

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

LAUDO ARBITRAL

CENTRO COMERCIAL OVIEDO P.H.

CONTRA

ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.

Medellín, mayo 10 de 2013

Agotado el trámite del proceso arbitral y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el Tribunal de Arbitraje integrado por el Árbitro Único MARTÍN GIOVANI ORREGO MOSCOSO y DANIEL ARANGO PERFETTI, Secretario, a dictar el laudo que pone fin a este trámite y que resuelve las diferencias surgidas entre el CENTRO COMERCIAL OVIEDO P.H. y ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.

El presente laudo se profiere en derecho.

CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES DEL PROCESO ARBITRAL

I. LAS PARTES DEL PROCESO

1. La parte convocante es el CENTRO COMERCIAL OVIEDO P.H., persona jurídica debidamente registrada y representada legalmente por JUAN ESTEBAN PÉREZ CORREA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 71.794.304, quien está domiciliado en la ciudad de Medellín. Su apoderado judicial principal en este proceso es el doctor CARLOS EDUARDO NARANJO FLÓREZ y el suplente el doctor DIEGO ALEJANDRO CASTRILLÓN ALZATE, de conformidad con el poder que obra en el folio 34 del cuaderno principal del expediente.
2. La parte convocada es ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S. sociedad con domicilio principal en la ciudad de Medellín, representada legalmente en este proceso por LUIS MIGUEL TORO PÉREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 70.557.059, quien está domiciliado en la ciudad de Medellín. Su apoderada judicial en este proceso es la doctora BEATRIZ HELENA GIRALDO ÁLVAREZ, a quien se le confirió

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

poder para actuar en la audiencia realizada el día 9 de abril de 2012, según consta en el Acta No. 1 que obra en el folio 121 del cuaderno principal del expediente.

II. CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL Y DESARROLLO DEL TRÁMITE PRELIMINAR

1. El CENTRO COMERCIAL OVIEDO P.H. (en adelante, “OVIEDO” o el “convocante”) celebró con ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S. (en adelante “ESTRUCTURAS INFANTILES” o la “convocada”) un contrato denominado “*Contrato de Concesión de Parque Recreativo*”.
2. La cláusula novena del “*Contrato de Concesión de Parque Recreativo*” contiene la cláusula compromisoria con fundamento en la cual se integró y ha ejercido sus funciones el presente Tribunal (folio 43, cuaderno principal). El texto de dicha cláusula es el siguiente:

“NOVENA CLAUSULA COMPROMISORIA. Las diferencias que ocurran entre las partes con motivo de la interpretación o cumplimiento del presente contrato será sometida a la decisión de un árbitro único nombrado de común acuerdo y si no hay acuerdo por el que designe la Cámara de Comercio de Medellín. Este árbitro decidirá en derecho”.

3. El 21 de febrero de 2012, con fundamento en la cláusula compromisoria transcrita y contenida en el contrato celebrado entre las partes, la convocante a través de apoderado judicial designado para el efecto, presentó solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento, con el fin de que se realizaran las declaraciones y condenas que se transcribirán posteriormente.
4. El 27 de febrero de 2012, el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia citó a las partes a una audiencia para la elección de común acuerdo del árbitro que conocería de la controversia. Como consta en el acta correspondiente (folios 108 y 109 del cuaderno principal), la parte convocada no se presentó a dicha audiencia y el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

Medellín procedió a designar al árbitro de conformidad con lo establecido en la cláusula compromisoria y en su reglamento.

5. El día 6 de marzo del 2012 en las instalaciones del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, fue designado como árbitro único el abogado MARTÍN GIOVANI ORREGO MOSCOSO por sorteo realizado por la Jefe de la Unidad de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. El árbitro único aceptó la designación en forma oportuna (folios 110 a 114, cuaderno principal).
6. El 9 de abril de 2012 se llevó a cabo audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento. En dicha audiencia fue proferido el Auto No. 1, en el cual se adoptaron las siguientes decisiones:
 - a) Declarar instalado y en funciones jurisdiccionales el Tribunal Arbitral.
 - b) Designar como secretario a DANIEL ARANGO PERFETTI.
 - c) Admitir la demanda arbitral y correr traslado a la convocada por el término legal correspondiente para que ejerciera el derecho de defensa.
7. El mismo 9 de abril de 2012 se notificó personalmente a la convocada el auto admisorio de la demanda arbitral y, con entrega de la demanda y sus anexos, se surtió el traslado por el término legal de 10 días hábiles.
8. Surtido el término de traslado, ESTRUCTURAS INFANTILES dio respuesta a la demanda, formuló excepciones de mérito y demanda de reconvencción.
9. El 1 de junio de 2012 el Tribunal admitió la demanda de reconvencción presentada por ESTRUCTURAS INFANTILES. El 5 de junio de 2012 se notificó personalmente a OVIDO el auto admisorio de la demanda de reconvencción y, con entrega de la demanda y sus anexos, se surtió el traslado por el término legal de 10 días hábiles.
10. Surtido el término de traslado, OVIDO dio respuesta a la demanda de reconvencción y formuló excepciones de mérito.

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

11. El 25 de junio de 2013 el Tribunal dio traslado secretarial de las excepciones de mérito formuladas en los escritos de contestación a la demanda principal y a la demanda de reconvención.
12. El 11 de julio de 2012 se realizó audiencia de fijación de honorarios y gastos del proceso. En esa misma ocasión, el Tribunal dictó el Auto No. 6, mediante el cual estableció el monto de los honorarios y gastos del proceso arbitral.
13. Las partes cancelaron la totalidad de gastos y honorarios del proceso a su cargo dentro de la oportunidad prevista en el artículo 144 del decreto 1818 de 1998 y de conformidad con lo ordenado por el Tribunal en el Auto No. 6.
14. El 9 de agosto de 2012 se realizó audiencia de conciliación, sin que las partes llegaran a un acuerdo conciliatorio. Fracasada la conciliación, en esa misma ocasión, el Tribunal realizó la primera audiencia de trámite.

**III. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y
DESARROLLO DEL TRÁMITE ARBITRAL**

1. El 9 de agosto de 2012 se realizó la primera audiencia de trámite, en la cual, el Tribunal verificó que no era necesario adoptar medidas de saneamiento del proceso, decidió sobre su propia competencia y decretó las pruebas del proceso.
2. En el Auto No. 9, dictado en la primera audiencia de trámite el Tribunal declaró que era competente para conocer y decidir de las pretensiones de la demanda arbitral.
3. Las partes no interpusieron recurso en contra del auto por el cual el Tribunal se declaró competente.
4. En el Auto No. 10 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes. La etapa probatoria se desarrolló de la siguiente manera:
 - 4.1. El Tribunal ordenó la adjunción de los documentos enunciados y aportados con la demanda arbitral y con la contestación de la demanda.

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

- 4.2. El Tribunal decretó los interrogatorios de parte y testimonios solicitados por las partes. Más adelante, mediante a Auto No. 13 del 5 de octubre de 2012, el Tribunal aceptó el desistimiento de la práctica de algunos testimonios que habían sido solicitados por la convocante.
- 4.3. El Tribunal libró a solicitud de la convocada oficios a la Inspección de Permanencia Cuarto Tercer Turno de Medellín; el Consejo de Administración del Centro Comercial Oviedo y al Centro Comercial Oviedo; ACOLAP y PANACA. Se recibieron las respuestas del Centro Comercial Oviedo (folios 61 a 1484, cuadernos 1, 2 y 3 de pruebas), Inspección de Permanencia 4 Grupo 2 (folios 1485 a 1520, cuaderno 3 de pruebas), ACOLAP (folios 1521 a 1527, cuaderno 3 de pruebas).
- 4.4. Se decretó y practicó la inspección judicial con exhibición de libros de contabilidad de la parte convocante y convocada y dictamen pericial, prueba solicitada por la parte convocada y se desató la siguiente actuación:
- 4.4.1. La inspección judicial con exhibición de documentos de la parte convocante y convocada se practicó mediante audiencia, el 7 de septiembre de 2012.
- 4.4.2. El dictamen pericial y sus anexos obran a folio 1528 a 2001 de los cuadernos 3 a 4 de pruebas. El Tribunal ordenó al perito aclarar y complementar el dictamen atendiendo a la solicitud formulada por las partes convocante y convocada. La perito aclaró y complementó el dictamen. El escrito de aclaración y complementación obra a folio 2097 a 2108 del cuaderno 4 de pruebas. El Tribunal corrió traslado a las partes del escrito de complementación y aclaración.
- 4.4.3. La parte convocada formuló objeción por error grave al trabajo pericial y solicitó como prueba la práctica de un nuevo dictamen pericial, el cual fue decretado por el Tribunal en el Auto No. 19 del 19 de diciembre de 2012. El dictamen pericial y sus anexos obran a folio 2169 a 2243 del cuaderno 4 de pruebas. El Tribunal ordenó al perito aclarar y complementar el dictamen atendiendo a la solicitud formulada por la parte convocada. El escrito de aclaración obra a folio 2354 a 2355 del cuaderno 4 de pruebas. El Tribunal corrió traslado a las partes del escrito de aclaración.

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

- 4.5. El Tribunal mediante Auto No. 15 del 1 de noviembre de 2012, de manera oficiosa, requirió a la parte convocada para que, si lo consideraba apropiado, cumpliera con la carga probatoria que le correspondía para efectos de incorporar al proceso la totalidad de las pruebas solicitadas mediante oficio y que aún no habían sido allegadas.
- 4.6. El Tribunal decidió aplazar la decisión sobre la práctica de una inspección judicial hasta tanto se practicaran todos los medios probatorios. Mediante Auto No. 25 del 26 de marzo de 2013 negó la práctica de dicha prueba por encontrarla innecesaria atendiendo a las demás pruebas practicadas en el proceso.
5. Mediante Auto No. 25 del 26 de marzo de 2013, el Tribunal declaró cerrada la etapa probatoria y citó a las partes para realización de audiencia de alegaciones en los términos del artículo 154 del decreto 1818 de 1998.

IV. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

Teniendo en cuenta que las partes no establecieron un término de duración del proceso arbitral, el término de este proceso es de seis meses contados a partir de la celebración de la primera audiencia de trámite, en virtud de lo dispuesto en el artículo 103 de la ley 23 de 1991. Su cómputo inició a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, es decir, el 9 de agosto de 2012, con lo cual el término de seis meses previsto en la ley, vencería el 9 de febrero de 2013.

De otra parte, dicho término estuvo suspendido durante 94 días, en los periodos que se indican a continuación, por solicitud presentada en forma conjunta por las partes y por el decreto de tales suspensiones dictado por el Tribunal.

Acta	Período suspensión	Días de suspensión
No. 8	13 de septiembre – 4 de octubre de 2012	22
No. 22	26 de diciembre de 2012 – 4 de febrero de 2013	41
No. 29	9 de abril de 2013 – 9 de mayo 2013	31

A su vez, en audiencia del 8 de abril de 2013 los representantes legales de las partes prorrogaron el término del Tribunal por un mes adicional, sin perjuicio de las suspensiones

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

que habían sido solicitadas por las partes las cuales avalaron expresamente. Así las cosas, el término del proceso arbitral expira el día 14 de junio de 2013 y el presente laudo arbitral se profiere dentro del término establecido en la ley.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA CONTROVERSIA

I. LA DEMANDA PRINCIPAL

A. Hechos en que se fundamenta la demanda principal.

Los hechos que invoca el convocante en su demanda se sintetizan de la siguiente forma:

1. Entre el Municipio de Medellín y OVIEDO han existido varios contratos de administración de espacio público, el último de los cuales fue suscrito el 16 de junio de 2006, respecto de una zona donde en el centro comercial, han funcionado los juegos infantiles.
2. En el contrato mencionado, las partes acordaron un término de duración de 5 años prorrogables por períodos iguales o menores. No obstante, el Municipio de Medellín podría dar por terminado el contrato en cualquier momento sin lugar a indemnización. Adicionalmente, se estableció una prohibición para ceder o arrendar el inmueble por parte de OVIEDO, salvo autorización del Alcalde o de su delegado mediante resolución motivada.
3. El 30 de noviembre de 1995 OVIEDO y ESTRUCTURAS INFANTILES suscribieron un *“CONTRATO DE CONCESIÓN DE PARQUE RECREATIVO, teniendo ambas partes la claridad y el reconocimiento de que parte de los bienes objeto de la CONCESIÓN pertenecen al Municipio de Medellín, quien se los entregaba al CENTRO COMERCIAL OVIEDO P.H bajo la modalidad de Contrato de Administración del espacio público, en consecuencia que contrato de CONCESIÓN podría terminarse en cualquier momento según las cláusulas del contrato y por posteriores otro sí que lo complementaron (...)”*.
4. En el contrato de concesión las partes acordaron, entre otros aspectos, su objeto, duración, prohibición de cesión y suscribieron una cláusula compromisoria.

