Honorable

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, VALLE.

SALA DE DECISIÓN CIVIL

sscivcali@notificacionesrj.gov.co

sscivcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

M.P. Dr. Cesar Evaristo León Vergara.

E. S. D.

REFERENCIA: VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
RADICACION: 760013103010-**2021-00326**-00
DEMANDANTE: INVERSIONES ARGENCOL SAS
DEMANDADOS: CENTRO COMERCIAL CHIPICHAPE Y OTRO.

REFERENCIA: RÉPLICA FRENTE A LA SUSTENTACIÓN DE REPAROS DEL DEMANDANTE

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, D.C., abogado titulado y en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No.39.116 del C.S. de la J., actuando en mi calidad de apoderado general de **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**, como consta acreditado en el expediente, comedidamente **REASUMO** el poder a mi conferido y acto seguido, procedo dentro del término legal a presentar **RÉPLICA EN CONTRA DEL RECURSO DE APELACIÓN** presentado por el demandante, oponiéndome desde este momento ante los infundados argumentos presentados por el extremo actor en su recurso, solicitando consecuentemente se **CONFIRME** la sentencia del 22 de septiembre de 2023 proferida por el Juzgado Décimo (10) Civil del Circuito de Oralidad de Cali, que acertadamente resolvió en primer lugar NEGAR las pretensiones de la demanda inicial de Inversiones Argencol S.A.S. contra el Centro Comercial Chipichape P.H. absolviendo a su vez a los llamados en garantía, y en segundo lugar, ACCEDER parcialmente a la demanda de reconvención presentada por el Centro Comercial Chipichape PH contra Inversiones Argencol S.A.S. Todo lo anterior, de acuerdo con los siguientes fundamentos fácticos y jurídicos que son expuestos a continuación.

I. TRÁMITE PROCESAL

Inversiones Argencol SAS, por conducto de su apoderado judicial, presentaron demanda de responsabilidad civil contractual con el fin de que se declare por parte del Centro Comercial Chipichape el incumplimiento contractual de la concesión privada celebrada en el mes de marzo del 2017 con Inversiones Argencol S.A.S. sobre un área común identificada como locales 8-211 y 8-212 de la bodega 8 del segundo piso del Centro Comercial Chipichape ubicado en la ciudad de Cali.

El Centro Comercial Chipichape presentó contestación a la demanda argumentando la no existencia

de la comprobación cierta de la responsabilidad civil contractual generadora del daño en la forma como se expresa en la demanda, la existencia convencional de limitación de la responsabilidad, y la no existencia de elementos probatorios que sustenten los perjuicios solicitados por la parte demandante. De igual forma promovió demanda de reconvención en la que se pretendió declarar que la sociedad Inversiones Argencol S.A.S. incumplió el contrato de concesión pactado con el Centro Comercial Chipichape PH con vigencia desde el 1 de abril del 2017 y por 10 años sobre un área común identificada como locales 8-211 y 8-212 de la bodega 8 del segundo piso del Centro Comercial Chipichape PH. Finalmente, llamó en garantía a las sociedades Seguros Generales Suramericana S.A., Axa Colpatria S.A. Allianz Seguros S.A., Zurich Seguros S.A. y SBS Seguros Colombia S.A.

SBS Seguros Generales S.A. presentó contestación a la demanda y al llamamiento en garantía proponiendo las siguientes excepciones de mérito en contra de la demanda consistentes en i) Inexistencia de responsabilidad civil contractual por parte de Centro Comercial Chipichape P.H.; ii) Incumplimiento contractual por parte de Inversiones Argencol S.A.S.; iii) La cláusula penal fue pactada a favor del concedente y, por lo tanto, no puede ser reconocida a favor del concesionario; iv) Improcedencia e inexistencia del daño emergente y lucro cesante reclamado en la demanda. Así mismo propuso excepciones en contra del llamamiento en garantía que corresponden a la falta de cobertura material del contrato de seguro No. 899385 toda vez que, en la delimitación positiva del riesgo, no se amparó la responsabilidad civil contractual y extracontractual; ii) Riesgos expresamente excluidos en la Póliza No. 899385; iii) Coaseguro e inexistencia de responsabilidad solidaria; iv) No podrá excederse el límite del valor asegurado; v) Existencia de deducible a cargo del asegurado; vi) Sujeción a las condiciones particulares y generales del contrato de seguro en la que se identifica la Póliza, el clausulado y los amparos; vii) El seguro contenido en la Póliza No. 899385 es de carácter meramente indemnizatorio; viii) Disponibilidad de la suma asegurada; ix) El contrato es ley para las partes; y x) Enriquecimiento sin causa.

El día 22 de septiembre de 2023, una vez realizado el trámite procesal correspondiente, el Juzgado Décimo (10) Civil del Circuito de Oralidad de Cali resolvió lo siguiente:

> *"(…) Primero: NEGAR las pretensiones de la demanda inicial de INVERSIONES ARGENCOL S.A.S. contra el CENTRO COMERCIAL CHIPICHAPE P.H y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., conforme lo argumentado en esta providencia.*
>
> *Segundo: ABSOLVER a los llamados por el CENTRO COMERCIAL CHIPICHAPE P.H., en garantía SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., AXA COLPATRIA S.A, ALLIANZ SEGUROS S.A, ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A. SBS SEGUROS COLOMBIA S.A., conforme lo argumentado en esta providencia.*
>
> *Tercero: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a INVERSIONES*

ARGENCOL S.A.S. al pago de las costas del proceso y a favor del CENTRO COMERCIAL CHIPICHAPE P.H y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., conforme lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P y el Acuerdo PSAA16-10554 de agosto de 2016 emitido por el Consejo Superior de la Judicatura y por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho. Se fija como agencias en derecho la suma de $16'000.000. Por la secretaría se ordena liquidarlas.

Cuarto: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito presentadas por INVERSIONES ARGENCOL S.A.S., denominadas: No hubo incumplimiento del contrato de Concesión o no se presentó un INCUMPLIMIENTO ESENCIAL que genere terminación del contrato; Inexistencia de Nexo Causal y Ausencia de culpa de INVERSIONES ARGENCOL S.A.S; Culpa Exclusiva de la Victima; Hecho de un Tercero (Acción u Omisión); Excepción de Contrato no Cumplido; La Genérica o Innominada, conforme lo argumentado en esta providencia.

Quinto: ACCEDER parcialmente a las pretensiones de la demanda de reconvención presentada por el CENTRO COMERCIAL CHIPICHAPE P.H contra INVERSIONES ARGENCOL S.A.S, conforme lo argumentado en esta providencia.

Sexto: Como consecuencia de lo anterior, DECLARAR que INVERSIONES ARGENCOL S.A.S incumplió el CONTRATO DE CONCESIÓN para la explotación de áreas comunes del CENTRO COMERCIAL CHIPICHAPE relacionado con el área común denominada LOCALES 8-211 y 8-212 de la bodega 8 del segundo piso donde funciona el restaurante PAMPA MALBEC de INVERSIONES ARGENCOL S.A.S. y que fue celebrado entre el CONCEDENTE CENTRO COMERCIAL CHIPICHAPE – CALI y el CONCESIONARIO INVERSIONES ARGENCOL S.A.S. por el término de 10 años contados a partir del 1° de abril de 2017, por lo argumentado en esta providencia.

Séptimo: CONDENAR a INVERSIONES ARGENCOL S.A.S a pagar al CENTRO COMERCIAL CHIPICHAPE P.H. la suma de $34.823.780 por concepto de la cláusula penal consagrada a favor del CENTRO COMERCIAL CHIPICHAPE P.H en el CONTRATO DE CONCESIÓN celebrado entre el CONCEDENTE CENTRO COMERCIAL CHIPICHAPE –CALI y el CONCESIONARIO INVERSIONES ARGENCOL S.A.S. por el término de 10 años contados a partir del 1° de abril de 2017, por lo argumentado en esta providencia.

Octavo: CONDENAR a INVERSIONES ARGENCOL S.A.S a pagar al CENTRO COMERCIAL CHIPICHAPE P.H. la suma de $51.526.176 por concepto de daño emergente. Suma que deberá ser indexada desde la presentación de la demanda de

reconvención 25 de marzo de 2022 hasta el día del pago efectivo de la misma, conforme lo dispuesto en el inciso final del artículo 283 del C.G.P.

Noveno: NEGAR el pago de lucro cesante solicitado en la demanda de reconvención, conforme lo argumentado en esta providencia.

