

Aproximaciones al contrato de concesión de espacio mercantil

ADRIANA LUCIA CABALLERO OTERO

SANTIAGO FERNÁNDEZ LÓPEZ

Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Ciencias Jurídicas

Bogotá

2010

Aproximaciones al contrato de concesión de espacio mercantil

Tesis de Grado

ADRIANA LUCIA CABALLERO OTERO

SANTIAGO FERNÁNDEZ LÓPEZ

Director

Miguel Antonio Bustos Zalamea

Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Ciencias Jurídicas

Bogotá

2010

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.



Bogotá D.C., mayo 4 de 2010

Doctor
FELIPE ARBOUIN GÓMEZ
Coordinador Académico
Departamento de Derecho Privado
Pontificia Universidad Javeriana
Ciudad

Apreciado doctor Arbouin:

De la manera más atenta me permito remitir la monografía de grado para optar el título de Abogado de los doctores Adriana Caballero Otero y Santiago Fernández López, titulada *Aproximaciones al Contrato de Concesión de Espacio Mercantil*.

Los autores, con indudable mérito académico, hacen un aporte jurídico invaluable para el sector al analizar los fundamentos y desarrollo de este novedoso contrato en la actividad mercantil e inmobiliaria.

En consecuencia, considero que la obra en mención cumple de manera satisfactoria con todos los requisitos exigidos por la Universidad para tales efectos.

Atentamente,


MIGUEL ANTONIO BUSTOS ZALAMEA
Director Jurídico

Recabido:
Eugenia Garcia
Mayo 7/2010.

Calle 76 No. 8 - 28
PBX. +57 1 248 7272 - Fax. +57 1 249 5407
www.lonjadedebogota.org.co
Bogotá, D.C. Colombia



Miembro de:

Contenido

1. INTRODUCCIÓN
2. ACUERDO DE VOLUNTADES: CONTRATO
3. TEORIA GENERAL DE LOS CONTRATOS ATIPICOS
4. CONTRATO DE CONCESIÓN MERCANTIL
 - 4.1. Importancia económica
 - 4.2. Partes
 - 4.3. Características
 - 4.3.1 Naturaleza Jurídica
 - 4.3.2 De colaboración
 - 4.3.3 De ejecución sucesiva
 - 4.3.4 Oneroso
 - 4.3.5 Bilateral
 - 4.3.6 Consensual
- 5 CAUSALES DE TERMINACIÓN
 - 5.1 Voluntad de las partes
 - 5.2 Expiración del término de duración del contrato
 - 5.3 Desahucio unilateral
 - 5.4 Insolvencia de una de las partes
 - 5.5 Modalidades
 - 5.5.1 El franchising o franquicia
 - 5.5.1.1 El engineering
 - 5.5.1.2 El marqueting
 - 5.5.2 Contrato de concesión hotelera

- 5.5.3 Contrato de concesión para la exhibición de anuncios publicitarios
- 5.5.4 Contrato de concesión de una zona común para la instalación de valla publicitaria
- 5.5.5 Contrato de concesión de espacio mercantil

6 Contrato de concesión de espacio mercantil

6.1 Antecedentes

6.2 Definición

6.3 Importancia económica

6.4 Características

6.4.1 Atípico

6.4.2 Comercial

6.4.3 Nominado

6.4.4 Bilateral

6.4.5 Oneroso

6.4.6 De ejecución sucesiva

6.4.7 Conmutativo

6.5 Análisis de las obligaciones de las partes

6.5.1 Concedente

6.5.1.1 Conceder el espacio al concesionario

6.5.1.2 Mantener la ubicación del espacio concedido

6.5.2 Concesionario

6.5.2.1 Usar el espacio concedido

6.5.2.2 Destinar el espacio concedido exclusivamente para el objeto estipulado en el contrato

6.5.2.3 Pago de una contraprestación

6.5.2.4 Asumir la responsabilidad derivada del ofrecimiento de sus producto

- 6.5.2.5 Abstenerse de utilizar el nombre comercial, enseña y logotipos del concedente
- 6.5.2.6 Contratar y mantener a su costa el personal necesario para atender adecuadamente el espacio que le ha sido concesionado
- 6.5.2.7 Asumir frente a las autoridades y frente a terceros todas las responsabilidades que emanen del incumplimiento de sus obligaciones laborales, tributarias y administrativas, así como las provenientes de los vicio de los bienes de su propiedad y de las actuaciones dolosas o culposas de sus empleados, representantes o colaboradores
- 6.5.2.8 Emplear en las labores necesarias para la venta de sus productos el número de dependientes suficientes y bien capacitados
- 6.5.2.9 Emplear en las labores necesarias para la venta de sus productos el número de dependientes suficientes y bien capacitados
- 6.5.2.10 Acatar y velar porque sus trabajadores dependientes, representantes o servidores cumplan con los reglamentos internos y de propiedad horizontal, circulares y recomendaciones dictados por el concedente
- 6.5.2.11 Restituir el espacio concedido a la terminación del contrato
- 6.5.2.12 Velar por el buen estado y uso de los bienes muebles que el concedente le

entregue para el buen desarrollo de su actividad

6.6 Cesión del contrato

6.7 Causales de terminación del contrato

6.7.1 Incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato

6.7.1.1 Cláusula penal

6.7.1.2 Incumplimiento por parte del concesionario de sus representantes o empleados de cualquiera de los reglamentos internos y de propiedad horizontal, disposiciones, instrucciones o manuales de procedimiento impuestos por el concedente

6.7.2 La insolvencia, la devolución de cheques impagados por falta de fondos, cesación de pagos o quiebra del concesionario

6.7.3 Fuerza mayor o caso fortuito

6.8 Diferencias y semejanzas con otras figuras jurídicas relacionadas

6.8.1 Contrato de arrendamiento

6.8.1.1 Cesión y subarrendamiento

6.8.1.2 Derecho de preferencia

6.8.1.3 Análisis de derecho comparado del contrato de arrendamiento

6.8.1.3.1 España

6.8.1.3.2 Duración y subarriendo del contrato

6.8.1.3.3 Argentina

6.8.2 Contrato de Agencia Comercial

6.8.3 Contrato de licenciamiento de marca

6.8.4 Contrato de cuentas en participación

6.9 Análisis de derecho comparado

6.9.1 Unión Europea – España

6.9.2 Argentina

6.10 Reglas de interpretación

6.11 Aspectos tributarios

7 CONCLUSIONES

8 RECOMENDACIONES

9 BIBLIOGRAFIA

10 ANEXOS

1. INTRODUCCION

Se ha convertido en algo cotidiano para todos los colombianos el visitar lugares en los que concurra gran cantidad de establecimientos mercantiles, no sólo con el fin de obtener bienes y servicios para el aprovechamiento propio y ajeno, sino además con fines que trascienden el ámbito de lo netamente comercial hacia lo social, transformándose en espacios abiertos al público y dispuestos para el esparcimiento y la recreación familiar.

De esta manera, diariamente miles de personas se benefician de la afluencia de ofertas que se presentan en los nuevos desarrollos de tipo inmobiliario, formas que han facilitado no sólo las relaciones entre propietarios de los inmuebles y comerciantes, sino también entre estos últimos y el público en general.

El más común de estos desarrollos son las “Anclas”, estas pueden entenderse como aquellos establecimientos de comercio que se desarrollan en grandes áreas y ofrecen al público productos en mayor cantidad, calidad, variedad y a precios más accesibles a todas las esferas sociales. Debido a esto, se convierten en el eje central de convergencia de los consumidores. El ancla más importante en nuestro país es Almacenes ÉXITO, que debido a las estrategias que idearon para exhibir y promocionar sus productos, ha venido aumentando sus ingresos progresivamente.

Otros proyectos creados recientemente, como pequeños y medianos establecimientos de comercio, Edificios y construcciones ahora no sólo albergan espacios para funcionamiento de oficinas y vivienda urbana, sino también almacenes que ofrecen productos al conglomerado social, Vbrg. Centro Comercial Gran Estación, Fallabella, Súper Almacenes Olímpica, Olímpica, Plaza 39, etc, han abierto ampliamente el abanico de posibilidades jurídicas y mercantiles para los sujetos que hacen parte de esta esfera negocial.

Así, para los **consumidores**, encontramos más oportunidades de conseguir productos de mayor variedad, calidad y a menores precios, y lo que es determinante, más fácilmente. Para los **propietarios de la planta física**, posibilidades de obtener un ocupante para su inmueble en menos tiempo y a aun menor costo, y así mismo, la opción de establecer

condiciones de regulación particulares, dependiendo de la conveniencia y facilidad de una forma jurídica u otra. Para los **comerciantes**, la oportunidad de hallar un mejor arreglo con quien le entrega el espacio físico para desarrollar su objeto social, diversas formas de pactar una remuneración, y finalmente, y no por esto de menor importancia, la posibilidad que tiene de crear un negocio que crezca en gran escala y que signifique el progreso no sólo para él sino también el del mercado en general.

En todos estos nuevos surgimientos, inició entonces para el comerciante, la preocupación de sostenerse en la competencia y de conquistar nuevos clientes. Los productores debían ahora organizar y adecuar la comercialización de sus productos de tal manera que, adaptándose a las nuevas corrientes comerciales, se les permitiera unificar sistemas y estrategias de venta encaminadas a reducir costos de distribución y así mejorar su rentabilidad. Es por esta razón que los locales comerciales de menor envergadura, que tenían menores oportunidades en el mercado, debieron establecer tácticas de este tipo para obtener mayores utilidades de sus actividades, teniendo también que realizar acuerdos de voluntades –contratos- con los propietarios de la planta física para poder beneficiarse legalmente de estos espacios.

En este sentido, el surgimiento de estas nuevas estructuras de comercio en nuestro país, han significado la necesidad de crear nuevas formas jurídicas que correspondan a su regulación. Desde hace ya varias décadas, se ha usado el contrato de arrendamiento para regular este tipo de relaciones, sin embargo, en los últimos años hemos contado con el nacimiento y desarrollo de nuevas figuras jurídicas que se ajustan más a las necesidades actuales de una sociedad progresista y cambiante, contratos que aunque no cuentan con la regulación normativa expresa, se han convertido en la principal alternativa de los comerciantes para conquistar y mantenerse en el mercado.

Una de las estrategias que han implementado los comerciantes se resume en enfocarse no sólo en la relación producto-cliente, sino incluir además en este binomio, detalles tan importantes como el lugar, el cómo y el porqué se ofrece el producto. Bajo este supuesto,

resulta claro por qué la ubicación en la que se encuentre el establecimiento puede ser determinante para el posicionamiento del producto en el mercado.

Las posibilidades de ofertar los productos por parte de los comerciantes se condiciona a la disposición del espacio, lo que hace necesario empezar a establecer relaciones jurídicas simbióticas entre locales comerciales de menor envergadura y almacenes de grandes superficies.

Esta tesis enmarca una de las nuevas formas de contratar creada a partir de la nueva realidad comercial descrita. Para lo anterior, en un primer momento introduciremos brevemente pero claramente el tema de los contratos, típicos y atípicos, y luego abordaremos el tema que nos concierne, es decir, el CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIO MERCANTIL.

Este contrato es relevante porque la vigencia de este análisis es permanente, toda vez que este contrato toma cada vez más fuerza entre los comerciantes convirtiéndose en una práctica comercial reiterada y repetitiva celebrada por diversos agentes o sujetos comerciales como lo veremos más adelante.

Su acogida ha sido tal, que ya son varios los países de Latinoamérica y de la Comunidad Europea que han implementado este tipo de contratación, ya que les permite flexibilizar contratos tales como el de arrendamiento y agencia mercantil, los cuales, a pesar de ser importantes modalidades de contratar, limitan el intercambio comercial debido a su restrictiva normatividad, por lo cual, hoy es más frecuente celebrar el contrato de concesión de espacio mercantil ya que por sus características, le permite a las partes auto-regularse, siempre y cuando no vayan en contra de la ley y las buenas costumbres comerciales.

Puntualmente, la importancia de estudiar este contrato está radicada en dos puntos, el primero es que requiere de especial atención actualmente considerando su falta de reglamentación, pues es ésta un factor que aumenta el riesgo de que sea celebrado de manera irregular, es decir, que sea contrario a nuestra legislación. Es fundamental realizar

un análisis en nuestro ordenamiento jurídico para ver de qué manera ese vacío puede ser suplido en aras de garantizarle a los comerciantes y al mismo ordenamiento jurídico, disposiciones que le brinden seguridad al tema.

El segundo punto es el referente a la similitud que existe entre este contrato y otras figuras jurídicas tales como el contrato de arrendamiento comercial, el contrato de agencia comercial, el contrato de licenciamiento de marca y otras formas que abordaremos en acápite posteriores. En algunos casos estos han llegado a confundirse con el contrato que nos ocupa, ocasionando que se piense que este no es una nueva forma jurídica que nace por la evolución de las relaciones comerciales, sino que sólo está siendo utilizado con el fin de evadir o transgredir la normatividad establecida para otros contratos ya regulados en la ley.

Aunque puede pensarse que el contrato de concesión de espacio mercantil es sólo una forma de contratación más ligera, debe entenderse que por esto no deja de ser relevante en el mundo jurídico, no puede descartarse su análisis y suponer que no merece ser utilizado, y ya que nos encontramos a las puertas de una nueva propuesta jurídica, concentraremos entonces nuestra tesis no sólo en regular el contrato descrito, sino también en determinar si el contrato de concesión de espacio mercantil es realmente necesario o no en el mundo jurídico y si goza o no de independencia.

Para realizar el análisis propuesto, iniciaremos introduciendo la teoría del contrato como acuerdo de voluntades y ubicaremos progresivamente el contrato de concesión de espacio mercantil:

2. ACUERDO DE VOLUNTADES –CONTRATO-

En un primer momento, serán los comerciantes y los dueños de la planta inmobiliaria los que deberán celebrar un contrato para regular la relación jurídica a surgir; en un segundo momento, los comerciantes deberán suscribir otros contratos, como por ejemplo con proveedores y clientes. Nos referiremos en este momento al punto que nos concierne, es decir, al primer tipo de acuerdo a celebrar, veamos a continuación la teoría jurídica que ha regulado este tipo de institución jurídica:

Desde el punto de vista de nuestro derecho civil, tal y como lo señala Guillermo Ospina Fernández, es indispensable acoger la clasificación tradicional francesa que reduce los elementos que intervienen en la formación de las situaciones jurídicas a solo dos especies: el **acto jurídico**, que comprende toda manifestación de voluntad directamente encaminada a la producción de efectos jurídicos, y el **hecho jurídico**, que cobija tanto los hechos puramente físicos o materiales jurídicamente relevantes, como también los actos voluntarios cuyos efectos, que la ley les atribuye, se producen independientemente del querer del agente, como si fueran simples hechos físicos¹. De la definición formulada del acto jurídico resultan dos elementos esenciales, por una parte encontramos la voluntad de uno o más sujetos de derecho, y por otra parte el objeto jurídico pretendido. De lo primero podemos decir que constituye la sustancia del mismo acto jurídico ya que, además de ser la principal diferencia que podemos encontrar con el hecho jurídico, la exteriorización de voluntad por parte de los agentes son reflejo mismo de sus intenciones en crear, modificar o extinguir efectos jurídicos que en principio generan obligaciones inter – partes.

Según Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, “los requisitos para la existencia de los actos jurídicos son la voluntad² o el consentimiento³, el objeto genérico y

¹ Ospina Fernández Guillermo, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Pág. 5.

² “La voluntad del agente o de los agentes no constituye, por sí sola fenómeno susceptible de resonancia jurídica, sino que además es indispensable que dicha voluntad se manifieste, que trascienda del fuero interno en el cual se gesta y desarrolla, proyectándose en la vida de las relaciones sociales que son el objeto propio del derecho. Solamente cuando esto último sucede puede iniciarse el procesamiento jurídico del acto, que parte de la verificación de la existencia de ese fenómeno externo, la declaración o manifestación, y

especifico y la forma solemne⁴". Es decir, sin la concurrencia de todas las condiciones anteriores, el contrato no puede nacer, no existe. Ahora bien, los requisitos para "la validez de aquellos son la capacidad de los agentes⁵, la ausencia de vicios de la voluntad (error, fuerza y dolo⁶), la ausencia de lesión enorme⁷, la realidad y la licitud de la causa⁸, y la plenitud de las formalidades prescritas licitud del objeto por la ley." En este caso, si una de estos requisitos no se cumple, el contrato existe pero no es válido.