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

5. El 26 de mayo de 2000 se suscribió un otrosí en el cual se estableció que *“La duración del contrato será de cuatro años contados a partir del 01 de junio de 2000, prorrogable por periodos de 12 meses previo acuerdo de las partes; sin embargo la concedente podrá cancelar el contrato en cualquier momento, si por cualquier circunstancia el Municipio de Medellín cancela el contrato de administración del espacio público, sobre el área donde funciona el parque infantil”*.

6. El 19 de mayo de 2004 se suscribió un otrosí modificatorio de las cláusulas 4 y 5 del contrato de concesión en el que se estipuló que *“El tiempo de duración del contrato será de un año contado a partir del 1 de junio de 2004, prorrogable por periodos de 12 meses, previo acuerdo de las partes. Sin embargo el concedente podrá cancelar el contrato en cualquier momento si por cualquier circunstancia el Municipio de Medellín cancela el contrato de administración del espacio público, sobre el área donde funciona el parque infantil.”* y que *“Por la concesión del espacio, el concesionario reconocerá al concedente a partir del 01 de junio de 2004 el 23% de las ventas brutas efectivamente recaudadas por este (sic)”*.

7. Las partes celebraron también sendos contratos de arrendamiento comercial sobre *“...un área común de 6.00 metros cuadrados ubicados en la segunda etapa del centro comercial Oviedo”* y *“...un área común de aproximadamente 2.00 metros cuadrados, consistente en un área común localizada entre el local 9949 (la sastrería) y el pacillo que va al parque infantil localizados en el primer nivel de la primera etapa del centro comercial Oviedo”*.

8. Mediante documento del 28 de abril de 2011 OVIEDO notificó al representante legal de ESTRUCTURAS INFANTILES la terminación del contrato de concesión de parque recreativo, lo cual tendría lugar a partir del 1 de junio de 2011, sin que se haya efectuado la entrega de las áreas concedidas hasta el momento. Dicha comunicación se entregó previendo la terminación del contrato de administración de espacio público suscrito entre OVIEDO y el Municipio de Medellín, lo cual sucedió el 30 de junio de 2011, y lo establecido en los otrosíes del contrato de concesión en los que se estableció que *“...sin embargo la concedente podrá cancelar el contrato en cualquier momento, si por cualquier circunstancia el Municipio de Medellín cancela el contrato de administración del espacio público, sobre el área donde funciona el parque infantil”* .

PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL

OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.

9. Mediante comunicación del 9 de mayo de 2011 el representante legal de ESTRUCTURAS INFANTILES señaló que *“De conformidad con lo establecido en el contrato de concesión y en los Otrosí posteriormente celebrados nos permitimos informarle que a la fecha, dicha relación se encuentra vigente, por lo que la comunicación enviada por el centro comercial –erróneamente notificada- no comporta la realidad del contrato respecto al plazo, su renovación y los derechos que a la fecha tiene ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S., como tenedor legítimo de dicho espacio comercial a la luz del artículo 518 y siguientes del Código de Comercio Colombiano (...)”*.
10. Con base en dicha comunicación y lo expresado por ESTRUCTURAS INFANTILES en una convocatoria a una audiencia de conciliación en donde solicita que el contrato de concesión *“sea reconocido como un contrato de arrendamiento”* se indica que entre las partes existe una diferencia con motivo de la interpretación del contrato de concesión suscrito, lo cual generaría efectos jurídicos diferentes según la interpretación que se dé sobre el particular.
11. El representante legal de ESTRUCTURAS INFANTILES ha desconocido el alcance jurídico de los contratos celebrados confundiendo el contrato de concesión con el de arrendamiento generando un conflicto de interpretación, omitiendo la entrega de las áreas reclamadas por OVIEDO, sin tener en cuenta la característica principal del contrato de concesión que es la de ser revertible.

B. La pretensión de la demanda principal.

El convocante solicita que se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERO: *Que se declare que entre las partes existió un contrato de concesión tal y como se acordó mediante documento escrito de 30 de noviembre de 1995 y no un contrato de arrendamiento comercial como lo quiere hacer el Señor LUIS MIGUEL TORO PEREZ, representante legal de ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.*

SEGUNDO: *Como consecuencia de la anterior declaración y una vez precisado que se trata de un contrato de concesión y no un contrato de arrendamiento, solicito que se declare la terminación del contrato referido, con base en el*

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

incumplimiento de las disposiciones acordadas en el contrato de concesión por parte de ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.

TERCERA: *Que se ordene a la demandada sociedad ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S., que disponga de las acciones pertinentes tendientes a efectuar la devolución inmediata de las áreas que le fueron entregadas en virtud del referido contrato de CONCESIÓN, es decir: El lote de terreno, ubicado en la Carrera 43 A por Calle 6 Sur, Barrio El Aguacatal, que de conformidad con el plano elaborado por la compañía Londoño Vayda Ltda., de noviembre de 1977, el área y linderos son: Por el norte, entre los puntos G y H en 16.20 ml, por el nororiente, entre los puntos H y A EN 49.20 ml, por el oriente, entre los puntos B y E pasando por el punto D en 35.20 ml, lindando con zona verde de la Carrera 43 A, por el occidente, entre los puntos E y G pasando por el punto F en 57 ml, lindando con un callejón de propiedad particular, el inmueble presenta un área de 1.611.50 m2.*

CUARTA: *Que se condene en costas y gastos del proceso a la Sociedad ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.”*

II. LA OPOSICIÓN A LA DEMANDA PRINCIPAL

La convocada dio respuesta a la demanda, se opuso a las pretensiones y formuló excepciones. La convocada ejerció su derecho a la defensa de la siguiente forma:

1. La convocada se refirió a cada uno de los hechos de la demanda aceptando lo siguiente: (i) el contenido del contrato de concesión celebrado entre OVIEDO y ESTRUCTURAS INFANTILES en cuanto a su objeto, duración, prohibición de cesión y cláusula compromisoria; (ii) el reconocimiento ante Notario de las firmas y contenido del contrato de concesión; (iii) la existencia del otrosí al contrato de concesión de fecha 26 de mayo de 2000; (iv) la existencia del contrato de arrendamiento de local comercial sobre el área común de 6.00 metros cuadrados ubicados en la segunda etapa de OVIEDO; (v) la notificación recibida por el representante legal de ESTRUCTURAS INFANTILES sobre la intención de OVIEDO de ocupar las zonas comunes del contrato de arrendamiento anteriormente indicado; (vi) la existencia de la comunicación del 28 de abril de 2011 por medio de la cual se le notificó al representante legal de ESTRUCTURAS INFANTILES la terminación del contrato de concesión de parque recreativo; (vii) la existencia de la cláusula compromisoria; (viii)

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

el sentido de la decisión sobre competencia adoptada anteriormente por un Tribunal de Arbitramento.

2. La convocada señaló que el contrato de concesión se encuentra actualmente vigente; que no es cierto que el Municipio le esté formulando exigencias a OVIEDO para suscribir un nuevo contrato, y que la relación entre éste y aquel no se ha cancelado, con lo cual se pretende inducir a error al Tribunal; que los diferentes contratos celebrados entre ESTRUCTURAS INFANTILES y OVIEDO no son independientes sino que guardan estrecha relación en el objeto y cumplimiento, habiéndose entregado para su explotación toda la zona recreativa, las complementarias y conexas; que ESTRUCTURAS INFANTILES no debe proceder a hacer entrega de las áreas pues OVIEDO no se encuentra facultado para terminar unilateralmente el contrato; que se está desconociendo el derecho de renovación pues todas las áreas de OVIEDO que actualmente usa ESTRUCTURAS INFANTILES están regidas por un contrato de arrendamiento.

3. Además de oponerse a las pretensiones, la convocada propuso las excepciones de mérito que denominó:
 - a) Cosa juzgada. Por existir identidad de sujeto, objeto y causa con el Tribunal de Arbitramento constituido por el doctor Álvaro Isaza Upegui en noviembre 28 de 2011.

 - b) Cláusulas abusivas. Al interpretarse la cláusula cuarta del contrato de concesión y la segunda del otrosí en el sentido de autorizar la terminación unilateral del contrato al tiempo de la renovación sin una justificación.

 - c) Falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva. Por cuanto la relación existente entre las partes debe entenderse como una mercantil de arrendamiento sobre unas áreas y el tratamiento que debe dársele es el de la terminación de un contrato de arrendamiento.

 - d) Interpretación contractual. Según el artículo 1618 del Código Civil la relación existente es la de un contrato de arrendamiento y por lo tanto, ESTRUCTURAS INFANTILES goza del derecho a la renovación automática.

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

- e) Desequilibrio contractual. Por cuanto se pretende avocar un beneficio exorbitante consistente en la terminación unilateral en favor de OVIEDO.
- f) Cumplimiento contractual. ESTRUCTURAS INFANTILES ha cumplido los contratos escritos y verbales, motivo por el cual no existe una justa causa para la terminación unilateral, la cual no se contempló al iniciar la relación negocial.
- g) Falta de competencia del Tribunal del Arbitramento. Por no haberse pactado que el Tribunal pudiese dirimir la controversia relacionada con la terminación del contrato.
- h) Abuso del derecho. La intención de OVIEDO es causar daño a ESTRUCTURAS INFANTILES al pretender convertir un contrato de arrendamiento en uno de concesión, desvirtuándolo de la realidad y apartando a dicha sociedad de su fin económico y social.

III. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

A. Hechos en que se fundamenta la demanda de reconvencción.

Los hechos que invoca la convocada en su demanda de reconvencción se sintetizan de la siguiente forma:

1. Entre OVIEDO y ESTRUCTURAS INFANTILES se suscribieron los siguientes contratos: (i) contrato denominado “contrato de concesión de parque recreativo” sobre un área destinada a recreación con un término de duración de 4 años, a partir de noviembre 30 de 1995; (ii) contrato de arrendamiento escrito por un área de 6 metros cuadrados aproximadamente, ubicados en la segunda etapa de OVIEDO; (iii) se entregó a título de tenencia sin especificar condiciones de modo, tiempo y lugar un espacio destinado para área de recreación donde actualmente funcionan atracciones mecánicas.
2. OVIEDO entregó a ESTRUCTURAS INFANTILES para su explotación toda su área recreativa.

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

3. El pago por el uso y disfrute de esas áreas se ha venido cancelando mediante porcentaje de participación sobre las ventas brutas efectivamente recaudadas.
4. El contrato de concesión es en realidad un contrato de arrendamiento. En este caso el concesionario no goza de autonomía sobre el área común, autorización para adquirir productos del concedente, prestación o explotación de la concesión a nombre propio, exclusividad, ni control.
5. Si bien ESTRUCTURAS INFANTILES ha cumplido con su obligación de prestar un buen servicio, OVIEDO ha impedido la conservación en óptimas condiciones de los juegos infantiles, razón por la cual se ha generado disminución en las visitas a los juegos y pocos ingresos.
6. Los perjuicios de ESTRUCTURAS INFANTILES se toman teniendo en cuenta las posibilidades de ingresos dejadas de percibir al negársele por OVIEDO desde el año 2007, la posibilidad de actualizar los equipos, lo cual hubiera permitido aumentar los ingresos. Adicionalmente, incurrió en costos de importación de equipos que habían sido aprobados pero una vez recibidos en Colombia se prohibió su instalación.
7. ESTRUCTURAS INFANTILES en su calidad de arrendataria de unos bienes destinados a actividades mercantiles goza de su derecho a la renovación automática que consagra la legislación mercantil.
8. ESTRUCTURAS INFANTILES ha solicitado a OVIEDO la realización de mantenimiento a las áreas entregadas, lo cual le corresponde por estar sometido al régimen de propiedad horizontal y éste ha incurrido en incumplimiento.
9. Para la aprobación del plan de emergencia se requiere previa aprobación del departamento de bomberos quienes se niegan a hacerlo por falta de cumplimiento de los requerimientos en materia de mantenimiento. Como consecuencia de ello el 3 de abril de 2012 la Inspección de Permanencia Cuarto ordenó la suspensión de las actividades del Parque Recreativo.

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

B. Juramento estimatorio.

La convocada presentó juramento estimatorio señalando que *“De acuerdo con lo señalado en el artículo 10 de la ley 1395 de 2010 me permito realizar juramento estimatorio sobre los perjuicios materiales que se han ocasionado a la demandante en reconvención en la suma de \$1.233.000.000., de acuerdo con el cálculo realizado por mi poderdante y que procedo a explicar a continuación, no obstante a efectos de conciliar las diferencias con la sociedad demandada en reconvención se solicita el pago de los perjuicios en la suma de \$1.000.000.000”*.