Décimo: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a INVERSIONES ARGENCOL S.A.S. al pago de las costas del proceso y a favor del CENTRO COMERCIAL CHIPICHAPE P.H, conforme lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P y el Acuerdo PSAA16-10554 de agosto de 2016 emitido por el Consejo Superior de la Judicatura y "por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho". Se fija como agencias en derecho la suma de $3.500.000. Por la secretaría se ordena liquidarlas. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE (…)"

En contra de la mencionada providencia el extremo actor interpuso recurso de apelación, formulando y sustentando los reparos en los que se fundamenta su inconformidad. Por lo que en consecuencia me opondré uno a uno a lo infundados reparos que presentó la parte demandante en su recurso de alzada de la siguiente manera:

II. MANIFESTACIONES EN CONTRA DE LOS REPAROS EFECTUADOS POR EL RECURRENTE

El recurso de alzada presentado por la parte recurrente en audiencia de instrucción y juzgamiento y posteriormente en la presentación de sus reparos, no tiene la capacidad de derruir los fundamentos esbozados de forma acertada por el Juez de Primera Instancia. Además de no señalar de forma precisa los yerros que cometió el juzgador al proferir su providencia, tiene múltiples imprecisiones técnicas que deben ser contendidas por este extremo procesal, a fin de que el H. Tribunal mantenga incólume, y confirme en su integridad, las resoluciones contenidas en la sentencia pronunciada por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali. En este sentido, pese al incumplimiento del deber de sustentar su recurso, me opondré también a los cargos presentados, a saber: i) Respecto del contrato de concesión de espacios; ii) Causas del incendio; iii) Responsabilidad del Centro Comercial Chipichape; y iv) Aplicación del principio de reciprocidad y el principio de equidad en los contratos.

En sentido para demostrar mi inconformidad en contra del recurso de alzada me opondré a los reparos presentados por la parte demandante. En primer lugar, demostraré la debida valoración jurídica respecto del contrato de concesión objeto de litigio. Posteriormente, esbozaré argumentos sobre la debida e íntegra valoración que hizo el A quo de los medios probatorios obrantes dentro del proceso para demostrar que la causa del incendio fue la acumulación de grasa en el ducto del

restaurante. Adicionalmente, me opondré al tercer reparo presentado por el recurrente teniendo en cuenta la inexistencia de responsabilidad en contra del Centro Comercial Chipichape. Y en último lugar, sin perjuicio de todo lo anterior, haré referencia la debida interpretación del A quo sobre la cláusula penal pactada.

2.1. DEBIDA VALORACIÓN JURÍDICA POR PARTE DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE CONCESIÓN OBJETO DE LITIGIO

Dentro de la sentencia recurrida el Juez acertadamente estimó que, en el caso bajo estudio, el contrato de concesión es un contrato de naturaleza mercantil celebrado entre dos sociedades cuyo objeto es la entrega en concesión que el concedente hace al concesionario de un área común referenciada como locales 8-211 y 8-212 del Centro Comercial Chipichape que tienen aproximadamente 296 M2 por el término de 10 años contados a partir del primero de abril del 2017. De forma insuficiente, el recurrente se limita a mencionar que la Juez desconoce las características, particularidades y alcances del contrato de concesión de espacios; afirmando que la A quo no valoro en debida forma el contrato de concesión. A su juicio el Centro Comercial Chipichape, como concedente en el contrato de concesión no es un mero espectador en el contrato, sino que es la parte controlante y que al estar estrechamente involucrado en la explotación de la zona entregada en concesión no debía descartarse su responsabilidad en el incendio. No obstante, debe recalcarse H. Tribunal que efectivamente el Juez de primera instancia tuvo por probado el contrato de concesión y aplicó de forma apropiada las consecuencias jurídicas derivadas de dicho negocio jurídico, no asistiéndole razón al demandante para sostener tales apreciaciones.

En primer lugar, debe señalarse que el artículo 1602 del Código Civil ha sido reconocido por la Corte Suprema como el precepto normativo que impone a las partes involucradas dentro de un contrato ceñirse de forma imperativa a las obligaciones que, adquiridas bajo los fundamentos de la voluntad privada, han dispuesto para regular su relación jurídica. Especial relevancia cobra el principio de la autonomía dispositiva al momento de celebrar un contrato, como en este caso ocurre, pues su materialización es el reflejo de la validez que adquiere el negocio jurídico al prohibir a las partes derogar el acuerdo sino por causas legales o por mutuo consentimiento. Todo en concordancia con el artículo 864 del Código de Comercio que establece el contrato como un *acuerdo de dos o más* partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial[1]. Veamos entonces como la Corte en su Sala de Casación Civil reconoce la fuerza coercitiva de los convenios contractuales:

> *"(…) El contrato válidamente celebrado es ley para las partes, pues así se infiere del artículo 1602 del Código Civil, precepto que le da carta de naturaleza propia al principio de la autonomía dispositiva de que está provisto el sujeto iuris para regular*

[1] Ibidem.

sus relaciones jurídicas, sin más límites que el orden público y las buenas costumbres (art. 16 ibidem).

Esa norma determina la fuerza vinculante, obligatoria y coercible del acuerdo de voluntades, al advertir que si a él se llega de forma válida «no podrá ser derogado sino por causas legales o por mutuo consentimiento», lo que significa que ninguno de los contratantes puede separarse -total o parcialmente- del programa obligacional, so pena de infringir sus compromisos; en cuyo caso, la otra parte, que sí satisfizo o estuvo dispuesta a atender los suyos en la forma y tiempo debido, tiene a su disposición diversos remedios contractuales de carácter jurídico, ya que puede exigir la realización de lo pactado u optar por su extinción mediante la resolución o la terminación (arts. 1546 C.C. y 870 C. de Co.) según proceda, y reclamar, asimismo, la reparación del demérito sufrido.

Quiere decir que la parte a quien le incumplieron y que satisfizo o se avino a honrar sus deberes negociales, adquiere, ministerio legis, un derecho de opción que la habilita para escoger la alternativa que le resulte más eficiente desde el punto de vista económico, pudiendo elegir la resolución, con o sin indemnización de perjuicios, si advierte que había hecho un mal negocio, o si el cumplimiento se ha tornado imposible, ora si teme una ejecución defectuosa o la sobreviniente iliquidez o la incapacidad de cumplir del obligado, en los casos en que la restitución in natura sea aún viable, igualmente cuando no mantenga con él negocios constantes o consiga información que le haga dudar de su reputación y también si el convenio no ha comenzado a ser ejecutado (…)"

La Juez de primera instancia haciendo una debida valoración jurídica y probatoria respecto del contrato de concesión y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial mencionado recalcó que la responsabilidad civil contractual exige i) la existencia de un contrato valido; ii) el incumplimiento – doloso o culposo – de la otra parte; iii) el perjuicio; y iv) el nexo causal, en una relación de causa y efecto entre el proceder de la convocada y las consecuencia que ellos le produjo en el plano patrimonial o inmaterial; y v) la mora, supuesto que variará, en cada evento, dependiendo de la clase de prestación insoluta. Sobre tal cuestión, en CSJ SC5141-2020 se precisó:

"(…) La responsabilidad civil contractual se asienta sobre la existencia y validez de un pacto ajustado entre dos o más sujetos de derecho, la desatención -total o parcial- de los compromisos adquiridos por uno de ellos o su ejecución defectuosa o tardía, así como la presencia de un detrimento, y el nexo causal entre tal omisión y su resultado.

Así sucede porque tales acuerdos son ley para las partes, quienes, desde el momento

de su perfección, deben honrar sus deberes y de no hacerlo tienen que salir a resarcir los daños que de su infracción unilateral deriven para quien sí los cumplió o, cuando menos, se acercó a atenderlos en la forma y términos pactados (…)"

A raíz de estos postulados normativos y jurisprudenciales es dable afirmar, como bien lo determinó el juez de primer grado, que no hay razón por la que la parte pretenda reclamar en su favor una posición dominante para argumentar un posible incumplimiento contractual a cargo del extremo pasivo dentro del presente proceso. Lo anterior en virtud que el contrato de concesión, es un contrato mercantil que se celebró entre dos sociedades donde cada uno en virtud del principio de autonomía dispositiva antes mencionado, eligió celebrar el contrato de concesión bajo las estipulaciones que quedaron probadas con la documental que reposa dentro del plenario. Específicamente, el contrato de concesión alegado por el demandante el cual se tuvo por autentico conforme a lo dispuesto en el artículo 244 del Código General del Proceso.

