

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARENTA Y CUATRO CIVIL DEL CIRCUITO

Ref.: 11001-31-03-044-2019-00805-00

Bogotá D.C., treinta (30) de Noviembre de dos mil veinte (2020).

En atención a lo reglado en el artículo 373 del Código General del Proceso, el Despacho procede a proferir la sentencia que en derecho corresponde, para lo cual se exponen las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Las pretensiones de la demanda interpuesta por Cencosud Colombia S.A. – antes Easy Colombia S.A.- contra Nury Baquero Figueredo, se dirigieron a ordenar el pago de \$91'720.000 por concepto de la remuneración básica mensual derivada del contrato de concesión de espacio, junto con los intereses moratorios que se causen desde que cada canon se hizo exigible.

Mediante providencia de 3 de marzo de 2019 (fl. 95 físico), el Juzgado accedió a librar mandamiento de pago en los términos solicitados, proveído que fue notificado a la demandada de forma personal, quien propuso los medios exceptivos que denominó *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “aceptación tácita – nacimiento de un nuevo contrato verbal de concesión”* y *“cobro de lo no debido”*.

La primera y segunda de ellas, fue sustentada bajo las siguientes consideraciones:

- a) El contrato de concesión no había sido prorrogado.
- b) La existencia de un convenio verbal para la explotación económica del espacio cedido por Cencosud, celebrado entre ésta y Ana Bolena Vivas Becerra.
- c) La cesión del contrato inicial en favor de Ana Bolena Vivas Becerra.
- d) La venta del establecimiento de comercio denominado *Savore* cuyo funcionamiento estaba materializándose en el espacio fruto de la concesión.
- e) La transferencia de los derechos derivados del contrato de concesión a Yohana Mayerly Piñeros Garzón, por parte de Ana Bolena Vivas Becerra.

Por su parte, la tercera se fincó en la prosperidad de las excepciones referidas con antelación y la consolidación de la deuda en cabeza de los actuales tenedores del espacio dado en concesión.

2. Para resolver el asunto en cuestión, y de la lectura del instrumento se deduce una obligación clara, expresa y exigible que de conformidad con el canon 422 del Código General del Proceso presta mérito ejecutivo, sin que éstos hubiesen sido tachados de falsos o desconocidos.

En efecto, la parte demandada en momento alguno desconoció la existencia de dicho convenio, y por el contrario corroboró la información suministrada en el libelo inicial, en lo que atañe claro, a la suscripción del contrato de concesión y el clausulado en general, así como el *otro si N° 1*.

Conforme a lo indicado, será necesario entonces proceder a verificar si el fundamento de las defensas, esto es la existencia de una cesión del acuerdo y de la desvinculación de los efectos del contrato de concesión por parte de Nury Baquero Figueredo, desvirtúan las consecuencias pecuniarias de aquel.

3. Así las cosas, debe decirse frente a la figura de la cesión que, ésta permite que un tercero ajeno a un negocio jurídico celebrado con antelación, pueda intervenir en él, adquiriendo la calidad de parte, asumiendo las prestaciones y derechos que estaban en cabeza del contratante que decide ceder el contrato, sustituyéndolo en un todo o en parte, a aquel.

Gracias a ese reemplazo de la posición contractual, los intervinientes y los terceros extraños al mismo, pueden lograr la satisfacción de las prestaciones que emanan del contrato, ante la imposibilidad de alguno de los contratantes de cumplir con sus obligaciones o simplemente debido al interés que tengan en obtener una utilidad inmediata en términos económicos o personales, facilitando de esta forma el intercambio de bienes y servicios.

3.1. Dentro del presente asunto, se destaca que Nury Baquero F. convino con Easy Colombia S.A., la celebración de un contrato de concesión de un espacio dentro del establecimiento Tienda Easy Américas, ubicada en la avenida Américas N° 68 – 78 de Bogotá, acordando como contraprestación, inicialmente, la suma de \$1'000.000,00 más IVA, que posteriormente varió en \$500.000,00 con la suscripción del otro sí.