C. La pretensión de la demanda de reconvención.

La convocada en la demanda de reconvención solicita que se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

“PRINCIPALES

PRIMERO: Que se declare que el denominado CONTRATO DE CONCESIÓN DE PARQUE RECREATIVO, es en realidad y tiene los efectos de un CONTRATO DE ARRENDAMIENTO entre EL CENTRO COMERCIAL OVIEDO, como arrendadora y ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S. como arrendataria, sobre el área recreativa del Centro Comercial Oviedo y que se encuentra (sic) escritas en el contrato de concesión y los contratos de arrendamiento verbales y escritos.

SEGUNDO: Una vez se haga el anterior reconocimiento, solicito se declare que el CENTRO COMERCIAL OVIEDO ha incumplido el contrato de arrendamiento al no entregar el uso y goce del bien entregado en arrendamiento en la forma y para los fines previstos.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior se ordene el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales que se han ocasionado en la suma que determine el dictamen pericial, por la disminución en las ventas, los cuales se calculan en \$30.000.000. mensuales, a razón de 64 meses a la fecha (abril de 2012) supera la suma de los \$1.900.000.000., suma que deberá ser reconocida a título de lucro cesante o la mayor suma que sea decretada por el perito.

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

CUARTO: Que la empresa demandada debe pagar las costas Del (sic) presente proceso.

SUBSIDIARIAS

PRIMERO: Ante La (sic) eventualidad de que se determine que la relación contractual vigente entre EL CENTRO COMERCIAL OVIEDO y ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S. es la del CONTRATO DE CONCESIÓN DE PARQUE RECREATIVO, sobre el área recreativa del Centro Comercial Oviedo, solicito se determine que el contrato de concesión, se encuentra vigente y no hay causal de terminación del mismo por parte del Centro Comercial

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, solicito se declare que el CENTRO COMERCIAL OVIEDO ha incumplido el contrato de concesión al no entregar el uso y goce del bien en la forma y para los fines previstos.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior se ordene el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales que se han ocasionado en la suma que determine el dictamen pericial, por la disminución en las ventas, los cuales se calculan en \$30.000.000. mensuales, a razón de 64 meses a la fecha (abril de 2012) supera la suma de los \$1.900.000.000., suma que deberá ser reconocida a título de lucro cesante o la mayor suma que sea decretada por el perito.

CUARTO: Que la empresa demandada debe pagar las costas Del (sic) presente proceso”.

D. Limitación del valor de las pretensiones.

La convocada al momento de recurrir el auto No. 6 (folio 262 a 268 del cuaderno principal) por medio del cual se fijaron los honorarios y gastos del proceso, limitó el valor de sus pretensiones en la demanda de reconvención a la suma de mil trescientos cincuenta y tres millones de pesos (\$1.353.000.000).

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

IV. LA OPOSICIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

El convocante dio respuesta a la demanda de reconvencción, se opuso a las pretensiones y formuló excepciones. El convocante ejerció su derecho de defensa de la siguiente forma:

1. El convocante se refirió a cada uno de los hechos de la demanda aceptando lo siguiente: (i) la suscripción del contrato de concesión de parque recreativo y de los contratos de arrendamiento sobre un área de 6 metros cuadrados en la segunda etapa de OVIEDO y sobre un área común de aproximadamente 2 metros; (ii) la entrega a ESTRUCTURAS INFANTILES para su explotación del toda el área recreativa del centro comercial pero a través de tres relaciones contractuales diferentes e independientes; (iii) la forma de pago del contrato de concesión -23% de las ventas brutas efectivamente recaudadas a partir del 1 de junio de 2004-.

2. El convocante señaló que el contrato celebrado es de concesión sin que tenga otro sentido o pueda ser interpretado de otra forma; que cumplió y siempre estuvo dispuesta a cumplir las obligaciones relacionadas con el mantenimiento y modificaciones de beneficio común en los momentos en que podía hacerlo, esto es, antes de la extinción del plazo del contrato de concesión el 1 de junio de 2011; que quien ha soportado un perjuicio económico ha sido OVIEDO pues el parque recreativo mes a mes genera pérdidas; que el ánimo de causar daño le asiste a ESTRUCTURAS INFANTILES por actuar a sabiendas de la posibilidad de terminar el contrato de concesión en cualquier momento si el Municipio de Medellín cancelaba el contrato de administración de espacio público sobre el área donde funciona el parque infantil.

3. Además de oponerse a las pretensiones, el convocante argumentó que mediante la demanda de reconvencción en este caso se estaba ejerciendo el derecho de contradicción y no de acción y con ese fundamento común, propuso las excepciones de mérito que denominó:
 - a) Falta de requisitos necesarios para el ejercicio de la acción.

 - b) Ineptitud de la demanda.

 - c) Indebida acumulación de pretensiones.

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

- d) Trámite inadecuado.
- e) Falta de jurisdicción y/o de competencia.
- f) Falta de legitimación en la causa.
- g) Falta de interés jurídico.
- h) Mala fe.

4. Así mismo, el convocante formuló objeción al juramento estimatorio presentado con la demanda de reconvención.

V. ALEGACIONES FINALES

Una vez concluido el período probatorio y practicadas todas las pruebas solicitadas por las partes y decretadas por el Tribunal, el 8 de abril de 2013 se realizó audiencia de alegaciones. La audiencia de alegaciones se desarrolló de la siguiente forma:

A. Alegatos del convocante.

El apoderado del convocante allegó un escrito con sus alegatos de conclusión. En sus alegatos el apoderado del convocante, en síntesis, se refirió a los siguientes puntos:

1. El convocante estima que deberá prosperar la pretensión primera de la demanda principal en lo concerniente a la declaratoria de que entre las partes existió un contrato de concesión por cuanto no es posible interpretarlo, según criterios jurisprudenciales como uno de arrendamiento. Adicionalmente, por cuanto quedó acreditado que las partes tenían claridad sobre la naturaleza del contrato al momento de su adjudicación y el representante legal de ESTRUCTURAS INFANTILES tenía claridad que el contrato se suscribiría bajo la modalidad de concesión.
2. El convocante estima que deberá prosperar la pretensión segunda de la demanda principal en lo concerniente a la solicitud de la declaratoria de la terminación del contrato de concesión, con base en el incumplimiento de las disposiciones acordadas en el contrato de concesión por parte de ESTRUCTURAS INFANTILES, por cuanto

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

ese es el efecto de la “reversibilidad” o restitución de los bienes destinados a la explotación concedida y en la medida en que al representante legal de ESTRUCTURAS INFANTILES se le notificó el vencimiento del plazo del contrato por haber cancelado el Municipio de Medellín el contrato de administración de espacio público sobre el área donde funcionaba el parque infantil, circunstancia que fue acreditada en el proceso.

3. En cuanto a la demanda de reconvención, el convocante reiteró que la convocada ejerce el derecho de contradicción y no de acción; que los cálculos de perjuicios deben basarse en hechos ciertos y no en proyecciones y que los estados financieros que sirven de fundamento para el cálculo de los perjuicios no pueden ser tenidos en cuenta por estar preparados con omisión de principios contables.

B. Alegatos de la convocada.

La apoderada de la convocada presentó igualmente un escrito con sus alegaciones. En sus alegatos, la convocada manifestó, en síntesis, lo siguiente:

1. La apoderada de la convocada señaló que en el proceso había sido acreditado que OVIEDO había entregado a ESTRUCTURAS INFANTILES toda el área recreativa y que la restitución solicitada es solo por el área relacionada con el contrato de concesión que siempre ha sido manejado como contrato de arrendamiento. Así mismo, que al no haberse acreditado incumplimiento alguno por parte de ESTRUCTURAS INFANTILES no hay lugar a que se declare la terminación del contrato por incumplimiento.
2. Que la convocada explota la parte recreativa de OVIEDO y por ello paga un cánón de arrendamiento con base en los ingresos que genera, siendo la decisión de OVIEDO consistente en impedir la renovación del contrato -por cuanto a la junta le parece que sus propuestas no son financieramente viables- lo que ha generado pérdidas a ESTRUCTURAS INFANTILES. Dichos perjuicios se acreditaron en el proceso con el dictámen pericial rendido por el doctor César Mauricio Ochoa.

CAPÍTULO TERCERO: PRESUPUESTOS PROCESALES

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

Antes de entrar a decidir las controversias planteadas, se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, esto es, los requisitos indispensables para la validez y eficacia del proceso.

I. REQUISITOS DE VALIDEZ DEL PROCESO

Juez competente, bilateralidad de audiencia y legalidad de los actos y procedimientos son los tres elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso. Esos tres postulados son suficientes, a juicio de este Tribunal, para saber si el procesamiento fue o no debido, es decir, si se desarrolló conforme con el ordenamiento jurídico. En tal sentido, pasa a considerarse cada uno de ellos:

A. La competencia.

Según el artículo 116 de la Constitución Política, el Tribunal ejerce funciones jurisdiccionales de manera transitoria. Así mismo, el Tribunal es competente para conocer de las pretensiones planteadas en la demanda principal y de reconvención según se estableció en el Auto No. 9, dictado el 9 de agosto de 2012. Las partes no impugnaron el Auto mencionado y, por lo tanto, no cuestionaron la competencia del Tribunal quedando en firme la decisión sobre su propia competencia.

B. Bilateralidad de audiencia.

Se refiere al derecho de defensa o al derecho de contradicción. Al revisar rigurosamente todo el trámite arbitral, se concluye que a las partes se les trató con igualdad procesal en cuanto a sus solicitudes, peticiones y práctica de pruebas, se les garantizó el derecho de contradicción pudiendo actuar sin restricciones en todas las etapas propias del proceso arbitral, notificándoles en forma legal y oportuna todas las providencias, concediendo los traslados en los términos previstos por la ley. Las partes, a su vez, estuvieron asistidas por abogados titulados e inscritos durante todo el trámite arbitral.

C. Legalidad de los actos y procedimientos.

El proceso se ajustó con rigor al traite que para él fue previsto por el legislador, que es el denominado “verbal de mayor y menor cuantía”, regulado en el C. de P. C., con los ajustes y modulaciones que son inherentes a la naturaleza misma del proceso arbitral.



**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

Lo dicho hasta aquí resulta suficiente, para concluir, como lo hace ahora el Tribunal, que el proceso que culmina fue debido y que ningún vicio de nulidad procesal se vislumbra en la actuación.

II. REQUISITOS DE EFICACIA DEL PROCESO

El Tribunal encuentra que los siguientes presupuestos se reúnen en este proceso:

A. Capacidad para ser parte.

Las partes son personas jurídicas, con capacidad para transigir y para arbitrar, que comparecieron al proceso a través de sus representantes legales, según consta en los certificados de existencia y representación legal que obran en el expediente. Por tal motivo, tanto convocante como convocada gozan de capacidad para ser parte y comparecieron al proceso arbitral a través de sus representantes legales, según lo establece el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil. Las partes estuvieron debidamente representadas en este proceso arbitral de mayor cuantía a través de apoderados idóneos.

B. Interés para obrar.

El laudo arbitral es un acto de enjuiciamiento que permite variar la realidad preexistente entre las partes en conflicto y la transforma en otra realidad más calificada. Las pretensiones de la demanda principal y de reconvención buscan efectivamente la transformación de ese momento preexistente.

C. Demanda en forma.

En la oportunidad procesal correspondiente el Tribunal encontró que la demanda que dio origen al proceso arbitral, así como la demanda de reconvención reúnen los requisitos establecidos en la ley, razón por la cual en esta etapa procesal se ratifica el cumplimiento del requisito de la demanda en forma.

D. Legitimación en la causa.

En asuntos en los cuales se discute la interpretación de un contrato y sus eventuales

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

incumplimientos, como el que nos ocupa, deben tenerse como legítimos contradictores ordinarios (legitimados en la causa) a quienes son parte de dicho contrato. Por lo tanto se encuentra acreditada la legitimación en la causa.

E. Ausencia de cosa juzgada, caducidad, transacción o alguna excepción de litis finita o litis pendiente.

En lo que respecta a la cosa juzgada y teniendo en cuenta que sobre ese particular formuló excepción de mérito la parte convocada, es importante señalar que en el Auto No. 9, dictado el 9 de agosto de 2012 el Tribunal se pronunció sobre la decisión que había sido adoptada el 28 de noviembre de 2011 por el Tribunal de Arbitramento compuesto por el doctor Álvaro Isaza Upegui. En tal sentido, se indicó que la *causa petendi* en ese caso, difiere de la que en esta ocasión fue sometida a la decisión del Tribunal sin que lo cobijen los efectos de la mencionada decisión. Las partes no repusieron la decisión adoptada por el Tribunal en ese momento y resulta a todas luces claro que en este caso no se presenta un evento de cosa juzgada por inexistencia de identidad de objeto y causa.

