TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE

DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A.

Vs.

GM COLMOTORES S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de 2016

INDICE

CAPÍTULO PRIMERO - ANTECEDENTES 1

1.1 PARTES 1
1.2 EL PACTO ARBITRAL 1
1.3 EL TRÁMITE ARBITRAL 2
1.4 LA DEMANDA 5
(A) Pretensiones 5
(B) Hechos en que se funda la demanda 6
(i) Los contratos 6
(ii) La relación contractual 11
(iii) La decisión de no renovar el contrato 13
(iv) Relación de largo plazo e inversiones acordadas 16
(v) Agencia comercial 19
1.5 LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA 22
1.6 DURACIÓN DEL PROCESO Y TÉRMINO PARA FALLAR 25

CAPÍTULO SEGUNDO - PRESUPUESTOS PROCESALES 25

2.1 LOS PRESUPUESTOS PROCESALES 25
2.2 LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL 27
2.3 DEMANDA EN FORMA - LA INEPTA DEMANDA 33
2.4 CAPACIDAD PARA SER PARTE 35
2.5 CAPACIDAD PARA COMPARECER AL PROCESO 35

CAPÍTULO TERCERO - CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL 35

3.1 PREÁMBULO 36
3.2 LA AGENCIA COMERCIAL 36
3.2.1 Marco conceptual 36
3.2.2 La agencia comercial en otras jurisdicciones 36
(A) Europa 36
(B) América Latina 39
3.2.3 La Agencia Comercial en Colombia 40
(A) Regulación legal 40
(B) Elementos constitutivos de la agencia comercial 42
3.3 EL CONTRATO DE CONCESIÓN 45
3.4 JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA 47
3.5 LA RELACIÓN COMERCIAL ENTRE LAS PARTES 56

3.6 ARGUMENTOS DE LAS PARTES SOBRE LA NATURALEZA DE SU RELACIÓN CONTRACTUAL CONFORME A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL 66
3.7 NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL 74
CAPITULO CUARTO - LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO 85
4.1 PRETENSIONES SOBRE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO 85
4.2 ARGUMENTOS DE LAS PARTES 86
4.3 NORMAS APLICABLES 86
4.4 HECHOS RELATIVOS A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO 87
4.5 TÉRMINO USUAL DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN 87
4.6 LA NO RENOVACIÓN DEL CONTRATO ENTRE GM Y LOS COCHES 90
4.6.1 La costumbre 90
4.6.2 Requisitos de la costumbre 91
4.6.3 La prueba de la costumbre 92
4.7 LA RENOVACIÓN DEL CONTRATO SEGÚN LA DOCTRINA 97
4.7.1 La doctrina nacional 97
4.7.2 La doctrina extranjera 98
4.7.3 Renovación de contratos sucesivos 100
4.8 EL ABUSO DEL DERECHO 103
4.8.1 Noción del Abuso del Derecho 103
4.8.2 Argumentos de las partes y análisis del Tribunal 104
4.9 VIOLACIÓN DE LOS DEBERES SECUNDARIOS Y LA BUENA FE 110
4.10 LA EXCLUSIVIDAD 112
4.10.1 Contrato entre GM y LOS COCHES 113
4.10.2 La exclusividad y la libre competencia 115
4.10.3 Objetivo de la Cláusula de Exclusividad de GM 116
CAPITULO QUINTO - PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL 118
5.2 SOBRE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA 118
5.3 TACHA DE UN TESTIGO 119
5.4 OBJECIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO 120
5.4 COSTAS 121
CAPÍTULO SEXTO - PARTE RESOLUTIVA 122

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES[1]

1.1 PARTES

La Convocante en este Proceso es **DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A.** (en adelante "LOS COCHES", o "la Convocante", o "el Concesionario"), persona jurídica de derecho privado con domicilio principal en Bogotá, debidamente constituida mediante escritura pública No. 4319 de 9 de Noviembre de 1997, otorgada en la Notaría 6 de Medellín, representada legalmente por Ricardo Salazar Arias, mayor de edad y domiciliado en Bogotá D.C., tal y como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, que obra en el expediente.

En este Proceso actuó a través de apoderado judicial, a quien en forma oportuna se le reconoció personería para actuar con fundamento en el poder que obra en el expediente.

La Convocada en este Proceso es **GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A.** (en adelante "GM", o "GM Colmotores", o "Colmotores", o "la Convocada"; o "la Fábrica"), persona jurídica de derecho privado con domicilio principal en Bogotá D.C., debidamente constituida mediante escritura pública No. 3836 de 30 de agosto de 1956, otorgada en la Notaría 7 de Bogotá, representada legalmente por Jorge Alejandro Mejía González, mayor de edad y domiciliado en Bogotá, tal y como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, que obra en el expediente.

En este Proceso actuó a través de apoderado judicial, a quien en forma oportuna se le reconoció personería para actuar con fundamento en el poder que obra en el expediente.

1.2 EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral con base en el cual se convocó a este Tribunal es el estipulado en la cláusula compromisoria (en adelante "la Cláusula Compromisoria") contenida en el contrato suscrito por las partes el día 24 de febrero de 2012, que en su Cláusula 3.7 dispuso lo siguiente:

> **"***3.7. Proceso de Resolución de Conflictos*
>
> *EL CONCESIONARIO y LA FÁBRICA creen que sus compromisos mutuos con la Misión, Filosofía y Valores de LA FÁBRICA, junto con los mecanismos de consulta, descritos en el artículo 3.6. deberían minimizar el potencial de conflictos. No obstante pueden surgir algunos conflictos que no se puedan resolver en el curso normal de la actividad comercial.*
>
> *El Proceso de Resolución de Conflictos consta de dos etapas: Conciliación y Arbitraje. Salvo en lo referente a acciones que puedan adelantarse en la vía ejecutiva y lo referente a medidas cautelares para la protección de los derechos de propiedad industrial o intelectual de LA FÁBRICA, todas las controversias o reclamaciones deben someterse primero a conciliación, a menos que ambas partes convengan por escrito en renunciar a esta etapa. Si la conciliación no resuelve el conflicto a satisfacción de ambas Partes, entonces EL CONCESIONARIO o LA FÁBRICA pueden someter el conflicto a Arbitraje.*
>
> *A. Conciliación.*

[1] En los textos basados en escritos de las Partes se eliminó el énfasis agregado mediante subrayas y negrillas. Las subrayas y negrillas que aparecen en el Laudo son del Tribunal.

Tanto EL CONCESIONARIO como LA FÁBRICA deben someter a conciliación una reclamación o controversia que surja entre ellos a causa del Contrato de Concesión para la Venta y Posventa de Vehículos Automotores, o en relación directa o indirecta con el mismo. El conciliador será elegido de común acuerdo por las partes, evaluará cada postura y recomendará una solución. La solución recomendada no es de aplicación obligatoria. Si treinta (30) días calendario después de la solicitud de una de las partes a la otra para que se designe el conciliador, no hubiere acuerdo entre las partes se entenderá agotada la etapa de conciliación. En todo caso, la etapa de conciliación no se extenderá por más de noventa (90) días calendario contados a partir del nombramiento del conciliador, vencidos los cuales se entenderá agotada la etapa de conciliación.

B. Arbitraje

Salvo lo referente a acciones que puedan adelantarse por la vía ejecutiva y lo referente a medidas cautelares para la protección de los derechos de propiedad industrial o intelectual de LA FÁBRICA, toda diferencia o controversia que surja entre las partes a causa de este contrato o en relación directa o indirecta con el mismo que no hubiere sido conciliada, se resolverá por un Tribunal de arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Bogotá, de acuerdo con la siguientes reglas:

- *El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes y, en su defecto, por el Consejo Directivo de la Cámara de Comercio Colombo-Americana.*
- *La organización interna, las tarifas y honorarios del Tribunal se sujetarán a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.*
- *El Tribunal decidirá en derecho.*
- *El Tribunal funcionará en Bogotá, en la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de esta ciudad".*

1.3 EL TRÁMITE ARBITRAL

Las actuaciones que se han adelantado en el presente Proceso hasta la fecha, se pueden sintetizar de la siguiente manera:

1.- La demanda con la que se dio origen al Proceso fue presentada en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 2 de diciembre de 2013.

2.- En cumplimiento de las previsiones incorporadas en la Cláusula Compromisoria, las partes (en adelante "las Partes") de común acuerdo, en reunión surtida el día 12 de marzo de 2014, designaron a los doctores Eduardo Silva Romero, Antonio José Núñez Trujillo y Jaime Humberto Tobar Ordóñez, como árbitros principales, y, como árbitro suplente, al doctor Juan Carlos Varón Palomino. Los árbitros principales oportunamente manifestaron su aceptación a la designación.

3.- La audiencia de instalación del Tribunal se celebró el 30 de abril de 2014, en la cual el Tribunal se declaró legalmente instalado y fijó como lugar de funcionamiento del mismo y de su secretaría, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En esta misma providencia se designó como Presidente al doctor Antonio José Núñez Trujillo y como Secretario al doctor Fabricio Mantilla Espinosa, y se admitió la demanda arbitral.