Estas relaciones jurídicas en este punto, es lo que denominaremos "**Contrato**". Un contrato, en términos generales podemos definirlo como aquel acuerdo privado, oral o escrito, generador de derechos y obligaciones mediante el cual las partes se obligan recíprocamente a cumplirlas teniendo como función principal originar efectos jurídicos

de sus condiciones objetivas de legalidad, y que luego si penetra en la esfera de la actuación síquica de los agentes para investigar el contenido de aquella, es decir, de la voluntad real que pretende traducir". Ídem. Pág. 99.

³ Sin la *voluntad* de una de las partes para obligarse con la otra no existe acto jurídico. La voluntad que constituye la sustancia del acto debe encaminarse a un *objeto* jurídico que puede consistir en la creación o en la modificación, o en la extensión de una o más relaciones de derecho. En casos excepcionales, la ley prescribe la observancia de ciertas *solemnidades para el perfeccionamiento de los actos jurídicos*, lo que equivale a exigir que la voluntad se exprese en forma predeterminada para que se tenga por emitida. La falta de dichas solemnidades obstaculiza la formación o perfeccionamiento de tales actos jurídicos y conduce a que estos se reputen inexistentes. Ídem, Pág. 83.

⁴ Ídem, Pág. 84.

⁵ La capacidad, unas veces denota la aptitud que se les atribuye a las personas o sujetos para ser titulares de derechos y obligaciones, mientras que otras veces se emplea para significar el que poder que reconoce a la mayoría de dichos titulares para realizar actos jurídicos sin el ministerio o autorización de otras personas, en el primero de los sentidos, la capacidad es un atributo de la personalidad jurídica, y en el segundo es la capacidad de goce, ósea la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones.

⁶ Podemos definir error diciendo que es la falsa noción de la realidad, en el terreno jurídico la ignorancia es y debe ser equipara al error debido a que el error puede ser de derecho o de hecho, según verse sobre una norma jurídica o sobre los elementos constitutivos de una situación de hecho respectivamente. Es importante señalar que nuestro Código Civil en su artículo 1509 establece que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, solamente le reconoce efectividad a dicho vicio en los casos taxativamente contemplados por la ley y en los que se considera que el error es esencial. La fuerza se entiende como toda presión física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a prestar su consentimiento en un acto jurídico. Por dolo entendemos que es toda especie de artificio de que alguien se sirve de engañar a otro bien sea sobre el acto en general o sobre ciertas condiciones de él. Ídem, Pág. 85.

⁷ Lesión enorme es aquel detrimento patrimonial que sufre una persona en razón de un acto jurídico realizado por ella. El código civil ha consagrado un sistema fragmentario en materia de lesión, por ejemplo, en la lesión enorme sobre la compraventa de bienes inmuebles está reglamentado en el artículo 1946, la partición de bienes 1405 y la permuta de bienes 1958 caracterizándose además por ser un sistema injusto y empírico. Ídem, Pág. 86.

⁸ La licitud de los actos jurídicos en nuestra legislación consiste en que estos, en su conjunto y en sus prestaciones aisladamente consideradas se acomoden a la ley imperativa, al orden público y a las buenas costumbres.

entre sus intervinientes. Nuestro Código Civil, en su artículo 1495 define contrato como “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer, o no hacer alguna cosa”⁹.

Por otra parte, el Código de Comercio en su artículo 864 dispone que contrato es “un acuerdo entre dos o más partes para construir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”¹⁰. De lo establecido por nuestro legislador y para efectos de nuestra investigación podemos resaltar lo siguiente: 1. Es un acuerdo, es decir, una decisión tomada de la cual deben participar al menos dos partes con el **objeto** de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas 2. Dicho acuerdo se desprende de la **manifestación de voluntad** de las partes directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos; son entonces estos dos los elementos esenciales que doctrinalmente se le atribuyen al acto o negocio jurídico como ya vimos.

Nuestro ordenamiento jurídico es claro al establecer que todo contrato será válido siempre y cuando su formación cumpla con lo exigido por la ley, de lo contrario como vimos anteriormente, podrá declararse su inexistencia o su nulidad absoluta o relativa dependiendo del vicio que este contenga, por ejemplo la capacidad de los contrayentes o si la manifestación de voluntad se declaró con fuerza, o dolo, entre otros.

Ahora bien, además de los requisitos generales dispuestos por nuestra legislación, el Código de Civil y el Código de Comercio colombiano principalmente regulan, según su especialidad, cada acto jurídico que las personas tanto jurídicas como naturales pueden llegar a celebrar.

Este tipo de contratos, que encontramos previstos y regulados por la ley, son los que denominamos **contratos típicos o nominados**, como la compraventa, el arrendamiento, el mutuo, el testamento, etcétera. Es decir, que en ausencia de acuerdo entre las partes existen normas dispositivas a las cuales podemos acudir; mientras que aquellos que no

⁹ Código Civil

¹⁰ Código de Comercio

hayan sido reconocidos por la norma legal, es decir que no atienden a los demás factores de normación que existen son los que conocemos como **contratos atípicos o innominados**, ya que debido a sus características no se encuentran regulados por ella. Sin embargo, puede afirmarse que no existe ningún contrato absolutamente típico, ya que el legislador no tiene capacidad previsor absoluta, al punto de regular todo lo que imaginativamente pueda acontecer en un contrato. Hay regulaciones supremamente pocas en nuestra legislación, contratos que escasamente tienen unos pocos artículos, por tanto, muchas circunstancias no están reguladas y respecto a ellas, será necesario el tratamiento propio de los contratos atípicos.¹¹

3. TEORIA GENERAL DE LOS CONTRATOS ATIPICOS

Puede entenderse contrato “atípico” como aquel que no ha sido reconocido por la ley, es decir, cuando sus estipulaciones no encajan en ninguno de los actos legalmente reglamentados, de esta manera la autonomía de la voluntad¹² permite que los sujetos de derecho contraigan obligaciones y se comprometan a realizar actos no regulados por las leyes dentro del principio de la libertad, mientras no pugnen con las prescripciones de orden público y las reglas generales de derecho.

Nuestro ordenamiento admite que se puedan determinar por las partes contratos que no entran en los tipos que tienen una disciplina particular, lo que representa un ulterior reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad privada¹³, tal es el caso de contratos como el de franquicia, de software, joint venture y comercio electrónico entre otros, los cuales se atienen principalmente a las estipulaciones contractuales dentro de un marco claro y establecido por normas imperativas.

¹¹ Arrubla Paucar, Jaime. Contratos Mercantiles. Pág. 30.

¹² Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos, ahora bien, el legislador ha establecido ciertos requisitos que, principalmente obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad.

¹³ El artículo 1602 del Código Civil establece que: “ Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”

Como vemos entonces, uno de los problemas que se plantean es el de establecer qué régimen jurídico se debe aplicar a este tipo de contratos, sobre todo en aquellos aspectos no previstos por los contratantes, frente a esto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de octubre de 2001 dispuso lo siguiente:

“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”¹⁴.

De lo anterior podemos subrayar varias cosas: en primer lugar lo referente al ejercicio de la manifestación de la voluntad privada, es decir, darle plena validez a las decisiones que las partes acuerden siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico, a las buenas costumbres y a la moral, esto se entiende en la medida en que son los mismos interesados los que se verán beneficiados o afectados por sus propias decisiones. En segundo lugar, **vemos que a falta de voluntad manifiesta por parte de los intervinientes se debe entonces acudir a los contratos tipificados que por sus características sean afines con el celebrado**. Ahora bien, en sentencia un poco más reciente de la Corte Suprema de Justicia del trece de diciembre de 2002, magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo al respecto se dijo lo siguiente:

“Debe aceptarse, por ende, que no puede ser gobernado exclusiva y delantadamente por las reglas que le son propias a negocios típicos, por afines que éstos realmente sean, entre ellos, por vía de ilustración, el arrendamiento; la compraventa con pacto de reserva de dominio; el mutuo.

No en vano, la disciplina que corresponde a los negocios atípicos está dada, en primer término, por "las cláusulas contractuales ajustadas por las partes contratantes, siempre y cuando, claro está, ellas no sean contrarias a disposiciones de orden público"; en segundo

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 de Octubre de 2001. M.P. Jorge Antonio Castillo Rúgeles.

lugar, por "las normas generales previstas en el ordenamiento como comunes a todas las obligaciones y contratos,(así) como las originadas en los usos y prácticas sociales" y, finalmente, ahí sí, "mediante un proceso de auto integración, (por) las del contrato típico con el que guarde alguna semejanza relevante"¹⁵.

Casación Civil de 22 de octubre de 2001; Exp: 5817, expresa: "lo que en últimas exige acudir a la analogía, como prototípico mecanismo de expansión del derecho positivo, todo ello, desde luego, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales, como informadores del sistema jurídico."

Bajo lo expuesto en párrafos anteriores, el contrato que nos ocupa, es decir, el Contrato de Concesión de Espacio Mercantil se define como un contrato atípico, que ha sido suscrito por muchos sujetos de la esfera mercantil colombiana pero que no está consagrado expresamente en el mismo, por esto, resulta básico establecer la importancia de esta modalidad contractual.

4. CONTRATO DE CONCESION MERCANTIL

4.1. Importancia Económica

En la actualidad vemos una gran cantidad de cambios motivados principalmente por la adopción mundial del concepto 'globalizado' que genera con mayor amplitud y frecuencia la ampliación de mercados que propician inevitables cambios en los estilos de vida de las personas, este hecho provoca, a su vez, el nacimiento de una mayor cantidad de vínculos contractuales no previstos por nuestra legislación, es por esto que, la utilización del derecho en nuevas figuras contractuales se hace indispensable ya que constituyen garantías que las partes contratantes confían tener.

No cabe duda que quienes han pretendido sostener la fuerza obligatoria de los contratos a partir de su función económica tienen razón, ya que como medio de intercambio, desde las más simples hasta las más complejas negociaciones son satisfechas a través del

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 13 de diciembre de 2002 M.P Carlos Ignacio Jaramillo

mecanismo contractual, convirtiéndose así, en el principal vehículo de circulación de riqueza.

En la actualidad, el contrato de concesión mercantil se ha venido presentado como una de las creaciones contemporáneas del mundo inmobiliario, de los negocios y la economía desarrollada e intensificada por las grandes corrientes comerciales, favoreciendo la participación de distintos comerciantes en una organización comercial estructurada con el fin de ofrecer mejores condiciones frente a la competencia¹⁶. Por lo tanto, desde la **perspectiva inmobiliaria**, podemos decir que la concesión mercantil es un desarrollo necesario por el nuevo y progresivo estilo arquitectónico de los recientes proyectos de construcción comercial y de vivienda, los cuales desencadenan novedosas creaciones y desarrollos del régimen de propiedad horizontal actual. V.rg: Utilización de zonas comunes para la instalación de pequeños almacenes, vallas con fines comerciales, etc. Ahora desde el **punto de vista económico**, podemos decir que la concesión mercantil es una técnica de distribución en el mercado de los bienes fabricados por una empresa, ósea, una técnica de comercialización de un producto¹⁷ la cual facilita el tráfico de bienes y servicios llegando así a los centros de consumo.

4.2. Partes

Antes de dar un concepto del contrato de concesión mercantil, consideramos pertinente precisar cuáles son las partes que intervienen del mismo, por un lado está el **concedente**, que es la empresa que vende y concede a otra la facultad de distribuir sus productos, por otro lado está el **concesionario** quien es el empresario que compra al concedente los productos que revende en su establecimiento¹⁸, se trata entonces de un empresario independiente que compra mercancías para después venderlas bajo su propio riesgo, es de anotar que este proceso, es decir la reventa de los productos, no puede realizarse a su

¹⁶ Paucar Arrubla, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Pág. 286.

¹⁷ Puente Muñoz, Teresa. El contrato de concesión mercantil. Pág. 21.

¹⁸ Paucar Arrubla, Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Pág. 307.

libre albedrío, por el contrario debe remitirse a lo estipulado en el contrato buscando siempre la satisfacción de los intereses del concedente.

Ahora bien, Iglesias Prada define el contrato de concesión mercantil como “todo acuerdo de voluntades por el que un empresario – concesionario pone el establecimiento del que es titular al servicio de otro empresario para comercializar por tiempo indefinido o ilimitado en una zona geográfica determinada bajo las directrices y supervisión del concedente, aunque en nombre y por cuenta propia, consideramos que esta definición no es suficiente debido a que solo menciona al contrato de concesión mercantil tradicional desconociendo sus distintas modalidades.

Por lo tanto, compartimos las palabras del doctrinante Jaime Arrubla Paucar¹⁹, el cual expresa que el contrato de concesión de espacio mercantil es el acuerdo de voluntades “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 su rendimiento y su posición en el mercado.”

Como vemos, la anterior es una definición amplia que pretende dar cabida a las diferentes clases de concesión que se vienen presentando en el mundo económico que van desde la manera más tradicional²⁰ de buscar a través del concesionario mejores canales de distribución de los productos o servicios, hasta llegar a la más diferente que implica la concesión de un espacio físico²¹.

Se vislumbra entonces que en las múltiples formas en las cuales el concedente y el concesionario pueden beneficiarse en virtud de un nuevo negocio jurídico, incluyendo

¹⁹ Ídem, Pág. 340.

²⁰ La concesión propiamente dicha o tradicional es aquella que implica la obligación del concedente de utilizar al concesionario para la distribución de sus productos, permitiéndole el margen de utilidad de la reventa pero recibiendo a cambio múltiples contraprestaciones por incorporar los servicios del concesionario a su red de distribuidores y obtener un servicio de postventa para sus productos principalmente

²¹ Paucar Arrubla, Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Pág. 289.

dentro de una de ellas, el ceder ciertos espacios físicos para satisfacer sus necesidades particulares, siendo este el tema que nos ocupa en este momento.

De esta definición podemos extraer distintas características del contrato de concesión, que por ser la partida de otros contratos más específicos, se convierten entonces en elementos que deberán ser comunes a todos estos. Veamos:

4.3. Características

4.3.1 Naturaleza Jurídica

El contrato de concesión mercantil se entiende como un contrato **atípico** debido a que no está regulado en la legislación colombiana. Como ya vimos, es más propio usar la expresión 'atípico' que 'innominado', toda vez que hay muchos contratos no reglamentados por el legislador que sí tienen nombre. En todo caso es importante señalar que dichos contratos tienen el mismo valor que los contratos típicos por ser resultado de la voluntad manifiesta de las partes la cual los obliga a cumplir con las obligaciones pactadas o acordadas.

La importancia de esta clasificación radica en la aplicación o no a los contratos atípicos de la legislación supletoria a la voluntad de las partes. Al momento de celebrar este tipo de contratos debe considerarse, en primera instancia, las reglas contractuales establecidas por las partes, siempre y cuando éstas sean lícitas y admisibles de acuerdo a lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante lo anterior, la doctrina no es unánime y, como en todos los contratos atípicos, se presenta una gran resistencia a darle autonomía sin antes encuadrar en figuras típicas ya existentes tales como la compraventa especial, venta con suministro, concesión mercantil como licencia de marca, el contrato de agencia mercantil, entre otras. Sin embargo, sin duda compartimos nuevamente lo anotado por Jaime Arrubla al calificar la concesión mercantil como un contrato 'independiente' el cual, a pesar de parecerse a muchas figuras que sí tienen regulación en nuestro ordenamiento, merece tener un

tratamiento único debido a que obedece a una estructura y a una necesidad comercial muy específica y concreta²². Por esta razón, al contrario de lo que otras corrientes estiman, consideramos además, que esta modalidad de contratación no fue creada con el fin de evadir normas imperativas de orden público, ya que constituye una forma propia y distinta a otras figuras contractuales.

4.3.2 Contrato de Colaboración

Esta característica hace referencia a que los agentes comerciales que participan en la relación contractual se colaboran recíprocamente, es decir, que sus intereses se deben satisfacer mutuamente y les es común una misma finalidad, de este modo, cada parte está obligada a no cometer o a omitir actos que puedan perjudicar a las partes.