En relación con los demás elementos, no se observa dentro del proceso ninguna prueba, ni se plantea la posibilidad de presencia de alguna de estas excepciones.

**CAPÍTULO CUARTO
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

4.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO.

Encontramos que se trata de un contrato celebrado el treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), aunque al inicio del mismo se refiere al 9 de noviembre de 1995, fue autenticado ante autoridad notarial por los representantes legales de la sociedad ESTRUCTURAS INFANTILES LTDA –hoy S.A.S.- y por el CENTRO COMERCIAL OVIEDO P.H., los días 4 y 5 de diciembre de 1995, respectivamente, el cual se denominó por las partes “CONTRATO DE CONCESIÓN DE PARQUE RECREATIVO”, frente al que se pide por la parte convocante inicial, (i) que se interprete declarando que se trata de un contrato de concesión y no de arrendamiento; (ii) la terminación por incumplimiento y (iii) que se disponga de las acciones necesarias para efectuar la devolución inmediata de las áreas que fueron entregadas en virtud del referido

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

contrato de concesión, es decir, “El lote de terreno ubicado en la Carrera 43 A por Calle 6 Sur, Barrio El Aguacatal” cuya área y linderos están identificados en el plano elaborado por la compañía Londoño y Vayda Ltda, de noviembre de 1977, que obra en a fls 6 del cuaderno de pruebas.

El artículo 4 del C. de Comercio contempla que *“Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles”* y el artículo 822 de la misma codificación, estipula de manera expresa que la interpretación de las normas civiles, serán aplicables a los negocios mercantiles, salvo que le ley establezca otra cosa. Por su parte el artículo 1602 del C. Civil consagra 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”* y los artículos 1618 a 1624 de dicha codificación las normas sobre interpretación de los contratos, tales como la prevalencia de la intención de las partes, la interpretación lógica, la interpretación por naturaleza del contrato, la interpretación sistemática, la interpretación extensiva y la interpretación en favor del deudor.

Siendo entonces, las anteriores normas de interpretación contempladas por el legislador, preceptos instrumentales que señalan la ruta que el fallador ha de tener en cuenta, para apreciar la naturaleza jurídica de los contratos, de no ser atendidas por el Juzgador pueden resultar vulneradas las normas sustanciales aplicables al caso. Estableciéndose con fundamento en ellas, que la naturaleza contractual consagrada por las mismas partes, prima sobre cualquier interpretación, puesto que cuando el querer de quienes celebraron el contrato queda escrito en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, se debe dar por establecido que esas estipulaciones son el reflejo de la voluntad interna de las partes y que por lo tanto, no es necesario interpretar, pero además, el contrato es una unidad, por lo que es necesario apreciarse todas las estipulaciones en forma coordinada y armónica, pues de lo contrario se puede poner a producir al negocio efectos jurídicos contrarios a los que realmente se deducen.

Y de verdad, en nuestro caso, se hace necesario para el Tribunal el apreciar todas las estipulaciones contempladas por las partes, pues del contrato del 30 de noviembre de 1995 no se desprende el área sobre el cual va recaer el objeto del contrato, indicando que será destinada para recreación del Centro Comercial Oviedo, pero dentro de las obligaciones del cedente se estipula *“a) Asignar al concesionario, de común acuerdo con éste, y dentro de los tres días siguientes a la firma de este contrato, la zona asignada para juegos infantiles*

en el Centro Comercial Oviedo en el Poblado para la instalación del parque recreativo”, encontrándose dentro del expediente dos otrosí al contrato, uno el del 26 de mayo de 2000 y otro del 19 de mayo de 2004, fls 61 y 63 respectivamente, mediante los cuales se modificó entre otras la cláusula cuarta del contrato, referente a la duración, destacándose el siguiente tenor literal, que figura de modo similar en ambos otrosí “...[S]in embargo la concedente podrá cancelar el contrato en cualquier momento, sin por cualquier circunstancia el Municipio de Medellín cancela el contrato de administración del espacio público, sobre el área donde funciona el parque infantil.”. Lo que significa que las partes acordaron, que el inmueble sobre el cual recaía el objeto del contrato denominado por ellas “CONTRATO DE CONCESIÓN DE PARQUE RECREATIVO”, era precisamente el área entregada por el MUNICIPIO DE MEDELLÍN al CENTRO COMERCIAL OVIEDO P.H., en virtud del contrato de Administración suscrito entre ellos, que corresponde al que hoy es objeto de las peticiones de la demanda.

No encuentra este Tribunal prueba alguna, aportada o practicada dentro del proceso que indique, que el “CONTRATO DE CONCESIÓN DE PARQUE RECREATIVO”, recaee sobre otro inmueble o área diferente a “El lote de terreno, ubicado en la Carrera 43 A por Calle 6 Sur, Barrio El Aguacatal, que de conformidad con el plano elaborado por la compañía Londoño Vayda Ltda., de noviembre de 1977, el área y linderos son: Por el norte, entre los puntos G y H en 16.20 ml, por el nororiente, entre los puntos H y A EN 49.20 ml, por el oriente, entre los puntos B y E pasando por el punto D en 35.20 ml, lindando con zona verde de la Carrera 43 A, por el occidente, entre los puntos E y G pasando por el punto F en 57 ml, lindando con un callejón de propiedad particular, el inmueble presenta un área de 1.611.50 m2.”

Y por el contrario, observa el Tribunal que las partes están de acuerdo en que celebraron otros contratos diferentes al “CONTRATO DE CONCESIÓN DE PARQUE RECREATIVO”, y que recaee sobre áreas distintas a la que es objeto de este proceso, basta con observar el hecho cuarto de la demanda inicial y el hecho primero de la demanda de reconvencción, el hecho décimo de la demanda inicial y el hecho segundo de la demanda de reconvencción, el hecho undécimo de la demanda inicial y el hecho tercero de la demanda de reconvencción, para llegar a dicha conclusión, que constituye una confesión de parte, que es corroborada por la prueba documental aportada por ambas partes, tanto con la demanda inicial como con la demanda de reconvencción, donde se aportan contrato de arrendamiento celebrado por las partes sobre el área de 6.00 metros y dos otrosí del 1 de abril de 2009 y del 1 de octubre de 2009 y el contrato de arrendamiento del 5 de septiembre de 2005 y los

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

otrosí del 5 de septiembre de 2006 y 1 de octubre de 2007, aportados por la parte convocante.

Conforme lo anterior, se hace necesario dejar establecido por este Tribunal, que según la causa petendí de las demanda principal y de reconvenición la única relación contractual frente a la que se encuentra habilitado por las partes para pronunciarse, es la del “CONTRATO DE CONCESIÓN DE PARQUE RECREATIVO”, que recae sobre el área identificada y alinderada en el plano elaborado por la compañía Londoño Vayda Ltda. de noviembre de 1977, inmueble que precisamente entregó el MUNICIPIO DE MEDELLÍN en administración al CENTRO COMERCIAL OVIEDO P.H., según los contratos aportados al proceso.

Ahora, pasa el Tribunal a definir si se trata de un contrato de arrendamiento o de un contrato de concesión, y por sabido se tiene que la labor de interpretación del fallador se debe limitar a las declaraciones vagas, confusas, oscuras o inconsonantes, de lo contrario, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de los contratantes, observándose que en el contrato no encuentra oscuridad alguna, las partes acordaron celebrar un contrato atípico de concesión, denominándolo “CONTRATO DE CONCESIÓN DE PARQUE RECREATIVO”; dentro del mismo se identificó a una parte como concedente y la otra concesionario; en el objeto se contempló la entrega en concesión del concedente al concesionario de un área destinada a la recreación en el Centro Comercia Oviedo y se pactaron obligaciones de colaboración empresarial y de sinergias, así mismo, se estableció una duración, un precio y una forma de pago claras, además de la prohibición de cesión, igualmente se estipularon las causales de terminación, la clausula compromisoria y el pago de impuesto de timbre y de los gastos asociados al contrato.

Pero además, se convierte en relevante la propuesta del 25 de septiembre de 1995 presentada por ESTRUCTURAS INFANTILES al CENTRO COMERCIAL OVIEDO, que figura fls. 51 a 59, donde indica el representante legal de la convocada “*Después de la conversación sostenida con usted el día Viernes 22 de Septiembre, en lo que se refiere a la propuesta definitiva para instalar bajo la modalidad de concesión los juegos y las actividades para el parque recreativo del Centro Comercial, ponemos a su consideración lo siguiente: (...)*” (fls 51 – negrillas del Tribunal) a folios 54 de dicha propuesta se titula “CONTRATO” y contempla “**1. TIPO:** *será un contrato de Concesión, en el cual se especificará el porcentaje sobre las ventas que Estructuras Infantiles reconocerá al Centro*

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

Comercial por el derecho a utilizar sus instalaciones, infraestructura y servicios públicos necesarios para el funcionamiento”; además plantea en el punto 2 la duración, en el punto 3 la contraprestación y en el punto “4. MANEJO DE LA CONCESIÓN”, contemplándose en el “CONTRATO DE CONCESIÓN DE PARQUE RECREATIVO” celebrado entre las partes, términos similares a los propuestos por ESTRUCTURAS INFANTILES LTDA – hoy S.A.S.- , Así mismo, en el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la sociedad convocada Señor LUIS MIGUEL TORO PEREZ, confiesa que en el momento de la firma del contrato sabía que se trataba de un contrato de concesión, dando respuesta a la primera pregunta del interrogatorio de parte.

De lo anterior, no le queda duda a este Tribunal, que las partes celebraron un evidente contrato de concesión, pues así quedó establecido desde la propuesta realizada por parte de ESTRUCTURAS INFANTILES LTDA – hoy S.A.S.- , e igualmente quedó contemplado de manera clara en el contrato, no vislumbrándose por este fallador que la intención de las partes haya sido totalmente distinta a lo literal de las palabras expuestas en el contrato de concesión y en los otrosí, es evidente que la voluntad del CENTRO COMERCIAL OVIEDO P.H. en su calidad de cedente, era entregar única y exclusivamente a título de concesión, la tenencia del inmueble a ESTRUCTURAS INFANTILES LTDA. –hoy S.A.S.- en calidad de concesionario, y el plantearse por la parte convocada y reconviniendo, que de lo que se trataba era de un contrato de arrendamiento, es irse en contra de sus propios actos.

Bien señala Luis Diez – Picaso, en su reconocida obra sobre la doctrina de los actos propios, lo siguiente:

“Ya antes hemos señalado que el hecho de una persona trate, en una determinada situación jurídica, de obtener la victoria en un litigio, poniéndose en contradicción con su conducta anterior constituye un proceder injusto y falto de lealtad. He aquí por donde la regla según la cual nadie puede ir en contra de sus propios actos, se anuda estrechamente en el principio de derecho que manda a comportarse de buena fe en las relaciones jurídicas”

El contrato de concesión es un contrato atípico, no reglamentado por la legislación, pero su contenido y función económica no pueden ser asimilados a ninguna otra forma contractual tipificada legalmente como el contrato de sociedad, el de arrendamiento, el de mutuo

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

comercial, la sociedad de hecho, las cuentas en participación, etc. Y es definido como el consistente en permitir del concesionario la mera tenencia de una unidad comercial, para el desarrollo de una actividad comercial lícita, bajo los requisitos, condiciones y plazos de obligatorio cumplimiento.