4.- El 13 de mayo de 2014 se presentó un escrito mediante el cual el apoderado de la Convocada se opuso a la designación del Secretario. Surtido el trámite establecido por el Tribunal, y decidida la no procedencia de la solicitud de remoción presentada, el Secretario del Tribunal presentó renuncia a su cargo.

5.- El 10 de junio de 2014 el Tribunal designó como nuevo Secretario al doctor Carlos Mayorca Escobar quien, una vez surtido el trámite previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, procedió a tomar posesión ante el Tribunal.

6.- El 16 de julio de 2014 la Convocada interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, el cual, una vez surtido el trámite previsto en la ley, se decidió el día 23 de octubre de 2014, mediante auto a través del cual se revocó el auto admisorio y se inadmitió la demanda arbitral.

7.- El 2 de agosto de 2014 presentó renuncia al Tribunal el doctor Eduardo Silva Romero, situación respecto de la cual se dio conocimiento al Centro de Arbitraje, por cuyo conducto se citó al árbitro suplente doctor Juan Carlos Varón Palomino, quien posteriormente presentó renuncia, siendo designado de común acuerdo por las partes el doctor Juan Caro Nieto, quien aceptó. Una vez surtido el trámite previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, el Tribunal quedó integrado por los doctores Antonio José Núñez Trujillo (Presidente), Jaime Humberto Tobar Ordóñez y Juan Caro Nieto.

8.- El 3 de septiembre de 2014 el apoderado de la Convocante presentó un escrito con el fin de subsanar lo requerido por el Tribunal, y se profirió posteriormente el auto de fecha 6 de noviembre de 2014 mediante el cual se admite la demanda y se ordena correr traslado de la misma.

9.- El 12 de diciembre de 2014 el apoderado de la Convocada presentó un escrito por el cual contestó la demanda, se opuso a las pretensiones de la misma, formuló excepciones de fondo, solicitó el decreto y práctica de pruebas, y se opuso al juramento estimatorio. En la misma fecha presentó un escrito denominado Adición al Acápite de Pruebas.

10.- El 9 de febrero de 2015 el apoderado de la Convocante presentó un escrito "Reforma de la Demanda (Integrada)" (en adelante "la Demanda"), el cual se admitió mediante auto de la misma fecha y se ordenó correr traslado de ella a la Convocada.

11.- El 12 de febrero de 2015 el apoderado de la Convocada presentó recurso de reposición contra el auto admisorio de la Demanda, el cual, una vez se pronunció el apoderado de la Convocante, se decidió por el Tribunal mediante Auto de fecha 23 de febrero de 2015, que confirmó lo decidido por el Tribunal.

12.- El 11 de marzo de 2015 el apoderado de la Convocada radicó en la Secretaría del Tribunal un escrito mediante el cual contestó la Demanda (en adelante "la Contestación de la Demanda"), solicitó pruebas, presentó excepciones de mérito y objetó el juramento estimatorio formulado.

13.- El 13 de marzo de 2015 se corrió traslado del escrito de Contestación de la Demanda que contenía las excepciones de mérito y la objeción al juramento estimatorio que aparecía en la Contestación de la Demanda.

14.- El 20 de marzo de 2015 el apoderado de la Convocante presentó escrito mediante el cual descorrió el traslado referido en el numeral anterior y solicitó pruebas.

15.- El 7 de abril de 2015 se celebró la audiencia de conciliación en la cual las Partes no llegaron a un acuerdo conciliatorio, por lo cual el Tribunal procedió a fijar las sumas correspondientes a honorarios y gastos del Proceso, que fueron oportunamente pagadas por ambas Partes.

16.- El 5 de mayo de 2015 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite en la cual el Tribunal se declaró competente; contra esta decisión, la Convocada interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto en audiencia y confirmado por el Tribunal.

17.- Ejecutoriada la providencia por la cual asumió competencia, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes.

18.- Durante el Proceso fueron practicados los Testimonios de: Carolina Ramírez, Jairo Cándelo, Alexander Peña (Acta No. 13 de 21 de mayo de 2015); Mauricio Becerra (Acta No. 18 del 21 de julio de 2015); Eduardo Reátiga, Carlos Felipe Gómez Ramírez y Luz Ángela Isaza Alba (quien fue tachada de sospecha por el apoderado de la Convocante) (Acta No. 18 de 28 de julio de 2015); Carlos Adolfo Pacheco Median, Diana Lorena Reynoso Avellaneda, Rafael Ardila Duarte, Carlos Gustavo Cano Sanz y Jorge Villegas Venegas (Acta No. 19 de 29 de julio de 2015); Andrés Mitsuo Fue Pimienta y Pedro Esteban Salazar

Arango (Acta No. 20 de fecha 30 de julio de 2016); Nicolás Rendón Escobar y Eugenio Martínez Niño (Acta No. 21 de 3 de agosto de 2015); Carlos Alberto Montoya Soto y Pedro Jaime Mejía Ospina (Acta No. 22 de 6 de agosto de 2015); Álvaro Chaves Ramírez, Juan Pablo Lince Gómez y Gonzalo Aristizábal Kaiser (Acta No. 23 de 13 de agosto de 2015); Gabriel Guzmán Perdomo y Carlos Hernando Villegas Quintero (Acta No. 25 del 3 de septiembre de 2015); Sergio Ignacio Valderrama Vergara, Pedro Andrés Mejía Rozo y Alirio De Jesús Alarcón Cepeda (Acta No. 26 del 4 de septiembre de 2015); Oscar Machado y Santiago De Francisco Caballero (Acta No. 27 del 15 de septiembre de 2015); Jaime Ardila Gómez (Acta No. 32 del 3 de noviembre de 2015); Santiago Andrés Chamorro Micolta (Acta No. 35 del 18 de noviembre de 2015); Marcela Jiménez y Fernando Rueda Donado (Acta No. 36 del 30 de noviembre de 2015).

19.- La Convocante desistió de los Testimonios de Carlos Paz, Felipe Echeverry Muñoz, Miguel Gutiérrez Navarro, Enrique Vargas Alcázar, Roberto Alcocer, Rafael Alcocer, José Clopatofsky, Samuel Jaramillo Restrepo, José Fernando Jaramillo Arango, Mateo Mejía, Verane Antonio Romero García, Carlos Eduardo Vásquez Osorio, Carlos Alberto Prado Daza. Orlando Rojas Bustos, Felipe López Hoyos, Francisco Javier Ángel Toro, Jairo Martínez Henao, Carlos José González Sanmiguel, Jorge Eduardo Rueda, Faizully Gallego León, Catalina Moreno Suárez, Gabriel Zapata, Gabriel Jaramillo Gómez, Geoffrey Hutchinson Lascano, Ronald Alexis Colmenares, Olga Janeth Santos Marín, Jaime Alfonso Ruiz Zambrano, Francisco Guerrero, Manuel Antonio Torres e Ibán Peña.

20.- La Convocada desistió de la práctica de los Testimonios de los señores Luis Martínez y Diego Montoya.

21.- Los Interrogatorios de Parte de los representantes legales de las Partes se practicaron el día 30 de noviembre de 2015 (Acta No. 36).

22.- De las transcripciones de los testimonios y de los Interrogatorios de Parte se corrió traslado a los apoderados de las Partes. La Convocante solicitó algunas correcciones a los mismos.

23.- Fueron librados oficios a la Superintendencia de Industria y Comercio, Promotora de Oriente, Cámara de Comercio de Bogotá, Importadora Celeste, Blu Radio y Caracol S.A. De los mismos se recibieron respuestas que fueron puestas en conocimiento de las Partes.

24.- Las experticias aportadas por los apoderados de las Partes fueron agregadas al expediente y sobre las mismas se ejerció la correspondiente audiencia de contradicción el día 5 de noviembre de 2015 (Acta No. 33).

25.- Se practicaron las inspecciones judiciales con intervención de perito informático en las oficinas de las Partes, las cuales, por solicitud conjunta de los apoderados de las Partes, se dieron por concluidas el 2 de junio de 2016 (Acta No. 49). La Convocante desistió de las inspecciones judiciales en las instalaciones de Metrokia, Auto Berlín y Campesa.

26.- Los dictámenes periciales inmobiliario y financiero decretados a solicitud de la Convocada fueron desistidos por dicha Parte. Finalmente se practicó el dictamen pericial informático por parte de la firma Adalid Corp. Este fue rendido el día 15 de febrero de 2016, y las Partes solicitaron aclaraciones y complementaciones que fueron rendidas el día 12 de abril de 2016.

27.- Concluida la etapa probatoria y cerrada la misma por solicitud de los apoderados de las Partes, estos, en audiencia del 8 de julio de 2016, expusieron sus Alegatos de Conclusión de manera oral y al final presentaron los correspondientes escritos.

28.- El Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo.

1.4 LA DEMANDA

(A) Pretensiones

En la Demanda reformada, la Convocante presentó las siguientes pretensiones:

"Primera Pretensión Principal: Que se declare que entre LA FÁBRICA y LOS COCHES se celebró un contrato de agencia mercantil (agencia de hecho) vigente desde el día 15 de junio de 1978 y que se prorrogó de manera continua hasta el 27 de febrero de 2013, o durante el tiempo que se logre probar dentro del presente proceso arbitral.