4.3.3 De Ejecución Sucesiva

Cuando nos referimos a que son contratos de ejecución sucesiva, hacemos referencia a que el cumplimiento de las obligaciones se postergan en el transcurso del tiempo, es decir, que las obligaciones no se agotan cuando se suscribe el contrato sino que son desarrolladas día a día hasta la terminación del plazo acordado. Un ejemplo claro es el que se presenta en una de las modalidades de concesión mercantil en la cual ahondaremos más adelante: en el contrato de franchising o franquicia el concesionario o el sujeto al que se le cede la marca, debe utilizarla durante todo el tiempo pactado por las partes en el contrato, el cual por la finalidad pactada en el mismo, no podrá realizarse en un único momento sino que esta debe extenderse en el tiempo.

4.3.4 Oneroso

Todo contrato tiene por objeto fundamental que la utilidad derivada del acuerdo contractual debe ser para ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. Ahora bien, lo que realmente nos permite clasificar a los contratos en gratuitos u onerosos es un criterio estrictamente económico la cual no depende de ningún tipo de

²² Ídem. Pág. 301.

consideración dogmática sino que el resultado sea provechoso para un solo contratante o para ambos, por lo tanto en el contrato de concesión decimos que es oneroso en la medida en que las partes pretenden recibir utilidad y para ello se gravan cada una en beneficio de la otra. Siguiendo el ejemplo del punto anterior, el contrato de franquicia es oneroso porque el franquiciante recibe una suma de dinero como contraprestación a la marca concedida, y el franquiciado recibe utilidades por la utilización de la marca.

4.3.5 Bilateral

Para hacer la distinción entre contratos bilaterales y unilaterales es importante definir primero que un contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna, por lo tanto bilateral será aquel el cual desde el momento en que se perfecciona el contrato surgen obligaciones para las dos partes contratantes. Ahora bien, es importante aclarar que no se atiende al número de obligaciones que crea el contrato, sino al número de partes que quedan obligadas en el momento de su formación: sí solo uno de los contratantes se obliga desde el momento de la celebración del contrato, sin que el otro contraiga ninguna obligación, si hay por lo mismo, un deudor y un acreedor, el contrato es unilateral, cualquiera que sea el número de obligaciones que imponga a la parte deudora²³. El contrato de concesión es un contrato bilateral, surgen por lo tanto obligaciones tanto para el concedente y para el concesionario.

4.3.6 Consensual

De acuerdo con el artículo 824 del Código de Comercio, el cual dispone que los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad.

²³ mya.com.co/docMyA/CM_CONTRATO_UNILATERAL.doc

Además de la norma anterior, y recordando que la concesión no figura dentro de la clasificación de los contratos establecidos por nuestro ordenamiento, debemos recordar que como máxima expresión de las relaciones contractuales existe la autonomía de la voluntad encaminada a generar obligaciones, por lo tanto y mientras la ley así no lo exija, son las mismas partes quienes están en la facultad de buscar cómo expresar sus actos y negocios jurídicos a su libre disposición.

5. Causales de Terminación del Contrato.

5.1 Voluntad de las partes

Por regla general sabemos que la **voluntad de las partes** es la primera forma de terminar un contrato, cualquiera que sea su naturaleza. Las partes así pueden decidir de mutua acuerdo la terminación. De forma que sólo nos referiremos a las causas especiales de terminación que pueden presentarse en los diferentes contratos de concesión:

5.2 Expiración del Término de Duración del Contrato

El contrato termina cuando finaliza el tiempo estipulado por las partes para la ejecución del contrato.

Por la naturaleza de la concesión, su suscripción por lo general se realiza por largos periodos de tiempo, esto es así porque para que cada parte pueda obtener los beneficios que se producirán con la concesión se necesita de lapsos considerables.

“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. Las consecuencias de la no renovación del contrato suelen ser graves, precisamente por la dependencia económica que implica para la actividad del concesionario, el enganche con la actividad económica del concedente, establecido en

virtud del contrato de concesión mercantil. La clientela atendida por el concesionario se pasaría a otros concesionarios o al mismo concedente, quienes se beneficiarían de la actividad desplegada por el concesionario que termina, pues, al fin de todo, él la consiguió, no para sí sino para un producto que continúa en el mercado.”²⁴

El tratadista francés Guyenot, establece ciertos criterios para establecer la indemnización que se causaría a favor del concesionario:

- “1. El mayor valor de la clientela aportada por el concesionario y que se traduce a favor del concedente.
2. Los gastos que el concesionario ha expuesto en vista de la explotación de la concesión.
3. Las indemnizaciones que el concesionario debe a su personal, que se ve en la necesidad de despedir como consecuencia de la terminación del contrato”²⁵.

Dependerá del tipo de contrato la viabilidad de una indemnización. En algunos casos, las partes conocen el camino que deberá recorrer el concesionario antes de poder obtener las ganancias esperadas, todo el esfuerzo humano y económico que esto representa; en otros casos esto no se conoce, y es incierto el beneficio a generarse. En el primer caso, en caso de no renovación del contrato, podría esto considerarse una conducta abusiva por parte del concedente, que podrá verse obligado a una indemnización de perjuicios. En el segundo caso, si el concedente obra de buena fe, y tiene en cuenta la posición del concesionario, dando aviso con la anticipación debida y por las razones correctas, podrá entenderse que no aplica indemnización, ya que en Colombia, en principio, la no renovación de un contrato, no puede considerarse una conducta abusiva en sí misma.

²⁴ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Pág. 372.

²⁵ Guyenot. ¿Qué es el Franchising? Pág. 200.

5.3 Por desahucio Unilateral.

Se utiliza esta forma cuando no se estableció un plazo o condición para terminación definitiva del contrato. El desahucio se producirá cuando una de las partes da aviso de terminación del contrato con un término de preaviso razonable. Este término dependerá del tipo de concesión utilizada, las clases de obligaciones y del objeto del negocio.

5.4 La insolvencia de una de las partes.

Por último, el justo temor de que una de las partes por su insolvencia no pueda continuar con la ejecución del contrato, se considera una causal para que cualquiera de ellas pida dar por terminado el contrato. Arrubla estima, que existe la posibilidad de estipular en el contrato esta causal, con el fin de poder prescindir una decisión judicial que estime la razonabilidad de la terminación del contrato, que podría demorarse sustancialmente.

5.5 Modalidades.

Teniendo en cuenta la definición encontramos que el contrato de concesión mercantil puede configurarse a través de distintas modalidades:

5.5.1 El Franchising o franquicia:

Dicho contrato es una de las formas de concesión más recientes el cual se ha ido incorporando en las relaciones comerciales como un contrato atípico. Este contrato, no legislado por nuestro derecho ha sido definido como uno contrato de concesión en virtud del cual, el titular de una marca otorga una licencia para su uso a concesionarios, quienes deben utilizarla prestando servicios o comercializando bienes conforme a técnicas uniformemente determinadas por el titular de la marca para sus distintos concesionarios²⁶. Es importante señalar que, además de ceder el uso de las marcas, el

²⁶ Doctrina Societaria y Concursal: Tomo V, pág. 527, y Tomo VI; pág. 981; Errepar, 1995

franquiciante se compromete a ceder los medios²⁷ para comercializar los productos o servicios convenidos.

De la anterior definición, podemos decir entonces que esta modalidad de contratación se basa en tres supuestos o pilares fundamentales. En primer lugar, en la transmisión del “know how”²⁸; en segundo lugar, en la asistencia permanente del franquiciante al franquiciado; y en tercer lugar, en que dicho otorgamiento recae principalmente sobre una marca exitosa.

Antes de seguir con la segunda modalidad del contrato de concesión mercantil, resulta importante mencionar en qué se diferencia éste contrato con otros de distribución:

- Contrato de Agencia: El agente es un mandatario independiente que negocia contratos a nombre y por cuenta del fabricante, industrial o comerciante. Se retribuye por una comisión por venta, y es un agente auxiliar de comercio. En cambio, el franquiciado es un comerciante autónomo que contrata a nombre propio.
- Contrato de distribución: El distribuidor es un comerciante autónomo que, sin vínculo laboral ni societario, compra en serie un producto determinado al fabricante, con exclusividad, cupo mínimo y territorio, para su colocación por vendedores directos. Tiene fondo de comercio propio y su ganancia está en la diferencia entre el precio de compra y el precio de venta de los productos que fija a su conveniencia. En cambio, el franquiciado no tiene la libertad de fijar los precios, puede o no comprar los productos al franquiciante (según el tipo de franquicia), debe pagar un canon y adecuar su empresa a la franquicia en un todo.

²⁷ Entre estos medios que cede el franquiciante podemos descartar los siguientes: 1. El Engineering, el cual consiste en el estudio previo a la creación o transformación del negocio, es decir la realización y puesta en marcha de sus instalaciones. 2. El Marketing, el cual se entiende como los métodos, medios y técnicas de comercialización

²⁸ Se refiere a todo el conjunto de experiencias y procedimientos que han sido adquiridas por un empresario en la explotación de su negocio y que le han permitido alcanzar un cierto éxito en el sector. En la franquicia es parte fundamental del acuerdo entre franquiciante y franquiciado, y coloca al franquiciado en disposición de explotar su negocio con las ventajas y experiencias adquiridas por el franquiciante a lo largo de los años.

5.5.1.1 El Engineering

“Es el acuerdo mediante el cual una parte (sociedad de ingeniería) se compromete respecto de la otra, a entregarle una unidad empresarial activa, responsabilizándose no sólo de su ejercicio, sino de su adecuado funcionamiento, bien realizando las tareas por sí misma, que previamente haya proyectado, o bien mediante terceros bajo su coordinación y dirección general, y con la vigilancia que en su caso se pacte de la contraparte a cambio de un precio.”²⁹

El fin de este tipo de concesión es el desarrollo y evolución de un establecimiento de comercio.

5.5.1.2 El Marqueting

De acuerdo con Guyenot, “son los métodos, medios y técnicas de comercialización. Principalmente consisten en: estudios de mercado, utilización de una marca prestigiosa, publicidad sobre el plano nacional o regional y sobre el lugar de venta, ventas promocionales y lanzamiento de productos nuevos. También se agregan instrucciones para la formación del personal y una organización contable y administrativa”.³⁰

Las partes en esta concesión son el franchisee y el franchisor, siendo el primero quién financia todas las inversiones y se encarga de toda la función comercial bajo su responsabilidad y paga al segundo sujeto, franchisor, las regalías que obtiene por la utilización de la marca.

5.5.2 Contrato de Concesión Hotelera.

Otro contrato de concesión que ha surgido a través de la práctica mercantil es el contrato de concesión hotelera, donde, según lo que nos dicta Arrubla Paucar, es un contrato mediante el cual “se administra un establecimiento de comercio destinado a la hotelería

²⁹ Cano Rico – Sierra. Pág. 280.

³⁰ Guyenot. ¿Qué es el Franchising? Pág. 22.

por la cual una firma generalmente especializada, de gran renombre y reconocimiento, pone su estilo, nombre, presentación y confort, para administrar ese inmueble, adecuadamente dotado, de propiedad de terceras personas”.

“Se produce al concertar la explotación de un recuento hotelero entre un operador y el propietario, en donde el vínculo económico es la participación de rendimientos en que generalmente el propietario reconoce al operador un porcentaje de las ventas totales como remuneración básica (basic fee) y un incentivo (incentive fee) que se representa en un porcentaje de participación de la utilidad bruta operaciones (gross operating profit). Este tipo de contratos son los más comunes y parten del criterio jurídico de asociación para compartir riesgos, y de participación al generar rendimientos.”³¹

5.5.3 Contrato de Concesión para la Exhibición de Anuncios Publicitarios.

Siguen surgiendo nuevas formas de concesión con el paso del tiempo, el contrato de concesión de exhibición de anuncio publicitario es una de estas innovaciones, en la cual una parte llamada anunciante se obliga a exhibir o anunciar a través de un módulo publicitario la publicidad que le entregue la otra parte, denominada cliente, durante el término que se establezca.

En este tipo de concesión, el cliente se obliga a mantener indemne al anunciante, en relación con los daños y perjuicios que se pudiesen llegar a causar a terceros en relación con el uso del signo distintivo a anunciar, no solamente durante la vigencia del contrato sino hasta después de terminado el mismo. Así mismo, el anunciante se reserva el derecho a rechazar la exhibición de aquellos anuncios publicitarios que a su juicio sean inaceptables o inconvenientes, sin que esté obligado a expresar los motivos de su negativa.

Más puntualmente, estas son algunas de las obligaciones que puede contraer el cliente:

1) Realizar el pago en las condiciones y plazos estipulados en el contrato;

³¹ Sheel M. Adolfo. Evaluación operaciones y financiera aplicada a la industria hotelera. Ed. U. Externado de Colombia. Bogotá, 2000, Pág. 89.

2) Instalar el aviso pactado;

3) Reemplazar los anuncios que a criterio del anunciante sean inaceptables, inconvenientes o se encuentren deteriorados para ser exhibidos.

Se pactan además en el contrato las causales de terminación, que a modo de ejemplo podrían estipularse generalmente así:

1) Por mutuo acuerdo entre los contratantes;

2) Por vencimiento del plazo aquí estipulado;

3) Por fuerza mayor o caso fortuito;

4) Por incumplimiento del contrato por alguna de las partes;

5) Unilateralmente y en cualquier momento por parte del anunciante, siempre y cuando medie comunicación escrita remitida al cliente con un preaviso razonable que también debería establecerse expresamente en el texto del contrato.

5.5.4 Contrato para la Concesión de una Zona Común para la Instalación de Valla Publicitaria

En este tipo de concesión, proveniente de la evolución del régimen de propiedad horizontal, el Concedente entrega a título de concesión al concesionario, y este recibe al mismo título, un área o zona común para la instalación de una valla publicitaria, la cual será utilizada por el concesionario para la instalación de avisos publicitarios de los terceros que contraten para la exhibición de su publicidad. La valla y los elementos que la componen serán íntegramente de propiedad del concesionario.

Algunas obligaciones que podrían estipularse para el concesionario:

1) Cancelar al concedente el canon del área o zona común, incluido el impuesto al valor agregado IVA si a ello hubiere lugar;

- 2) Cancelar los impuestos municipales causados por la instalación y permanencia de la valla publicitaria;
- 3) Instalar por su propia cuenta y riesgo la publicidad que se exhiba en la valla;
- 4) Dar el mantenimiento correspondiente a la valla publicitaria para que esta luzca en óptimas condiciones de presentación;
- 5) Contratar la instalación de un contador independiente para la medición del consumo de energía, así como pagar cumplidamente al concedente los costos mensuales por dicho concepto;
- 6) Respetar y acatar el reglamento de propiedad horizontal de establecido por la copropiedad.
- 7) Devolver el área arrendada en óptimas condiciones de conservación y de aseo.

El concesionario goza además de autonomía de modo que la actividad desarrollada por el concesionario en el área concedida a constituye una empresa totalmente autónoma e independiente, de su exclusiva propiedad, sin nexos de ninguna clase con el concedente, por lo que el contrato no generará ningún vínculo de carácter laboral, civil, comercial, cambiario, etc., entre el concedente y concesionario, ni entre aquel y las personas contratadas por el concesionario para el desarrollo del contrato.

En consecuencia, todos los actos o contratos que celebre el concesionario con terceros serán ejecutados bajo su propia cuenta y riesgo, asumiendo exclusivamente la responsabilidad y los costos que de ellos se derive, por cuanto actúa con total autonomía e independencia.

Podrían estipularse como causales de terminación de este tipo de concesión las siguientes:

- 1) Expiración del término pactado;

- 2) El incumplimiento de una cualquiera de las obligaciones pactadas en el contrato a cargo de las partes;
- 3) La disolución de alguno de los contratantes;
- 4) Por decisión de autoridad competente que ordene el retiro definitivo de la valla publicitaria, o se genere un desarrollo urbanístico que obstaculice la visibilidad del elemento y que por ende impida el normal desarrollo del objeto del contrato.