Así mismo, para octubre de 2012, la señora Nury Baquero inició conversaciones con Ana Bolena Vivas, con el fin de concretar la venta del establecimiento de comercio denominado *Savore*, cuyo funcionamiento estaba centralizado en el espacio que fue objeto de concesión por parte de la demandada, quien con posterioridad realizó, según su propio dicho, acuerdos de transferencia con Yohana Piñeros.

3.2. Una vez leída la sección 11.03 rotulada bajo el nombre de *cesión*, se evidencia que los contratantes pactaron que *Ni el Concesionario ni Easy podrán ceder total o parcialmente el presente Contrato, sin la previa autorización escrita de la otra Parte o utilizar subcontratistas*, de lo cual se

desprende que, para la sustitución contractual, era necesario que Cencosud S.A. realizará la aquiescencia de dicho proceder.

No obstante lo anterior, esa circunstancia no fue debidamente acreditada dentro del plenario, pues el ejercicio probatorio logró demostrar que, a pesar de la insistente comunicación con la demandante, en últimas nunca se expidió la respectiva autorización para proyectar en Ana Bolena Vivas, y posteriormente en Yohana Piñeros, las obligaciones pecuniarias que aquí se acusan de mora.

En efecto, al entrar a verificar la documental allegada, no se vislumbra la existencia del requerido legajo, y por el contrario se avizora que incluso varios años después de solicitado, no fueron satisfechas las exigencias para materializar el pedimento de cesión, sin que tampoco se haya acreditado con holgura lo referente a la aceptación tácita de ese evento, por medios distintos al exigido y pactado por los contratantes al momento de la suscripción del convenio.

Frente a ello, destáquese que la declaración testimonial de la señora Ana Bolena Vivas resultaba confusa y contradictoria, pues refirió en audiencia que a su parecer, la totalidad de los requisitos para convalidar la cesión se habían puesto en conocimiento de Cencosud Colombia S.A., sin embargo, dados los inconvenientes al momento de transferir el establecimiento de comercio *Savore*, fue acusada de estafa, pues la titularidad de los derechos del contrato de concesión no le eran predicables a ella. En ese mismo sentido, recuérdese que en varias de sus afirmaciones fue precisa en señalar que la materialización de la cesión no fue materializada en debida forma, pero que, en razón a su buena fe, consideró que Cencosud Colombia S.A., si lo había realizado.

En igual sentido, Natalia Ojeda, develó al momento de absolver las preguntas realizadas por esta Juzgadora y los apoderados de las partes, que Nury Baquero le presentó a Ana Bolena Vivas, señalando que era ella la que iba a estar encargada del local en el cual funcionaba el establecimiento de comercio *Savore*, y que a pesar de que tenía conocimiento de la posibilidad de negocio que existía entre ellas, para el año 2015, fecha en que hizo entrega de las carpetas que contenían los contratos de concesión de espacios, no se había decidido lo referente a la cesión que interesaba a las partes. Incluso, al momento en que Johana Piñeros entró a validar la información con Cencosud Colombia, quien mantenía la titularidad del *local* era Nury Baquero, razón por la cual, surgió la duda de hacerse o no cargo de las obligaciones que dependían del espacio dado en concesión.

Ahondando en argumentos, de la lectura de los documentos contentivos de los correos electrónicos cruzados entre los intervinientes, se destaca una clara intención de finiquitar la cesión del contrato de concesión de espacio, pero ello no ocurrió pues a pesar de la intervención de terceros, siempre existió la certeza de la titularidad en cabeza de Nury Baquero.

3.3. Ahora, no debe desconocerse que dentro del plenario existe un elemento que podría contrarrestar la anterior tesis, esto es el objeto del convenio base de la ejecución. Téngase en cuenta que en el espacio

otorgado por Cencosud Colombia S.A., antes Easy, su destinación se circunscribía para la consolidación del establecimiento de comercio denominado *Savore*, cuya transferencia se materializó a finales del año 2012, según se logró establecer por las declaraciones de la demandada y los testigos, además de la respuesta emitida por la Cámara de Comercio de Bogotá en la cual consta el contrato de compraventa de *savore comida italiana* el 26 de octubre de 2012 (Archivo digital 22Anexo).