Primera Pretensión Consecuencial de la Primera Pretensión Principal: Que, como consecuencia de la anterior declaración y la terminación del contrato existente entre las Partes el día 27 de febrero de 2013, el Honorable Tribunal declare que LA FÁBRICA debe a LOS COCHES una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida por LOS COCHES en los tres últimos años de la agencia mercantil, por cada uno de vigencia del contrato, conforme se pruebe en el proceso, a título de la denominada "cesantía comercial", consagrada en el primer inciso del artículo 1324 del Código de Comercio.

Como consecuencia de la procedencia de la pretensión anterior, sírvase ordenar a la Parte Convocada pagar a LOS COCHES la suma que determine el Tribunal, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo respectivo.

Subsidiaria de la Primera Pretensión Principal: En caso de que no prospere la Primera Pretensión Principal, solicito que el H. Tribunal declare la coexistencia entre Las Partes de los contratos de concesión y de agencia comercial (agencia de hecho) desde el día 15 de junio de 1978 hasta el 12 de febrero de 2013, o durante el tiempo que se logre probar en el presente proceso arbitral.

Consecuencial de la Subsidiaria de la Primera Pretensión Principal: Que, como consecuencia de la anterior declaración y la terminación del contrato existente entre las Partes el día 27 de febrero de 2013, el Honorable Tribunal declare que LA FÁBRICA debe a LOS COCHES una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida por LOS COCHES en los tres últimos años de la agencia mercantil, por cada uno de vigencia del contrato, conforme se pruebe en el proceso, a título de la denominada "cesantía comercial", consagrada en el primer inciso del artículo 1324 del Código de Comercio.

Como consecuencia de la procedencia de la pretensión anterior, sírvase ordenar a la Parte Convocada pagar a LOS COCHES la suma que determine el Tribunal, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo respectivo.

Segunda Pretensión Principal: Solicito se declare que la decisión de la Parte Convocada de "no renovar el contrato" existente entre GENERAL MOTORS - COLMOTORES S.A. y LOS COCHES, adoptada durante la vigencia del mismo, constituye un incumplimiento del contrato suscrito entre las Partes el 24 de febrero de 2012.

Consecuencial de la Segunda Pretensión Principal: Que como consecuencia de la anterior declaración, condene a la Parte Convocada a pagar a LOS COCHES por concepto de daño emergente y del lucro cesante, los montos que resulten demostrados en el proceso, a título de indemnización de perjuicios.

Subsidiaria de la Segunda Pretensión Principal: En caso de que no prospere la Segunda Pretensión Principal, solicito que el H. Tribunal declare que la decisión de la Convocada de "no renovar el contrato" vigente entre GENERAL MOTORS - COLMOTORES S.A. y LOS COCHES a partir del 24 de febrero de 2012, adoptada durante la vigencia del mismo, constituye un abuso del derecho, en los términos del artículo 830 del Código de Comercio.

Consecuencial de la Subsidiaria de la Segunda Pretensión Principal: Que como consecuencia de la anterior declaración, condene a la Parte Convocada a pagar a LOS COCHES por concepto de daño emergente y del lucro cesante, los montos que resulten demostrados en el proceso, a título de indemnización de perjuicios.

Consecuencial común a las anteriores

Solicito que sobre los montos de cualquiera de las condenas que imponga el Tribunal, las mismas se actualicen de acuerdo con el índice de precios aplicable, y que a partir del laudo

condenatorio se reconozcan a favor del Demandante los correspondientes intereses moratorios, liquidados hasta el momento en que el pago se verifique efectivamente.

Costas

Que se condene al Demandado a pagar, a favor del Demandante, las costas y expensas –incluidas las agencias en derecho– del presente proceso arbitral".

(B) Hechos en que se funda la Demanda

Aquí el Tribunal resume los hechos sin por ello estar expresando su conformidad con la forma en que fueron presentados en la Demanda.

Durante cerca de 35 años, GENERAL MOTORS - COLMOTORES S.A. y DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A., sociedad vinculada a la Organización Ardila Lülle (OAL[2]), celebraron contratos sin cláusula de exclusividad, "para la venta y posventa de vehículos automotores y su partes", a través de los cuales contribuyeron a consolidar las marcas fabricadas por COLMOTORES y, en particular, la marca Chevrolet en Colombia.

(i) Los contratos

Históricamente, la relación jurídica entre las Partes se desarrolló con base en los siguientes contratos:

1.1. Mediante contrato suscrito el día 15 de junio 1978 entre la FÁBRICA CHRYSLER COLOMBIANA DE AUTOMOTORES, S.A. (LA FÁBRICA) y la DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A. (EL CONCESIONARIO), se estableció que "LA FÁBRICA otorga al CONCESIONARIO, durante la vigencia de este contrato y sujeto a los términos y condiciones del mismo, el derecho no exclusivo de vender al usuario vehículos de las marcas que a continuación se enuncian, que hubiere adquirido de la FÁBRICA : DODGE Y SIMCA así como accesorios y repuestos vendidos por LA FÁBRICA o por otra compañía, siempre y cuando sean de aprobación por LA FÁBRICA (…)" (cláusula 1ª.) . De conformidad con la cláusula 15, el contrato se convino con "[…] una duración de un (1) año prorrogable de uno (1) en uno (1), por acuerdo escrito entre las partes, treinta (30) días antes de su vencimiento".

1.2. En la prórroga del 15 de junio de 1979, la cual se elevó a escritura pública del día 4 de julio de 1979, las Partes "[…] manifiestan que prorrogan por un (1) año a partir del día quince (15) de junio de mil novecientos setenta y nueve (1979), el contrato celebrado entre los mismos, fechado el día quince (15) de junio de mil novecientos setenta y ocho (1978), de conformidad con lo previsto en la cláusula 15 del contrato que se prorroga".

1.3. La relación comercial entre las Partes persistió sin solución de continuidad y el día 29 de diciembre de 1981 se formalizó un documento entre la FÁBRICA COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A. COLMOTORES S.A. (LA FÁBRICA) y la DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A. (EL CONCESIONARIO), en cuya cláusula primera se lee:

"LA FÁBRICA otorga al CONCESIONARIO (sic), durante la vigencia de este contrato y sujeto a los términos y condiciones del mismo, el derecho no exclusivo de vender vehículos de las marcas que a condición (sic) se mencionan que hubiere adquirido de la FÁBRICA: CHEVROLET Y DODGE así como vehículos y accesorios y repuestos vendidos por LA FÁBRICA o por otra compañía, siempre y cuando sean aprobados por LA FÁBRICA (…)".

A la luz de la cláusula decimosexta, referente a la duración y terminación del contrato, se acordó que "El presente contrato tendrá una duración de cinco (5) años, prorrogables previo acuerdo expreso entre las partes y por escrito, treinta (30) días antes del vencimiento".

---

[2] Organización Ardila Lülle, la cual se describe a sí misma en su página web (http://www.oal.com.co/) como "uno de los principales conglomerados empresariales de Colombia y de América Latina, y precisa que "*Las empresas que conforman la organización están dedicadas a la producción y transformación de bienes y servicios en los sectores de bebidas, ingenios azucareros, comunicaciones, empaques, agroindustria, seguros, deportes y automotores, entre otros*".

1.4. El 18 de diciembre de 1986 la FÁBRICA COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A. COLMOTORES S.A. (LA FÁBRICA) y la DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A. (EL CONCESIONARIO) refrendaron su relación comercial mediante documento en el que, de conformidad con la cláusula primera, relativa a los productos, se dice:

"LA FÁBRICA otorga al CONCESIONARIO durante la vigencia de este contrato y sujeto a los términos y condiciones del mismo, el derecho no exclusivo de vender vehículos de las marcas que a continuación se mencionan, que hubiere adquirido de LA FÁBRICA: CHEVROLET Y DODGE. Adicionalmente LA FÁBRICA otorga al CONCESIONARIO el derecho no exclusivo de identificarse como un Concesionario Autorizado para vender dichos vehículos, sujeto a lo estipulado en acuerdo separado de identificación. EL CONCESIONARIO también podrá vender vehículos, accesorios y repuestos vendidos por LA FÁBRICA o por otra Compañía, siempre y cuando sean aprobados por LA FÁBRICA (…)".

De igual modo, bajo la cláusula décimo sexta, se pactó que "El presente contrato tendrá una duración de un (1) año, contado a partir del primero (1°) de enero de 1987, prorrogable previo acuerdo expreso entre las partes por escrito, treinta (30) días antes del vencimiento".