Así mismo, es importante recalcar H Tribunal que, para reforzar su tesis y una vez acogida la postura sobre obligatoriedad de las estipulaciones contractuales en una relación jurídica bilateral, el A-quo reconoce las facultades del Centro Comercial Chipichape como parte dentro del contrato de concesión al enunciar que "*(…) es obvio que el Centro Comercial es el que puede decidir a quien contrata o no y si le presta la suficiente seguridad para hacerlo o no, por cuanto es el dueño de las instalaciones y es el que dice para que son destinadas las áreas y qué es lo que en ese momento puede conceder (…)".* Es decir que el argumento que con tanto ahínco pretende reprochar la parte recurrente sobre el desconocimiento de las características, particularidades y alcances del contrato de concesión de espacios; cae por su propio peso. La juez efectivamente reconoce la existencia del contrato de concesión y también apropiadamente dilucida las consecuencias jurídicas que se derivan de su validez y existencia. Incluso reconoce las facultades que puede tener el Centro Comercial en el transcurrir de la relación contractual. Y aun teniendo en cuenta todo lo anterior afirma acertadamente la instructora de primera instancia que no encuentra en el expediente un alegato sobre una posición dominante ejercida por el Centro Comercial Chipichape (como de hecho lo expresó en sus alegatos) debido a que en verdad no existe en este contrato porque aquí ambas partes tuvieron libertad para negociar y acogerse dispositivamente a las cláusulas contractuales que regían la relación jurídica.

Sin perjuicio de lo anterior, deberá notar el H. Tribunal que la parte recurrente dentro del primer argumento que denomina *"(…) respecto del contrato de concesión de espacios (…)"* sólo se limita a señalar laudos arbitrales y a realizar un resumen de dichas providencias para finalmente mencionar que el juez de primera instancia *"(…) desconoce las características, particularidades y alcances del contrato de concesión de espacios (…)"* afirmando que no valoro en debida forma el contrato de concesión. No obstante, no puede extraerse de lo mencionado allí, la razón por la cual el recurrente afirma que se desconoció el alcance y las características del contrato de transacción. Es decir, lo que debía hacer el recurrente a partir de lo citado en los laudos arbitrales, era (si

hipotéticamente le asistía razón) enrostrar y demostrar por qué razón la juez obró de forma indebida. Sin embargo, no se evidencia esto de la lectura de los reparos presentados. Aparte del insuficiente análisis de los laudos citados en su recurso, sólo afirma que de haber conocido este contrato la Juez habría advertido que el centro comercial Chipichape *"(…) no es un mero espectador, sino que es la parte controlante por la naturaleza misma del contrato, y tiene interés económico, participa y está estrechamente involucrado en la explotación de esa zona entregada en concesión, por lo tanto, no debía descartarse su responsabilidad en el incendio (…)".*

Debo entonces detenerme para mostrar al Despacho la cantidad de imprecisiones lógicas y técnicas en las que cae el recurrente al pretender una responsabilidad en contra del Centro Comercial Chipichape sin el suficiente sustento jurídico que amerite un análisis sobre tales conclusiones. En primer lugar, el demandante parte de un supuesto que como se ha mencionado anteriormente es totalmente erróneo, es decir, sostener que el Juzgado desconoció el alcance y características del contrato de concesión no es cierto puesto que al ser un contrato atípico su alcance está dado por las propias cláusulas contractuales que fueron pactadas entre las partes. En por esta razón que la Juez en gran parte de sus consideraciones se centra en la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia motivando su sentencia en el sentido de determinar efectivamente la fuerza vinculante que tienen dichas obligaciones derivadas de la relación contractual objeto de litigio.

Así mismo, como se ha mencionado anteriormente, el Tribunal deberá tener en cuenta que la juez reconoce las facultades que puede tener el Centro Comercial Chipichape como consecuencia de los derechos adquiridos en virtud del contrato de concesión. En este sentido afirma "*(…) es obvio que el Centro Comercial es el que puede decidir a quien contrata o no y si le presta la suficiente seguridad para hacerlo o no, por cuanto es el dueño de las instalaciones y es el que dice para que son destinadas las áreas y qué es lo que en ese momento puede conceder (…)".* Todo esto en virtud de la libertad contractual de los contrayentes y no de una supuesta posición dominante ejercida por parte del Centro Comercial. Por lo tanto, el recurrente no señalar de forma específica por qué a su juicio el juez hizo una "*(…) indebida valoración del contrato de transacción (…)"* pues no señala con fundamentos jurídicos o probatorios las razones de dichas apreciaciones que no distan mucho de ser simples proposiciones subjetivas.

No obstante, juiciosamente la instructora de primera instancia no reduce su análisis como pretende argumentarlo el recurrente sino que, en efecto, establece que el problema jurídico es determinar si hay lugar a declarar el incumplimiento del contrato de concesión referida por parte del concedente Centro Comercial Chipichape Propiedad Horizontal, y si hay lugar a condenar al Centro Comercial Chipichape a pagar al concesionario. Por lo que no se entiende la razón por la cual el recurrente afirma que "por lo tanto, no debía descartarse su responsabilidad en el incendio"; y es que aun cuando la juez reconoció la existencia del contrato de concesión y bajo el principio de libertad dispositiva y de la fuerza coercitiva del acuerdo convenido entre las partes, determinó los verdaderos alcances de este negocio jurídico. Aun cuando ocurrió todo esto, digo, dentro de las

consideraciones de la sentencia reprochada, no descartó la responsabilidad del Centro Comercial, sino que, se itera, determinó precisamente que este era problema jurídico a desatar. Entonces no entiende este extremo procesal el argumento sostenido por el recurrente al afirmar que se descartó la responsabilidad del Centro Comercial Chipichape porque la juez tuvo desconocimiento del contrato de concesión, cuando en efecto, y contrario a tal postura, lo que puede evidenciarse H. Tribunal es la exhaustiva fundamentación jurisprudencial que la Juez tuvo en cuenta para determinar la obligatoriedad del negocio jurídico pactado entre las partes y, bajo este fundamento basilar, ahí sí, reconocer las facultades que ambas partes tenían dentro de este asunto y los alcances del mismo. Todo esto H. Magistrado, sin descartar la responsabilidad contractual que es pretendida principalmente en la demanda y que nunca se logró demostrar.

Entonces, no es cierta la postura del recurrente debido a que el juez declaró probado el contrato de concesión celebrado entre dos sociedades cuyo objeto es la entrega en concesión que el concedente hace al concesionario de un área común referencia como locales 8-211 y 8-212 del Centro Comercial Chipichape que tienen aproximadamente 296 M2 por el término de 10 años contados a partir del primero de abril del 2017. De igual forma, la Juez conoció y bajo los fundamentos anteriormente citados, tuvo en cuenta las características, particularidades y alcances de este contrato de concesión de espacios y aplicó de forma apropiada las consecuencias jurídicas derivadas de dicho negocio jurídico absolviendo finalmente al extremo pasivo, no asistiéndole razón al recurrente para sostener tales apreciaciones.

2.2. DEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA SOBRE LA CAUSA DEL INCENDIO

Dentro del recurso de apelación la parte apelante sostiene que no reposa dentro del expediente una calificación objetiva sobre si efectivamente había mucha grasa acumulada en el ducto y afirma temerariamente que la Juez se basó en criterios subjetivos para determinar esta situación. No obstante, y de forma soslayada, el recurrente no reconoce todos los fundamentos jurídicos y probatorios que la juez consideró para determinar la causa del incendio acaecido el día 25 de enero del 2021 donde funcionaba el restaurante Pampa Malvec de Inversiones Argencol S.A.S. Tampoco reconoce el ejercicio efectuado por la juez de primera instancia para determinar que, de modo consecuencial, en efecto, se configuró un incumplimiento contractual por parte de Inversiones Argencol S.A.S. Lo anterior en virtud a que, como bien lo refiere el A-quo, el dictamen pericial del señor Christian Chereau Morales está sesgado por hacer imputación de responsabilidad al Centro Comercial por el diseño y construcción del ducto, careciendo de imparcialidad y haciendo afirmaciones que no tienen respaldo alguno. Por ejemplo, no le fueron presentados los documentos de mantenimiento, pero afirma que se realizaron; además, no tuvo en cuenta la certificación de bomberos de diciembre del 2020 sobre el hecho que estaban bien las mangueras y gabinetes del Centro Comercial Chipichape; deduce sin prueba alguna que las mangueras que vio que retiraron estaban averiadas porque las vio sucias a la distancia. Omite el recurrente tener cuenta que su

dictamen fue realizado a los 5 días del incendio, ya que afirma que se presentó a las instalaciones el 30 de enero del 2021; y, por si fuera poco, el perito ***no revisó la parte superior del ducto ni de la cubierta y sin ningún reparo afirma que existe poca grasa en el ducto***.

Como otro punto importante, debe señalarse lo referido acertadamente por el Despacho en cuanto al diseño y construcción del ducto, es decir, que las partes estuvieron de acuerdo en la forma en que se realizó y se construyó a cargo de la empresa Ingeniera Gastronómica S.A.S. y Opal Arquitectura (empresa esta última que arbitrariamente la parte demandante pretendió omitir durante el juicio). Lo anterior quiere decir que si el ducto no cumplió con las normas aplicables al caso no puede una de ellas frente a la otra, pretender beneficiarse o creerse perjudicada después de transcurridos 3 años a partir de su funcionamiento. Finalmente, por el contrario, al ser la acumulación de grasa efectivamente la causa de la conflagración si puede el Centro Comercial Chipichape reclamar a Inversiones Argencol NO haber realizado debida y adecuadamente el mantenimiento del mismo ya que era una obligación a su cargo.