El tratadista Román Lagazzi Aravena dice: *“Siendo el contrato de concesión una delegación de actividad, el control de dicha actividad por el Concedente es un elemento esencial, el que se manifiesta en la posibilidad de reglamentación y de vigilancia y es consecuencia de que el Concedente necesita uniformar la actividad del concesionario y por esta razón se reserva la facultad de controlarlo, así como también la de modificar las condiciones en que presta la actividad en ciertos aspectos, como por ejemplo precios, descuentos, materiales o mercadería a utilizar en la prestación, utilización de los emblemas e insignias del Concedente”*. Puede concluir el Tribunal que las diferencias entre los contratos de concesión de espacios y el contrato de arrendamiento de local comercial son evidentes y esenciales, en nuestro caso, el CENTRO COMERCIAL OVIEDO P.H. estaba delegando la actividad de recreación en ESTRUCTURAS INFANTILES LTDA – hoy S.A.S., reservándose la facultad de controlar la actividad, lo que se evidencia, en obligaciones del concedente como: “c) Mantener por su cuenta y riesgo, personal especializado que atienda en los horarios convenidos con el concesionario, la venta de las boletas para los usuarios de los servicios ofrecidos; d) Mantener por su cuenta y riesgo el personal especializado necesario que atienda la vigilancia de los equipos instalados en el parque por el concesionario y la vigilancia sobre las personas que utilizan los servicios del parque; e) Entregar los días 10, 20 y 30 de cada mes calendario al concesionario, el 80% de las ventas brutas de los servicios ofrecidos en el parque recreativo; ... g) Vender los servicios instalados por el concesionario a los visitantes del Centro Comercial y recaudar el precio de la venta de esos servicios; h) Hacer publicidad institucional al parque recreativo dentro del sistema acostumbrado por el Centro Comercial...” Y en la obligación del concesionario como la de “g) Atender las sugerencias y recomendaciones que le haga el concedente cuando las mismas busquen el mejor desenvolvimiento de este contrato para la mejor atención a los visitantes del Centro Comercial”, actividades y obligaciones que no se compadecen con las de un contrato de arrendamiento de local comercial.

Para este Tribunal, el contrato celebrado entre las partes en las cuales estipularon una especial modalidad de pago de las contraprestaciones y la injerencia del Concedente en el control diario de las ventas efectuadas por el concesionario, difieren de los contratos de arrendamiento.

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

Dice el tratadista JESÚS MARÍA SANGUINO SÁNCHEZ, en su libro de Contrato de Concesión Mercantil. Derecho Comercial Contemporáneo, Cámara de Comercio de Medellín, Ed. Dike y el Colegio de Abogado de Medellín. Medellín 1989. Pag. 169:

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

Por su parte, afirma JUAN M. FARINA, en el libro de Contratos Comercial Modernos, Modalidades de Contratación Empresaria, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993, pag. 370, en lo referente a los contratos de concesión lo siguiente:

“SHOPPING CENTER (CENTRO DE COMERCIALIZACIÓN O PASEO DE COMPRAS). La empresa propietaria del inmueble sobre el cual se construye el edificio en que funciona el shopping center, generalmente da en locación sus locales a diferentes empresas que, con su prestigio y solidez, afianzan las perspectivas del proyecto y catalizan el gusto del gran público (aunque nada impide que se recurra a otras figuras jurídicas, como el usufructo o el dominio del local sujeto a la ley 13.512)”

...

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS REFERIDOS A LOCALES DEL “SHOPPING CENTER”, Según Chueke, Kleidermacher y Viola, la larga y errática historia de nuestra legislación en materia locativa, ha llevado, a quienes asesoran a los protagonistas de estos grandes centros de comercialización, a evitar la utilización de la figura jurídica de locación, para permitir a la empresa propietaria y organizadora un manejo más ágil de sus relaciones con los titulares de la explotación de las unidades de comercialización que un shopping center ofrece; y para poder convenir con ellos condiciones de contratación que no se compatibilizan con los caracteres propios de la locación.

Es por ello que un gran número de contratos para locales de shopping center se negocian bajo el rotulo jurídicamente más ambiguo de concesión, pese a que no se configuran tampoco las características que los usos y costumbres asignan a este contrato.

En principio nos inclinamos por denominarla locación, pues la empresa propietaria y organizadora del shopping center entrega al comerciante la tenencia de un local determinado por un precio pactado para su explotación comercial. Pero se trata de una locación con características muy particulares pues el locataria – llamémoslo así – se inserta en un

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

“paseo de compras”, por cuya razón el motivo determinante – que deviene en la causa propia de este contrato -, lo constituye la funcionalidad, organización, atracción ejercida sobre el público y por los servicios que ofrece el shopping center (bares, restaurantes, espectáculos, salas de juego para niños, guarderías infantiles, etcétera). De modo que el locatario se instala allí por todo esto, lo cual determina un desfile incesante de público que, muchas veces, va sólo a pasear, pero del cual surgen los clientes. ...

Por su parte nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 22 de octubre de 2001, proceso de Antonio M. Vélez, contra La Nación de Seguros de Vida S.A., expediente No. 5817: Magistrado Doctor Jorge Antonio Castillo R., Al respecto dice:

“... b) Que como contrato atípico, dicho convenio se encuentra sometido a las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a normas imperativas; a las reglas generales de todo contrato; a las normas derivadas de la tipicidad social (costumbre) y, cuando sea del caso, a la analogía con las normas que gobiernen contratos afines.”

Así las cosas, obligatorio es verificar la validez del referido contrato atípico de concesión, lo que se expone por el Tribunal en el siguiente punto.

4.2. PRESUPUESTOS PARA LA VALIDEZ DEL CONTRATO.

Tenemos entonces, que el contrato en general es una expresión de la libertad de sus intervinientes regido por el principio de la autonomía de la libertad, pero dicha autonomía tiene unos límites como son el **orden público y las buenas costumbres**, según las voces del artículo 16 del C. Civil, aplicable por remisión directa contemplada en el artículo 822 del C. de Comercio, postulados de carácter imperativo, los cuales podríamos afirmar que se encuentran inmersos en los requisitos contemplados en el artículo 1502 del C. Civil, el cual establece que para que una persona se obligue con otra requiere capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos.

Es necesario entonces analizar si el contrato que nos ocupa cumple con los requisitos de existencia y validez, para que pueda tener plenos efectos entre las partes y haya lugar, al pronunciamiento de las peticiones solicitadas, puesto que en el evento de no ser válido la sanción es la nulidad.

En cuanto a la capacidad. El inciso segundo del referido artículo 1502 contempla que *“la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el*

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

ministerio o la autorización de otra". Las personas jurídicas inicialmente convocante y la convocada, conforme a sus certificados de existencia y representación legal, les está permitido realizar contratos como el que aquí nos ocupa. Concluyese que las partes que celebraron el contrato son capaces, sin que se observe prueba alguna que indique la falta de capacidad de las partes para obligarse frente al denominado "CONTRATO DE CONCESIÓN DE PARQUE RECREATIVO"

En cuanto al consentimiento. Es requisito esencial para todo contrato el acuerdo de voluntades entre los contratantes, sin que dicho consentimiento adolezca de vicios como error, fuerza o dolo, encontrando en nuestro caso que las partes plasmaron su consentimiento con la firma del "CONTRATO DE CONCESIÓN DE PARQUE RECREATIVO" y ninguna de ellas, alegó vicio en el consentimiento, ni mucho menos lo vislumbra el Tribunal en el acervo probatorio, puesto que del mismo se deduce que las partes entendieron a cabalidad la naturaleza del contrato y sus alcances, su objeto, y la calidad de las personas con quien contrataban, tal como ya quedo establecido en este laudo; no existió tampoco fuerza alguna proveniente de las partes ni de terceros para la celebración del contrato, lo que se deduce, tanto de la prueba documental que dan cuenta de los libres tratos previos sostenidos por las partes desde el mes de septiembre de 1995 hasta la firma del contrato, teniendo las partes la posibilidad de discutir los términos del contrato.

En cuanto al OBJETO. Observado el contrato, tenemos que éste es lícito puesto que no contraviene el derecho público de la nación, ello en armonía con el artículo 1519 del Código Civil, aplicable perfectamente a todos los contratos mercantiles.

En lo atinente a la CAUSA. Entendiendo por ella el móvil que induce a la celebración del contrato, encontramos dichas motivaciones a título de beneficios contenidas en la CLÁUSULA QUINTA y SEXTA, las cuales no constituyen causas ilícitas, además, se desprende del contrato que su finalidad era la entrega por parte del concedente al concesionario de un área destinada a la recreación en el Centro Comercial Oviedo, lo cual no está prohibido por la ley y no es contrario a las buenas costumbres o al orden público.

Formalidades. Por último el referido contrato no requiere de cumplimiento de requisitos o formalidades impuestas por la naturaleza del contrato o por la calidad o estado de las personas que lo celebran y máxime si se tiene en cuenta que es un contrato atípico.

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

Así las cosas, nos encontramos frente a un contrato denominado por las partes “CONTRATO DE CONCESIÓN DE PARQUE RECREATIVO” perfectamente válido y generador de derechos y obligaciones.

Frente a las obligaciones que generan los contrato debe entenderse en apoyo con el artículo 871 del C. de Comercio que “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre y la equidad natural.”, texto que es similar al del artículo 1603 del C. Civil.

Así mismo contempla el artículo 870 del Código de Comercio, que “En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación con indemnización de los perjuicios moratorios”, disposición que puede estar en armonía con el artículo 1546 del C. Civil, frente a los cuales se ha planteado por la jurisprudencia, que dicha condición resolutoria solo la puede invocar el contratante cumplido.

En este orden de ideas, es necesario analizar las diferentes obligaciones contenidas en el “CONTRATO DE CONCESION DE PARQUE RECREATIVO” suscrito por las partes, examinando el cumplimiento de las mismas.

**4.3. OBLIGACIONES DE LA PARTE CONVOCANTE CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. PARA RESOLVER LA PRETENSIÓN INICIAL.**

Sin perjuicio de volver sobre el tema, al momento de resolver sobre la demanda de reconvencción, el Tribunal advierte que es necesario verificar el cumplimiento de las obligaciones por parte de la convocante, puesto que en el evento de no cumplir con las mismas, no se podrá accederse a sus peticiones, encontrando que en la cláusula segunda del contrato están contenidas las obligaciones a cargo de la parte actora, consistentes en las siguientes: (a) la asignación de la zona de juegos, obligación que se encuentra cumplida, al punto que es objeto de solicitud de devolución la referida zona o bien; (b) Acondicionar el terreno asignado dentro de los 90 días siguientes al recibo de las instalaciones del concesionario y de acuerdo a las exigencias del concesionario para la correcta instalación y buen funcionamiento del parque recreativo. Dicha obligación fue cumplida, pues era una obligación puntual, que debía cumplir la parte actora para que la convocada diera iniciación

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

a la recreación, existiendo prueba documental y testimonial que da cuenta del inicio de la actividad, lo que es un punto pacífico entre las partes; (c) Mantener el personal que atendiera la venta de boletas, dicha obligación igualmente fue cumplida y de ello da cuenta la prueba testimonial allegada al proceso, sin que exista discrepancia entre las partes por este concepto; (d) la vigilancia de los equipos y de las personas que prestan los servicios, fue cumplida y existe prueba documental que acredita el costo de la misma, además las partes no presentan discusión al respecto; (e) la entrega del 80% de las ventas brutas los 10, 20 y 30 de cada mes, obligación que fue cumplida, de lo que dan cuenta la prueba testimonial y algunos documentos allegados al proceso, sin que se presenten diferencias entre las partes por este tema; (f) dar al concesionario la primera opción en zonas comunes y zonas asignadas para recreación del Centro Comercial Oviedo, obligación que se cumplió, pues las mismas partes confiesan que existen otros contratos celebrados al respecto para dichos efectos y no existe prueba de la presencia de otra empresa que preste los mismos servicios que presta ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S. dentro del centro comercial; (g) vender los servicios instalados por el concesionario a los visitantes, lo cual se cumplió y pues precisamente para eso existía la persona de la convocante en la taquilla, como lo afirman los testigos; (h) hacer publicidad institucional al parque recreativo, de ello da cuenta además de los testigos la prueba documental aportada, cumpliéndose con esta obligación y (i) prestar los servicios públicos que se requieran, lo cual se cumplió como se desprende de las pruebas allegadas al proceso.

Las anteriores son las obligaciones que encuentra el Tribunal dentro del “CONTRATO DE CONCESIÓN DE PARQUE RECREATIVO”, a cargo de la parte actora inicial, las cuales se cumplieron por parte del CENTRO COMERCIAL OVIEDO P.H., sin perjuicio del pronunciamiento posterior que se realizara, sobre el planteamiento de otras obligaciones a cargo de la parte convocante inicial, que se introdujeron a raíz de la demanda de reconvencción, afirmándose fueron incumplidas.