1.5. El 10 de diciembre de 1987 la FÁBRICA COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A. COLMOTORES S.A. (LA FÁBRICA) y la DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A. (EL CONCESIONARIO), reiteraron el alcance de su relación comercial, mediante negocio, cuya cláusula primera señaló:

"LA FÁBRICA otorga al CONCESIONARIO durante la vigencia de este contrato y sujeto a los términos y condiciones del mismo, el derecho no exclusivo de vender vehículos de las marcas que a continuación se mencionan, que hubiere adquirido de LA FÁBRICA: CHEVROLET Y DODGE. Adicionalmente LA FÁBRICA otorga al CONCESIONARIO el derecho no exclusivo de identificarse como un Concesionario Autorizado para vender dichos vehículos, sujeto a lo estipulado en acuerdo separado de identificación. El CONCESIONARIO también podrá vender vehículos, accesorios y repuestos vendidos por LA FÁBRICA o por otra Compañía, siempre y cuando sean aprobados por LA FÁBRICA (…)".

Bajo la cláusula décimo sexta, se convino que "El presente contrato tendrá una duración de un (1) año, contado a partir del primero (1°) de enero de 1988, prorrogable previo acuerdo expreso entre las partes por escrito, treinta (30) días antes del vencimiento".

1.6. El 7 de marzo de 1989 la FÁBRICA COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A. COLMOTORES S.A. (LA FÁBRICA) y la DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A. (EL CONCESIONARIO) ratificaron su vínculo jurídico bajo la Escritura Pública No. 0747 de la Notaria 37 del Círculo de Bogotá, cuya cláusula primera dispuso:

"LA FÁBRICA otorga al CONCESIONARIO durante la vigencia de este contrato y sujeto a los términos y condiciones del mismo, el derecho no exclusivo de vender vehículos de las marcas que a continuación se mencionan, que hubiere adquirido de LA FÁBRICA: CHEVROLET. Adicionalmente LA FÁBRICA otorga al CONCESIONARIO el derecho no exclusivo de identificarse como un Concesionario Autorizado para vender dichos vehículos, sujeto a lo estipulado por separado en el Acuerdo de Identificación. El CONCESIONARIO también podrá vender vehículos, accesorios y repuestos vendidos por LA FÁBRICA o por otra Compañía, siempre y cuando sean aprobados por LA FÁBRICA (…)".

Por otra parte, de acuerdo con la cláusula decimosexta, se estableció que "El presente contrato estará vigente por el lapso contado a partir del otorgamiento de la presente escritura pública y hasta el día treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), prorrogable previo acuerdo expreso entre las partes por escrito, treinta (30) días antes del vencimiento".

1.7. El 8 de febrero de 1990 la FÁBRICA COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A. COLMOTORES S.A. (LA FÁBRICA) y la DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A. (EL CONCESIONARIO), revalidaron su relación comercial disponiendo en la cláusula primera:

"LA FÁBRICA otorga al CONCESIONARIO durante la vigencia de este contrato y sujeto a los términos y condiciones del mismo, el derecho no exclusivo de vender vehículos de las

marcas que a continuación se mencionan, que hubiere adquirido de LA FÁBRICA: CHEVROLET. Adicionalmente LA FÁBRICA otorga al CONCESIONARIO el derecho no exclusivo de identificarse como un Concesionario Autorizado para vender dicho vehículos, sujeto a lo estipulado por separado en el Acuerdo de Identificación. El CONCESIONARIO también podrá vender vehículos, accesorios y repuestos vendidos por LA FÁBRICA o por otra Compañía, siempre y cuando sean aprobados por LA FÁBRICA (…)".

A la luz de la cláusula decimosexta, referente a su duración y terminación, se pactó que el contrato "[…] estará vigente por el lapso contado a partir del otorgamiento de la presente escritura pública y hasta el día treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos noventa (1990), prorrogable previo acuerdo expreso entre las partes […]".

1.8. El 11 de febrero de 1992 se acordó entre la FÁBRICA COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A. COLMOTORES S.A. (LA FÁBRICA) y la DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A. (EL CONCESIONARIO), la siguiente cláusula primera:

"LA FÁBRICA otorga al CONCESIONARIO durante la vigencia de este contrato y sujeto a los términos y condiciones del mismo, el derecho no exclusivo de vender vehículos de las marcas que a continuación se mencionan, que hubiere adquirido de LA FÁBRICA: CHEVROLET. Adicionalmente, LA FÁBRICA otorga al CONCESIONARIO el derecho no exclusivo de identificarse como un Concesionario Autorizado para vender dicho vehículos, sujeto a lo estipulado por separado en el Acuerdo de Identificación. El CONCESIONARIO también podrá vender vehículos, accesorios y repuestos vendidos por LA FÁBRICA o por otra Compañía, siempre y cuando sean aprobados por LA FÁBRICA (…)".

De conformidad con la cláusula decimosexta, referente al período de duración del contrato, se pactó que "El presente contrato estará vigente por el lapso contado a partir del otorgamiento de la presente escritura pública y hasta el 28 de febrero de 1995, prorrogable previo acuerdo expreso entre las partes por escrito […]".

1.9. El 7 de febrero de 1995, GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. (LA FÁBRICA) y la DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A. (EL CONCESIONARIO) ratificaron su relación comercial y mediante la cláusula segunda dispusieron:

"Mediante el presente contrato, LA FÁBRICA , obrando como concedente, autoriza a EL CONCESIONARIO para utilizar en su propio beneficio el conjunto de bienes intangibles relacionados en la Cláusula Primera de este contrato, en relación con los automotores, repuestos y accesorios de las marcas CHEVROLET y/o de otras marcas utilizadas y aprobadas por LA FÁBRICA , -en adelante LOS PRODUCTOS-, que EL CONCESIONARIO adquiera en virtud de contratos de compraventa autónomos e independientes del presente contrato de concesión, los cuales se materializan en facturas de las contempladas en el artículo 944 del Código de Comercio y que también serán documentos autónomos e independientes del presente instrumento, con el objeto de comercializarlos al público. La concesión acordada implica para EL CONCESIONARIO la facultad no exclusiva de anunciarse en calidad de tal, y por lo tanto autorizado para vender LOS PRODUCTOS y para utilizar en sus avisos de identificación y en su publicidad el nombre de LA FÁBRICA y las marcas, nombres comerciales, logotipos y demás distintivos de LOS PRODUCTOS, todo conforme a las reglamentaciones y políticas diseñadas por LA FÁBRICA y previa aprobación de ella para cada caso específico, teniendo en cuenta lo estipulado por separado en el acuerdo de identificación".

Por otra parte, según la cláusula décima quinta del documento en cita, se establece que "El presente contrato estará vigente por el lapso contado a partir de la firma de este documento y hasta el 15 de febrero de 1998. Este término podrá prorrogarse previo acuerdo expreso entre las partes, consignado por escrito".

1.10. El 13 de mayo de 1997, GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. (LA FÁBRICA) y la DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A. (EL CONCESIONARIO), fortalecieron su relación comercial. En la cláusula segunda, relativa al objeto contractual, se pactó:

"Mediante el presente contrato LA FÁBRICA , obrando como concedente, autoriza a EL CONCESIONARIO para utilizar en su propio beneficio el conjunto de bienes intangibles relacionados en la Cláusula Primera de este contrato, en relación con los automotores,

repuestos, accesorios de las marcas CHEVROLET y/o de otras marcas utilizadas y aprobadas por LA FÁBRICA , -en adelante LOS PRODUCTOS-, que EL CONCESIONARIO adquiera en virtud de los contratos de compraventa autónomos e independientes del presente contrato de concesión, los cuales se materializan en facturas de las contempladas en el artículo 944 del Código de Comercio y que también serán documentos autónomos e independientes del presente instrumento, con el objeto de comercializarlos al público. La concesión acordada implica para EL CONCESIONARIO la facultad no exclusiva de anunciarse en calidad de tal, y por lo tanto autorizado para vender LOS PRODUCTOS y para utilizar en sus avisos de identificación y en su publicidad el nombre de LA FÁBRICA y las marcas, nombres comerciales, logotipos y demás distintivos de LOS PRODUCTOS, todo conforme a las reglamentaciones y políticas diseñadas por LA FÁBRICA y previa aprobación de ella para cada caso específico, teniendo en cuenta lo estipulado por separado en el acuerdo de identificación".

De otro lado, la cláusula décima quinta estableció el término de duración del contrato, así:

"El presente contrato estará vigente por el lapso contado a partir de la firma de este documento y hasta el 15 de febrero del 2000. Este término podrá prorrogarse previo acuerdo expreso entre las partes, consignado por escrito".

1.11. El 24 de febrero de 2000 GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. (LA FÁBRICA) y la DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A. (EL CONCESIONARIO), afianzaron su relación y dispusieron en la cláusula segunda lo siguiente:-

"Mediante el presente contrato las partes acuerdan que: (1) LA FÁBRICA , obrando como concedente: (a) autoriza a EL CONCESIONARIO para utilizar en su propio beneficio el conjunto de bienes intangibles relacionados en la Cláusula Primera de este contrato, en relación con los Automotores, Repuestos, Accesorios y Servicios de las marcas CHEVROLET y/o de otras marcas utilizadas y aprobadas por LA FÁBRICA , -en adelante LOS PRODUCTOS-, que EL CONCESIONARIO adquiera en virtud de los contratos de compraventa autónomos e independientes del presente contrato de concesión, los cuales se materializan en facturas de las contempladas en el artículo 944 del Código de Comercio y que también serán documentos autónomos e independientes del presente instrumento; y (b) Autoriza sin exclusividad a EL CONCESIONARIO para vender y dar servicio a LOS PRODUCTOS de LA FÁBRICA y para presentarse como Concesionario Chevrolet. (…)" .