5.5.5 Concesión de Espacio

Otra modalidad es la concesión de espacios, en la que el concedente es propietario de uno o varios establecimientos de comercio, que generalmente operan en cadena, acreditados ante el público. Como una manera de mejorar sus rendimientos, decide ceder espacios físicos de su(s) establecimiento(s) a personas que se denominan concesionarios; el concedente no adquiere las mercaderías que se mantienen en propiedad del concesionario, pero recibe la retribución estipulada como precio por la concesión. Por el espacio físico no se paga renta alguna; la contraprestación puede ser la comisión o una retribución fija que se paga de manera global por todos los servicios con los que se beneficia el concesionario.

El concedente puede tener la facultad de modificar la ubicación del espacio concedido, bien sea por cambio de diseño o reacondicionamiento, por reformas locativas, o por decisiones de conveniencia comercial. En esta modalidad de concesión, también concurren aspectos como el aprovechamiento del good will, canalización de público, campañas publicitarias y promocionales del espacio concedente, etc.

Esta modalidad de concesión que hemos esbozado, es el objeto de estudio esta tesis y que como se expresó en la introducción, merece no sólo una regulación sino un análisis a su problemática, por lo que a continuación daremos paso a su explicación:

6. CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIO MERCANTIL.

6.1 ANTECEDENTES.

Desde el punto de vista **jurídico**, el derecho comercial colombiano proviene de varias legislaciones diferentes que establecieron en su haber normatividad para temas que para la época de su elaboración resultaban actuales y convenientes. Nuestro Código de Comercio emerge en el año 1971, con el fin de reformar la legislación vigente, sin embargo, en palabras de Madriñán de la Torre, el “nuevo Código constituye una curiosa página de la historia legislativa colombiana, ya que en asunto de tanta importancia se perdió la gran oportunidad de aportar un Código, en el cual su actualidad debía conjugarse con un criterio jurídico armónico”.³²

Consideramos esta opinión válida no sólo para la década de los 70's, sino aun más para la actual, donde el cambio de milenio busca una base jurídica donde arraigarse, base que en este momento encontramos en una serie de normas perdidas en el tiempo por obsoletas e inaplicables, o simplemente por todos los vacíos jurídicos que hoy en día se crean.

La legislación utilizada para regular los aspectos relacionados con las obligaciones, contratos y establecimientos de comercio, fue el Código Civil Italiano del año 1942, que “recoge, de una parte, la tendencia doctrinal expuesta años antes sobre la conveniencia de la unidad del derecho privado, y, de otra, los principios corporativos del fascismo expuestos en la *Carta del Lavoro* y que en materia mercantil exaltan la empresa sobre la idea tradicional del comerciante³³”.

Es sabido que en los años 40's, Italia era sacudida por la Guerra, sentimiento que sin duda influyó en el legislador a la hora de hacer las leyes. Nuestro país por el contrario, no ha vivido en un escenario parecido al de la Segunda Guerra Mundial, y por eso, no puede esperarse que la utilización e interpretación de las normas se realice de la misma manera. Además, sabemos que en este momento han transcurrido más de 60 años desde la formulación de este articulado, y por eso creemos que, no sólo las modificaciones hechas

³² Principios de Derecho Comercial. Madriñán de La Torre. Novena Edición, Editorial Temis, 2004. Pág. 27.

³³ Ídem. Pág. 14.

al Código actual puede eliminar los tantos vacíos jurídicos actuales. Por el contrario, debemos propender por una compilación de normas y costumbres que enmarquen el espíritu actual de los negocios, el mercado, y las necesidades sociales, y que permita ser utilizado por las ulteriores invenciones legislativas.

El contrato de concesión de espacio mercantil, es un contrato que no figura en el Código Vigente, sin embargo esperamos que en un futuro este pueda ser regulado con el fin de salvaguardar su autonomía y además, la seguridad jurídica que debe generarse en cualquier negocio.

Ahora, desde el punto de vista **comercial**, el tema es algo diferente, ya que la actividad mercantil es la que define las figuras jurídicas a utilizar, y no se detiene a observar si una de las formas establecidas se acoge o no a sus necesidades, pues en caso de no encontrar acomodo en alguna, optarán por concebir una nueva. Es así como nacieron contratos tales como el de leasing, el de fiducia y el de concesión mercantil y sus derivados. Los dos primeros por el momento ya se encuentran tipificados, sin embargo, la costumbre propende por la inclusión progresiva de más y más formas contractuales, tales como la que nos ocupa en esta tesis.

Ejemplos de nuevas fuentes comerciales son, como habíamos mencionado en acápites anteriores, almacenes de cadena y edificios con diversas funcionalidades, léase comercial y de vivienda. Los primeros aunque iniciaron sus servicios ofreciendo al público productos alimenticios, fueron extendiendo su mercado debido a la gran clientela que podía obtener gran variedad de elementos en un mismo lugar, de forma que ya no sólo podían adquirirse alimentos y productos de aseo, sino que se podían encontrar artículos tales como prendas de vestir, útiles escolares, electrodomésticos, librerías, etc. Sin embargo, estos almacenes no siempre contaban con la capacidad para poder ofrecer por sí mismos estos productos al público, y comenzaron a dar paso a su interior entonces a establecimientos con marcas propias que podían aprovechar la clientela que ingresaba al “gran” almacén.

Estos pequeños establecimientos de comercio, debieron entonces buscar formas jurídicas para legitimar su ingreso y regular las relaciones entre ellos y el almacén de grande superficie o Ancla que ahora los acogía.

Los segundos, percibieron la necesidad del público en general de tener al alcance artículos que normalmente encontrarían a una distancia considerable de sus hogares y oficinas, por esto, comenzaron a diseñarse proyectos arquitectónicos que conjugaran gran cantidad de elementos, como vivienda, oficinas y locales que ofrecieran diversos bienes y servicios a los consumidores.

Inicialmente, los contratos de arrendamiento y agencia comercial fueron la herramienta jurídica escogida por estos comerciantes, sin embargo, la relación jurídica que surgía y que pretendía regularse no se ajustaba en gran parte al contenido general de uno de estos contratos, los cuales no podían ser utilizados en plenitud en estos casos, por esto, comenzó a recurrirse a una nueva clase de contrato de concesión mercantil, concretamente, el de concesión de espacio:

6.2 DEFINICION

Hasta el momento hemos visto, y especialmente resaltado, que el contrato de concesión en cualquiera de sus modalidades, no se encuentra regulado por nuestro ordenamiento jurídico, pero también hemos afirmado que por el hecho de merecer un tratamiento especial frente a otras figuras que sí tienen regulación en nuestro sistema positivo no puede desconocerse que goza de una tipicidad social, es decir, que a pesar de ser ajeno a las disposiciones creadas y establecidas por nuestra legislación, se ha convertido en una práctica usual y reiterativa por parte de distintos sujetos comerciales que encuentran en esta modalidad, una manera de incrementar su rentabilidad.

Por lo anterior, es que debemos recurrir a fuentes de derecho diferentes de la ley para dar una definición del contrato de concesión de espacio mercantil. Arrubla Jaime, en su libro “Contratos Mercantiles”, define la concesión de espacio como: “aquella modalidad del contrato de concesión en donde el concedente es propietario de uno o varios

establecimientos de comercio, quien decide ceder espacios físicos de su establecimiento a personas que se denominan concesionarios quienes desean comerciar, fabricar sus productos en los establecimientos acreditados del concedente.”

Vemos entonces que el contrato de concesión de espacio mercantil, es un contrato mediante el cual los comerciantes disponen de un local para desarrollar su objeto social en establecimientos comerciales que, debido a su naturaleza, tienen la capacidad de recibir una mayor cantidad de clientes potenciales, lo cual les permitirá promocionar sus productos o servicios a mayor escala y por ende ser más competitivos en el mercado, un ejemplo evidente son los establecimientos bancarios que ofrecen sus servicios dentro de un almacén de cadena, y los cajeros automáticos situados en estratégicos lugares de Centros Comerciales.

De acuerdo con lo anterior, en esta modalidad del contrato de concesión en la que el concedente es propietario de uno o varios establecimientos de comercio, el concesionario, como una manera de mejorar sus rendimientos, aprovecha no sólo el espacio físico, sino lo que comercialmente representa su ubicación estratégica, sea porque geográficamente es sumamente atractivo para los consumidores o, porque a nivel competitivo se ha ganado un nombre primando el aprovechamiento del good will, demuestra que es una opción bastante atractiva para los concesionarios que, además de las ventajas ya señaladas, permite realizar distintos actos jurídicos que a diferencia de otras figuras previamente tipificadas por nuestro ordenamiento, son prohibidas o limitantes, tal y como más adelante veremos.

6.3 IMPORTANCIA ECONOMICA.

Aprovechando la flexibilidad regulatoria que ofrece a los comerciantes e inmobiliarios celebrar el contrato de concesión de espacio mercantil, muchos agentes han encontrado en esta modalidad la mejor manera de participar y competir en el mercado, ya que le

permite a las partes pactar acuerdos en espacios que antes era impensable adecuar para el funcionamiento de una actividad inmobiliaria y/o comercial.

A nivel global, especialmente en países Europeos donde no existe la tradición de centros comerciales tipo mall³⁴, encontramos espacios comerciales tales como La Fayette en París, o Corte Inglés en Madrid, los cuales le permiten a los agentes ofrecer sus bienes y servicios en lugares más accesibles y vistosos para el público en general, ya que se encuentran ubicados en espacios de mayor concurrencia donde el nombre comercial juega un papel primordial, puesto que entre más atractivo sea para el consumidor, muy seguramente obtendrá un mayor número de clientes potenciales. La novedad en estos últimos radica en que no se encuentran separados por divisiones físicas, tales como muros o paredes, sino sólo por una delimitación muy particular derivada de la identificación, orientación y las características propias de los productos.

En Colombia, específicamente en Bogotá, el almacén pionero fue Sears, o lo que se conoce hoy como Centro Comercial Galerías, a partir del cual la suscripción del contrato de concesión de espacio mercantil se incrementó al ver que en nuestro país año tras año nuevos almacenes de grandes superficies se posicionan en el mercado, entre los cuales encontramos Falabella, plazoleta de comidas y sus locales, almacenes Éxito, entre otros, los cuales albergan en promedio de siete (7) a diez (10) establecimientos de comercio de menor envergadura que se benefician con la concurrencia de clientelas. Estos van desde restaurantes, tiendas naturistas, spas y casas de cambio, hasta joyerías, relojerías, ópticas, entre otros.

Esto significa que por la proliferación de los almacenes de grandes superficies en todo el país, cientos de contratos de este tipo deberían suscribirse. En estos, implicaciones como las derivadas de las obligaciones de las partes, los costos del contrato, y la forma de remuneración, son elementos que como se verá, hacen de este contrato la opción más

³⁴ Mall: Uno o varios edificios, por lo general de gran tamaño, que alberga locales y oficinas comerciales, cuyo fin es aglutinarlos en un espacio determinado para así reducir espacio y tener mayor cantidad de clientes potenciales.

interesante para estos establecimientos ya que presentan beneficios que ninguna otra forma contractual les podría brindar.

6.4 CARACTERISTICAS

Veamos ahora puntualmente las características del contrato de concesión de espacio:

6.4.1 Atípico

Cómo ya sabemos, este tipo de concesión no cuenta con regulación legal hasta el momento, de aquí la causa de la realización de este trabajo. Esperamos que dentro de pocos años, el régimen jurídico colombiano pueda complementar sus regulaciones con las nuevas formas de contrato aquí expresadas. De esta forma, se contribuiría a la seguridad de los actores en las herramientas jurídicas escogidas y se facilitaría el acceso de los mismos a nuevas formas de contratación.

6.4.2 Comercial

Este contrato se considera comercial ya que se encuentra presto a celebrarse entre comerciantes, es decir, entre “personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que le ley considera mercantiles”³⁵

Se entiende que los almacenes de grandes superficies y los de menor envergadura que estos alojan son comerciantes ya que de acuerdo al artículo 13 de nuestro Código de Comercio, “Para todos los efectos legales se presume que una persona ejerce el comercio cuando:

1. Se halle inscrita en el registro mercantil;
2. Tenga establecimiento de comercio abierto y;
3. Se anuncie al público como comerciante por cualquier medio”.

³⁵ Código de Comercio Colombiano, Art. 10.

Estas tres condiciones son cumplidas a cabalidad por ambas partes, de forma que no se duda de su calidad de comerciantes y por ende, este contrato se entiende de por sí, como un contrato de tipo comercial.

6.4.3 Nominado

Teniendo en cuenta lo dicho en acápite anteriores, es correcto decir que este contrato es atípico, pues no cuenta con regulación expresa por parte del legislador. Sin embargo, consideramos que la concesión de espacio es un contrato “nominado” ya que como es obvio, cuenta con una denominación: “Contrato de Concesión de Espacio Mercantil”.

6.4.4 Bilateral

Este contrato es bilateral ya que nacen obligaciones tanto para el concedente, que se constituye como tal al conceder el espacio; como para el concesionario, que es quien lo recibe y utiliza. Más adelante puntualizaremos cuales son las obligaciones de cada uno de estos.

6.4.5 Oneroso

Nos encontramos frente a un acuerdo oneroso, es decir, se entiende que del contrato ambas partes esperan obtener una retribución o provecho económico para sí mismas. El concedente pretende la obtención de una renta por parte del concesionario, y este último realiza el negocio en procura de las mayores utilidades que le generará el estar expuestos a un mayor número de consumidores. Por ejemplo, en un Centro Comercial X, Y pretende abrir una tienda de venta de dulces en un pasillo. X, recibiría con la celebración del contrato, una renta proveniente de las utilidades obtenidas por Y de su negocio; y Y se beneficiaría por la posibilidad que tiene de utilizar el espacio cedido, y por ende, de la rentabilidad que le genere el establecimiento instalado.

6.4.6 De Ejecución Sucesiva

Este contrato es de ejecución sucesiva, debido a que el cumplimiento de las obligaciones que surgen para ambas partes se extiende en el tiempo. El concedente tiene la obligación

de conceder el espacio al concesionario durante el tiempo que se haya estipulado, esta obligación no se cumple en un solo acto sino en una serie de actos a ejecutarse durante la duración del contrato. El concesionario por su parte se encuentra obligado a pagar una renta al concedente, esta puede pactarse de forma mensual, bimensual, trimestral, semestral, anual, etc. Siguiendo el ejemplo anterior, X, deberá conceder el espacio a Y para ofrecer dulces por el lapso de tiempo que se pactó en el contrato, y Y, deberá pagar la renta a X, bajo las condiciones pactadas por todo el tiempo que el contrato se encuentre vigente.

6.4.7 Conmutativo

El contrato de concesión de espacio mercantil se considera conmutativo, ya que es un contrato en virtud del cual las partes de forma inalterable, han fijado previamente la relación de equivalencia entre sus prestaciones sin asumir ningún posible riesgo de pérdida o ganancia, es decir que ambas partes tienen la seguridad de que las prestaciones se tienen por equivalentes, el concedente cede el espacio concedido y el concesionario se obliga a prestar una renta o cuota fija.

6.5 ANALISIS DE LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Haremos a continuación una explicación de las principales obligaciones de las partes, de igual forma ciertas obligaciones más específicas podrán surgir para caso en particular, sin embargo, estimamos que las siguientes deberán estipularse en la mayoría o en todos los contratos de concesión de espacio mercantil. Veamos:

6.5.1 CONCEDENTE

Las principales obligaciones del concedente son:

6.5.1.1 Conceder el espacio al concesionario

La obligación principal del concedente es el ceder a la otra parte de la relación contractual el uso de uno o varios espacios previamente determinado o determinados.

Estos espacios deben estar determinados en el contrato por áreas, son útiles para este fin la unidad de medida más usual, es decir, el sistema métrico decimal, verbigracia: nueve (9), doce (12), cincuenta y cuatro (54) o cien (100) metros cuadrados. Las superficies pueden estar habilitadas para adecuar establecimientos de distinta naturaleza, tales como restaurantes, ópticas, perfumerías, cajeros automáticos y otros, o stands que serán instalados a cargo del concesionario para la presentación de productos durante periodos que pueden ser largos o cortos.

Además, el concedente debe estar legitimado para realizar la cesión, de modo que el concesionario no se vea perturbado en la posesión del espacio concedido.