4.4. OBLIGACIONES DE LA PARTE CONVOCADA ESTRUCTURAS INFANTILES LTDA – hoy S.A.S- PARA RESOLVER LA PRETENSIÓN INICIAL.

Las obligaciones de la convocada ESTRUCTURAS INFANTILES LTDA – hoy S.A.S.- se encuentran contempladas en la cláusula tercera del “CONTRATO DE CONCESIÓN DE PARQUE RECREATIVO”, pasando este Tribunal a pronunciarse sobre cuales de ellas son fundamento de las peticiones y sobre su cumplimiento: (a) Entregar las condiciones para la adecuación del terreno, al respecto no existió por las parte actora cuestionamiento alguno;

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

(b) Instalar los servicios recreativos, de acuerdo a las especificaciones, actividades y tiempos, encuentra el Tribunal que frente a dicha actividad no existe reclamo; (c) hacer por su cuenta y riesgo el mantenimiento que requieran los equipos ofrecidos de manera que tengan un correcto funcionamiento, dicha obligación tampoco se encuentra en discusión; (d) Suministrar las boletas, la parte actora inicial no presentó queja alguna sobre este aspecto; (e) la vigilancia sobre el buen funcionamiento de los equipos y garantizar la seguridad de los usuarios, no fue un hecho planteado como incumplimiento en la demanda; (f) Responder por cualquier daño que se produzca a algún usuario, dentro de los hechos allegados al proceso, no se manifestó la ocurrencia de ningún daño causado a los usuarios; (g) Atender las sugerencias y recomendaciones que haga el cedente, al respecto no se presentó diferencia alguna entre las partes, sin que fuera planteado esta obligación como incumplida; (h) Tomar con Suramericana pólizas de cumplimiento, de estabilidad de la obra y responsabilidad civil, encuentra el Tribunal, que efectivamente en el interrogatorio de parte se le cuestionó a la convocada ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S. sobre el incumplimiento de esta obligación, pero dicho incumplimiento no fue soporte fáctico de las peticiones de la demanda y por lo tanto, no se hace necesario para el Tribunal profundizar al respecto, para efectos de resolver sobre la demanda inicial; (i) Vincular por su cuenta y riesgo el personal para atender el buen funcionamiento del parque, esta obligación tampoco constituyó un fundamento de hecho de las peticiones y por lo tanto, no es objeto de la pretensión; (j) Cumplir con los requisitos de ley para tener en funcionamiento el parque de juegos, al igual que las anteriores esta no fue una de las obligaciones de las que la parte actora inicial, reclama sobre su incumplimiento, por lo que no es posible un pronunciamiento al respecto por parte del Tribunal y (k) Mantener los precios de los servicios ofrecidos dentro del rango señalado por el mercado, el cumplimiento o no de esta obligación, no fue soporte de la petición.

4.5. EL HECHO DE NO DEVOLVER EL ÁREA, LUEGO DE LA NOTIFICACIÓN DE NO PRORROGA, COMO CAUSAL DE INCUMPLIMIENTO DE LA CONVOCADA.

Examinando los fundamentos fácticos de la demanda, encuentra este fallador que el CENTRO COMERCIAL OVIDO P.H., invoca como incumplimiento del contrato, el hecho de que ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S., omita la devolución de las áreas entregadas, luego de haber sido notificada el día 28 de abril de 2011 de la no prorroga y la terminación del mismo, conforme lo pactado al respecto, en el "CONTRATO DE

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

CONCESIÓN DE PARQUE RECREATIVO” y sus dos otrosí. (hechos décimo cuarto, décimo quinto y décimo séptimo).

Es necesario entonces que el Tribunal verifique la cláusula cuarta del contrato, celebrado el 30 de noviembre de 1995, que indica que “**CUARTA DURACIÓN.** *El tiempo de duración del contrato de concesión es de cuatro años contados a partir de su firma, prorrogables por períodos de 12 meses previo acuerdo entre las partes*”, la cual fue objeto de modificación mediante el otrosí del 26 de mayo de 2000 y el otrosí del 19 de mayo de 2004 que estipuló: “*El tiempo de duración del contrato será de un año un año contado a partir del 1º de junio de 2004, prorrogable por períodos de 12 meses previo acuerdo de las partes. Sin embargo el Concedente podrá cancelar el contrato en cualquier momento ...*”

Se observa dentro del expediente fls. 73, que efectivamente el CENTRO COMERCIAL OVIEDO P.H., por intermedio de su representante legal, le envió a ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S. una carta de notificación fechada el 28 de abril de 2011, y en la cual le indica, que ha decidido no prorrogar y dar por terminado el contrato de concesión, a partir del primero (1º) de Junio de 2011, todo ello con fundamento en el contrato y sus dos otrosí.

La anterior comunicación tuvo respuesta, por parte de ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S. mediante carta del 09 de mayo de 2011, en la que indica: “(...) *que a la fecha dicha relación contractual se encuentra vigente, por lo que la comunicación enviada por el Centro Comercial – erróneamente notificada- no comporta la realidad del contrato respecto al plazo, su renovación y los derechos que a la fecha tiene ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S. como tenedor legítimo de dicho espacio comercial a la luz del Art. 518 y s.s. del Código de Comercio Colombiano. (...)*”

Teniendo en cuenta lo decidido en este laudo, en cuanto a que el contrato celebrado entre las partes es de concesión y no de arrendamiento, no encuentra este Tribunal obstáculo alguno para que las partes, pacten dentro del contrato de concesión cláusulas como las estipuladas, en las cuales el contrato se prorrogue únicamente previo acuerdo entre las partes, en consecuencia si una de ellas manifiesta su intención de no prorrogar, simple y llanamente significa, para el Tribunal, que no hay acuerdo de prorrogar y el contrato termina por vencimiento del plazo, lo que trae como lógica consecuencia la obligación por parte del concedente ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S., de proceder a la devolución del área dada en concesión y al no proceder de dicha manera, efectivamente se encuentra en mora.

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

Así las cosas, el contrato se da por terminado por vencimiento de la prórroga y la ausencia de un acuerdo entre las partes de una prórroga adicional y no por una terminación unilateral por parte del CENTRO COMERCIAL OVIDO P.H.

Es que la consecuencia lógica de la terminación de un contrato de concesión, como el celebrado entre las partes, es que al momento de la misma el área sea devuelta al concedente, y en nuestro caso, mediante la plusnombrada comunicación del 28 de abril de 2011, se le solicitó a ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S., que entregara el inmueble el día 1º de junio de 2011, como consecuencia de la terminación del contrato por la no prórroga, cuando se le dijo: *“En consecuencia a lo anterior, para el 1 de junio de 2011 se debe efectuar entrega de las áreas concebidas a ustedes en virtud del **CONTRATO DE CONCESIÓN DE PARQUE RECREATIVO**”*, sin que exista ninguna causa legal, para no proceder a la entrega del bien el día 1º de junio de 2011, como tampoco este contemplado para este caso, el requerimiento para constituirlo en mora, siendo suficiente que no haya cumplido la obligación dentro del término estipulado, que no puede ser otro, se insiste, que la terminación del contrato. (Art. 1608 C. Civil).

Es que la claridad de las cláusulas de duración del contrato, estipuladas por las partes, no requieren de trabajo hermenéutico alguno para su entendimiento correcto, en virtud de la claridad y precisión con que se redactaron, sin que exista duda, de que el mismo no era prorrogable sino por acuerdo entre las partes, el cual no se presentó, para la eventual próxima prórroga de 12 meses que se iniciaría de existir acuerdo, a partir del 1 de junio de 2011, siendo diáfano que no se estaba haciendo uso de la terminación del contrato en cualquier momento, por la eventual cancelación que el MUNICIPIO DE MEDELLIN pudiera hacer del contrato de administración.

De lo expuesto frente a la omisión por parte de ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S. de la devolución de las áreas entregadas, luego de haber sido notificada el día 28 de abril de 2011 de la no prórroga y la terminación del contrato, con fundamento en las pruebas referidas, en armonía con las demás existentes en el proceso, todas ellas en su conjunto, generan certeza a este Tribunal de que efectivamente la convocada incumplió la obligación fundamental de entregar la cosa al momento de la terminación del contrato y sin justificación alguna, pues de acuerdo a la interpretación efectuada el contrato terminó a partir del 1 de junio de 2011 por vencimiento de la prórroga del **“CONTRATO DE CONCESIÓN DE PARQUE RECREATIVO”**.

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

4.6. FRENTE A LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA CONVOCADA INICIAL.

La sociedad ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S. presento las excepciones que en este instante, pasa a resolver el Tribunal.

-. **COSA JUZGADA.** Se fundamenta en el hecho de que en el presente caso se había instaurado un Tribunal de Arbitramento, en el cual se pretendía que se declarara la terminación del contrato de concesión celebrado el 30 de noviembre de 1995, y que el Señor Árbitro Dr. ÁLVARO ISAZA UPEGUI mediante providencia del 28 de noviembre de 2011 decidió declararse incompetente para procesar las pretensiones formuladas y declaro extinguido los efectos de la cláusula compromisoria con respecto a las pretensiones.

Para resolver el Tribunal considera que más que la figura de la cosa juzgada lo que plantea la parte resistente es la falta de competencia de este Tribunal para resolver la pretensión planteada en este asunto, tema que ya se encuentra superado, por cuanto ya se resolvió el asunto en la primera audiencia de trámite realizada el 9 de agosto de 2012, en la cual se trato exactamente el punto planteado en la excepción aquí denominado cosa juzgada y se declaro la competencia, ante lo cual las partes guardaron silencio y no interpusieron recurso alguno, por lo tanto, nos remitimos a lo allí expuesto donde se dijo que *“En la demanda sometida al conocimiento de este Tribunal la causa petendi conformada por los hechos y pretensiones, que ya han sido descritos en diferentes oportunidades, difieren de los que en esa ocasión fue sometida al conocimiento del Tribunal conformado por el Dr. Álvaro Isaza Upegui y por lo tanto a la luz de lo establecido en la cláusula compromisoria este Tribunal considera que se encuentra habilitado para conocer de las pretensiones formuladas por la parte convocante y no lo cobijan los efectos de lo decidido en el auto de 28 de noviembre de 2011 y que viene siendo objeto de análisis particular, ...”*

En este instante solo le cabria al Tribunal, como complemento de lo ya decidido, manifestar que la cosa juzgada solo se predica de las sentencias judiciales y excepcionalmente de autos cuando el legislador así lo indica y en nuestro caso, el auto citado como constitutivo de cosa juzgada no esta amparado por el legislador con los efectos de la referida figura, al respecto a dicho JAIME AZULA CAMACHO en el tomo I Teoria General del Proceso lo siguiente *“La regla general es que la cosa juzgada solo ampara las sentencias, que es como tantas veces lo hemos expuesto, la providencia jurisdiccional por excelencia, mediante la*

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

cual se decide la controversia y le pone fin al proceso. Sin embargo, hay varias excepciones, que se refieren a determinadas decisiones de carácter interlocutorio, porque ellas versan sobre la cuestión controvertida y le ponen término al proceso, como, por ejemplo, la que acepta la transacción, la conciliación y el desistimiento total de la pretensión. (...)” (pag. 371 y 372).

Por lo tanto, no se abre paso la referida excepción de cosa juzgada.

- **CLAUSULAS ABUSIVAS.** Afirma que son abusivas la cláusula cuarta del contrato, así como la segunda del otrosí, en el sentido de autorizar la terminación unilateral del contrato al tiempo de la renovación, sin justificación y al respecto cita al tratadista JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR. Solicitando que se decrete que la misma es abusiva y en consecuencia inaplicable.

Para resolver el Tribunal, igualmente cita al referido tratadista en su libro Contratos Mercantiles Tomo III Contratos Atípicos en la que indica que:

“La concesión suele ser pactada por un amplio término de tiempo. Es indispensable para que las partes puedan cumplir sus recíprocos intereses.

Una vez concluido ese período de tiempo estipulado por las partes, termina el contrato.

Algunas veces, suele abusarse por los concedentes, en los contratos, que utilizan para con todos sus concesionarios, generalmente de adhesión, y donde se colocan términos de duración cortos, a fin de mantener un mayor control sobre éstos.”(pag. 354)

En nuestro caso tenemos, que el tiempo inicialmente pactado fue de cuatro (4) años y en 1995, lo que indica que no era un periodo corto, pero además fue el tiempo que precisamente presentó en su propuesta ESTRUCTURAS INFANTILES LTDA – hoy S.A.S. – el día 25 de septiembre de 1995, antes de la celebración del contrato, como puede observarse a fls 54, por lo tanto, no puede ahora venirse en contra de su propia conducta y considerar que el tiempo del contrato que ella misma propuso y que se vertió en la cláusula cuarta del contrato, es abusiva. Ahora continuando con el ARRUBLA PAUCAR dice *“La jurisprudencia francesa se ha ocupado bastante del asunto y considera que ‘la no renovación del contrato de concesión no constituye un abuso del derecho, sino el ejercicio de un derecho contractual’; que ‘las partes contractuales han debido tomar en consideración la eventualidad de una no renovación del contrato, y medir el álea que*

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

resultaba fe sus obligaciones tomadas a término” (pags. 354 y 355) para rematar diciendo en la pagina 356 “En Colombia, en principio, la no renovación de un contrato, no puede considerarse una practica abusiva. (...)”.