De conformidad con la cláusula 4.4 del documento en cita, relativa a la duración del contrato, se pactó que "El termino de duración del presente Contrato es de tres (3) años contados a partir de la firma del presente instrumento y se puede renovar previo acuerdo expreso entre las pares, caso en el cual deberá suscribirse el instrumento público correspondiente".

1.12. El 21 de febrero de 2003 GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. (LA FÁBRICA) y la DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A. (EL CONCESIONARIO) afirmaron su relación contractual, de acuerdo con la cláusula segunda, se pactó que:

"Mediante el presente contrato las partes acuerdan que: (1) LA FÁBRICA , obrando como concedente: (a) Autoriza a EL CONCESIONARIO para utilizar en su propio beneficio el conjunto de bienes intangibles relacionados en la Cláusula Primera de este contrato respecto a los Vehículos Automotores, Repuestos, Accesorios y Servicios de las marcas CHEVROLET y/o de otras marcas utilizadas y aprobadas por LA FÁBRICA , -en adelante LOS PRODUCTOS-, que EL CONCESIONARIO adquiera en virtud de los contratos de compraventa autónomos e independientes del presente contrato de concesión, los cuales se materializan en facturas de las contempladas en el artículo 944 del Código de Comercio y que también serán documentos autónomos e independientes del presente instrumento; y (b) Autoriza sin exclusividad a EL CONCESIONARIO para vender y dar servicio a LOS PRODUCTOS de LA FÁBRICA y para presentarse como Concesionario Chevrolet. (…)".

De otra parte, de acuerdo con la cláusula 1.4.4 del documento en cita, referente a la vigencia del mismo, se acordó que "El termino de duración del presente Contrato es de tres (3) años contados a partir del 24 de Febrero de 2003 y hasta el 24 de Febrero de 2006".

1.13. Pasados los tres años, el 16 de febrero de 2006 GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. (LA FÁBRICA) y la DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A. (EL CONCESIONARIO), ratificaron su relación comercial, y en la cláusula segunda se dispuso:

"Mediante el presente Contrato las partes acuerdan que: (1) LA FÁBRICA , obrando como concedente: (a) Autoriza a EL CONCESIONARIO para utilizar en su propio beneficio el conjunto de bienes intangibles relacionados en la Cláusula Primera de este contrato respecto a los Vehículos los Automotores, Repuestos, Accesorios y Servicios de las marcas CHEVROLET y/o de otras marcas utilizadas y aprobadas por LA FÁBRICA , -en adelante LOS PRODUCTOS-, que EL CONCESIONARIO adquiera en virtud de contratos de compraventa autónomos e independientes del presente contrato de concesión, los cuales se materializan en facturas de las contempladas en el artículo 944 del Código de Comercio y que también serán documentos autónomos e independientes del presente instrumento; y (b) Autoriza sin exclusividad a EL CONCESIONARIO para vender y dar servicio a LOS PRODUCTOS de LA FÁBRICA y para presentarse como Concesionario Chevrolet. (…)".

De conformidad con la cláusula 4.4 del documento en cita, referente a la duración del contrato, se previó nuevamente un término de tres años: "El término de duración del presente Contrato es de tres (3) años contados a partir del 25 de Febrero de 2006 y hasta el 25 de Febrero de 2009, ambas fechas inclusive".

1.14. El 24 de febrero de 2009 GENERAL MOTORS - COLMOTORES S.A. (denominada LA FÁBRICA) y la DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A. (denominado EL CONCESIONARIO) refrendaron su vieja relación "para la venta y posventa de vehículos automotores y su partes" mediante la Escritura Pública No. 355 otorgada en la Notaría 55 de Bogotá. El objeto del documento se convino en la cláusula segunda del mismo:

"(1) LA FÁBRICA, obrando como concedente: (a) Autoriza a EL CONCESIONARIO para utilizar en su propio beneficio el conjunto de bienes intangibles relacionados en la Cláusula Primera de este Contrato respecto a los Vehículos Automotores, Repuestos, Accesorios y Servicios de las marcas CHEVROLET y/o de otras marcas utilizadas y aprobadas por LA FÁBRICA –en adelante LOS PRODUCTOS–, que EL CONCESIONARIO adquiera en virtud de Contratos de concesión, los cuales se materializarán en facturas de las contempladas en el artículo 944 del Código de Comercio y que también serán documentos autónomos e independientes del presente instrumento; y (b) Autoriza sin exclusividad a EL CONCESIONARIO para vender y dar servicio a LOS PRODUCTOS de LA FÁBRICA y para presentarse como Concesionario Chevrolet. (2) Las partes establecen las condiciones que convienen EL CONCESIONARIO y LA FÁBRICA para operar en conjunto; y (3) Las partes establecen las responsabilidades mutuas entre EL CONCESIONARIO y LA FÁBRICA y las de ambos con respecto a los clientes".

De conformidad con la cláusula 4.4 del documento al que se hace alusión, el término del acuerdo se extendía hasta el 26 de febrero de 2012.

(ii) La relación contractual

1.15. Desde el inicio de la relación, se convino que LOS COCHES, para realizar operaciones con productos y/o servicios diferentes a los del objeto del contrato con COLMOTORES, debía obtener consentimiento previo por parte de la Fábrica, lo que tampoco significaba una obligación de exclusividad a cargo de LOS COCHES. Y, en todo caso, durante la relación jurídica nunca se convino que empresas adscritas o vinculadas a la OAL, estuviesen obligadas a una exclusividad a favor de GM COLMOTORES.

Como se deduce de los numerales anteriores, durante la relación comercial entre GENERAL MOTORS - COLMOTORES S.A. y la DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A., éstos nunca consagraron cláusula de exclusividad a favor de La Fábrica y expresan a lo largo de ellos que los mismos se celebran "sin exclusividad".

1.16. A pesar de que GM COLMOTORES y LOS COCHES, ni sus inversionistas, jamás convinieron una cláusula de exclusividad, el ex presidente y el presidente actual de GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A., señores Santiago Chamorro y Jorge Mejía González, respectivamente, manifestaron en tono conminatorio a toda la red de

concesionarios Chevrolet, su decisión de conservar solamente a los distribuidores que trabajaran bajo un modelo de "monomarca" o "pura sangre", según la calificación del señor Chamorro.

1.17. En el año 2010 se conoció que la concesionaria de vehículos Chevrolet en Medellín denominada Ayura, tenía la intención de comercializar automotores de la marca Kia. Ante esta situación, GM COLMOTORES se opuso tajantemente, por lo que Ayura se abstuvo de concluir sus negociaciones con el propietario de la marca Kia.

1.18. En el año 2011 algunos accionistas de la concesionaria Country Motors de Barranquilla –concesionaria de GM COLMOTORES-, destinaron recursos para montar un concesionario de la marca Volkswagen en la ciudad de Cartagena. Ante ello, el señor Chamorro, presidente para ese entonces de GM COLMOTORES, manifestó que Country Motors no podía continuar siendo concesionario de la marca Chevrolet y que, en consecuencia, se le debía cancelar el contrato.

1.19. El presidente de la Asociación de Concesionarios Chevrolet, señor Pedro Nel Quijano, intercedió por la permanencia del contrato con Country Motors, a pesar de lo cual la decisión del señor Chamorro fue definitiva y contundente: los accionistas de Country Motors debían vender su participación en la concesionaria de la marca Volkswagen para continuar como concesionario de Chevrolet, razón por la cual debieron proceder de conformidad.

1.20. Paralelamente al caso de Country Motors en Barranquilla, se conoció de la misma situación que aconteció con una concesionaria en Bucaramanga de GM COLMOTORES, denominada Campesa, cuyo propietario en un cincuenta por ciento (50%), señor Rafael Ardila, había fundado una concesionaria Volkswagen en la misma ciudad, por lo que Campesa fue notificada por GM COLMOTORES que de subsistir esta situación se le terminaría la distribución de la marca Chevrolet, como resultado de lo cual el señor Ardila se vio forzado a vender su participación en Campesa.

1.21. Situación similar a la anterior se presentó con la concesionaria de GM COLMOTORES, denominada Coltolima, cuyos propietarios habían decidido invertir en un concesionario de la Fiat, por lo cual GM COLMOTORES les notificó que, de subsistir esta situación, a Coltolima se le terminaría la representación de la marca Chevrolet, de manera que se vieron forzados a vender su participación en la distribuidora Fiat.

1.22. Ante los acontecimientos acaecidos, en el evento Chevystar llevado a cabo el día 26 de mayo de 2011 en el Museo el Chicó de la ciudad de Bogotá, el presidente para ese entonces de GM COLMOTORES, señor Chamorro, les informó a los presidentes de los concesionarios asistentes de la marca Chevrolet que GM COLMOTORES requería de concesionarios leales con la marca.