6.5.1.2 Mantener la ubicación del espacio concedido

El contrato no sólo debe expresar el área con la que consta el espacio concedido, sino que debe contener una referencia de cómo puede ser ubicado en el espacio concedente.

Muchos de los contratos de espacio mercantil se celebran en zonas comunes de centros comerciales, claro ejemplo son las plazoletas de comidas, donde un conjunto de locales se destinan única y exclusivamente a la prestación de ese servicio, locales que además de regirse por un contrato individual, deben respetar lo establecido por el régimen de propiedad horizontal³⁶ al cual se encuentren sometidos. Por lo tanto, al momento de celebrar el vínculo contractual, es importante revisar el reglamento o estatuto que regula los derechos y obligaciones de los copropietarios, ya que constituye un sistema jurídico de pleno cumplimiento, lo cual significa que, si no se toman decisiones acertadas por parte del concesionario, pueden verse afectados sus intereses por no poder realizar lo que pretende en esa zona común con su negocio.

También es necesario que al momento de la lectura de las cláusulas pueda entenderse claramente cuál es el lugar de establecimiento del espacio concedido. Este punto es importante ya que por ejemplo, un “gran” almacén XY, puede conceder un área de veinte (20) metros cuadrados del área total donde funciona, sin embargo sino se determina la

³⁶ Ley 675 de 2001

ubicación de los veinte (20) metros, la instalación del establecimiento puede tornarse dudosa, incierta y por consiguiente problemática, especialmente en el momento de la restitución del espacio, ya que el concesionario deberá restituir la misma área pactada en el contrato y en las mismas condiciones. Al respecto, es importante mencionar que si bien las partes pueden acordar la restitución del espacio una vez finalizado el contrato, es natural pensar que el concedente de aviso con anticipación al concesionario, y en caso tal de no haberlo previsto, conceptuamos viable la posibilidad de acudir a un acuerdo conciliatorio³⁷ para que las partes convengan un término prudencial de restitución o revisión del contrato. Lo que si aseguramos, es que no aplica el artículo 518³⁸ del Código de Comercio, debido a que estamos ante un contrato de concesión de espacio mercantil y no de arrendamiento comercial.

Además, el concesionario tendrá que mirar la ubicación del espacio concedido para determinar la real utilidad que puede entregar el mismo. No es lo mismo funcionar en la puerta de entrada del centro comercial que en el fondo del mismo, donde no muchas personas transiten. El precio o renta pagada por el concesionario al concedente puede variar dependiendo de la ubicación del mismo.

Es por esto que habiéndose acordado la ubicación del espacio, el concedente deberá respetar esta ubicación, so pena de indemnizar perjuicios al concesionario por el detrimento económico que puede sufrir por el traslado.

Sólo mediante expresa autorización dada por el concesionario y en casos de fuerza mayor, el concedente podrá variar la ubicación del espacio, y esto sin faltar a los principios de equidad y buena fe que deben ser respetados en la celebración de los contratos.

³⁷ Ley 640 de 2001 por la cual se modifican normas relativas a la conciliación

³⁸ El empresario que a título de arrendamiento haya ocupado no menos de dos años consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento de comercio, tendrá derecho a la renovación del contrato al vencimiento del mismo, salvo en los siguientes casos: 1) Cuando el arrendatario haya incumplido el contrato; 2) Cuando el propietario necesite los inmuebles para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta de la que tuviere el arrendatario, y 3) Cuando el inmueble deba ser reconstruido, o reparado con obras necesarias que no puedan ejecutarse sin la entrega o desocupación, o demolido por su estado de ruina o para la construcción de una obra nueva.

En cuanto al régimen de reparaciones, por tratarse de un contrato atípico, en principio aplica lo que las partes convengan si así fue estipulado en el contrato, de lo contrario, si las partes no lo disponen, consideramos que en esta ocasión aplica la regulación prevista para el contrato de arrendamiento comercial, ya que si bien el concedente debe entregar el espacio concedido en óptimas condiciones que permitan el desarrollo normal para su objeto social, el concesionario tiene la obligación de mantener en estado de servir lo concedido, lo cual incluye hacer todas las reparaciones necesarias, ya que las locativas³⁹ corresponden generalmente al concedente salvo estipulación en contrario⁴⁰. En caso tal que el concedente deba indemnizar al concesionario por mejoras realizadas al espacio mercantil concedido, este último no podrá ser privado de tal espacio hasta que le sea reconocidas, tal y como lo establece la ley 820 de 2003 en su artículo 26.⁴¹

6.5.2 CONCESIONARIO

Veamos ahora las obligaciones del concesionario:

6.5.2.1 Usar el espacio concedido

El contrato de concesión solo da derecho al concesionario a la utilización del espacio concedido. Este deberá sujetarse a los límites físicos que se determinen al momento de la suscripción del contrato. Cualquier extralimitación podría considerarse un abuso del derecho por parte del concesionario, y podría dar lugar a una indemnización de perjuicios a favor del concedente o incluso, generar la terminación del contrato. En las plazoletas de comida, se presenta un ejemplo claro, ya que por ser un espacio que deben compartir

³⁹ Las necesarias son aquellas en las cuales la cosa arrendada desaparece o se destruye, o no sirve para el uso a que se destina. Como ya se dijo, salvo estipulación en contrario están a cargo del arrendador. Las locativas consisten en aquellas especies o clases de deterioros que ordinariamente se producen por el uso normal de la cosa, tales como descalabros de paredes, integridad de techos, pavimentos y cañerías, reposición de cristales, piedras, ladrillos y tejas que se quiebran o desencajan

⁴⁰ Artículo 1985 Código Civil Colombiano

⁴¹ Derecho de Retención. Derecho que se tiene para retener el inmueble hasta que el arrendatario sea indemnizado por las mejoras, este derecho surge exclusivamente en los casos que la ley señala

varios restaurantes, la extralimitación significaría afectar a los restaurantes contiguos o la disminución del área destinada a los comensales.

6.5.2.2 Destinar el espacio concedido exclusivamente para el objeto estipulado en el contrato

Deberá expresarse en el contrato que actividades desarrollará el concesionario en el espacio concedido, y este deberá ceñirse a lo estipulado en el contrato. Tenemos como ejemplos los contratos de concesión de espacio para el montaje de un stand en el cual se realice la exhibición y venta de proyectos, o productos al público en general. En este caso, el concesionario sólo podrá destinar el stand a la promoción de los bienes que se estipularon el contrato, tales como frutas, zapatos, lentes, esencias naturistas, etc. El ampliamiento de la oferta fuera de lo establecido sin el respectivo consentimiento del concedente, será considerado una violación al contrato suscrito.

6.5.2.3 Pago de una contraprestación

El concesionario se obligará como contraprestación al espacio concedido a pagar al concedente una suma de dinero. Deberá establecerse en el contrato la forma de pago, la cual podrá pactarse de acuerdo a los diferentes mecanismos de pago vigentes y activos en nuestro país.

Podrá pagarse en un solo momento, esto es, si el precio por la concesión es de cien (100) millones de pesos, el concesionario deberá pagarlos a la suscripción del contrato, a la terminación del mismo o a la fecha que las partes acuerden.

Además, podrán establecerse cuotas que deberá pagar el concesionario al concedente en las fechas que estos convengan, estas pueden ser mensuales, semestrales, etc.

También podrá pactarse un porcentaje de las utilidades que perciba el concesionario con el desarrollo de su negocio, debe determinarse si en efecto será un porcentaje o si se tratará de una suma fija tomada de las utilidades de cada periodo. Además, es viable el

pago de la renta en especie, pudiendo ser pactada para cumplir con la obligación en un cien por ciento (100%) o en una menor proporción.

En el contrato de concesión siempre debe pactarse una remuneración, precio, etc. Este contrato nunca podrá ser gratuito ya que perdería una de sus características fundamentales. En caso de no pactarse una remuneración, el contrato no podría denominarse de concesión de espacio mercantil sino de otra manera, sin embargo, esto solo podrá ser una nueva creación en el mundo jurídico debido a las necesidades de las partes.

Finalmente, es importante resaltar que la forma de pago será solo un desarrollo del principio de autonomía de la voluntad de las partes, ya que estas pueden pactar lo que se adecue más a su conveniencia, teniendo en cuenta las condiciones particulares del negocio a celebrar.

6.5.2.4 Asumir la Responsabilidad derivada del ofrecimiento de sus productos

El concesionario, en su calidad de empresario autónomo, es poseedor y propietario exclusivo de los productos, muebles y enseres que utilice para la exhibición y venta en el espacio cedido; en consecuencia en un primer momento será el directo responsable de los perjuicios que ocasionen los mismos. Sin embargo, aplica la solidaridad entre el concedente y el concesionario en los casos de responsabilidad civil frente a terceros. Además, el concesionario es el encargado de cancelar los impuestos y contribuciones que se generen por su posesión y comercialización, así como los costos de gastos de compra, mantenimiento, transporte, seguros, bodegaje, etc.

6.5.2.5 Abstenerse de utilizar el nombre comercial, enseña y logotipos del concedente

En algunos casos, el concesionario podría tomar para sí y de mala fe, el nombre comercial, enseña y logotipos de los cuales detenta el concedente, buscando un beneficio propio y sin reconocer derecho alguno al concedente. Es claro que el concesionario deberá manejarse con una identificación propia que no vaya en contra de principios tales como la

libre y leal competencia, y sólo podrá sacar ventaja de la mayor concurrencia de clientes a su establecimiento.

6.5.2.6 Contratar y mantener a su costa el personal necesario para atender adecuadamente el espacio que le ha sido concesionado

El concesionario deberá contratar al personal necesario para el desarrollo de la actividad a realizarse en el espacio concedido. Este se responsabilizará no sólo por la escogencia del personal sino también de su buen manejo y comportamiento. Las relaciones entre el personal y el concesionario sólo se referirán a estos dos y no nacerá relación alguna entre estos y el concedente.

6.5.2.7 Asumir frente a las autoridades y frente a terceros todas las responsabilidades que emanen del incumplimiento de sus obligaciones laborales, tributarias y administrativas, así como las provenientes de los vicio de los bienes de su propiedad y de las actuaciones dolosas o culposas de sus empleados, representantes o colaboradores

Esto porque el concedente no puede hacerse responsable de objetos y personas que no se encuentren a su cargo. Para esto, el concesionario deberá otorgar las garantías necesarias que le sean solicitadas por el concedente, con el fin de cubrir con los impases que puedan surgir durante la ejecución del contrato.

6.5.2.8 Emplear en las labores necesarias para la venta de sus productos el número de dependientes suficientes y bien capacitados

En desarrollo de esta obligación, el concedente podrá solicitar el retiro de los empleados que a su juicio cometan faltas graves en contra de la moral, el orden público, las buenas costumbres, la disciplina interna del recinto, los reglamentos internos y de propiedad horizontal, o sea incompetente para desarrollar adecuadamente la actividad ejercida.

6.5.2.9 Acatar y velar porque sus trabajadores, dependientes, representantes o servidores cumplan con los reglamentos internos y de propiedad horizontal, circulares y recomendaciones dictadas por el concedente

Estos reglamentos, circulares y recomendaciones se entenderán como parte integrante del contrato, y el concesionario deberá reconocerlos y aceptarlos a la suscripción del contrato. Por esto mismo, se consideran como obligaciones que no sólo pertenecen al concesionario sino también al personal que este contrate para el desarrollo de su actividad.

6.5.2.10 Restituir el espacio concedido a la terminación del contrato

El concesionario deberá restituir el área pactada en el contrato en las mismas condiciones en que la recibió teniendo en cuenta claro está, el deterioro normal generado por el paso del tiempo. En caso contrario el concedente, siempre y cuando se configuren las causales del artículo 22 de la ley 820 de 2003,⁴² -salvo el numeral siete (7), ya que en el contrato de concesión de espacio mercantil, no aplica el término de preaviso ni se establece una indemnización o cláusula penal a menos que las partes lo pacten expresamente- podrá iniciar proceso de restitución del inmueble con el fin de recuperarlo materialmente.

⁴² Artículo 22 de la Ley 820 de 2003. Causales de Restitución del Inmueble en el Contrato de Arrendamiento: 1. La no cancelación por parte del arrendatario de las rentas y reajustes dentro del término estipulado en el contrato. 2. La no cancelación de los servicios públicos, que cause la desconexión o pérdida del servicio, o el pago de las expensas comunes cuando su pago estuviere a cargo del arrendatario. 3. El subarriendo total o parcial del inmueble, la cesión del contrato o del goce del inmueble o el cambio de destinación del mismo por parte del arrendatario, sin expresa autorización del arrendador. 4. La incursión reiterada del arrendatario en proceder que afecten la tranquilidad ciudadana de los vecinos, o la destinación del inmueble para actos delictivos o que impliquen contravención, debidamente comprobados ante la autoridad policiva. 5. La realización de mejoras, cambios o ampliaciones del inmueble, sin expresa autorización del arrendador o la destrucción total o parcial del inmueble o área arrendada por parte del arrendatario. 6. La violación por el arrendatario a las normas del respectivo reglamento de propiedad horizontal cuando se trate de viviendas sometidas a ese régimen. 7. El arrendador podrá dar por terminado unilateralmente el contrato de arrendamiento durante las prórrogas, previo aviso escrito dirigido al arrendatario a través del servicio postal autorizado, con una antelación no menor de tres (3) meses y el pago de una indemnización equivalente al precio de tres (3) meses de arrendamiento.

6.5.2.11 Velar por el buen estado y uso de los bienes muebles que el concedente le entregue para el desarrollo su actividad

El concedente en algunos casos puede entregar al concesionario muebles o enseres para el ejercicio de la actividad pactada. En este caso el concesionario puede pactar una renta adicional por la utilización de estos bienes. Debe entenderse que debe expresarse en el contrato cuales son las cosas entregadas y cuál es el precio a pagar por ellas. En todo caso el concesionario, debe restituirlos a la finalización del término del contrato en el estado en el que fueron entregadas, excepto por el deterioro normal que sufrieren por el paso del tiempo.

6.6 CESION DEL CONTRATO

Los espacios son indivisibles, por lo que por regla general se estipula que en ningún caso el concesionario podrá ceder los derechos y obligaciones adquiridas en virtud del contrato, ni celebrar con relación a la actividad desarrollada en el espacio concedido, administración delegada diferente a la contenida en el contrato.

Se podría pactar en el contrato la posible cesión del contrato, siempre y cuando esto se realice con el consentimiento expreso del concedente. El concesionario a nuestro juicio, deberá responder ante el concedente por los perjuicios que pueda ocasionar el nuevo concesionario con el desarrollo de sus actividades.

6.7 CAUSALES DE TERMINACION DEL CONTRATO

Además de las planteadas para la terminación del contrato de concesión en general, las siguientes son causales especiales para la terminación del contrato de concesión de espacio:

6.7.1 Incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato

En caso de que alguna de las partes no cumpla con las obligaciones establecidas en el contrato, la parte cumplida podrá dar por terminado el contrato alegando de forma escrita la cláusula transgredida.

6.7.1.1 Cláusula Penal

Estimamos necesario incluir en el contrato la cláusula penal pecuniaria, esto con el fin de estimar una suma de dinero que pueda cubrir eventuales perjuicios que cualquiera de las partes del contrato pueda sufrir por el incumplimiento de cualquier obligación pactada en el mismo.

6.7.1.2 Incumplimiento por parte del concesionario, de sus representantes o empleados, de cualquiera de los reglamentos internos y de propiedad horizontal, disposiciones, instrucciones o manuales de procedimiento impuestos por el concedente

Debido a que estos reglamentos, disposiciones, instrucciones y manuales de procedimiento se entienden incluidos dentro del contrato, y que estos deben ser conocidos no sólo por el concedente sino por el personal que este contrate, su cumplimiento es de carácter obligatorio, ya que de lo contrario, esto significaría para el concedente la imposibilidad de mantener el orden en sus instalaciones y el objetivo final del contrato, que es la atracción de la clientela, que podría verse seriamente amenazado por el comportamiento inadecuado de estas personas.

6.7.3 La insolvencia, la devolución de cheques impagados por falta de fondos, cesación de pagos o quiebra de concesionario

Esto debido a que las anteriores son indicadores de la imposibilidad del concesionario de poder continuar con el funcionamiento de su establecimiento en el espacio concedido y por consiguiente de la dificultad que significará el cumplido pago de la contraprestación pactada.