En virtud de lo anteriormente mencionado y para derruir totalmente la postura de la parte recurrente presentada dentro del recurso de apelación debo entonces referirme a dos puntos centrales. En primer lugar, al diseño, construcción y mantenimiento del ducto; demostrando incumplimiento de las obligaciones a cargo de Inversiones Argencol S.A.S. Y, en segundo lugar, aduciré la falta de valor probatorio del dictamen pericial del señor Christian Chereau Morales y la efectiva determinación de la causa que originó el incendio con ayuda del dictamen allegado por el extremo pasivo.

i) Diseño, construcción y mantenimiento del ducto del sistema de extracción de humos y gases. Incumplimiento contractual por parte de Inversiones Argencol S.A.S.

El artículo 10 del Decreto 1469 de 2010, compilado en el artículo 2.2.6.1.1.10 del Decreto Único Reglamentario 1077 de 2015 del sector Vivienda, Ciudad y Territorio, define las reparaciones locativas de la siguiente manera:

> *"(…) ARTÍCULO 2.2.6.1.1.10. Reparaciones locativas. Se entiende por reparaciones o mejoras locativas aquellas obras que tienen como finalidad mantener el inmueble en las debidas condiciones de higiene y ornato sin afectar su estructura portante, su distribución interior, sus características funcionales, formales y/o volumétricas. No requerirán licencia de construcción las reparaciones o mejoras locativas a que hace referencia el artículo 8 de la Ley 810 de 2003 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya.*
>
> *Están incluidas dentro de las reparaciones locativas, entre otras, las siguientes obras: el mantenimiento, la sustitución, restitución o mejoramiento de los materiales de pisos,*

cielorrasos, enchapes, pintura en general, y la sustitución, mejoramiento o ampliación de redes de instalaciones hidráulicas, sanitarias, eléctricas, telefónicas o de gas. Sin perjuicio de lo anterior, quien ejecuta la obra se hace responsable de:

1. Cumplir con los reglamentos establecidos para la propiedad horizontal y las normas que regulan los servicios públicos domiciliarios.

2. Prevenir daños que se puedan ocasionar a terceros y en caso de que se presenten, responder de conformidad con las normas civiles que regulan la materia.

3. Cumplir con los procedimientos previos, requisitos y normas aplicables a los inmuebles de conservación histórica, arquitectónica o bienes de interés cultural (…)"

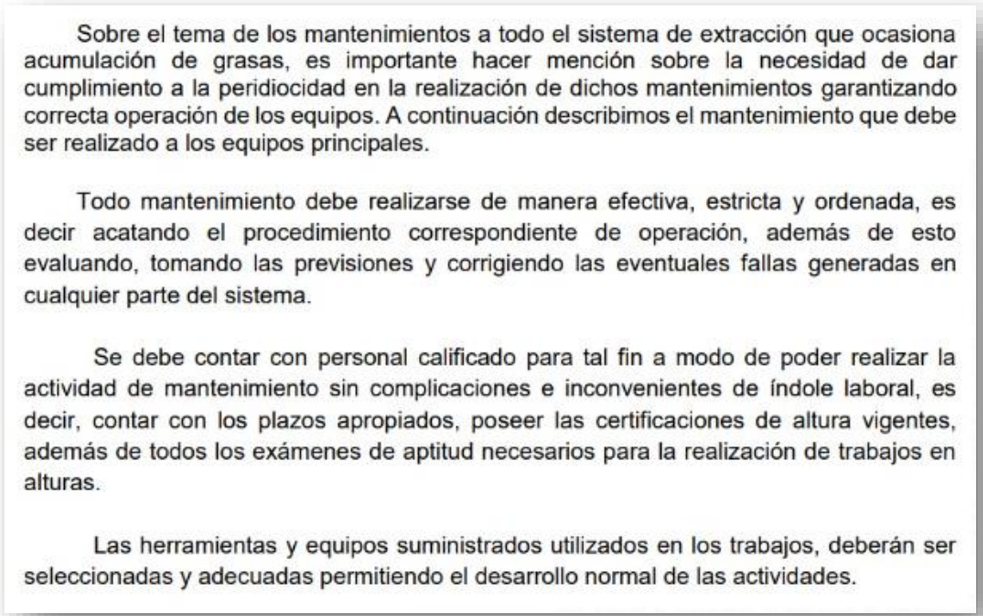
Descendiendo normativamente, es necesario en primer lugar acotar que el contrato de concesión en la cláusula cuarta consagra la destinación y el uso específico de instalar en los inmuebles objeto del mismo un establecimiento comercial para el dispendio de comidas preparadas y expendió de bebidas alcohólicas:

CUARTA.- DESTINACIÓN Y USO ESPECÍFICO: EL CONCESIONARIO se obliga a instalar en el INMUEBLE el ESTABLECIMIENTO COMERCIAL convenido y a usar las ÁREAS COMUNES bajo las reglas establecidas en este CONTRATO y en el reglamento de propiedad horizontal. EL CONCESIONARIO se obliga a dar al INMUEBLE el uso específico de expendio a la mesa de comidas preparadas y expendio de bebidas alcohólicas para el consumo dentro del establecimiento. En consecuencia, cualquier otro destino diferente al precisado en esta cláusula requerirá permiso expreso de EL CONCEDENTE. Adicionalmente se establece y acepta como principio general de interpretación de esta cláusula que cualquier uso que pretenda desarrollar EL CONCESIONARIO que no concuerde con los anteriores, o que difiera de los anteriores, o que genere dudas al respecto, requerirá necesariamente permiso expreso de EL CONCEDENTE.

Así mismo, la cláusula quinta del contrato objeto de litigio establece que están a cargo del concesionario todas las reparaciones, variaciones, adecuaciones o reformas de cualquier clase que quiera hacer el concesionario, y que correrán por cuenta del concesionario para efectuarlas requiriendo autorización previa expresa y escrita del concedente.

QUINTA.- REPARACIONES LOCATIVAS Y MEJORAS: EL CONCESIONARIO está obligado a efectuar en EL INMUEBLE las reparaciones locativas a que haya lugar de conformidad con la ley y a mantener EL INMUEBLE en buenas condiciones de funcionamiento. Con excepción de las reparaciones necesarias, a las cuales hace referencia el inciso primero del artículo 1.985 del Código Civil, todas las reparaciones, variaciones, adecuaciones o reformas de cualquier clase que quiera hacer EL CONCESIONARIO serán por su cuenta y para efectuarlas requiere autorización previa, expresa y escrita de EL CONCEDENTE. En ningún caso podrá reformar o variar la estructura general de EL INMUEBLE, ni la fachada. EL

Entonces desde ya debe afirmarse, como bien lo dispuso el juez de primera instancia, que la construcción del ducto del sistema de extracción de humos y gases en la cocina del restaurante Pampa Malbec estaba a cargo de Inversiones Argencol S.A.S. y sujeto a la aprobación del Centro Comercial Chipichape PH. Ducto que fue diseñado por la empresa Ingeniería Gastronómica S.A.S. contratada por Argencol y quien a su vez contrato a Opal Arquitectura para su diseño y aprobación. Lo anterior de acuerdo a la declaración que realizó el representante legal de Ingeniería Gastronómica S.A.S., quien también sostuvo en audiencia que el ducto como fue diseñado y construido ***era seguro siempre y cuando se le hiciera el mantenimiento trimestral***. En relación con esto es importante dilucidar al H. Tribunal el contenido del documento enviado por Ingeniería Gastronómica S.A.S. al restaurante La Pampa Malbec sobre el mantenimiento del sistema de extracción instalado.



Sobre el tema de los mantenimientos a todo el sistema de extracción que ocasiona acumulación de grasas, es importante hacer mención sobre la necesidad de dar cumplimiento a la peridiocidad en la realización de dichos mantenimientos garantizando correcta operación de los equipos. A continuación describimos el mantenimiento que debe ser realizado a los equipos principales.

Todo mantenimiento debe realizarse de manera efectiva, estricta y ordenada, es decir acatando el procedimiento correspondiente de operación, además de esto evaluando, tomando las previsiones y corrigiendo las eventuales fallas generadas en cualquier parte del sistema.