1.23. A sabiendas de lo ocurrido con otros concesionarios y GM COLMOTORES, el día 2 de junio de 2011 se reunieron los señores Mauricio Becerra, entonces gerente comercial de GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A.; Santiago Chamorro, presidente de GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. en ese entonces; y Ricardo Salazar Arias, gerente general de LOS COCHES S.A., con el propósito de tratar la suerte de la relación comercial entre GM y LOS COCHES, en particular alrededor del modelo monomarca y la intención de la Organización Ardila Lülle de crecer en el sector automotor mediante la constitución de un concesionario totalmente distinto e independiente a LOS COCHES para distribuir en Colombia diferentes tipos de marca y modelos de carros.

El señor Chamorro, notificó a LOS COCHES que su política comercial del modelo *monomarca* impedía que las empresas vinculadas a LOS COCHES o sus inversionistas pudieran comercializar en el país vehículos de marca diferente, independientemente de lo dispuesto en el contrato.

1.24. En el año 2011, voceros de la Organización Ardila Lülle iniciaron contactos preliminares de carácter comercial con SAIC Motor Corporation Limited (SAIC), compañía fabricante de la marca automotriz Morris Garages (MG), en China, a los fines de obtener su distribución en Colombia, a través de una empresa distinta a LOS COCHES.

1.25. En agosto del año 2011 el señor Chamorro, presidente para la época de GM COLMOTORES, se comunicó verbalmente con el señor Ricardo Salazar Arias, presidente de LOS COCHES, para informarle que (i) GM tenía conocimiento de las relaciones comerciales que inversionistas de la Organización Ardila Lülle estaban promoviendo en China con SAIC, acerca de la eventual distribución de la marca MG y que (ii) para GM dicha conducta era inaceptable y contraria a la relación comercial y legal construida entre las Partes.

1.26. En razón a las reiteradas notificaciones del señor Chamorro, presidente de GM COLMOTORES, en el sentido de que esa fábrica automotriz no permitiría que LOS COCHES, ni ninguna otra empresa vinculada a la Organización Ardila Lülle, comercializara vehículos diferentes a los producidos por General Motors, el presidente de LOS COCHES -doctor Ricardo Salazar Arias- invitó al representante legal de COLMOTORES a evaluar el futuro de la relación comercial y la decisión de LOS COCHES de continuar con el modelo monomarca, como de antaño se venía operando. En reunión celebrada el día 20 de febrero de 2012, el señor Chamorro, en compañía de Alex Peña -para esa época Gerente de Ventas de GM COLMOTORES-, nuevamente transmitió la enérgica decisión de GM COLMOTORES de impedir a toda costa que empresas distintas a LOS COCHES y vinculadas a la denominada OAL, distribuyeran vehículos diferentes a la marca Chevrolet.

Al concluir la reunión, el señor Chamorro manifestó al representante legal de LOS COCHES que "hasta ahora solo se estaban mostrando los dientes".

1.27. Llegada la época de renovación del contrato del 24 de febrero de 2009, la señora Ana Cristina Anaya Santrich -funcionaria del área de desarrollo de concesionarios de GM COLMOTORES-, envió a Ángela María Ruiz Flórez -Asistente de Gerencia General de LOS COCHES-, el modelo de contrato a firmar por Las Partes con un término de duración de 3 años, contados a partir del 27 de febrero de 2012, tal y como consta en correo electrónico del 16 de febrero de 2012.

1.28. El día 18 de febrero de 2012 el doctor Ricardo Salazar Arias - presidente de LOS COCHES-, recibió una llamada de la señora Carolina Ramírez -funcionaria del área de desarrollo de concesionarios de GM COLMOTORES-, quien le informó que el término de duración del contrato no sería de tres (3) años, como se había venido pactando y como se le había informó preliminarmente a LOS COCHES, sino apenas de un (1) año.

1.29. El día 21 de febrero de 2012, el presidente de LOS COCHES informó telefónicamente al presidente de GM COLMOTORES, señor Chamorro, acerca de la decisión unilateral de modificar a un (1) año el término de duración del contrato inicialmente enviado con un plazo de tres (3) años. El señor Chamorro le manifestó que así procedería GM mientras otras empresas de la Organización Ardila Lülle no desistieran de su intención de comercializar vehículos de marca diferente a Chevrolet.

1.30. Ante el tono de la unilateral decisión y la inminente amenaza de terminación del contrato preexistente, LOS COCHES fue compelida a suscribir un nuevo documento entre las Partes, sólo por el término de un año, el que se formalizó mediante la Escritura Pública No. 0851 de 24 de febrero de 2012, otorgada ante la Notaría 53 del Círculo de Bogotá, D.C.

1.31. En concordancia con los negocios celebrados anteriormente entre las Partes, en el documento de fecha 24 de febrero de 2012 se definió en su cláusula segunda:

"(1) LA FÁBRICA, obrando como concedente: (a) Autoriza a EL CONCESIONARIO para utilizar en su propio beneficio el conjunto de bienes intangibles relacionados en la Cláusula Primera de este Contrato respecto a los Vehículos Automotores, Repuestos, Accesorios y Servicios de las marcas CHEVROLET y/o de otras marcas utilizadas y aprobadas por LA FÁBRICA –en adelante LOS PRODUCTOS–, que EL CONCESIONARIO adquiera en virtud de Contratos de concesión, los cuales se materializarán en facturas de las contempladas en el artículo 944 del Código de Comercio y que también serán documentos autónomos e independientes del presente instrumento; y (b) Autoriza sin exclusividad a EL CONCESIONARIO para vender y dar servicio a LOS PRODUCTOS de LA FÁBRICA y para presentarse como Concesionario Chevrolet. (2) Las Partes establecen las condiciones que convienen EL CONCESIONARIO y LA FÁBRICA para operar en conjunto; y (3) Las Partes

establecen las responsabilidades mutuas entre EL CONCESIONARIO y LA FÁBRICA y las de ambos con respecto a los clientes".

1.32. La Cláusula 4.4 del documento del 24 de febrero de 2012 modificó el "Plazo de Vigencia" que se venía acordando de tiempo atrás, disponiendo lo siguiente:

"El término de duración del presente Contrato es de un (1) año contado a partir del 27 de febrero de 2012 y hasta el 27 de febrero de 2013, ambas fechas inclusive".

1.33. El documento del 24 de febrero de 2012 no incluye en alguno de sus acápites cláusula de exclusividad a favor de COLMOTORES.

(iii) La decisión de no renovar el contrato

1.34. Ante la decisión de reducir el término de vigencia de la relación contractual en el documento del 24 de febrero de 2012, de tres (3) años a un (1) año, como retaliación por la decisión de terceras empresas distintas a los COCHES de distribuir carros diferentes de la marca Chevrolet, el día 10 de abril de 2012 el representante legal de LOS COCHES invitó verbalmente al señor Jorge Mejía González -nuevo presidente de GM COLMOTORES-, para que trataran nuevamente el asunto y compartieran la intención de inversión de la Organización Ardila Lülle en concesionarios de nuevas y otras marcas automotrices.

1.35. El señor Jorge Mejía González -presidente de GM COLMOTORES; el señor Ricardo Salazar Arias -presidente de LOS COCHES; el señor Carlos Julio Ardila -caracterizado vocero de la Organización Ardila Lülle, y el señor Jaime Ardila -presidente de General Motors para Suramérica y el Brasil, se reunieron en Cartagena el día 12 de abril de 2012, a fin de evaluar el futuro de su relación comercial y consolidar el vínculo existente entre GM COLMOTORES y LOS COCHES.

1.36. En la reunión a que se refiere el hecho anterior, el señor Jaime Ardila -presidente de General Motors para Suramérica y el Brasil-, manifestó reservas sobre la posibilidad institucional de que su casa matriz aceptara que una empresa asociada a la Organización Ardila Lülle formalizara la distribución de los vehículos MG.

Adicionalmente, GM manifestó que LOS COCHES podría hacer crecer su negocio a través del desarrollo de negocios adicionales dentro de la marca CHEVROLET o con otras marcas representadas por GM.

1.37 El día 25 de mayo de 2012 el señor Ricardo Salazar Arias - presidente de LOS COCHES, se reunió con los señores Jorge Mejía -presidente de GM COLMOTORES- y Humberto Gómez- Vicepresidente comercial de GM COLMOTORES-, con el propósito de comunicarles que los inversionistas de la Organización Ardila Lülle seguirían con su proyecto MG, bajo el supuesto de una empresa absolutamente independiente de LOS COCHES.

1.38. El día 29 de junio de 2012 los señores Jorge Mejía, presidente de GM COLMOTORES, Jaime Ardila, presidente de General Motors para Suramérica y el Brasil, y Ricardo Salazar Arias, presidente de LOS COCHES, se reunieron en la sede de General Motors para Latinoamérica, ubicada en la ciudad de San Paulo, Brasil, con el propósito de abordar nuevamente la temática referida.