6.7.4 Fuerza mayor o caso fortuito

Por encontrarse fuera de la esfera de alcance de la voluntad de las partes, en caso de presentarse eventos en que se configure fuerza mayor o caso fortuito, este hecho dará lugar a la terminación del contrato de concesión sin que se genere para ninguna de las

partes el derecho para cobrar a la otra una indemnización de perjuicios por los daños sufridos.

6.8 DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS CON OTRAS FIGURAS JURIDICAS RELACIONADAS

Como hemos visto, el contrato de concesión tiene varios puntos importantes que lo diferencian de otras figuras, que aunque parecidas, no protegen los mismos bienes jurídicos ni las mismas relaciones. De forma que es indispensable referirnos a estos contratos para hacer evidente las diferencias y entender entonces las razones por las cuales debe preferirse el contrato de concesión mercantil en ciertos casos, a saber:

6.8.1 CONTRATO DE ARRENDAMIENTO COMERCIAL

Sin lugar a dudas el contrato de arrendamiento comercial es una de las figuras jurídicas más importantes de nuestro ordenamiento jurídico, ya que le ha permitido a los comerciantes e inmobiliarios crear vínculos contractuales dirigidos al desarrollo de su objeto social, por tal razón, nuestra legislación se encargó de diferenciarlo con el contrato de arrendamiento civil, ya que por sus características esenciales este último no brinda las herramientas necesarias para el ejercicio la actividad mercantil. Sin embargo no le es indiferente, puesto que muchos de los requisitos establecidos por la ley civil deben ser igualmente cumplidos por el área inmobiliaria y comercial según lo dispuesto por el artículo segundo (2) del Código de comercio⁴³.

Podemos definir contrato de arrendamiento comercial como aquel en virtud del cual una de las partes, el arrendador, se obliga a proporcionarle a otra el uso y goce de una cosa, durante cierto tiempo, y este a pagar, al arrendatario, como contraprestación, un precio determinado.

Ahora bien, ¿de dónde proviene la anterior definición si nuestro Código de Comercio somete la regulación del contrato de arrendamiento a una restricción literal, tan inadmisibles que inclusive, no le destina una reglamentación separada sino que dentro del

título “del establecimiento de comercio” trata sobre el arrendamiento?⁴⁴ Pues bien, la consideramos inadmisibles debido a que se le debería dar un tratamiento diferencial al de la ley civil, ya que los intereses son completamente diferentes a este, además creemos que debe dársele una mayor importancia normativa; al respecto, el mismo Código de Comercio establece en su artículo segundo que: “En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la ley comercial, se aplicaran las disposiciones de la legislación civil”⁴⁵. Por lo tanto el contrato de arrendamiento se someterá a lo dispuesto principalmente por la legislación civil y así lo trataremos.

De acuerdo a lo establecido en los artículos 518 a 524 de nuestro Código de Comercio, podemos decir que no todas las cosas que son susceptibles de arrendarse se regulan por la ley mercantil, sino aquellos inmuebles ocupados con un establecimiento de comercio, es decir, aquel conjunto de bienes organizados para realizar los fines de una empresa⁴⁶. Por lo tanto, nuestro ordenamiento saca de la reglamentación ordinaria los contratos de arrendamiento comercial y les imprime un tratamiento distinto con criterio proteccionista al arrendatario – empresario.⁴⁷

Por lo tanto, y como ya dijimos, el contrato de arrendamiento comercial se regula, en su gran mayoría, en lo establecido por la legislación civil⁴⁸ pues bien, en este tipo de contratos encontramos las siguientes particularidades:

Renovación de los contratos: Todo comerciante que tenga un local o establecimiento de comercio en arrendamiento, tiene derecho a que una vez culminado el contrato, es decir, una vez vencido su término, el arrendador se lo renueve, así lo dispone el artículo 518 del Código de Comercio: “el empresario que a título de arrendamiento haya ocupado no

⁴⁴ BONIVENTO José Alejandro, Los principales contratos civiles, decima sexta edición, Pág. 535.

⁴⁵ Código de Comercio, decreto número 410 de 1971, Editorial Legis, 2005.

⁴⁶ Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizara a través de uno o más establecimientos de comercio.

⁴⁷ BONIVENTO José Alejandro, Los principales contratos civiles, decima sexta edición, Pág. 535.

⁴⁸ Al respecto, el artículo 1502 de nuestro Código Civil, establece los elementos que todo contrato debe tener: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita, adicionalmente se requiere el precio o renta⁴⁸, ya que si este falta se degenera el uso y goce de la cosa en otro negocio jurídico.⁴⁸

menos de dos años consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento de comercio, tendrá derecho a la renovación del contrato al vencimiento del mismo.....” vemos que la ley crea una protección especial con los comerciantes que actúan como arrendatarios, la cual busca proteger el trabajo realizado por estos quienes con esfuerzo logran posicionar una marca, nombre, servicio o producto, además de evitar que el arrendador intente despojar al comerciante de un local posicionado para que este monte un negocio igual beneficiándose del anterior.

Cumplíéndose el requisito sobre el tiempo mínimo en que se debe tener como arrendatario del local, es decir dos años, y no habiendo incumplido ninguna causal del contrato, el arrendador está obligado a renovar el contrato salvo excepciones planteados en los numerales 2 y 3 del artículo 518⁴⁹. Caso distinto sucede con el contrato de arrendamiento civil donde se exige una expresa renovación con el propósito de admitir que el arrendatario pueda oponerse a la restitución de la cosa arrendada. En este punto podemos establecer una primera diferencia de esta figura con el contrato de concesión de espacio mercantil, ya que en este último, la renovación del contrato se da por acuerdo en la voluntad de las partes, es decir, son ellos quienes deciden el tiempo y la forma en la que se renueve el término de duración. Si nada se dijese, a la finalización del contrato estimamos, las partes deberán discutir la necesidad y conveniencia de la ampliación del contrato a través del tiempo, sin que esto requiera formalidad alguna, salvo que así se pactare.

De lo anterior, es importante aclarar que la ley de arrendamiento obliga a renovar el contrato más no ha mantener las condiciones del mismo, es decir, que el arrendador sí puede exigir nuevas condiciones como duración, precio, etc. ya que lo que la ley protege es la renovación, y otra muy distinta las condiciones del contrato, las cuales dependen del acuerdo de voluntades entre las partes.

⁴⁹ 2) Cuando el propietario necesite los inmuebles para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta de la que tuviere el arrendatario, y
3) Cuando el inmueble deba ser reconstruido, o reparado con obras necesarias que no puedan ejecutarse sin la entrega o desocupación, o demolido por su estado de ruina o para la construcción de una obra nueva.

El artículo 520 del código de comercio preceptúa que: “En los casos previstos en los ordinales 2 y 3 del artículo 518, el propietario desahuciará al arrendatario con no menos de seis meses de anticipación a la fecha de terminación del contrato, so pena de que éste se considere renovado o prorrogado en las mismas condiciones y por el mismo término del contrato inicial” se debe tener claro entonces que este preaviso aplica sólo cuando el local vaya a ser utilizado por el arrendador como vivienda o para montar un negocio diferente al que tiene el arrendatario, de lo contrario no se aplica el preaviso y se configura la obligación del arrendador de renovar el contrato.

Suponiendo que el contrato no se renueva porque el arrendador quiere remodelarlo, en este caso, ¿en qué situación queda el arrendatario?, pues bien, el artículo 521 del Código de comercio dispone que el arrendatario tendrá derecho a que se le prefiera, en igualdad de circunstancias, a cualquier otra persona en el arrendamiento de los locales reparados, reconstruidos o de nueva edificación, sin obligación de pagar primas o valores especiales, distintos del canon de arrendamiento, que se fijará por peritos en caso de desacuerdo.

Vemos entonces que la ley protege al arrendatario inicial, es decir que este debe tener el privilegio para ser quien tenga la primera oportunidad de arrendarlo una vez hayan culminado las remodelaciones necesarias o requeridas por el arrendador, al respecto el párrafo del mismo artículo establece que el propietario deberá informar al comerciante, por lo menos con sesenta días de anticipación, la fecha en que pueda entregar los locales, y éste deberá dar aviso a aquél, con no menos de treinta días de anterioridad a dicha fecha, si ejercita o no el derecho de preferencia por el arrendamiento.

De esta característica se desprende una segunda diferencia del contrato de arrendamiento y el contrato de concesión de espacio, ya que para este último no aplica el término de desahucio de seis (6) meses establecido para el arrendamiento comercial, sino que el preaviso deberá ser pactado por las partes al inicio del contrato, y este dependerá de las condiciones particulares de la concesión de espacio, ya que debido a la variedad de actividades que pueden ejecutarse en el espacio concedido, las condiciones de cada contrato podrían llegar a ser muy diferentes entre unos y otros.

Cómo tercera diferencia encontramos que de acuerdo artículo 515 del Código, “Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa”. Dentro de estos bienes, se incluyen los contratos de arrendamiento⁵⁰ que haya suscrito el comerciante, esto significa por ejemplo, que en caso de enajenación del establecimiento, esta “se presume hecha en bloque o como unidad económica, sin especificar detalladamente los elementos que lo integran⁵¹”, se vendería entonces también el contrato de arrendamiento.

En oposición, en el contrato de concesión, no se ha establecido esta disposición tan particular, creemos que no es acertado decir que el contrato de concesión de espacio es un bien que pertenece a un establecimiento de comercio específico.

6.8.1.1 Cesión y subarriendo

El artículo 523 del Código de Comercio establece que: “El arrendatario no podrá, sin la autorización expresa o tacita del arrendador, subarrendar totalmente los locales o inmuebles, ni darles, en forma que lesione los derechos del arrendador, una destinación distinta a la prevista en el contrato” como vemos, la cesión y el subarriendo no está prohibida por nuestra legislación, tal y como lo señalan algunos, sino que se encuentra condicionada a la autorización del arrendatario que bien puede ser expresa o tácita, la primera tendrá ocurrencia cuando directamente conviene el arrendador el subarriendo y en tal sentido se lo manifiesta al arrendatario; por otra parte, será tacita cuando se convenga el uso y goce de un tercero de la cosa arrendada sin que el arrendador exprese su voluntad en sentido contrario.⁵²

Vemos en este punto un aspecto que difiere de la reglamentación civil de acuerdo con el artículo 2004 del Código Civil el cual dispone: “El arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, a menos que se le haya expresamente concedido; pero en este caso no podrá el cesionario o subarrendatario usar o gozar de la cosa en

⁵⁰ Artículo 516, Inc. 5. Código de Comercio.

⁵¹ Artículo 525, Código de Comercio.

⁵² BONIVENTO. José Alejandro, Los principales contratos civiles, decima sexta edición, Pág. 547.

otros términos que los estipulados con el arrendatario directo,” el cual siempre deberá exigir autorización expresa por parte del arrendador. Así las cosas, en materia comercial se amplía sustancialmente la posibilidad del derecho de disfrute de la cosa por un tercero, en la medida en que basta con la aprobación del arrendador para que se entienda aceptado el subarriendo.

Además de la diferencia anterior, el inciso segundo del artículo 523 del Código de Comercio permite el subarriendo parcial: “hasta la mitad de los inmuebles” lo cual limita aun más, por mandato legal, la posibilidad del arrendatario de subarrendar o ceder un espacio del lugar arrendado por él.

Por otro lado, y marcando una cuarta diferencia, encontramos más interesante la opción que brinda el contrato de concesión de espacio mercantil, ya que le permite al concesionario ceder y subarrendar el espacio concedido hasta en un cien por ciento (100%), y además, sin necesidad de informar ni de requerir la aprobación del concedente. Sin embargo, esto no significa que no deba respetarse lo establecido por las normas jurídicas y de convivencia aplicables al inmueble, incluyendo en ellas el Reglamento de Propiedad Horizontal adoptado por la copropiedad, y que por ende, deberá ser tenido en cuenta para realizar la cesión ya que este espacio también deberá compartir afinidad con los demás establecimientos comerciales, previsión cuya finalidad se dirige naturalmente, a mantener el reconocimiento y buen nombre comercial e inmobiliario del espacio concedente.

6.8.1.2 Derecho de Preferencia

El derecho de preferencia es usado en el contrato de arrendamiento comercial como el derecho que tiene el arrendatario a que se le prefiera, “en igualdad de circunstancias, a cualquier otra persona en el arrendamiento de los locales reparados, reconstruidos o de nueva edificación, sin obligación de pagar primas o valores especiales, distintos del canon de arrendamiento.⁵³” Estimamos que este derecho de preferencia no se predica del

⁵³ Artículo 521 Inc. 1. Código de Comercio.

contrato de concesión de espacio, este como antes hemos citado, es un contrato distinto al de arrendamiento y por ende, no acoge muchas de las particularidades del régimen estipulado en el Código de Comercio. Sin embargo, primando el principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden pactar este derecho si lo desean, pero recordando que se constituye como una excepción y no la regla general.

Por último, es importante preguntarse qué sucede con situaciones como las que se presentan cuando el comerciante X, quien desarrolla una actividad comercial "A" en un espacio determinado, se retira del lugar, y en este se establece otro empresario Z, quien también ejerce una actividad A, aprovechando la identificación del lugar, la clientela y el reconocimiento de los productos ofrecido por X. Es claro que si se aplica el contrato de arrendamiento comercial, esto ocasionaría que el propietario Y, deba indemnizar a X por la afectación que este pudo sufrir. Por el contrario, en el caso de la concesión de espacio no existe esta limitación, ya que en caso de no existir prohibiciones establecidas por el Reglamento de Propiedad Horizontal del caso y si no existe una oposición de una de las partes que se fije en el contrato, al vencimiento del término iniciar con el concesionario, el concedente podrá conceder nuevamente el espacio a cualquier empresario que considere conveniente, sin preocuparse por una posible indemnización, que en este caso, no procede.

Pueden entrar a jugar en este punto las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal instauradas en nuestro país, no obstante, creemos que siguiendo el párrafo anterior, teniendo las partes pleno conocimiento de la posibilidad de una futura concesión a un empresario con una actividad similar, no podría entonces constituirse la mala fe del concedente reflejada en la constitución de una de estas conductas, ya que previo a la suscripción del contrato, el concesionario estará consciente de esta posibilidad, y por ende, al aceptar las condiciones propuestas, aceptará también la inexistencia de la limitación impuesta como se dijo, para la suscripción del contrato de arrendamiento comercial.

Podemos seguir enumerando las diferencias que surgen entre estas dos figuras, sin embargo, creemos que estas son las de mayor importancia y las que permiten establecer claramente una existencia propia para cada uno de estos contratos.

6.8.1.3 Análisis de Derecho Comparado del Contrato de Arrendamiento Comercial

La realidad comercial nos ha enseñado a percibir que cada legislación regula de manera desigual figuras jurídicas que, a pesar de ser instrumentos internacionales que permiten el intercambio comercial, se les da un tratamiento especial a nivel local.

Por lo tanto, y con el fin de conocer, aprender y comparar regulaciones extranjeras frente al contrato de arrendamiento comercial, acto jurídico de gran importancia internacional por lo que representa para el sector inmobiliario y comercial, nos disponemos a analizarlo y posteriormente compararlo con el contrato objeto de esta tesis: el contrato de concesión de espacio mercantil

6.8.1.3.1 ESPAÑA

Lo primero que debemos decir al respecto, es que el ordenamiento jurídico español, a nuestro Contrato de Arrendamiento Comercial lo ha denominado como Arrendamiento de Local de negocio, figura que, al igual que nuestro acto jurídico, se encuentra definido por varios textos legales. De acuerdo con el Código Civil Español, y la ley de arrendamientos urbanos españoles (ley 29 de 1994), es aquel contrato en virtud del cual una persona o varias se obligan a ceder a una o varias personas el goce o uso de una edificación, cuyo destino primordial será ejercer en ella una actividad económica, por tiempo determinado y precio cierto⁵⁴.