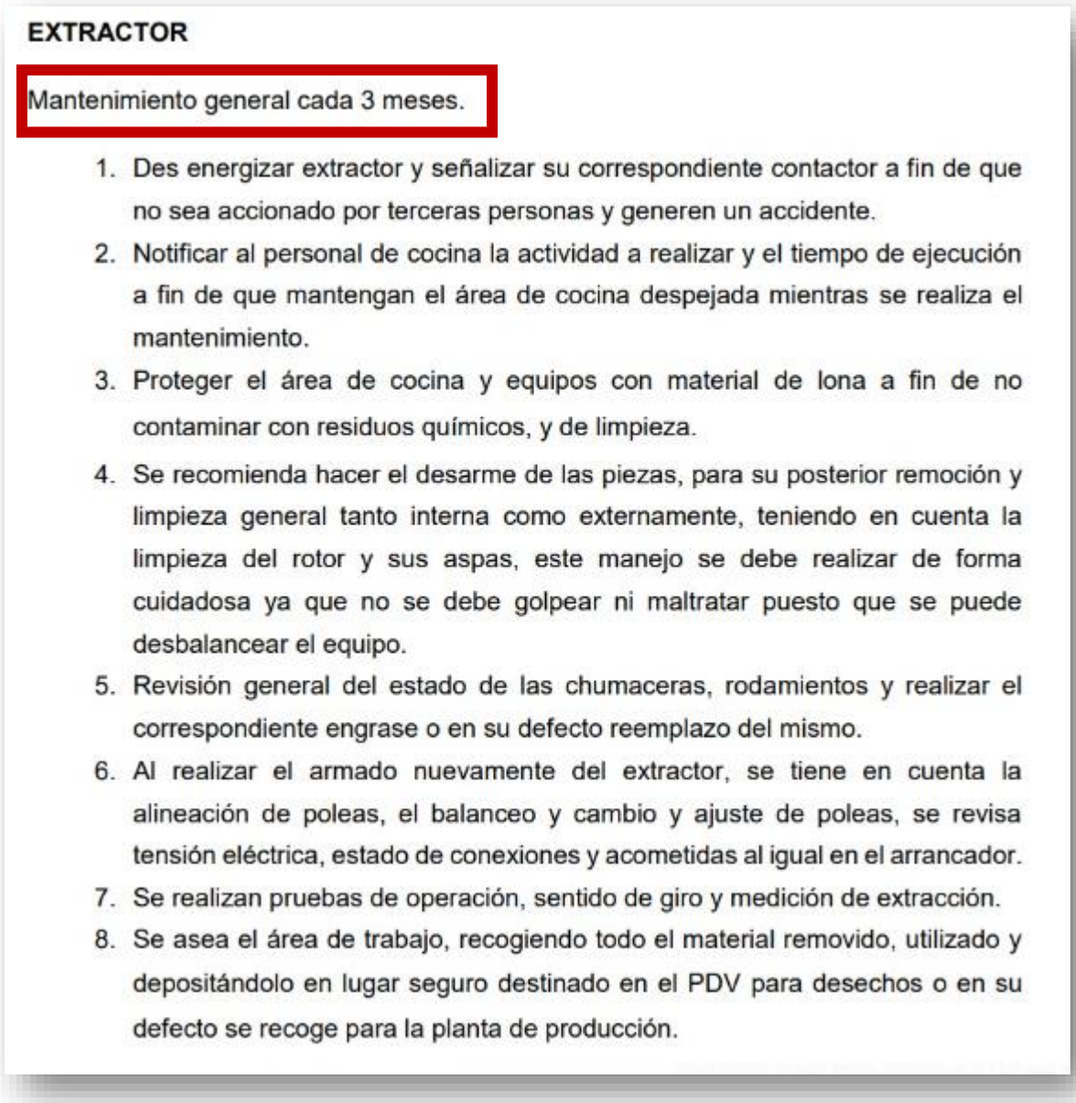
Se debe contar con personal calificado para tal fin a modo de poder realizar la actividad de mantenimiento sin complicaciones e inconvenientes de índole laboral, es decir, contar con los plazos apropiados, poseer las certificaciones de altura vigentes, además de todos los exámenes de aptitud necesarios para la realización de trabajos en alturas.

Las herramientas y equipos suministrados utilizados en los trabajos, deberán ser seleccionadas y adecuadas permitiendo el desarrollo normal de las actividades.

El dable enrostrar al órgano colegiado la cantidad de actuaciones que en virtud del contrato debía adquirir la sociedad para el pleno funcionamiento y conservación del inmueble dado en concesión. Esto en concordancia con lo dispuesto en el numeral segundo de la cláusula octava del contrato de concesión donde se establece como obligación del concesionario *"(…) realizar en el INMUEBLE los actos de conservación y las reparaciones locativas a su cargo (…)".* Entonces Inversiones Argencol S.A.S. y adelantándome al siguiente punto, debía i) Realizar el mantenimiento de manera efectiva, estricta, y ordenada, acatando el procedimiento correspondiente; ii) Evaluar tomando las previsiones y corrigiendo las eventuales fallas generadas; iii) Contar con personal calificado para tal fin a modo de poder realizar la actividad de mantenimiento sin complicaciones e inconvenientes de índole laboral; iv) Suministrar las herramientas y lo equipos adecuados permitiendo el desarrollo normal de las actividades; etc. Actuaciones todas estas que fueron omitidas por parte del demandante, pues como quedó demostrado durante el curso del proceso no obra prueba alguna de

un debido mantenimiento del ducto conforme a las indicaciones mencionadas.

Así mismo dentro de este documento se señala en específico las actuaciones que deben ejecutarse para realizar el mantenimiento general del extractor y su frecuencia, esto es, **cada tres meses.**



EXTRACTOR

Mantenimiento general cada 3 meses.

1. Des energizar extractor y señalizar su correspondiente contactor a fin de que no sea accionado por terceras personas y generen un accidente.
2. Notificar al personal de cocina la actividad a realizar y el tiempo de ejecución a fin de que mantengan el área de cocina despejada mientras se realiza el mantenimiento.
3. Proteger el área de cocina y equipos con material de lona a fin de no contaminar con residuos químicos, y de limpieza.
4. Se recomienda hacer el desarme de las piezas, para su posterior remoción y limpieza general tanto interna como externamente, teniendo en cuenta la limpieza del rotor y sus aspas, este manejo se debe realizar de forma cuidadosa ya que no se debe golpear ni maltratar puesto que se puede desbalancear el equipo.
5. Revisión general del estado de las chumaceras, rodamientos y realizar el correspondiente engrase o en su defecto reemplazo del mismo.
6. Al realizar el armado nuevamente del extractor, se tiene en cuenta la alineación de poleas, el balanceo y cambio y ajuste de poleas, se revisa tensión eléctrica, estado de conexiones y acometidas al igual en el arrancador.
7. Se realizan pruebas de operación, sentido de giro y medición de extracción.
8. Se asea el área de trabajo, recogiendo todo el material removido, utilizado y depositándolo en lugar seguro destinado en el PDV para desechos o en su defecto se recoge para la planta de producción.

Entonces efectivamente Ingeniería Gastronómica advirtió que era seguro la construcción del ducto, siempre y cuando se realizara el mantenimiento trimestral del mismo y en forma adecuada. No obstante, no ocurrió así dentro del caso referido. Entonces, de lo anterior se concluye que la construcción, conservación y mantenimiento del ducto sistema de extracción de humos y gases estuvo a cargo de Inversiones Argencol S.A.S.; así mismo que no cumplió con sus obligaciones contractuales derivadas del mantenimiento y la conservación del inmueble. Y finalmente, existen elementos de prueba contundente que determinan que la verdadera causa del incendio fue la acumulación de grasa dentro del mismo por la falta de mantenimiento, como se pasa a complementar.

ii) Valoración probatoria de los dictámenes periciales y determinación de la causa que ocasionó el incendio

Como bien lo dispuso la Juez de primera instancia el dictamen pericial del señor Christian Chereau Morales, esta sesgado por hacer imputación de responsabilidad al Centro Comercial por el diseño y construcción del ducto, careciendo de imparcialidad y haciendo afirmaciones que no tienen respaldo alguno. Por ejemplo, no le fueron presentados los documentos de mantenimiento, pero afirma que se realizaron; además, no tuvo en cuenta la certificación de bomberos de diciembre del 2020 sobre el hecho que estaban bien las mangueras y gabinetes del Centro Comercial Chipichape; deduce sin prueba alguna que las mangueras que vio que retiraron estaban averiadas porque las vio sucias a la distancia. Además, debe tenerse cuenta que su dictamen fue realizado a los 5 días del incendio, ya que afirma que se presentó a las instalaciones el 30 de enero del 2021; y por si fuera poco, pese a que **no reviso la parte superior del ducto ni de la cubierta si afirma sin reparo alguno que existía poca grasa en el ducto**. Debe resaltarse que el valor probatorio concedido por el juez al dictamen mencionado, no fue contrariado por el extremo demandante dentro de su recurso por lo que carece de prueba técnica que determine de forma objetiva la causa del incendio.