En razón a lo anterior, bien podría darse aplicación a lo consignado en el precepto 523 del Código de Comercio, en razón al desprendimiento de la titularidad de la unidad económica, no obstante, como quiera que aquí no se trata de un contrato de arrendamiento típico, mal podría darse la aplicabilidad de esa norma mercantil.

Al respecto, entre el contrato de arrendamiento de local comercial y aquel atípico denominado concesión de espacio, si bien comparten elementos comunes como son: la entrega de la tenencia de un espacio, el pago de un precio o renta, y en materia comercial la explotación de un establecimiento de comercio, entre otros, pero en su esencia y naturaleza son negocios jurídicos diferentes, y cada uno cumple una función económica distinta, tal como se explicó en el Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, Sentencia del 16 de abril de 1994, retirada en decisiones emitidas por los Tribunales de Arbitramento de Colombia¹, al expresar que:

“la diferencia sustancial entre ambas convenciones estará dada en que lo relevante en el contrato de arrendamiento es poder usar y explotar un local comercial (inmueble determinado y de propiedad del arrendador), poniendo en funcionamiento (“estableciendo”), un establecimiento de comercio de propiedad o a cargo del arrendatario, quien detenta su explotación comercial, sin concurrencia con el propietario. Por el contrario, en el contrato de concesión de espacio, al menos en Colombia, para que no se pueda predicar como realidad comercial un contrato de arrendamiento de local comercial, el inmueble a utilizar como instrumento para la explotación de un “negocio o establecimiento comercial por cuenta de un comerciante diferente al titular del inmueble, no es lo sustancial o relevante en la negociación, y dicho elemento se convierte, más bien, en un instrumento secundario. Tal acontece, de manera cierta y usual, en las formas de comercialización de productos de diferentes empresarios en un mismo local comercial, que se conocen como tenant mix o combinación de tiendas.

En la figura de combinación de tiendas, en efecto, la tenencia y utilización de un espacio físico dentro de un local comercial (en propiedad o arrendamiento del concedente), constituye una mera instrumentalidad para poder obtener las ventajas de comercializar o distribuir productos propios, dentro de un establecimiento de comercio de propiedad, o bajo el cargo de otro comerciante, generalmente muy afamado. En esta forma

¹ Ver Tribunal De Arbitramento de: Organización Terpel S.A., VS. Gildardo De Jesús Velasquez Montoya. Laudo del 25 de febrero de 2015 Arbitro único Dr. Jorge Hernán Gil Echeverry y Tribunal De Arbitramento de: Claudia Sofia Arroyave y Otros Vs. Fiduciaria Corficolombiana S.A., Vocera y Administradora del Fideicomiso Centro Comercial Jardín Plaza 2101. Laudo proferido en Santiago De Cali el 19 de octubre de 2009. Arbitro único José Antonio Tamayo Hurtado.

negocial especial (concesión de espacio, se recalca), el “concesionario” entra a ocupar un lugar físico dentro del mismo local comercial y establecimiento de comercio del concedente y se busca, de manera primordial, aprovechar la clientela que visita el establecimiento de comercio ya posesionado del concedente, así como aprovechar sus instalaciones, ubicación, fama y good will; e igualmente, la posibilidad de compartir proporcionalmente los gastos de servicios públicos, aseo, celaduría, mantenimiento, remodelación, y aprovechar conjuntamente las campañas promocionales que abarcan todo el gran almacén (establecimiento de comercio del concedente). De manera técnica, bien puede ilustrarse esta forma negocial, afirmando que se trata de la mera tenencia de un espacio físico explotado por el concesionario, de conformidad con su actividad social, pero dentro de las instalaciones y local comercial a cargo y bajo la explotación del concedente. Es como si se metiera un pequeño establecimiento de comercio, dentro de un gigante establecimiento de comercio o almacén de cadena; siendo que jurídicamente se trata de un único establecimiento de comercio, el del concedente, dentro de cuyo local comercial se permite la instalación de pequeñas tiendas que ocupan a título de mera tenencia (no de arrendamiento), en favor del concesionario, de una pequeña porción del espacio correspondiente al local comercial”.

Así las cosas, no puede predicarse que aun en contravía del concesionario, pueda darse de facto la aplicación contenida de la cesión del convenio.