Además de la diferencia anterior, la ley 29 de 1994 en su preámbulo proclama: “(...) en la regulación de los arrendamientos para uso distinto al de vivienda, la ley opta por dejar al libre pacto de las partes todos los elementos del contrato, configurándose una regulación supletoria del libre pacto que también permite un amplio recurso al régimen del Código

⁵⁴ www.navactiva.com

Civil”. De lo anterior, vemos como el legislador Español ha concedido plena libertad a las partes para llevar a cabo el arrendamiento.

Tan amplia es la libertad que las partes tienen al celebrar el Contrato de arrendamiento de local de negocio, que incluso, para la formación del mismo, no se les exige ningún tipo de formalidades, a diferencia de nuestro marco jurídico el cual nos obliga a realizar el contrato por escrito, el artículo 37 de la LAU establece lo siguiente: “Las partes podrán compelerse recíprocamente a la formalización por escrito del contrato de arrendamiento. En este caso, se hará constar la identidad de los contratantes, la identificación de la finca arrendada, la duración pactada, la renta inicial del contrato y las demás cláusulas que las partes hubieran libremente acordado”. De esta manera, la ley admite que los contratos de arrendamiento se celebren de forma verbal, aunque cualquiera de las partes podrá obligar a la otra a realizar el contrato por escrito, caso en cual deberán dar cumplimiento a una serie de requisitos⁵⁵.

Vemos entonces que el contrato de arrendamiento de local de negocio es más flexible que el contrato de arrendamiento comercial que regula nuestro ordenamiento jurídico, lo cual nos hace pensar que se asemeja al contrato de concesión de espacio mercantil, al menos en la libertad contractual que las partes tienen. Sin embargo son figuras distintas de fondo y forma, de fondo porque el objeto sobre el cual recae no es el mismo, las prerrogativas del contrato de arrendamiento comercial tales como el derecho de preferencia, aviso para la renovación y terminación de contrato, la exclusividad, entre otras, no aplican para esta modalidad de contratación, y también de forma porque no se exige formalidad alguna, lo único que se tiene en cuenta es la voluntad que las partes expresen.

6.8.1.3.2 Duración y Subarriendo del Contrato

De acuerdo con la legislación Española, las partes, en principio pueden establecer libremente la duración del contrato, si en el contrato no se establece su plazo de duración,

⁵⁵ si se pretende inscribir el arrendamiento en el Registro de la Propiedad el contrato deberá constar en escritura pública notarial o elevar a escritura pública el documento privado, la identidad de los contratantes, la duración del arriendo, lugar y procedimiento del pago de la renta o canon

se entenderá que es por un año. En cuanto a su prórroga, si a la fecha de vencimiento ninguna de las partes le comunica a la otra su interés de renovarlo, este se prorrogará anualmente hasta que alguna de ellas decida terminarlo.

Con el subarriendo, a diferencia de nuestra legislación, en España, el arrendatario podrá subarrendar sin necesidad de tener el consentimiento del arrendador, es interesante ver como este ordenamiento, en estos casos le permite al arrendador aumentar el canon en un 10% cuando se trate de un subarriendo parcial, es decir, parte del local de negocio, y un incremento del 20% si se subarrienda en su totalidad, en todo caso, el arrendatario deberá notificar al arrendador.

De lo anterior, notamos que si bien prima la autonomía de la voluntad respecto a la duración del contrato, ya que son las mismas partes quienes establecerán su tiempo de vigencia, a falta de estipulación contractual deberá entenderse por un año. Para el contrato de concesión de espacio mercantil, las partes deberán fijar el tiempo por el cual quieren que se mantenga vigente el vínculo, incluso pueden pactarlo por término indefinido. En cuanto al subarriendo, el contrato de concesión de espacio mercantil permite que se subarriende el espacio en su totalidad sin lugar a incrementos, recordando que siempre debe mediar la autorización del concedente.

6.8.1.3.3 ARGENTINA

El contrato de arrendamiento comercial, o contrato de locación, tal como lo denomina la Legislación Argentina, se encuentra regulado por el Código Civil argentino de artículo 1493 al 1622 y por la ley 23091 referente a las locaciones urbanas. El Código Civil en su artículo 1493 define el Contrato de locación así: "Habrá locación, cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o prestar un servicio; y la otra a pagar por este uso, goce, obra o servicio un precio determinado en dinero. El que paga el precio, se llama en este Código "locatario", "arrendatario" o "inquilino", y el que lo recibe "locador" o "arrendador". El precio se llama también "arrendamiento" o "alquiler". Vemos como ambas regulaciones, a pesar de manejar un lenguaje diferente, conservan la esencia de todo Contrato de arrendamiento:

el precio y uso y goce de la cosa, reservando entonces el derecho de disposición en cabeza del propietario.

Distinto al marco jurídico español, el contrato de Locación, así como sus modificaciones y prorrogas deberán formalizarse por escrito, también los requisitos de identificación plena de las partes, precio, cosa arrendada y demás establecidas por la legislación Colombiana.

Así, considerando que la legislación argentina, si bien maneja términos diferentes a la nuestra, regula de igual forma el contrato de arrendamiento comercial, por lo tanto el contrato de espacio mercantil, se entiende como una figura jurídica independiente a esta modalidad de contratación como en nuestro país.

6.8.2 Contrato de Agencia Comercial

Según lo establecido por el artículo 1317 del Código de Comercio, podemos definir el Contrato de Agencia Comercial como aquel vinculo en virtud del cual, una persona o empresa, encarga a otra denominada agente, para que venda sus productos, los produzca o preste sus servicios en un determinado territorio.

Los elementos característicos de este contrato son:

- El agente constituye una forma de intermediación.
- El agente tiene su propia empresa y la dirige con independencia.
- La actividad ejecutada por el agente está encaminada a promover, ampliar o conquistar un mercado en beneficio del principal.

Ahora bien, con relación al contrato de arrendamiento comercial y de concesión de espacio mercantil podemos decir lo siguiente:

A diferencia del contrato de concesión de espacio mercantil, el contrato de agencia mercantil es típico, ya que se encuentra regulado por nuestro Código de Comercio del

artículo 1317 al 1331, además en relación con el contrato de arrendamiento comercial, cómo vimos, el Código remite expresamente en caso de vacíos al Código Civil, salvo excepciones, mientras que la agencia comercial tiene por regulación principal el Código de Comercio.

Comienza a marcarse una línea divisoria entre las tres figuras. Por otro lado, tanto en el contrato de concesión de espacio mercantil como en el contrato de arrendamiento comercial se puede presentar un contrato de agencia comercial, es decir, que para poder cumplir el agente con su obligación contractual, requiere, como instrumento o medio necesario para promover, ampliar o conquistar un mercado, de un local comercial el cual podrá obtener mediante la celebración de un contrato de arrendamiento comercial o de concesión de espacio mercantil según sus necesidades, mientras que en el contrato de arrendamiento comercial y en el contrato de concesión de espacio mercantil, el comerciante no necesariamente es un agente comercial, sino un simple comerciante interesado en dar a conocer, y por supuesto vender en beneficio suyo, y no de un tercero principal.

En este punto, se hace evidente una vez más la identidad propia que detenta el contrato de concesión de espacio, disipándose así la confusión que para algunos pueden tener entre esta figura y otras usadas en paisajes parecidos.

6.8.3 Contrato de Licenciamiento de Marca

Considerando que dentro de nuestro marco jurídico existe regulación expresa encargada de regular lo relacionado al Contrato de licenciamiento de marca, decimos que es un contrato típico⁵⁶, por lo tanto las negociaciones sobre licencia serán documentadas a

⁵⁶Código de Comercio, artículo 594: "El contrato de licencia contendrá estipulaciones que aseguren la calidad de los productos o servicios producidos o prestados por el beneficiario de la licencia. El titular de la marca ejercerá control efectivo sobre dicha calidad y será solidariamente responsable frente a terceros por los perjuicios causados. "A petición de cualquier persona o de oficio, la oficina encargada del control de

través de un convenio o contrato celebrado entre el licenciante y el licenciario, acto contractual que se registrará además por las normas internas de cada país miembro que regule la contratación privada."

De acuerdo con el artículo 162 de la decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina (CAN), el cual establece que: "el titular de una marca registrada o en trámite de registro podrá dar licencia a uno o más terceros para la explotación de la marca respectiva"⁵⁷, podemos decir que el Contrato de Licenciamiento de marca, es aquel convenio por virtud del cual una persona natural o jurídica llamada licenciante, se obliga para con otra, llamada licenciario, a cederle o concederle el uso de una marca, reteniendo la propiedad a cambio del pago de una remuneración por parte de este último.

El licenciario, en desarrollo de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, tiene la facultad de usar y explotar el signo distintivo⁵⁸ a través de diferentes formas de comercialización y contratación, entre las cuales encontramos el contrato que estamos en este momento analizando. Ahora bien, para que el licenciario adquiriera el derecho exclusivo de una marca, este deberá registrarla (la marca) ante la respectiva oficina nacional competente (en nuestro país se realiza ante la Superintendencia de Industria y Comercio) según lo dispuesto por el artículo 154 de la decisión de la CAN con el fin de conferirle a su titular los derechos exclusivos de uso sobre el signo distintivo.

Por otra parte, el licenciante, sujeto titular de la marca, autoriza únicamente al licenciario a utilizar la marca, manteniendo entonces los derechos restantes relativos al signo en cuestión⁵⁹, es decir que en el contrato de licenciamiento de marca, el licenciante

normas y calidades tomará las medidas adecuadas para garantizar dicha calidad e impondrá las sanciones que fueren del caso."

⁵⁷ Decisión Número 486 de 2000.

⁵⁸ Aquel que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado, podrán ser signos según el artículo 134 de la decisión de la CAN: a) las palabras o combinación de palabras b) las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos c) los sonidos y olores, d) las letras y los números, e) un color delimitado por una forma, o una combinación de colores f) la forma de productos, sus envases o envolturas y g) cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores.

⁵⁹ *Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas, "derecho de Marcas", Editorial Heliasta S.R.L., tomo segundo pág.302*

no se desprende de la exclusividad absoluta del derecho, sino que restringe al licenciataria a ejercer ciertos derechos⁶⁰, contrario a lo que sucede en el contrato de cesión, la cual presupone la transferencia de la totalidad de los derechos existentes sobre una marca⁶¹.

Consideramos importante mencionar que, dentro de las modalidades del contrato de licencia de marca, se encuentra la licencia no exclusiva, en el cual el titular del signo conserva el derecho de conceder otras licencias a terceros sobre el mismo, para efectos de su explotación en otros países o regiones y, la licencia con pacto de exclusividad en la que el licenciante renuncia al derecho de conceder otras licencias sobre el mismo signo.

Finalmente, estimamos evidente la diferencia de objeto y características de este contrato con el de concesión de espacio, ya que la brecha comienza a abrirse desde la oposición tipicidad-atipicidad, y sigue haciéndose espacio en temas tales como que en la concesión se concede un espacio para la instalación de un establecimiento de comercio y en el licenciamiento, se concede una marca para su explotación; en el licenciamiento se utiliza una marca de propiedad de otro, y en la concesión aunque se utiliza un espacio de propiedad de otro, la empresa que se instala posee independencia del propietario del espacio físico que se concede, etc.

6.8.4 Contrato de Cuentas en Participación

De acuerdo al artículo 507 del Código de Comercio, “la participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida”.

⁶⁰ Si bien en principio la facultad para efectos de ejercer una **acción por infracción de derechos marcarios** se encuentra en cabeza del respectivo titular del registro, el licenciataria podrá, a su vez, ser facultado para instaurar tal acción en el respectivo contrato de licencia. No obstante, de conformidad con lo establecido en los incisos segundo y tercero del artículo 162 mencionado, sólo una vez efectuada la inscripción de la licencia el licenciataria podrá hacer efectiva tal atribución ante terceros. Lo anterior, en tanto que la inscripción de la licencia ante la Superintendencia de Industria y Comercio se constituye en un requisito para que el titular y/o su licenciataria haga oponible dicho contrato frente a terceros

⁶¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en interpretación prejudicial No. 30-IP-97.

Como semejanzas de esta figura y el contrato de concesión de espacio encontramos la ausencia de solemnidad para su suscripción⁶² y que comparten el ánimo de las partes de percibir ganancias. Sin embargo, evidentes son las diferencias que surgen entre las dos figuras, ya que en primer término, el contrato de cuentas en participación se basa únicamente en la realización de operaciones mercantiles, y el contrato de concesión de espacio tiene otros elementos determinantes, tales como la existencia de un espacio concedente y de un espacio concedido, sin los cuales no pueden realizarse actividades comerciales.

En segundo lugar, aunque es claro que en ambos contratos cada una de las partes recibe un beneficio, en la concesión esta proviene de la renta que paga el concesionario al concedente y de las ganancias que obtiene el concesionario por la utilización del espacio concedido, y en la participación estas devienen de la división de las utilidades de los negocios realizados por una de las partes.

Por último, en caso de presentarse vacíos en los contratos, para la concesión de espacio debemos remitirnos por ser el contrato típico más parecido, a las normas del contrato de arrendamiento comercial; en cuentas de participación, de acuerdo siguiendo el artículo 514 del Código de Comercio, “se aplicarán las reglas previstas para la sociedad en comandita simple (...)”

Se entiende entonces que el contrato de concesión de espacio jamás podrá confundirse con un contrato de cuentas en participación, se constituyen como figuras independientes y muy lejanas una de la otra en el campo del derecho comercial.

6.9 ANALISIS DE DERECHO COMPARADO

Si bien es claro ahora que sobre el contrato de concesión de espacio mercantil no se ha desarrollado una legislación importante en nuestro país, también es elemental destacar que en otras normatividades los avances en el tema tampoco han sido significativos. A

⁶² Artículo 508 Código de Comercio. La participación no estará sujeta en cuanto a su formación a las solemnidades prescritas para la constitución de las compañías mercantiles. El objeto, forma, el interés y las demás condiciones se regirán por el acuerdo de los partícipes.

continuación señalamos algunas legislaciones que tratan el tema, y sus aportes a la comprensión del Contrato de Concesión de espacios mercantiles

6.9.1 Unión Europea - España

En lo que se refiere a las formas de comercio que convergen en la comunidad europea, es común que no se utilicen las mismas herramientas jurídicas que en Colombia, tal y como sucede en este caso.

En primer término, es preciso reafirmar que en este tipo de actividades comerciales deben tenerse en cuenta no sólo dos tipos sujetos, de tal forma que las relaciones jurídicas no solo nacen a partir de la relación concedente - concesionario, sino que debe entrar a analizarse la influencia que cada uno de los sujetos ejerce en este campo jurídico⁶³. A saber:

- Inversor – Promotor
- Propietario del Local Comercial
- Clientela

El inversor es aquella persona natural o jurídica que busca invertir en la construcción y comercialización de almacenes de grandes superficies. Tiene la capacidad económica para realizar negocios de grandes envergaduras, y por lo tanto, necesita de un sujeto llamado promotor, para llevar a cabo sus fines. Este último es contratado por el inversor para que busque un suelo apropiado para levantar el proyecto, teniendo como condición más importante para su escogencia la ubicación del mismo. Éste elemento se configura como uno de los puntos esenciales del contrato, por tanto, sin una buena ubicación, la inversión realizada por el contratante se perdería sin remedio, ya que las utilidades del mismo no serían suficientes para cubrir los dineros invertidos.

⁶³ Información obtenida de entrevista realizada el 30 de septiembre de 2009 en el Gran Salón Inmobiliario de CORFERIAS a Isaac González González, Consultor Inmobiliario y Profesor Universitario de la Universidad Complutense de Madrid, España.

Otras de las prestaciones a las que se obliga el promotor al celebrar el contrato con el inversor son:

- a) Realizar las gestiones para obtener todas las licencias urbanísticas del suelo escogido.
- b) Diseño y construcción del centro comercial.
- c) Comercialización y alquiler de los locales y anclas.
- d) Gestión publicitaria del centro comercial y;
- e) Mantenimiento del centro comercial.

El propietario del local comercial es aquella persona natural o jurídica que suscribe el contrato concesión con el promotor para tomar un espacio en el centro comercial donde pueda ejercer sus actividades comerciales y ofrecerla a su clientela.

Cómo último sujeto, encontramos a la clientela, que como sabemos, son las personas que asisten al espacio construido para obtener bienes y servicios. Esta actividad en la práctica, es el motor de estos nuevos proyectos.