En dicha reunión el doctor Salazar, presidente de LOS COCHES, recordó (i) los lazos que desde hacía 35 años habían unido a GM con Los Coches; (ii) las importantes inversiones que había venido realizando Los Coches para continuar con la representación y distribución de la marca Chevrolet, y, en general, (iii) el cumplimiento de la filosofía de óptimo servicio que había guiado hasta entonces la relación contractual entre Las Partes, al punto de convertir a LOS COCHES en el más importante concesionario de GM en Colombia y América Latina.

A pesar de ello, Jaime Ardila -presidente para Suramérica y el Brasil de GM- manifestó que la única opción para que la Organización Ardila Lülle mantuviera la comercialización de la marca Chevrolet a través de LOS COCHES, consistía en que los inversionistas de la

Organización Ardila Lülle le cedieran la importación de MG a GENERAL MOTORS, en cuyo caso la Organización Ardila Lülle podía llegar a ser uno de sus distribuidores.

1.39. A través de comunicación fechada el día 1º de agosto de 2012, el representante legal de LOS COCHES manifestó a GENERAL MOTORS:

> *"Además del compromiso permanente y decidido con GM Colmotores y Chevrolet por 35 años, Los Coches vienen construyendo la infraestructura necesaria desde todas las variables del negocio de concesionarios, para enfrentar de la mano de GM Colmotores y Chevrolet el futuro por venir.*
>
> *(…)*
>
> *La Organización Ardila Lülle ha manifestado su interés concreto de seguir invirtiendo en la marca Chevrolet, participando con ofertas cercanas a los $42 millones de Dólares para adquirir el 100% de Andar de Medellín y el 50% de Campesa en Bucaramanga. Participaremos activamente en las licitaciones abiertas para nuevos puntos de venta en Bogotá y continuaremos interesados en abrir concesionarios en otras ciudades de Colombia, situación que ratifica el compromiso (sic) más de 35 años adquirido con GM Colmotores y su confianza en marca Chevrolet.*
>
> *Inversionistas participantes en la denominada Organización Ardila Lülle, han tomado la decisión de importar la Marca de vehículos MG. Esta decisión como cualquier otra decisión empresarial, no debería tener mayor trascendencia si no fuera por las manifestaciones de rechazo expresadas por GM Colmotores a esta decisión, argumentando puntos de vista respetables pero no compartidos.*
>
> *A este respeto, queremos nuevamente ratificar que esta es una inversión totalmente independiente a Distribuidora Los Coches La Sabana S.A., y que proviene de otro País y otra sociedad diferente a las que participan en Los Coches.*
>
> *(…)*
>
> *Nuevamente ratificamos que el modelo de negocio en que inversionistas de la Organización Ardila Lülle quieren incursionar, no es modelo multi marca para Chevrolet, toda vez que la inversión y la operación es totalmente independiente a la de Distribuidora Los Coches La Sabana y que Los Coches La Sabana para la Organización Ardila Lülle seguirá siendo única y exclusivamente Chevrolet.*
>
> *Queremos nuevamente proponer que como socios de negocios que hemos sido a través de Los Coches, sigamos construyendo y desarrollando conjuntamente todos los proyectos que hemos diseñado, con el único objetivo de seguir impulsando la marca Chevrolet con el entusiasmo y la emoción con que lo hacemos todos los días.*
>
> *Siempre estaremos comprometidos con GM Colmotores y con la Marca Chevrolet y estamos seguros que las decisiones empresariales ajenas a nuestro vínculo de 35 años, no afectarán esta relación".*

1.40. En vigencia del contrato que vencería el 27 de febrero de 2013, GM notificó que se abstendría de dialogar y considerar sobre la renovación del convenio. Al efecto GM dio respuesta a la comunicación del 1º de agosto de 2012, referida con anterioridad, mediante carta fechada el día 10 de septiembre de 2012, en los siguientes términos:

> *"En respuesta a su comunicación de la referencia, con lealtad, franqueza y buenos términos que siempre han caracterizado nuestras relaciones comerciales, y teniendo en cuenta que tenemos concepciones muy diferentes en cuanto al modelo de negocios, le informo que General Motors Colmotores S.A. ha optado por no renovar el contrato de concesión para la venta y posventa de vehículos automotores y sus partes que actualmente está vigente con Distribuidora Los Coches de la Sabana S.A.*
>
> *Esta es una decisión interna de la Compañía que se ejercerá dentro del marco contractual que nos vincula y que se les estará notificando oportunamente".*

1.41. Por medio de comunicación del 13 de septiembre de 2012, dirigida por GENERAL MOTORS - COLMOTORES S.A. a la DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A., se confirmó la decisión unilateral de "no renovación del contrato de concesión para la venta y posventa de vehículos automotores y sus partes". Se lee en esa comunicación:

> *"Por medio de la presente, me permito informarle que GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. atendiendo el plazo pactado de común acuerdo en la cláusula CUARTA, numeral 4.4., no renovará ni prorrogará con posterioridad al día 27 de febrero de 2013 el CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA VENTA Y POSVENTA DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES Y SUS PARTES, suscrito con DISTRIBUIDORA LOS COCHES DE LA SABANA S.A., mediante Escritura Pública No. 0851 de 24 de febrero de 2012, otorgada ante la Notaría Cincuenta y Tres (53) del Círculo de Bogotá, D.C.".*

1.42. A partir del primer semestre del año 2013, COLMOTORES desarrolló una intensa campaña orientada a que los tenedores de vehículos Chevrolet utilizaran exclusivamente los servicios de taller conexos a distribuidores autorizados.

La promoción de centros de servicio autorizados por COLMOTORES se ilustra en mensajes como el que se lee en la siguiente pauta publicitaria, difundida por la Parte Demandada:

(…)

> *"Como propietario de un vehículo Chevrolet adquirido en Los Coches, queremos manifestarle que dicha empresa dejó de pertenecer a la red de Concesionarios Chevrolet a partir del 28 de febrero de 2013.*
>
> *Para su tranquilidad usted seguirá contando con el respaldo, la experiencia y solidez de nuestra amplia red de concesionarios Chevrolet en Bogotá, que estará dispuesta a atender cualquier necesidad de ventas, servicio, garantías o soporte técnico". (…)*

1.43. Para el desarrollo de la campaña a que se refiere el hecho anterior, se utilizó –entre otros mecanismos de difusión- la base de datos de clientes que habían adquirido un vehículo en LOS COCHES, a partir del sistema CRM ("*Customer Relationship Management")*.

1.44. Con ocasión de los hechos a que se refieren los anteriores numerales 1.42 y 1.43, LOS COCHES no ha podido comercializar la totalidad de inventarios de los productos de marca Chevrolet que se tenía previsto colocar en el mercado. Con posterioridad a la terminación del contrato, GM únicamente recompró una parte de los repuestos que se encontraban en cabeza de LOS COCHES; la parte restante no pudo comercializarse.

(iv) Relación de largo plazo e inversiones acordadas

1.45. A lo largo de los años las Partes trabajaron mancomunadamente para consolidar la marca Chevrolet y, en general, lograr una mayor penetración de los productos desarrollados y fabricados por GM COLMOTORES. Como resultado de lo anterior, al momento de la no renovación del contrato celebrado el 24 de febrero de 2012, LOS COCHES se posicionaba como el concesionario con mayor participación a nivel nacional en la promoción de la marca Chevrolet.

1.46. Las Partes construyeron una relación legal y comercial de largo plazo, lo que llevó a LOS COCHES a efectuar inversiones de largo plazo para la distribución de la marca Chevrolet, con el beneplácito y conocimiento de COLMOTORES:

1.47. Entre los años 2002 y 2012, LOS COCHES reinvirtió el cien por ciento (100%) de sus utilidades en la concesionaria y en la marca Chevrolet, por un valor estimado en cuarenta millones de dólares (USD $ 40.000.000), que se destinaron al desarrollo de una moderna infraestructura física puesta al servicio de la marca Chevrolet, con conocimiento de LA FÁBRICA.

1.48. Dentro de las inversiones efectuadas para promover la venta y servicios de la marca Chevrolet, con sujeción a los estándares y requerimientos de COLMOTORES, se pueden

mencionar las siguientes, que por su monto requieren necesariamente un período largo de amortización:

- El concesionario de Chía, ubicado en la Vereda Bojacá - Predio La Isabel, avaluado a 31 de diciembre de 2012 en nueve mil seiscientos cincuenta y tres millones ochocientos trece mil ciento noventa y nueve pesos ($9.653.813.199). Entre los años 2006 a 2011, se invirtió en este establecimiento de comercio, sólo por la adquisición de activos fijos, la suma de ocho mil ciento noventa y ocho millones novecientos cincuenta y un mil noventa y tres pesos ($8.198.951.093).

- El Megacentro de Servicios, ubicado en la carrera 85 D No. 46A – 98 de Bogotá D.C., al que durante los años 2006 a 2011 se le invirtieron en activos fijos, terrenos y edificaciones, veinticuatro mil trescientos treinta y dos mil millones ciento cuarenta y tres mil setecientos setenta y siete pesos ($24.332.143.777).