Efectivamente para este Tribunal, teniendo en cuenta los anteriores argumentos y las pruebas obrantes en el proceso, declara que la excepción no es prospera.

- FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y POR PASIVA.

Considera el Tribunal que la relación surgida entre las partes no se le ha dado nombre diferente que el de concesión, como consta en las diferentes pruebas documentales aportadas al proceso, denominándolo así incluso la propia convocada y que no existe el derecho a la renovación, por cuanto el contrato de concesión no la contempla. Por lo tanto, la excepción no prospera.

- INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL. Se afirma en esta excepción que la relación contractual entre las partes es un contrato de arrendamiento, frente a lo cual en este laudo ya se dijo que efectivamente lo que las partes acordaron fue un contrato de concesión sin que exista la menor duda en los términos contractuales expuestos, remitiéndonos a lo antes expuesto. Por lo tanto esta excepción no prospera.

- DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL. Se afirma por la excepcionante que se presenta un desequilibrio contractual, por cuanto se pretende la terminación unilateral del contrato, sin justa causa y sin reconocimiento de la indemnización. Al respecto cabe reiterarse por parte de este Tribunal, que lo que se presentó fue una terminación del contrato por vencimiento del plazo al no acordarse la prórroga entre las partes, lo que difiere de una terminación unilateral y sin justa causa. Así las cosas la excepción no es prospera.

- CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. Afirma que la demandada a cumplido con todos los términos contractuales y por lo tanto no existe justa causa para la terminación. Al respecto el Tribunal reitera que no existió un acuerdo de prórroga para el periodo de los 12 meses a partir del 1º de junio de 2011, por lo que el contrato termina por vencimiento del plazo, lo que trae como lógica consecuencia la obligación por parte del concedente ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S., de proceder a la devolución del área dada en concesión y al no proceder de dicha manera, efectivamente se encuentra en mora, remitiéndonos de manera expresa a lo ya expuesto en este laudo en el punto 4.5.

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

De conformidad con lo anterior la excepción no se abre paso y se niega por parte de este Tribunal.

- FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO. Frente a la competencia ya se decidió en la primera audiencia de trámite y la parte demandada no interpuso recurso alguno, por lo tanto, nos remitimos a dichos argumentos, para rechazar la excepción, al igual que nos remitimos a lo expuesto en este laudo sobre el punto.

- ABUSO DEL DERECHO. Advierte el Tribunal de acuerdo a la doctrina, que existen dos posiciones, una que considerad que es *“abusivo el ejercicio del derecho cuando el móvil del agente se reduce a la intención de hacer daño”* y la otra afirma que es abusivo cuando se ejerce sin un *“interés serio y legítimo, o sea apartándose del fin económico y social en un ejercicio anormal del derecho”* (CSJ, S. Negocios Generales. Sep. 6/35), y no se encuentra prueba dentro del expediente que indique que la intención en la no prorroga del contrato, fue causar daño a la parte demandada, como tampoco la falta de un interés serio y legítimo en la referida decisión y por el contrario observa a fls 365 del cuaderno 1 de 3 el certificado del 15 de mayo de 2012 suscrito por el Gerente, la Contadora y el Revisor Fiscal del Centro Comercial Oviedo que indica, conforme los datos contables, que desde el año 2004 hasta el año 2012, la parte convocante ha sufrido perdidas en relación con el PARQUE INFANTIL, siendo ello un motivo más que suficiente para no querer prorrogar el contrato. Por lo tanto, la excepción no es prospera.

4.7. FRENTE A LAS PETICIONES DE LA DEMANDA INICIAL.

Conforme ya se anuncio y por las razones expuestas, se declara que entre las partes existió un contrato de concesión y no un contrato de arrendamiento, el cual no fue prorrogado para el periodo de 12 meses a partir del 1 de junio de 2011, quedando terminado el mismo, por lo tanto, la parte convocada no dio cumplimiento a la entrega del lote de terreno identificado en el plano elaborado por la compañía Londoño Vayda Ltda en noviembre de 1977, incumpliendo con dicha obligación, por lo que se ordenara la entrega del bien, dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de este laudo.

Todo ello en la forma como se expresara en la parte resolutive del laudo.

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

4.8. LAS PETICIONES PRINCIPALES Y SUS CONSECUENCIALES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

Tal como en este laudo ya se decidió, el contrato celebrado entre las partes fue un contrato de concesión, argumentos a los que nos remitimos, pero además los tratadistas OSPINA FERNANDEZ y OSPINA ACOSTA en el libro Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, sexta edición, afirman con fundamento en el artículo 1618 del Código Civil que:

“(…) El texto legal es diáfano: parte del supuesto de que se encuentre claramente establecida la discrepancia entre la intención real y su expresión material, lo que podría ocurrir, por ejemplo, cuando en un proceso quede plena y claramente acreditado que uno de los agentes, por desconocimiento del idioma o por ignorancia del significado técnico o usual de las expresiones empleadas, suscribió un documento cuyo contenido no corresponde al negocio que pretendió celebrar. Es entonces, cuando el intérprete está autorizado para desechar el tenor literal de lo declarado y proferir la voluntad real, bien sea para acatarla, o para declararla viciada, o con otra finalidad jurídica pertinente.

Pero mientras no esté ‘claramente’ establecida, como lo exige el comentado texto legal, la antítesis entre la intención de los contratantes y la declaración que estos hacen de ella, el intérprete debe respetar esta declaración, y esto por la razón obvia de que es de presumir que los términos empleados por los agentes lo han sido conscientemente; que estos han materializado su verdadero querer interno, o sea, que lo han interpretado de modo auténtico.” (pag. 406)

En este caso el Tribunal no encuentra prueba que acredite discrepancia entre lo manifestado por escrito y lo querido por las partes, por lo tanto, respeta la declaración y da por establecido que el contrato celebrado entre las partes, es un contrato de concesión, tal como lo propuso el propio demandante en reconvencción antes de la celebración del mismo, lo manifestó al firmar el contrato y se refirió al mismo como concesión en algunos comunicados, que fueron aportados al proceso.

Así las cosas, para este Tribunal no puede prosperar la petición primera principal, pues un contrato de concesión no puede tener los efectos de un contrato de arrendamiento, al ser dos actos jurídicos de naturaleza diferente, como tampoco se puede acceder a la segunda petición principal ya que no se puede declarar el incumplimiento del contrato de arrendamiento, ya que el celebrado fue uno de concesión y mucho menos puede prosperar las consecuenciales del reconocimiento y pago de perjuicios.

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

4.9. LAS PETICIONES SUBSIDIARIAS Y SUS CONSECUENCIALES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

Solicita ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S. como primera petición subsidiaria que ante la eventualidad que se determine que la relación contractual es un contrato de concesión “[S]olicito se determine que el contrato de concesión, **se encuentra vigente y no hay causal de terminación del mismo por parte del Centro Comercial**” (Destaca el Tribunal), pero resulta que efectivamente en este laudo se dio por establecido que la relación contractual entre las partes era un contrato de concesión, pero igualmente se determino que el CONTRATO DE CONCESION DE PARQUE RECREATIVO no fue prorrogado para el periodo de 12 meses a partir del 1 de junio de 2011, quedando terminado, por lo tanto, NO SE ENCUENTRA VIGENTE, debiéndose negar esta petición con fundamento, en lo expuesto sobre el punto a lo largo de este laudo.

Ahora bien, la parte actora como consecuencia de la primera petición principal solicita que se declare que “el CENTRO COMERCIAL OVIEDO **ha incumplido el contrato de concesión al no entregar el uso y goce del bien en la forma y para los fines previstos.**”

Sea lo primero expresar que la acumulación de pretensiones consiste en formular varias dentro de un mismo proceso, para que sean consideradas en la misma sentencia y dicha acumulación puede ser subjetiva u objetiva, la objetiva se presenta cuando en una misma demandad se formulan varias peticiones contra el mismo demanda y presenta varias modalidades, (i) la concurrente, (ii) alternativa, (iii) sucesiva y (iv) eventual.

Dice la doctrina que *“La sucesiva se caracteriza porque el reconocimiento de una o varias pretensiones está condicionado a que prospere otra que le sirve de fundamento o soporte. Por ejemplo, se pide la resolución de la compraventa, que es la esencial y, como consecuencia, derivada de ella, la restitución del bien enajenado, la condena al pago de los frutos producidos etc.”* (Azula Camacho Teoría General del Proceso 9ª ed. Pag. 316).

Encuentra el Tribunal, que estamos en presencia de una acumulación de peticiones objetiva sucesiva, pues así fue planteada por la demandante en reconvencción, al proponer como consecuencia de la *vigencia del contrato de concesión y no causal de terminación*, que se declarara que el CENTRO COMERCIAL OVIEDO P.H. ha incumplido el contrato, lo que, no puede prosperar, por no haber prosperado la petición de la cual depende esta consecuencial.

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

Sin embargo, se pudiera pensar que el fallador sin suplir la voluntad de la parte pretensora, pudiera interpretar la petición y considerar que la acumulación planteada es objetiva concurrente, vale decir, que fueron formuladas en forma principal e independiente, para lo cual observamos que se solicita que se ha incumplido *“el contrato de concesión al no entregar el uso y goce del bien en la forma y para los fines previstos”* por lo que se hace necesario mirar, los fundamentos fácticos que respaldan la anterior petición y los mismos no se encuentran en la demanda, y contrario a lo afirmado en la petición, las pruebas arrojadas al proceso, dan cuenta de la entrega efectiva del inmueble para ser destinada a recreación en el Centro Comercial Oviedo P.H. y precisamente para ello esta destinada, es decir, fue entregado el bien para la forma y para los fines previstos.

Ahora, continuando el Tribunal con la interpretación podríamos afirmar que de lo que se trata es, que una vez entregado el bien para el uso y goce de recreación en el Centro Comercial Oviedo, se ha impedido la conservación en óptimas condiciones de los juegos infantiles, por cuanto se ha limitado y obstaculizado la remodelación, actualización, adecuación e instalación de los mismos. Esto aunque no constituye una obligación contemplada expresamente en el CONTRATO DE CONCESIÓN DEL PARQUE RECREATIVO si podría afirmarse que es una obligación implícita en el mismo, por lo que tendríamos que analizar en que consiste la limitación y obstaculización y encontramos, dentro del proceso las siguientes pruebas.

-. Una carta de ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S. del 23 de junio de 2007, en la cual manifiesta que realizó unas inversiones cuantiosas y a pesar de todo las ventas cayeron, en comparación con el mes del año anterior en un 30% y hace unas propuestas, quedando a la espera de una respuesta. Pero sucede que dentro del expediente no figura respuesta alguna frente a dicha carta, como tampoco un requerimiento adicional con el fin de que le contesten, pues la próxima carta es trascurrido más de un año luego de la primera. De la anterior prueba el Tribunal concluye que el detrimento en los ingresos no es por una limitación u obstaculización de remodelación, ni por que se le impida el uso y goce del bien en la forma y para los fines previstos.

-. Carta de ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S. del 22 de agosto de 2008, presenta una cotización para unas adecuaciones, las cuales debe asumir el CENTRO COMERCIAL OVIEDO P.H., pero no figura ningún documento ni dato que pueda verificar el Tribunal sobre el costo beneficio de dicha inversión, como tampoco aparece dentro del expediente a cuanto ascienden dichas cotizaciones, ni figura respuesta alguna frente a dicha carta, como

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

tampoco un requerimiento adicional con el fin de que le contesten, pues la próxima carta es casi un año después. De la anterior prueba el Tribunal concluye que si bien se presenta la propuesta hay un desinterés de ambas partes que no refleja la limitación u obstaculización, ni que por dicha circunstancia se le esté impidiendo el uso y goce del bien, de ser así, las manifestación posterior no hubiera sido tan espaciada.

-. Carta de ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S. del 23 de julio de 2009, esta es una protesta por el trato que recibió el ingeniero Jorge S. Naranjo, dirigida al Consejo de Administración, y manifiesta que nunca ha recibido respuesta a las propuestas formuladas. Dicha comunicación recibió la respuesta en carta del 10 de agosto en la cual, rechazan el trato dado por el ingeniero a la administradora del Centro Comercial y le informan que en el *“Parque infantil esta situado en un área de retiro de la quebrada La volcana de propiedad del Municipio de Medellín, con el cual el Centro Comercial Oviedo tiene un contrato de administración de espacio publico con fines recreativos. Área en la cual no se pueden llevar a cago intervenciones profundas por las disposiciones jurídicas sobre este tipo de predios.”* De la anterior prueba el Tribunal concluye que si bien se habían presentado propuestas con anterioridad, las misma implicaban una intervención que por la calidad del predio no era permitido, lo que no refleja la limitación u obstaculización, ni que por dicha circunstancia se le esté impidiendo el uso y goce del bien.