Así, ésta concatenación de contratos se ha convertido en la mejor opción inmobiliaria que refleja sólo beneficios para todas las partes mencionadas. Este es el sistema que siendo usado por los españoles en almacenes tales como El Corte Inglés, y que en los últimos años quiere ser implementado en Colombia en cabeza de importantes empresas extranjeras, tales como la chilena La Polar, que ideó el importante proyecto del Centro Comercial Santafé y el primer Fallabella en el territorio nacional.

Ahora, en cuanto al régimen jurídico, en España, el contrato de concesión de espacio también se configura como un contrato atípico, no regulado por la ley, que se rige por el momento, por la costumbre mercantil. Existen pocos desarrollos doctrinales al respecto y teniendo en cuenta las prácticas actuales, estimamos que este tipo de concesión se viene ejerciendo de forma muy similar que en Colombia. La necesidad de utilización de este contrato no sólo existe en nuestro país sino en gran parte del mundo.

6.9.2 Argentina

Hicimos referencia en acápites anteriores a la legislación argentina relacionada con el contrato de arrendamiento comercial. Tiene una regulación parecida a la de nuestro país, lo que permite así establecer cierta seguridad entre algunas naciones suramericanas por la posibilidad de darse a entender entre ellos y poder llegar a arreglos más fácilmente.

En lo referente al contrato de concesión de espacio mercantil, ocurre en este país la misma situación que en el nuestro. La concesión de espacio sólo puede basarse en la costumbre mercantil, no existe normatividad de sobre tema y los doctrinantes que se han referido a este contrato son excepcionales. Es por esto que la necesidad de regulación no se hace esperar en estos países.

6.10 REGLAS DE INTERPRETACION

Por ser el contrato de concesión de espacio mercantil un contrato atípico deberá aplicarse la teoría acogida en Colombia para su interpretación, esto es, la teoría expuesta por Messineo, el cual expresa que “Las reglas que deben regular el contrato atípico son aquellas que disciplinan la figura contractual típica más parecida o semejante.”⁶⁴

Esta teoría no está exenta de críticas, “el contrato atípico cumple una función económica concreta, diferente a las que cumplen las figuras típicas, así tengan gran parecido. De otro lado, a veces no soluciona el problema, por la dificultad de identificar la figura típica más parecida.”⁶⁵

Compartimos totalmente las palabras citadas, ya que existen serias dificultades para los académicos al elegir el contrato típico más parecido al contrato de concesión de espacio. Habiendo identificado las diferencias con figuras parecidas, muchos pueden dudar de nuestro pensamiento, no obstante, creemos que el contrato típico más parecido es el contrato de arrendamiento comercial. En este punto aclaramos que, es conveniente

⁶⁴ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Tomo 3. Editorial DIKE, 2008. Pág. 37.

⁶⁵ Idem, Pág. 37.

regular en el texto del contrato de concesión las obligaciones más importantes, siendo cuidadosos de exponer las cláusulas que de acuerdo al tipo de espacio concedido, se configuren como determinantes y necesarias. Este articulado será la primera herramienta de interpretación a utilizar, en caso de no poder identificar la intención de las partes con el análisis de este, debe procederse a observar lo establecido para el arrendamiento mercantil. En todo caso, deberá primar el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

6.11 ASPECTOS TRIBUTARIOS

En Colombia, la tarifa general del impuesto sobre las ventas (IVA)⁶⁶ es del dieciséis por ciento (16%) aplicable tanto a bienes como a servicios, ahora bien, existen tarifas diferenciales, menores y superiores, las cuales deben estar expresamente señaladas por la ley, lo cual significa que si un bien o servicio no está contemplado como excluido, estará gravado con la tarifa general.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)⁶⁷, se ha preguntado si los contratos de concesión mercantil se encuentran gravados con el IVA. Pues bien, a pesar de que en la actualidad el tema es claro,⁶⁸ durante largo tiempo la doctrina lo asimiló al contrato de arrendamiento de bienes inmuebles, y por lo tanto los excluyó de la obligación de cumplir con el pago del impuesto⁶⁹ según lo dispuesto por el numeral cinco del artículo 476 del estatuto tributario el cual establecía: “se señala como excluido del IVA el servicio de arrendamiento de inmuebles” disposición que fue modificada por la ley 488 de 1998 la cual modificó el mismo artículo excluyendo del IVA el servicio de arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda, arrendamiento de espacios para

⁶⁶ El impuesto sobre las ventas, comúnmente denominado impuesto al valor agregado IVA, es un gravamen que recae sobre el consumo de bienes y servicios

⁶⁷ La DIAN está organizada como una Unidad Administrativa Especial del orden nacional, de carácter eminentemente técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, entre las funciones que le competen encontramos la administración de los impuestos de renta.

⁶⁸ Aclaración y complemento del concepto unificado del impuesto sobre las ventas numero 00001 de junio 19 de 2003.

⁶⁹ <http://www.notinet.com.co/serverfiles/servicios/archivos/1nov98/dianc43539-98.htm>

exposiciones y muestras artesanales nacionales incluidos los eventos artísticos y culturales⁷⁰.

Conforme al concepto No 00003 de 2003, la DIAN estableció que: “ni la ley 6 de 1992 ni en las reformas legales posteriores se encuentra establecido, en forma expresa como excluido el impuesto sobre las ventas en los contratos de concesión mercantil, por lo tanto su actividad será gravada con el impuesto sobre las ventas a la tarifa general, lo cual se explica por las consecuencias comerciales que se derivan de mencionado tipo contractual”⁷¹. De lo anterior vemos que la Dirección Nacional de estupefacientes a los contratos de arrendamiento comercial y de concesión de espacio mercantil grava el impuesto de ventas **a la tarifa general** (16%), lo cual es incorrecto, ya que el artículo 468 del Estatuto Tributario en su numeral tres el cual fue modificado por el artículo 34 de la ley 1111 de 2006 numeral 6 dispone que a partir del diez de enero de 2007, el servicio de arrendamiento de inmuebles diferentes a los destinados para vivienda y espacios para exposiciones y Muestras Artesanales Nacionales quedan gravados con la tarifa del 10%.

Del análisis anterior, podemos decir que el beneficio de exclusión del impuesto sobre las ventas, aplica únicamente para el servicio de arrendamientos de inmuebles para vivienda y para arrendamientos destinados para exposiciones y muestras artesanales nacionales de acuerdo con lo establecido por el artículo 476 numeral 5 del Estatuto Tributario, servicios que no deben ser confundidos con los generados por los contratos de concesión mercantil ya que, como lo hemos anotado, dicho contrato tiene sus propias características. Por lo tanto, todo acto jurídico celebrado bajo esta modalidad de contratación, deberá ser gravado con el IVA según lo dispuesto por nuestra normatividad la cual actual.⁷²

⁷⁰ Actual artículo 476 numeral 5 del Estatuto Tributario.

⁷¹ Aclaración y complemento del concepto unificado del impuesto sobre las ventas No 00001 de junio 19 de 2003

⁷² Según lo dispuesto en el artículo 468-3 del Estatuto Tributario, la tarifa del IVA aplicable al servicio de arrendamiento de bienes inmuebles es del diez por ciento (10%) y por analogía, también debe usarse para el contrato de concesión de espacio mercantil también.

7. CONCLUSIONES

- Debido a la necesidad de los empresarios por obtener mayores ganancias en sus negocios a menores costos y con mayores facilidades, surgen en la actualidad diversas innovaciones en la esfera inmobiliaria con el fin de crear estructuras arquitectónicas que faciliten el intercambio de bienes y servicios incentivando el crecimiento del mercado.

- Debido a la construcción de las nuevas unidades inmobiliarias, emerge la necesidad de utilizar herramientas jurídicas que permitan coordinar las relaciones entre los partícipes. En algunos casos es fácil hallar la herramienta idónea, pero en otros, la herramienta no existe o simplemente aquellas que están disponibles no se acomodan a las exigencias del particular. Esta es la razón del nacimiento de nuevas figuras jurídicas como las que nos ocupó en esta tesis.

- El Contrato de Concesión de Espacio Mercantil se enmarca como una nueva forma contractual que permitir flexibilizar las relaciones jurídicas entre diferentes tipos de empresarios, es claro que se adecua a la evolución de las necesidades actuales del mercado.

- Dentro de la serie de contratos típicos establecidos en nuestra legislación, se encuentran varios que presentan similitudes con el contrato de concesión de espacio mercantil, de forma que muchos critican el nacimiento de esta figura, la observan con desdén asegurando que esta sólo nació para transgredir normas limitativas contempladas para otros contratos.

Una de las figuras con la que más se puede confundir el contrato de concesión de espacio es con el contrato de arrendamiento comercial, sin embargo, no puede decirse por esto que el primero es sólo una débil versión del segundo, ya que cómo se estableció, aunque en efecto existe semejanzas, muchas diferencias salen a relucir en el campo de acción. Consideramos además, en oposición a lo que varios aseguran, que no se están transgrediendo con su suscripción normas de orden público, ya que este contrato no nace

para remplazar el contrato de arrendamiento, sino para poder regular relaciones tan específicas como las provenientes de las nuevas invenciones inmobiliarias del momento.

- Siguiendo el párrafo anterior, consideramos que existen ciertamente grandes diferencias entre el contrato de concesión de espacio mercantil y otros tales como el contrato de agencia mercantil, el contrato de licenciamiento de marca y el contrato de cuentas en participación. Se reafirma entonces la independencia de la figura, y se aclaran las confusiones que puedan presentarse.

- La existencia del contrato de concesión de espacio mercantil es necesaria en la vida jurídica nacional. Permite el facilitamiento de las relaciones comerciales, inmobiliarias y jurídicas entre empresarios, constructores, consumidores y otros actores de este nudo negocial. Genera seguridad jurídica, y con esta mayor confianza y desarrollo del mercado.

- El contrato de concesión de espacio mercantil contempla su propia regulación, sus propios beneficios y sus propias desavenencias. Es necesario que las partes pacten la mayor cantidad de cláusulas en el contrato que permitan prever o en cierto momento poder dar una interpretación clara y razonable a los vacíos que se presenten. Con esto, evadimos temas como la vaguedad en las estipulaciones y las discrepancias que puedan surgir eventualmente.

- En caso de vacíos normativos en el contrato, deberemos remitirnos como nos ordena la ley, al contrato típico más parecido a la concesión de espacio, este es, a nuestro juicio, el contrato de arrendamiento comercial.

- Además, es claro que en la esfera jurídico-comercial nacional y extranjera, el contrato de concesión de espacio ha venido usándose legalmente a través de su establecimiento como costumbre mercantil. Por este motivo, es evidente que se presenta un vacío generalizado en cuanto a la regulación normativa, y lo que es aún más impensable, todavía entre doctrinantes. Sabemos que Latinoamérica no es la única con esta situación, ya que países tan avanzados como los de la Unión Europea, también presentan este vacío.

- Por último, queremos cerrar este capítulo con la conclusión más importante de esta tesis, EL CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIO MERCANTIL, no es sólo una nueva clase de contrato, ni una flexibilización de los ya establecidos, esta clase de concesión ES EN SÍ MISMA, la materialización del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que según estimamos, será el punto focal en el futuro de la gran mayoría de las relaciones civiles y comerciales a nivel mundial y por ende, de los acuerdos de voluntades que se celebren entre una persona y otra.

8. RECOMENDACIONES

- Recomendamos en primer término a todos los empresarios nacionales y extranjeros, el descubrir estos nuevos tipos contractuales. Por ser innovadores, prometen generar mayores beneficios a los actores por ser más flexibles y sin mayores limitaciones. Además, permiten la diversificación de los tipos y las formas en que hoy se desarrollan los negocios mercantiles.

- Al momento de la suscripción del contrato, consideramos conveniente la inclusión en el texto de las cláusulas, las condiciones y medidas necesarias con el fin de regular todas las situaciones hipotéticas posibles. Este contrato que aunque flexible, no puede tomarse a la ligera, ya que es un contrato que regulará las relaciones entre comerciantes que ejercen seriamente la actividad mercantil. Sabemos que no es posible prever todas las situaciones a ocurrir, pero si es acertado consagrar la claridad como un pilar en el acuerdos establecidos. Esto evitará posibles disparidades en la interpretación en caso de conflictos.

- Por último, sabemos que tal vez es pronto para regular normativamente el contrato de concesión de espacio mercantil, esto porque aun es desconocido en muchas esferas mercantiles. Sin embargo, el conglomerado de inmobiliarios ya lo enfilan como una de sus principales herramientas a la hora de negociar; por eso consideramos que nos encontramos a las puertas de la elaboración de un proyecto a nivel internacional que normatice este contrato. Creemos firmemente que este es el próximo paso a seguir, ya

que como hemos explicado, esta figura no sólo se utiliza en Colombia sino en gran parte del globo. Se generará con esta medida, mayor seguridad jurídica a la hora de su suscripción y mayor número de adeptos para su desarrollo e investigación.

9. BIBLIOGRAFIA.

- Código de Comercio Colombiano.
- Código Civil Colombiano.
- Decreto numero 410 de 1971.
- Ley 820 de 2003.
- Ley 675 de 2001.
- Decreto 624 de 1989 o Estatuto Tributario.
- Concepto unificado del impuesto sobre las ventas numero 00001 de junio 19 de 2003.
- Concepto No 00003 de 2003 de la DIAN.
- Ley 640 de 2001
- Doctrina Societaria y Concursal: Tomo V y VI; Errepar, 1995.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en interpretación prejudicial No. 30-IP-97.
- Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Tomo 3. Editorial DIKE, 2008.
- Información obtenida de entrevista realizada el 30 de septiembre de 2009 en el Gran Salón Inmobiliario de CORFERIAS a Isaac González González, Consultor Inmobiliario y Profesor Universitario de la Universidad Complutense de Madrid, España.
- Información obtenida de entrevista realizada el 30 de Noviembre de 2009 a Luis de Manuel González, y Profesor de Derecho Inmobiliaria de la Universidad Complutense de Madrid, España.

- Información obtenida de entrevistas realizadas entre Junio de 2009 y Abril de 2010, a Miguel Bustos Zalamea, Director Jurídico de La Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá, D.C.
- Información obtenida de entrevista realizada entre en Febrero de 2010, a Néstor Guevara Zalamea, Profesor y autor de Publicaciones Inmobiliarias de La Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá.
- Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas, “derecho de Marcas”, Editorial Heliasta S.R.L., Tomo 2.
- Decisión de la Comisión Andina de Naciones Número 486 de 2000
- Decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en interpretación prejudicial No. 30-IP-97.
- www.navactiva.com
- BONIVENTO. José Alejandro, Los principales contratos civiles, decima sexta edición
- Principios de Derecho Comercial. Madriñan de La Torre. Novena Edición, Editorial Temis, 2004.
- Sheel M. Adolfo. Evaluación operaciones y financiera aplicada a la industria hotelera. Ed. U. Externado de Colombia. Bogotá, 2000.
- Guyenot, Jean Pierre. ¿Qué es el Franchising? Concesiones comerciales. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1977.
- Cano Rico, José R. y Serra Mallo, Antonio. Manual Práctico de Contratación Mercantil. Tomo I. Tecnos. Madrid. 1985.
- Bermudez Ruiz, Eduardo. El factoring. Nuevas formas de Financiación. Ed. A.P.D. Madrid. 1972.
- Le Pera, Sergio. Cuestiones de derecho Comercial Moderno. Astrea. Buenos Aires. 1974.
- Narváez García, José Ignacio. Obligaciones y Contratos Mercantiles. Bogotá, Temis. 1990.
- OSPINA Fernández Guillermo, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, Bogotá, Editorial Temis, 2005

- Puente Muñoz, Teresa. El contrato de concesión mercantil. Ed. Montecorvo. Madrid 1976.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 de Octubre de 2001. M.P. Jorge Antonio Castillo Rúgeles.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 13 de diciembre de 2002 M.P Carlos Ignacio Jaramillo.
- www.mya.com.co/docMyA/CM_CONTRATO_UNILATERAL.doc
- www.feriainvierteencasa.com
- <http://www.notinet.com.co/serverfiles/servicios/archivos/1nov98/dianc43539-98.html>.