S. I. (2003). *Néstor Humberto Martínez Neira*. revistas.javeriana.
- Muñoz, T. P. (2002). *El contrato de concesión mercantil*. Barcelona, España: MONTECORVO.
- Nossa, L. P. (2006). *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Nossa, L. P. (2017). Concesión comercial. En *Contratos empresariales nacionales e internacionales* (pág. 503). Bogotá: Ecoe ediciones.
- Nossa, L. P. (2017). *Contratos empresariales nacionales e internacionales*. Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Nossa, L. P. (2017). Interpretación de los contratos atípicos. En *Contratos empresariales nacionales e internacionales* (pág. 505). Bogotá: Ecoe ediciones.
- Paucar, J. A. (2008). *Contratos Mercantiles Tomo III*. Dike.
- Paucar, J. A. (2012). Contratos Atípicos. En *Contratos Mercantiles* (pág. 17). Bogotá: Legis.
- Paucar, J. A. (2015). *Contratos Mercantiles. Contratos Atípicos*. Legis.
- Paucar, J. A. (s.f.). *Contratos mercantiles*.
- Redalyc.org. (2018). Obtenido de Redalyc.org:
https://www.redalyc.org/journal/280/28059580002/html/#redalyc_28059580002_ref31
- Restrepo, H. V. (2005). *Derecho Privado Romano*. Medellín: Señal Editora.
- Sanchez, J. M. (1989). *Contrato de concesión mercantil*. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE.
- Sánchez, J. M. (1989). *Contrato de Concesión Mercantil*.
- Sentencia Corte Suprema de Justicia, M.P. Jorge Antonio Castillo Rúgeles (Corte Suprema de Justicia 22 de Octubre de 2001).

Sentencia de la Sala de Revisión Corte Constitucional, T-585 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla 2013).

Sentencia M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, Sala de Casación Civil (Corte Suprema de Justicia de Colombia 22 de Octubre de 2001).

Sentencia Sala Civil (Tribunal Superior de Antioquia 06 de 04 de 1994).

Sentencia Sala Civil (Tribunal Superior de Antioquia 6 de Abril de 1994).

Sentencia Sala de Casación Civil, 5817 (Corte Suprema de Justicia 22 de octubre de 2001).

Velez, G. A. (2017). *Presentación sobre Estudio comparativo entre el contrato de arrendamiento de local comercial y el contrato de concesión de espacio*. Medellín.

Zea, A. V. (1982). *Origen, desarrollo y crítica de la propiedad privada*.