3.4. De otro lado, y en gracia de discusión, la normatividad comercial, concibe que en la cesión de *“contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.*

La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido”.

Narrativa de la cual se extrae, que estaría plenamente autorizado la cesión del convenio objeto de la ejecución, no obstante existen dos limitaciones que impiden que se dé una aceptación tácita de las nuevas condiciones esgrimidas por la demandada, esto es, que la voluntad de las partes establecieron que únicamente con el respaldo de un acuerdo escrito se haría la aceptación de dicha figura, cosa que no ocurrió; e igualmente por tratarse de un convenio *intuitu personae* se extinguía esa excepción, esta última derivada de la investigación que se hacía a cada una de las personas que anhelaban contratar con Cencosud, pues según lo relató Ana Bolena y la propia Natalia Ojeda, para la verificar la aceptación o no de la cesión, era necesario una valoración crediticia del individuo que se iba a sustituir, por lo que estaba a discrecionalidad de la demandante si lo hacía o no.

3.5. Conforme a lo anterior, si el desplazamiento contractual entre Nury Baquero Figueredo y Ana Bolena Vivas, y a su vez de ésta última con Yohana Piñeros, nunca fue materializado, mal podría decirse que las obligaciones pecuniarias corresponden a un tercero que no ha sido convocado a juicio.

3.6. Frente a la terminación del contrato, debe decirse que este se dio de forma unilateral por Cencosud Colombia S.A., mediante comunicación dirigida a Nury Baquero, con fecha 10 de octubre de 2019, con efectos a partir del día final del mes anterior, según la propia misiva, al expresar que la deuda solamente comprendía el periodo entre agosto de 2016 y septiembre de 2019 (ver folio 157 archivo digital *001Demanda*), sin que resulte ajustado a la realidad, exigir sumas con antelación a las mismas o posteriores a esa data.

3.7. Finalmente, en lo atinente a la inexistencia de la prórroga, resulta un contrasentido asumir por un lado el finiquito del convenio, y de forma paralela la cesión del mismo, incluso con actuaciones posteriores a septiembre de 2012, tal como quedó establecido en los distintos correos electrónicos en los cuales da cuenta la señora Nury Baquero sobre la continuidad de los efectos del contrato de concesión, pues en ninguno refirió o conminó a su terminación, sino que por el contrario siempre estuvo a la espera de la sustitución contractual.

4. En esas condiciones y prevalido como está el demandante de un documento con fuerza ejecutiva, debió la demandada probar los supuestos facticos de la totalidad de sus excepciones, lo cual no se hizo, por lo que sin existir alguna institución jurídica de la cual pueda derivarse la extinción de la obligación, deberá continuarse con la ejecución pero únicamente de los rubros causados entre agosto de 2016 y septiembre de 2019, junto con sus intereses moratorios, para lo cual será modificada la orden de apremio proferida inicialmente.

En razón y mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y cuatro Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. - DECLARAR probada parcialmente la excepción de mérito denominada cobro de lo no debido, únicamente en lo atinente a las obligaciones que con antelación a agosto de 2016 y posteriores a septiembre de 2019.

Segundo. -Seguir adelante la ejecución para el cumplimiento de las obligaciones determinadas en el auto que libró mandamiento de pago, teniendo en cuenta solamente los rubros que por concepto de contraprestación por la concesión del espacio, se hayan causado entre agosto de 2016 y septiembre de 2019, junto con sus respectivos réditos moratorios.

Tercero. - Ordenar el avalúo y posterior remate de los bienes que eventualmente sean objeto de las medidas de embargo y secuestro.

Cuarto. - Disponer que las partes practiquen la correspondiente liquidación del crédito, atendiendo lo preceptuado en el artículo 446 del Código General del Proceso.

Quinto. - Condenar en costas a la parte ejecutada en un 70%, razón por la cual las agencias en derecho ascienden a la suma de \$1'000.000,00. Líquidense.

Sexto. - Remítase el expediente a la oficina de ejecución una vez se liquiden y aprueben las costas.

Notifíquese,

La Juez,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'H. Velásquez Ortiz', with a stylized, cursive script.

HENEY VELÁSQUEZ ORTIZ