En el interrogatorio que se realizó junto con el análisis del video que obra el expediente y que le fue exhibido en la audiencia, señala que la manguera que proviene del gabinete contra incendios no está enredada, está presurizada y no está dañada. Así mismo resalta la Juez de primera instancia frente a esta declaración lo siguiente: *"(…) Eso sí, advierte que corresponde al restaurante Comics que queda al lado de Pampa Malbec. No obstante, es preciso señalar que si se presentó algún daño con el gabinete de incendios adyacente al restaurante Pampa Malbec no tiene relevancia alguna porque el otro que estaba al lado del restaurante Comics funcionó**. Es decir, que lo que había que demostrar aquí era que este fue insuficiente o que no llegaba al sitio del incendio de Pampa Malbec y esto no se hizo** *(…)"* (se resalta).

Por otro lado, con respecto al dictamen del señor German Infante Ramírez se aportaron todos los documentos relacionados en el artículo 226 del C.G. del P. y se tiene que éste si lo elaboró el día del incendio y fue autorizado por bomberos Cali para realizar el mismo. Igualmente, revisó todo el establecimiento, el ducto, **incluida la parte superior del mismo y la cubierta**, lo que no hizo el perito Christian Chereau Morales. Sumado a esto, no hizo ninguna imputación de responsabilidad, pero si recalco que es un ducto largo y sus giros hacen que se produzca acumulación de gases evidenciando mucha acumulación de grasa, por lo que determina que no hubo mantenimiento adecuado. Es fundamente recalcar H. Tribunal que a la pregunta que si se hubiera hecho una limpieza técnica se hubiera evitado el incendio responde que sí.

De igual forma, el señor Juan Carlos Hernández, coordinador departamento de investigación de

incendios de bomberos afirmó que existe el interior de bomberos, un departamento de control de riesgos y es el que autoriza que se abra al público. Expresa que parte del ducto en donde se originó el incendio había mucha acumulación de grasa coincidiendo con el dictamen presentado del perito Infante.

Para reforzar este punto se hace necesario demostrar al Despacho diversos aspectos fundamentales contenidos dentro del dictamen pericial que pueden dar elementos de juicio objetivos al organo colegiado con el fin de que mantenga incólume la sentencia recurrida y despache desfavorablemente las suplicas del demandante.

Transcripción literal: "(…) Igualmente, se revisó el interior del ducto, **evidenciando gran cantidad de grasa acumulada**, al igual que afectación del cuerpo del ducto que mostraba los alcances del fuego"

Sigue sin entender este extremo procesal la razón por la cual el demandante afirma de forma temeraria que no reposa dentro del expediente una calificación objetiva sobre si efectivamente había mucha grasa acumulada en el ducto afirmando que la Juez se basó en criterios subjetivos para determinar esta situación. No obstante, para rematar la postura me permito seguir presentando los demás elementos de juicio que pueden verificar de forma objetiva la verdadera causa del incendio, es decir, la acumulación de grasa en el ducto.

Se aprecia la grasa quemada al interior del ducto.

Se observa los residuos de grasa quemada en el codo superior del sistema.

Podrá también notar H. Tribunal que conforme a lo expuesto por el Juzgado y sin haber sido tachadas de falsas estas fotografías corresponden a la fecha en que ocurrió la conflagración, es decir, el 25 de enero del 2021. Así mismo para dar más explicaciones al Despacho sobre la relevancia de la acumulación de grasa en la combustión generada que ocasionó el accidente, me permito citar la explicación del ingeniero Infante, como se observa continuación:

> *"(…) Para este en caso en especial, es claro que la grasa hizo combustión en la parte de mayor acumulación (codos superiores del ducto), ocasionando un incendio que*

afectó el lugar, en especial los remaches de sujeción entre ductos, ya que al ser de aluminio (punto de fusión = 660°C), se fusionaron y por el peso del ducto se desprendió generalizando el incendio en la parte superior del mezzanine (bodega de insumos), incendiando los electrodomésticos y elementos en el lugar, ya después por la misma evolución el fuego, se propagó por la cubierta debido a los componentes termo cáusticos de las tejas metálicas (revestimiento en poliuretano), contaminando el sector en virtud de su alto grado de producción de humo (…)" (se destaca)

Por todo lo anterior, en primer lugar, es claro que la postura por la cual el demandante pretende revocar el fallo reprochado no tiene fundamento jurídico ni probatorio alguno, pues lejos está la Juez, según todo lo expuesto, sostener su sentencia bajo fundamentos subjetivos como desvergonzadamente lo sostiene el demandante. Por el contrario, se demuestra la falta de imparcialidad presentada por el perito Chereau al afirmar que existía poca grasa en el ducto sin siquiera haber revisado la parte superior ni la cubierta. Subjetivo es afirmar haberse realizado mantenimiento sin que se le hubiesen presentado documentos que soportaran dicha situación; o también, es no tener en cuenta la certificación de bomberos de diciembre del 2020 sobre el hecho que estaban bien las mangueras y gabinetes del Centro Comercial Chipichape; o, deducir sin prueba alguna que las mangueras que vio que retiraron estaban averiadas porque las vio sucias a la distancia.

Se ha demostrado, por el contrario, que el dictamen del perito Infante si tuvo fundamentos objetivos: fue realizado el mismo día de la conflagración, pudo revisar todas las áreas afectadas incluyendo la parte superior del ducto y la cubierta, se corroboró la evidencia de abundante grasa como factor determinante en la combustión que dio origen al incendio, etc. En estos términos H. Tribunal se demuestra entonces la verdadera causa del incendio, por lo que solicito mantener incólume la sentencia y negar las pretensiones que quiere hacer valer el extremo actor con la presentación del recurso de apelación.

2.3. Inexistencia de responsabilidad contractual por parte de Centro Comercial Chipichape.

Como se sostuvo en la contestación a la demanda presentada y como logró probarse en el curso de este proceso, CENTRO COMERCIAL CHIPICHAPE P.H. no incumplió ninguna de las estipulaciones contractuales del contrato de concesión plurimencionado, a través del cual la propiedad horizontal entregó en calidad de concesión al demandante dos (2) locales comerciales para la explotación económica de un restaurante. Lo anterior toda vez que el centro comercial (i) entregó real y materialmente los locales en la fecha pactada, es decir, el 1 de abril de 2017, en las condiciones estipuladas, esto es, con servicios públicos; (ii) la propiedad horizontal ejerció el control y aprobación de los diseños en virtud de lo expresamente pactado en el contrato de concesión, además, porque así lo debía hacerlo, de acuerdo a la guarda y obligatoriedad del Reglamento de

Propiedad Horizontal.

En concordancia con lo expuesto en relación con el artículo 1602 del Código Civil, el artículo 1603 desarrolla el alcance del principio de buena fe implícito en los contratos, así:

> *"(…) ARTICULO 1603. <EJECUCION DE BUENA FE>. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella (…)"*

Este artículo contempla en esencia, el desarrollo del principio de que las partes se obligan a ejecutar más allá de lo estipulado por escrito, es decir, desarrollar la naturaleza misma de las obligaciones contraídas por las partes. Por esta razón, no es jurídicamente válido alegar por cada una de las partes que no hubo cumplimiento de sus obligaciones porque no fue expresamente pactada, pues de acuerdo a la naturaleza de los contratos en la legislación colombiana, la obligación no surge únicamente por lo estrictamente pactado, sino aquello que también deriva para su cumplimiento.

> *"(…) ARTÍCULO 1604. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.*
>
> *El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.*
>
> *La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.*
>
> *Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes (…)"*

Este artículo es la base legal que tienen las partes para determinar la responsabilidad de cada una de ellas. Es por ello que, en los contratos en los que sólo es útil o reporta beneficio para el acreedor (verbigracia, el depósito gratuito), el único que se beneficia de aquel contrato es el depositante y, por ello, la diligencia esperada por parte del deudor, es decir, del depositario, comporta la culpa grave o lata. Por otro lado, en los contratos en los que se reporta utilidad para el acreedor y el deudor (por ejemplo, la compraventa, el arrendamiento), debido a que ambas partes reportan un beneficio, el nivel de responsabilidad debe ser enmarcado dentro de la culpa leve y, finamente, en

los contratos que sólo son útiles al deudor, como el comodato, la carga de responsabilidad de circunscribe a la culpa levísima.