-. Carta de ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S. del 11 de septiembre de 2009, la cual recibe respuesta de autorización el 2 de octubre de algunas cosas, quedan pendientes algunas y se niegan otras justificando; igualmente una respuesta por correo electrónico del 30 de octubre de 2009 por medio del cual el Centro Comercial Oviedo P.H. negando los cambios en el jardín por falta de presupuesto. De la anterior prueba el Tribunal concluye que si bien se presentan propuestas todas ellas no son negadas y las negadas no refleja la limitación u obstaculización, ni que por dicha circunstancia se le esté impidiendo el uso y goce del bien.

-. Todas las demás comunicaciones enviada a partir del 23 de octubre de 2009, tuvieron respuesta oportuna por parte del Centro Comercial Oviedo P.H. De las referidas pruebas el Tribunal concluye que si bien se presentan propuestas todas ellas no eran negadas y las negadas no refleja la limitación u obstaculización, ni que por dicha circunstancia se le esté impidiendo el uso y goce del bien.

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

Por todo lo anteriormente expuesto, no se abre paso la segunda petición subsidiaria y en consecuencia tampoco se accede a la petición consecucional de la misma, que es el reconocimiento y pago de perjuicios.

En consecuencia, las excepciones y oposiciones presentadas por el CENTRO COMERCIAL OVIEDO P.H. quedan resueltas de manera implícita con la anterior decisión, sin que sea necesario, pronunciamiento expreso sobre ninguna de las propuestas dado que no prosperaron ni las pretensiones principales ni sus consecuenciales, como tampoco las pretensiones subsidiarias y sus consecuenciales.

4.10. FRENTE A LA OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE DEL DICTAMEN.

La parte convocada inicial OBJETO parcialmente por error grave el dictamen pericial, presentado por la contadora Dra. GLADYS MORA NAVARRO y para probarlo solicito un nuevo dictamen pericial el cual fue decretado y practicado.

Se hace necesario entonces, definir que es el error grave, y se tiene por establecido de tiempo atrás, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que es aquel que de no haberse presentado, otro hubiera sido el sentido del dictamen rendido por el perito.

Siguiendo a la Honorable Corte Suprema De Justicia en sala de Casación Civil Magistrado Ponente Dr. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO, auto de septiembre 8 de 1993, el error grave es cambiar las cualidades propias del objeto examinado o cambiar sus atributos, por otras cualidades o atributos que no tiene, tomar como objeto de observación o estudio cosa diferente de lo que es materia del dictamen. Como cuando se afirma que un objeto o persona tiene determinada peculiaridad y resulta que tal cualidad no existe. O tener por blanco lo que es negro o rosado.

El error no puede hacerse consistir en apreciaciones, inferencia, juicios o deducciones que el experto saque, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada y precisamente, fue en ello, en que se fundamento ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S. para objetar el error grave.

Para este Tribuna el perito examinó el objeto correcto y al mismo no le cambio ni sus cualidades ni sus atributos y sus apreciaciones las saco, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada, por lo que no incurrió en error grave, cosa diferente, es que sus apreciaciones no coincidan con las apreciaciones realizadas por el Perito CESAR MAURICIO OCHOA.

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

4.11. TACHA DE LOS TESTIGOS YOLANDA OSORIO Y GLORIA CIRO.

El Tribunal a raíz de la tacha presentada de conformidad con los artículos 217 y 218 del C. de Procedimiento Civil, en contra de los testigos YOLANDA OSORIO y GLORIA CIRO, se dio a la tarea de examinar la prueba testimonial con un mayor rigorismo, verificó sus declaraciones, las comparó con lo expuesto por ellos mismos, al igual que lo expuesto por los demás testigos, confrontó las mismas con los demás medios probatorios decretados, practicados y aportados al proceso y encontró que a pesar de ser ciertos los motivos expuestos para la tacha, los mismos no influyeron en las declaraciones respectivas al punto de poder afectar su credibilidad o imparcialidad, por lo tanto, no procede las respectivas tachas.

4.12. EL JURAMENTO ESTIMATORIO Y SU SANCIÓN.

Dejando a un lado, la discusión sobre la vigencia o no de la norma al momento de tenerse que prestar el juramento estimatorio, por parte de ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S., si se aplicaba el artículo 211 del C. de P. Civil, la modificación contemplada por el la ley 1395 de 2010 o si por el contrario se aplicaba la modificación contemplada por el código general del proceso, se hace necesario observar lo siguiente.

El juramento estimatorio ha sido regulado expresamente en el artículo 206 del Código General del Proceso, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 206. Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación...”

(...)

Parágrafo. También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.”

De acuerdo a la lectura del parágrafo de la norma anterior, podría entenderse que la aplicación de la sanción en los casos en que no se demuestren los perjuicios, equivalente al 5% del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas, sería de manera automática, es decir que para el caso en concreto, una sanción equivalente al cinco por ciento (5%) de MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES DE PESOS

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

(\$1.353.000.000), suma en la cual fueron estimadas las pretensiones de la demanda de reconvención.

No obstante, se debe tener en cuenta que en reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional, mediante sentencia C-157 de 2013 (Marzo 21), Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo, la sanción contenida en dicho párrafo debe entenderse de la siguiente manera:

“Declarar EXEQUIBLE el párrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, bajo el entendido de que tal sanción –por falta de demostración de los perjuicios que conduce a la negación de las pretensiones- no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de su obrar diligente.”

Lo anterior claramente indica que cuando las pretensiones de la demanda hayan sido negadas por hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte demandante, ocurridos a pesar de su obrar diligente, es evidente que dicha sanción no opera, lo cual ocurre en el presente caso, toda vez que, que a lo largo de la controversia que se pretende resolver, la parte demandante en reconvención, demostró una conducta completamente diligente realizando las actuaciones procesales pertinentes y adecuadas para obtener el resultado esperado. Por lo tanto, aplicar una sanción a pesar de las circunstancias anotadas, sería desproporcionado, tal como lo sostiene la Corte Constitucional en la sentencia referida anteriormente.

Conforme a lo manifestado anteriormente, no se observan aspectos que permitan dar aplicación a la sanción del cinco por ciento 5% de las pretensiones negadas.

CAPÍTULO QUINTO: COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Teniendo en cuenta la prosperidad de las pretensiones de la parte convocante inicial y la negación de las pretensiones de la demanda de reconvención, se condenará en costas y agencias en derecho a ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S. de la siguiente forma:

COSTAS: La parte convocada deberá rembolsar a la parte convocante la suma que esta pagó por honorarios de árbitro y secretario, gastos de administración y funcionamiento y honorarios periciales, todo lo cual se liquida de la siguiente forma:

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

La suma de veintiocho millones ochocientos treinta y seis mil cuatrocientos sesenta y seis pesos (\$28.836.466) correspondiente a la mitad de los honorarios del árbitro, secretario, los gastos de administración y funcionamiento del Tribunal.

AGENCIAS EN DERECHO: El Tribunal fija, teniendo en cuenta los parámetros establecidos por el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a sesenta y cinco millones de pesos (\$65.000.000.000) teniendo en cuenta, la cuantía estimada en el juramento de la demanda de reconvención.

CAPÍTULO SEXTO: DECISIÓN

Por las razones expuestas en las consideraciones precedentes, el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver en derecho las controversias suscitadas entre el CENTRO COMERCIAL OVIEDO P.H. y ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S. administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declárese que entre el CENTRO COMERCIAL OVIEDO P.H. y ESTRUCTURAS INFANTILES LTDA – hoy S.A.S- existió un contrato de concesión, el treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

SEGUNDO: Declárese que ESTRUCTURAS INFANTILES LTDA –hoy S.A.S. - incumplió la obligación fundamental de entregar el bien, al momento de la terminación por vencimiento de la prorrogación del “CONTRATO DE CONCESIÓN DE PARQUE RECREATIVO” y la ausencia de un acuerdo entre las partes sobre alguna otra prorrogación adicional a partir del 1 de junio de 2011.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, se ordena a la sociedad ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S., la entrega del bien dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de este laudo, y que se identifica de la siguiente forma:

El lote de terreno, ubicado en la Carrera 43 A por Calle 6 Sur, Barrio El Aguacatal, que de conformidad con el plano elaborado por la compañía Londoño Vayda Ltda., de noviembre de 1977, el área y linderos son: Por el norte, entre los puntos G y H en 16.20 ml, por el nororiente, entre los puntos H y A EN 49.20 ml,

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

por el oriente, entre los puntos B y E pasando por el punto D en 35.20 ml, lindando con zona verde de la Carrera 43 A, por el occidente, entre los puntos E y G pasando por el punto F en 57 ml, lindando con un callejón de propiedad particular, el inmueble presenta un área de 1.611.50 m2.

CUARTO: Declarar no probados los hechos propuestos como fundamento de defensa y de excepciones alegados por ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S. y por lo tanto se rechazan los mismos.

QUINTO: Rechazar las pretensiones principales y sus consecuenciales propuestas en la demanda de reconvención, al igual que las pretensiones subsidiarias y sus consecuenciales.

SEXTO: Se rechazan las excepciones alegadas por parte del CENTRO COMERCIAL OVIEDO P.H. frente a la demanda de reconvención al no prosperar las pretensiones de la misma.

SÉPTIMO: Declárese que no hay lugar a sanción alguna por la estimación juramentada de los prejuicios efectuada en la demanda de reconvención.

OCTAVO: Declárese no próspera la objeción presentada para el dictamen pericial por parte de ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.

NOVENO: Declárese no próspera la tacha impuesta a los testigos YOLANDA OSORIO y GLORIA CIRO.

DÉCIMO: Condénese en costas a ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S. por haber prosperado las peticiones de la demanda inicial y no haber prosperado las peticiones de la demanda de reconvención, y que ascienden a la suma de veintiocho millones ochocientos treinta y seis mil cuatrocientos sesenta y seis pesos (\$28.836.466) como gastos, más la suma de sesenta y cinco millones de pesos (\$65.000.000) como agencias en derecho en la forma y términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

UNDÉCIMO: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con destino al CENTRO COMERCIAL OVIEDO P.H. con constancia de ser la primera copia y que presta mérito ejecutivo y a ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S. y al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

**PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR EL CENTRO COMERCIAL
OVIEDO P.H. CONTRA ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S.**

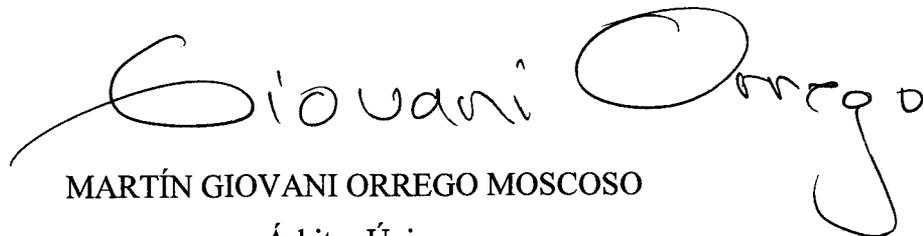
DUODÉCIMO: Ordenar que en la oportunidad legal se protocolice el expediente en una de la Notarías del Círculo de Medellín.

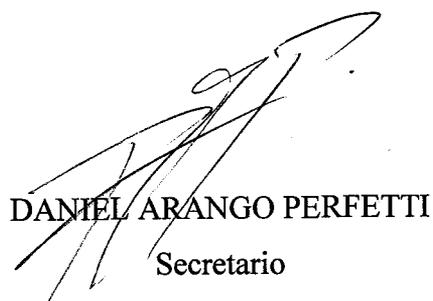
DÉCIMO TERCERO: Declarar causado el saldo de honorarios del árbitro y del secretario y ordenando la rendición de cuentas a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento.

Medellín, 10 de mayo de 2013.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia queda notificada en estrados.


MARTÍN GIOVANI ORREGO MOSCOSO
Árbitro Único


DANIEL ARANGO PERFETTI
Secretario

El suscrito secretario del Tribunal de Arbitramento convocado por el CENTRO COMERCIAL OVIEDO P.H. en contra de ESTRUCTURAS INFANTILES S.A.S. hace constar que el presente ejemplar es copia auténtica, del laudo arbitral, la cual se expide al CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA.


DANIEL ARANGO PERFETTI

Secretario

CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE
Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN
PARA ANTIOQUIA