Podría afirmarse que se trata un primer vistazo de lo que la norma civil concibió de la responsabilidad civil contractual, en tanto, el deudor adquiere un tipo de responsabilidad distinto frente a cada una de las tipologías y naturalezas contractuales. Entonces, si bien existe un diferente grado de responsabilidad, la responsabilidad de este tipo nace en la medida en que ambas partes hayan pactado y acordado previamente la realización de un objeto contractual y que, consecuentemente, una o ambas partes incumpla con una o varias obligaciones que se estén a su cargo.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SC 9 mar. 2001, rad. 5659, sostuvo lo siguiente en cuanto a los elementos de la responsabilidad civil contractual así:

> *"(...) Trátase aquí, según puede establecerse, de un proceso de responsabilidad civil contractual, razón por la cual el acogimiento de la acción depende de la demostración, en primer término, de la celebración por las partes del contrato a que se refiere la misma y, en segundo lugar, de los elementos que son propios a aquella, a saber: el incumplimiento de la convención por la persona a quien se demanda; la producción para el actor de un daño cierto y real; y, finalmente, que entre uno y otro de tales elementos medie un nexo de causalidad, es decir, que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado.*
>
> *(...) Si los contratos legalmente celebrados 'son una ley para los contratantes' (art. 1602 C.C.) y, por consiguiente, 'deben ejecutarse de buena fe' y 'obligan no slo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella' (art. 1603 ib.), lógico resulta que su incumplimiento injustificado esté sancionado por la ley misma y que tal comportamiento, por ende, habilite al contratante inocente para solicitar, por una parte, se ordene su cumplimiento forzado o se disponga su resolución y, por otra, cuando la infracción le ha ocasionado un daño, que se le indemnice, reparación que puede reclamar en forma accesoria a la petición de cumplimiento o resolución o en forma directa, si lo anterior no es posible, (...).*
>
> *Sobre el particular tiene dicho esta Sala de la Corte: 'El contrato legalmente celebrado vincula a las partes y las obliga a ejecutar las prestaciones convenidas, de modo que si una de ellas incumple las obligaciones que se impuso, faculta a la otra para demandar bien que se le cumpla, que se le resuelva el contrato o el pago de los perjuicios que se le hayan causado por el incumplimiento, pretendiendo éstos últimos*

ya de manera principal (arts. 1610 y 1612 del C.C.) o ya de manera accesoria o consecuencial (arts. 1546 y 1818 del C.C.), los que se encaminan a proporcionar a la parte cumplida una satisfacción pecuniaria de los daños ocasionados (…)" (Sent. De 14 de marzo de 1996, Exp. No. 4738, G.J. CCXL, p. 407)

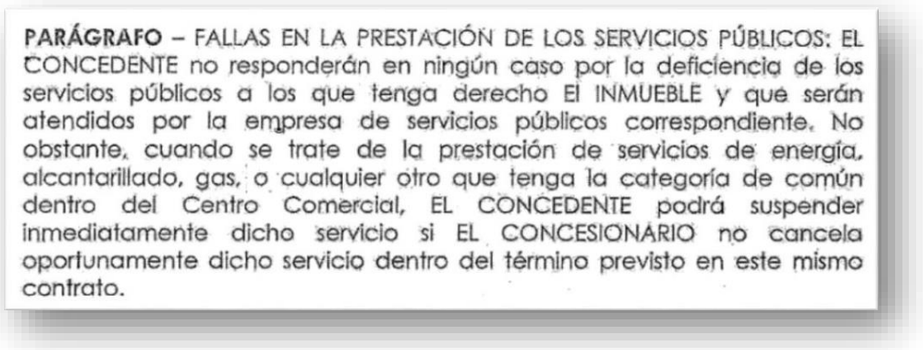
Una vez abordados los elementos que componen la responsabilidad civil contractual, así como la fuerza vinculante de los contratos y el alcance de las estipulaciones contractuales, se procederá a concretar los conceptos anteriores al caso particular. Lo primero que se debe manifestar es que el contrato de concesión privada o mercantil es un contrato atípico e innominado, es decir, no está nombrado ni reglado por la legislación colombiana, sin embargo, en virtud de la autonomía de la voluntad privada, es perfectamente válido y sus efectos tiene fuerza vinculante para las partes contratantes, como se ha mencionado anteriormente.

Descendiendo al caso concreto y una vez analizado el contrato de concesión que sirve de base para la presente acción, se observan de manera concreta y clara las obligaciones que surgieron para cada una de las partes intervinientes. Por ello, CENTRO COMERCIAL CHIPICHAPE P.H. en calidad de concedente se obligó a entregar real y materialmente a INVERSIONES ARGENCOL S.A.S. en calidad de concesionario, dos (2) locales comerciales ubicados en el referido centro comercial, para que este último los explotara económicamente a través de un establecimiento de comercio tipo restaurante. Así quedó plenamente estipulado en la cláusula primera del contrato:

PRIMERA.- OBJETO: El presente CONTRATO tiene por objeto la entrega en concesión que EL CONCEDENTE hace a EL CONCESIONARIO de un área común referenciada como **LOCALES 8-211 y 8-212 del Centro Comercial Chipichape, que tienen aproximadamente 296M2**, las cuales forman parte del Centro Comercial Chipichape, ubicado en la ciudad de Cali y la tenencia que sobre el mismo recibe EL CONCESIONARIO, con el propósito de instalar un establecimiento de comercio de su propiedad, de conformidad con los diseños previamente aprobados por EL CONCEDENTE, para el desarrollo de una actividad comercial de objeto previamente definido. EL INMUEBLE o LOCAL se identifica y describe de manera referencial en el plano de referencia respectivo y EL CONCEDENTE está obligado a entregarlo con las características y condiciones convenidas para el efecto en cuanto a servicios. **Parágrafo:** Para efectos de identificación del INMUEBLE o LOCAL objeto de este contrato se realizan las siguientes precisiones:
Ubicación: CENTRO COMERCIAL CHIPICHAPE de la ciudad de Cali.
Dirección: Avenida 6ª Norte con Calles 36 y 38 Norte
Referencia Interna: **Bodega No. 8 Piso: 2.**

En dicha cláusula se define, de manera global, el objeto del contrato y algunas de las obligaciones en cabeza de cada una de las partes. Nótese entonces que el concedente entregó los inmuebles según lo pactado, de acuerdo al acta de entrega que reposa en el expediente, también fueron entregados con los servicios públicos requeridos para que el restaurante pudiera operar con normalidad, de hecho, al momento de la entrega de los bienes, el concesionario no hizo ninguna objeción, salvedad o anotación, pues los recibió a entera satisfacción.

De hecho, la obligación que tenía el concedente de entregar los inmuebles con servicios públicos tenía una limitación, que también fue pactada en el contrato, así:



PARÁGRAFO – FALLAS EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: EL CONCEDENTE no responderán en ningún caso por la deficiencia de los servicios públicos a los que tenga derecho El INMUEBLE y que serán atendidos por la empresa de servicios públicos correspondiente. No obstante, cuando se trate de la prestación de servicios de energía, alcantarillado, gas, o cualquier otro que tenga la categoría de común dentro del Centro Comercial, EL CONCEDENTE podrá suspender inmediatamente dicho servicio si EL CONCESIONARIO no cancela oportunamente dicho servicio dentro del término previsto en este mismo contrato.

Como se observa, si bien el concedente debía entregar los inmuebles con servicios públicos habilitados, como lo hizo, lo cierto es que la deficiencia en los mismos no era de su responsabilidad ni consorte, por tal razón, tampoco tendría cabida una reclamación en tal sentido.

La segunda obligación que se observa en dicha cláusula y que sirve de base para el demandante de fundar sus pretensiones, tiene que ver con las aprobaciones que debía hacer CENTRO COMERCIAL CHIPICHAPE P.H. de los diseños para el desarrollo de la actividad comercial, obligación y facultad que resulta apenas lógica en tratándose de una propiedad horizontal. Incluso, obsérvese el fin teleológico de la Ley 675 de 2001:

> *"(…) ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley regula la forma especial de dominio, denominada propiedad horizontal, en la que concurren derechos de propiedad exclusiva sobre bienes privados y derechos de copropiedad sobre el terreno y los demás bienes comunes, con el fin de garantizar la seguridad y la convivencia pacífica en los inmuebles sometidos a ella, así como la función social de la propiedad (…)"*

La facultad que contractualmente tenía Centro Comercial Chipichape P.H. no era caprichosa, pues en vista de que la propiedad horizontal es una figura jurídica en la que concurre la propiedad de varias personas, naturales o jurídicas, cumple una función social y, por ende, su deber es velar por la protección de los intereses y derechos de los copropietarios, más aún cuando quien intervenga en dicha propiedad sea un tercero ajeno a la copropiedad, en este caso Inversiones Argencol S.A.S.

Ahora, sobre las zonas comunes, la misma norma establece que:

> *"(…) ARTÍCULO 19. ALCANCE Y NATURALEZA. Los bienes, los elementos y zonas de un edificio o conjunto que permiten o facilitan la existencia, estabilidad, funcionamiento, conservación, seguridad, uso o goce de los bienes de dominio particular, pertenecen en común y proindiviso a los propietarios de tales bienes privados, son indivisibles y, mientras conserven su carácter de bienes comunes, son*

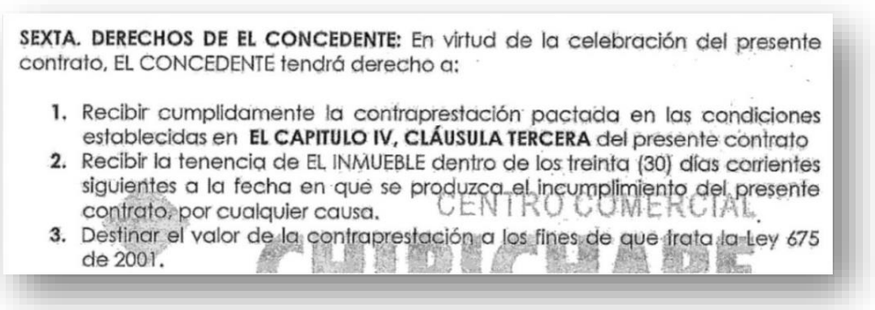
inalienables e inembargables en forma separada de los bienes privados, no siendo objeto de impuesto alguno en forma separada de aquellos.

(…) PARÁGRAFO 2o. Sin perjuicio de la disposición según la cual los bienes comunes son inajenables en forma separada de los bienes de propiedad privada o particular, los reglamentos de propiedad horizontal de los edificios o conjuntos podrán autorizar la explotación económica de bienes comunes, siempre y cuando esta autorización no se extienda a la realización de negocios jurídicos que den lugar a la transferencia del derecho de dominio de los mismos. La explotación autorizada se ubicará de tal forma que no impida la circulación por las zonas comunes, no afecte la estructura de la edificación, ni contravenga disposiciones urbanísticas ni ambientales. Las contraprestaciones económicas así obtenidas serán para el beneficio común de la copropiedad y se destinarán al pago de expensas comunes del edificio o conjunto, o a los gastos de inversión, según lo decida la asamblea general (…)"

La intervención de la propiedad horizontal en los planos del restaurante era perfectamente válida no sólo contractual sino también legalmente, pues la finalidad de dicha intervención, como ya se dijo, correspondía a velar porque el tercero que iba a explotar económicamente los bienes dados en concesión no iba a mutar o afectar la estructura del edificio, corriendo el riesgo de contrariar lo dispuesto en el la Ley y el Reglamento de Propiedad Horizontal.

Ahora bien, en el caso que Centro Comercial Chipichape P.H. haya sugerido la modificación de los planos en virtud de la facultad que tenía, obligó a Inversiones Argencol S.A.S. a su modificación, pero en cumplimiento con la norma técnica dispuesta para ello; es por ello que el concesionario contrató los servicios de una empresa que ellos mismos denominaron experta en el tema. Por ello, la obligación del concedente era velar por el cumplimento de la norma y del Reglamento de Propiedad Horizontal, pero la implementación de dicha observación correspondía al concesionario.

Lo anterior fue pactado como las principales obligaciones en cabeza del concedente, incluso dentro de los derechos pactados a favor de CENTRO COMERCIAL CHIPICHAPE P.H. se podrían también entender como obligaciones, así:



SEXTA. DERECHOS DE EL CONCEDENTE: En virtud de la celebración del presente contrato, EL CONCEDENTE tendrá derecho a:

1. Recibir cumplidamente la contraprestación pactada en las condiciones establecidas en **EL CAPITULO IV, CLÁUSULA TERCERA** del presente contrato
2. Recibir la tenencia de EL INMUEBLE dentro de los treinta (30) días corrientes siguientes a la fecha en que se produzca el incumplimiento del presente contrato, por cualquier causa.
3. Destinar el valor de la contraprestación a los fines de que trata la Ley 675 de 2001.

CENTRO COMERCIAL CHIPICHAPE

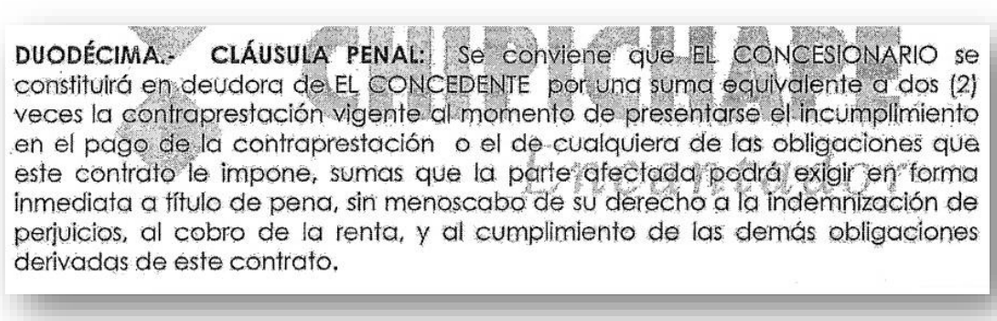
Inclusive, dentro de esas obligaciones adquiridas por el concedente, no fueron de ninguna manera reprochadas por el demandante, pues fueron cumplidas a cabalidad por Centro Comercial Chipichape P.H.

En conclusión, como se observó, Centro Comercial Chipichape P.H. dio cumplimiento cabal a todas y cada una de sus obligaciones contractuales, por ende, no puede, de ninguna manera, imputársele ninguna responsabilidad por incumplimiento contractual, pues de acuerdo al pacto contractual, la propiedad horizontal entregó los inmuebles en la fecha pactada y con los servicios públicos necesarios para el desarrollo del objeto empresarial del establecimiento de comercio tipo restaurante por el que fueron concesionados los locales.

2.4. DEBIDA INTERPRETACION AL NO RECONOCER LA CLÁUSULA PENAL EN FAVOR DE INVERSIONES ARGENCOL

La Juez de primera instancia, en concordancia con todos los fundamentos mencionados en este escrito, acertadamente no estimo el reconocimiento de la cláusula penal en contra del Centro Comercial Chipichape. Lo anterior en concordancia con lo dispuesto dentro del contrato referido en donde se conviene que el concesionario se constituirá en deudora de EL CONCEDENTE por una suma equivalente a dos (02) veces la contraprestación vigente al momento de presentarse el incumplimiento en el pago de la contraprestación. De contera, y para finalizar este escrito, la parte recurrente manteniéndose en su equivoca postura afirma que bajo el principio de reciprocidad la cláusula penal también debería pactarse en contra del concedente. Premisa que atenta contra la autonomía privada de la voluntad y de lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil.

En primer lugar, debe señalarse que según lo dispuesto en la cláusula penal de forma clara expresa la intención de las partes para que en caso de presentarse un incumplimiento contractual la única parte que se constituiría en mora con el fin de reclamar la suma dispuesta como penalidad, es el Concesionario en favor del Concedente, como se observa:



DUODÉCIMA.- CLÁUSULA PENAL: Se conviene que EL CONCESIONARIO se constituirá en deudora de EL CONCEDENTE por una suma equivalente a dos (2) veces la contraprestación vigente al momento de presentarse el incumplimiento en el pago de la contraprestación o el de cualquiera de las obligaciones que este contrato le impone, sumas que la parte afectada podrá exigir en forma inmediata a título de pena, sin menoscabo de su derecho a la indemnización de perjuicios, al cobro de la renta, y al cumplimiento de las demás obligaciones derivadas de este contrato.

Por lo anterior, no es dable reconocer la cláusula penal en favor del demandante principalmente porque no pudo acreditarse un incumplimiento a cargo del Centro Comercial Chipichape, pero

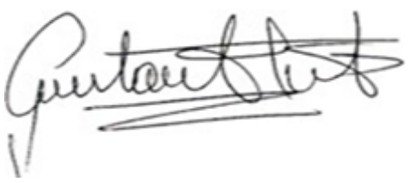
además debido a que de acuerdo con las estipulaciones contractuales que fijaron las partes al momento de suscribir el contrato no se reconoce ninguna sanción contractual en favor del concesionario. Teniendo en cuenta todo lo que ha sido mencionado anteriormente solicito al H. Tribunal dejar incólume la sentencia recurrida.

III. PETICIONES

En mérito de todo lo expuesto, ruego al Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Cali:

CONFIRMAR en su integridad la sentencia del 22 de septiembre de 2023 proferida por el Juzgado Décimo (10) Civil del Circuito de Oralidad de Cali, que acertadamente resolvió en primer lugar NEGAR las pretensiones de la demanda inicial de Inversiones Argencol S.A.S. contra el Centro Comercial Chipichape P.H. absolviendo a su vez a los llamados en garantía, y en segundo lugar, ACCEDER parcialmente a la demanda de reconvención presentada por el Centro Comercial Chipichape PH contra Inversiones Argencol S.A.S.

Del Honorable Tribunal, respetuosamente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA
C.C. Nº 19.395.114 de Bogotá
T.P. N° 39.116 del C. S. de la J.