- El concesionario de la Avenida 19 de Bogotá, ubicado en la Avenida 19 No. 104 – 41, al que sólo en el año 2011 se le invirtieron tres mil seiscientos veinticinco millones de pesos ($3.625.000.000) para la compra del lote respectivo.

- La sede de la Avenida El Dorado o Calle 26, ubicada en la Avenida el Dorado No. 77 – 04, avaluada en cuarenta y cuatro mil ochocientos ochenta y un millones noventa y nueve mil trescientos tres pesos ($44.881.099.303).

- La sede de Morato, ubicada en avenida carrera 70 No. 100 – 30, avaluada en veintidós mil setecientos setenta y tres millones trescientos setenta y siete catorce pesos ($22.773.377.014).

- La sede de la Calle 127 de Bogotá, ubicada en la Avenida calle 127 No. 71 – 03/25/33/39, avaluada en cuatro mil cuatrocientos dieciséis millones setecientos ochenta mil seiscientos noventa y cuatro pesos ($4.416.780.694).

- Adquisición de maquinaria y equipo afecto a la marca Chevrolet, entre los años 2005 y 2012, por un valor de tres mil ochocientos treinta y seis millones quinientos sesenta y nueve mil novecientos quince pesos ($3.836.569.915).

- Inversiones en capacitación de personal en el periodo comprendido entre 2005 y 2012, por un valor total de mil ciento cuarenta ocho millones trescientos cincuenta y seis mil ciento noventa y nueve pesos ($1.148.356.199)

1.49. GM COLMOTORES permaneció al tanto de la decisión de negocios de LOS COCHES de crecer sus inversiones para la distribución de los productos y servicios de la marca Chevrolet y, al efecto, las mismas eran promovidas y aprobadas por la misma FÁBRICA, para lo cual siempre debía ser observado un "Formato para presentación de proyectos".

1.50. En correo electrónico del 9 de marzo de 2007, 4:45 p.m., Carolina Ramírez, funcionaria de GM COLMOTORES, le informó a Ricardo Salazar Arias de la viabilidad del estudio y proyecto de concesionario en Chía. En el citado correo se dijo:

> "*Hola Ricardo, cómo estás.*
> *De acuerdo a la reunión pasada en donde nos presentaste el proyecto de Chía, estamos a la espera del proyecto completo.*
> *Te agradezco me envíes el plan de negocios del nuevo punto y el proyecto con los requerimientos de GM (ya se los envié a Fabio Acosta).*
> *Por lo pronto te pido el favor me adelantes el mapa de ubicación y los planos. Si me lo puedes enviar por mail lo más pronto posible mucho mejor.*
> *También hablamos en la reunión pasada que un punto de Coches en la Calle 80 no sería factible porque no hay lotes disponibles, Coches solamente va a tener bodega en este lugar. Por lo tanto esta zona queda "libre" para ser adjudicada posteriormente si hay una nueva licitación.*
> *Saludos".*

1.51. Frente a la comunicación a que alude el hecho anterior, el Gerente General de LOS COCHES, respondió, mediante correo electrónico, fechado el día 9 de marzo de 2007, 4:55 p.m.:

> *"Estimada Carolina,*
> *Fabio ya (sic) está terminando de diligenciar toda la información para enviarte tanto el proyecto de Chía como el proyecto del Megataller de la Calle 26.*
> *Por lo pronto le voy a pedir que te adelante planos y mapas de ubicación.*
> *Respecto a la Calle 80, estamos buscando comprar 30.000 Mts para almacenamiento vehicular con posibilidades de tener una exhibición.*
> *Tenemos algunas propuestas de lotes y estamos estudiando las propuestas.*
> *Cualquier inquietud con gusto la atenderé.*
> *Cordial Saludo,*
> *Ricardo S".*

1.52. A través de carta fechada el día 5 de febrero de 2010, Mauricio Becerra, Vicepresidente Comercial de GM COLMOTORES, y Fernando Agudelo, Director de Posventa para la Región Andina de GM COLMOTORES, remitieron una comunicación a Ricardo Salazar Arias, Gerente General de LOS COCHES, para informarle acerca de la aprobación de la intención que tenía LOS COCHES de instalar un nuevo punto de venta cercano al parque de la 93 en Bogotá. En dicha comunicación se dijo:

> *"[…] De acuerdo con la intención manifestada verbalmente sobre la apertura de un nuevo punto de venta ubicado cerca del parque de la 93 en Bogotá; queremos manifestar el visto bueno de dicha intención, para la aprobación definitiva es necesario presentar la propuesta específica según el formato de requerimientos de proyectos de GM Colmotores.*
>
> *"Agradecemos enviar el proyecto lo antes posible para dar paso a la revisión del comité de proyectos y la posterior aprobación. […]"*

1.53. En línea con lo anterior, Mauricio Becerra –Vicepresidente Comercial de GM Colmotores- y Fernando Agudelo –Director de Posventa para la Región Andina de GM Colmotores- remitieron a Ricardo Salazar, Representante Legal de LOS COCHES, una comunicación con fecha del 10 de mayo de 2010 en la que se lee:

> *"Como es de su conocimiento desde el año 2007 GM Colmotores inició un programa de renovación de imagen corporativa en la red de concesionarios Chevrolet, el cual fue presentado en la reunión de planeación estratégica de ese mismo año. En dicha reunión la red de concesionarios propuso tener un plazo de 5 años para la implementación de los nuevos estándares de imagen, para lo cual se especificaron unos plazos máximos para las distintas áreas de los concesionarios discriminados de la siguiente manera:*
>
> - *Áreas de venta y posventa: 2008*
> - *Áreas administrativas: 2010*
> - *Identificación de fachadas: 2012*
>
> *De acuerdo al cronograma inicial, en este momento se dispone de tres años para la implementación de los nuevos elementos de identificación de fachada que aún estén pendientes. Para poder cumplir con el objetivo planteado solicitamos amablemente nos comunique su programación de implementación de fachada para las sedes que aún no cuenten con la misma, de este modo podremos tener un cronograma a largo plazo que garantice la correcta planeación de estas actividades. (…)"*

1.54. Mediante el correo electrónico del 24 de mayo de 2011, 10:02 a.m., dirigido por Carlos Pacheco, Gerente de Negocios Corporativos y Gobierno de GM COLMOTORES, se evidencia la exhortación permanente de COLMOTORES para que LOS COCHES continuara con el desarrollo del negocio:

> *"Equipo buenos días,*
> *Hoy en reunión de Sales Review dimos la buena nueva del cierre del negocio con Carrefour por 200 unidades de Spark SA !!!!!*

Santiago le envía una felicitación especial y los invita a seguir logrando es Negocios Bomba !!!
Personalmente quiero extender un fuerte abrazo a todos pues es ni más ni menos producto del trabajo en equipo !!!
Muchas gracias por la excelente labor.
SIGAMOS JUGANDO PARA GANAR !!! (esta frase la tomo prestada de Hernando…)
Saludos,
Carlos Pacheco
Gerente de Negocios Corporativos y Gobierno
General Motors Colmotores"

1.55. Mediante carta del 8 de septiembre de 2011, LOS COCHES informó a GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. su interés de ser considerado concesionario piloto en montaje y desarrollo del proceso de vocación de servicio. Así se expresó:

"[…] Por medio de la presente nos permitimos manifestar nuestro interés en ser considerados como concesionario piloto en el montaje y desarrollo del proceso de vocación de servicio. Quedamos pendientes de la aceptación de la presente solicitud y de su confirmación de las condiciones del programa y los pasos a seguir en sus procesos de implementación. […]"

1.56. El crecimiento del negocio de LOS COCHES a través de nuevas sedes, estaba gobernado por decisiones de COLMOTORES. Las nuevas sedes de distribución del producto eran decididas por LA FÁBRICA, mediante esquemas licitatorios. Así, mediante el correo electrónico del 2 de agosto de 2012, 2:05 p.m., remitido por Pablo Echeverri Jaramillo, funcionario de GM COLMOTORES, a Ricardo Salazar Arias, Gerente General de LOS COCHES. GM COLMOTORES le informó a LOS COCHES acerca de los requisitos para la licitación de nuevas sedes:

"Ricardo buenas tardes.
Envío de nuevo el correo con la información sobre la licitación de nuevas sedes.
Saludos
Pablo Echeverri Jaramillo
GM Colmotores"

1.57. A través de comunicación fechada el 21 de agosto de 2012, remitida por Ricardo Salazar Arias -Gerente General de LOS COCHES- a Humberto Gómez Campusano -Vicepresidente Comercial de GM COLMOTORES- LOS COCHES le presenta solicitud de apertura de nuevas sedes Chevrolet en Bogotá, siguiendo las instrucciones determinadas por GM para esos efectos:

"[…] De acuerdo a la invitación realizada por GM Colmotores en la circular VC-246-2012, para la apertura de nuevas sedes Chevrolet en Bogotá; y según el análisis preliminar de cada zona potencial, confirmo el interés de cubrir la(s) zona(s): 01. SUBA ZONA OCCIDENTAL; 02. CALLE 80; 03. EJEVIAL AV 68 ZONA NORTE; 08: EJE VIAL AVENIDA CIUDAD DE CALI.

"Teniendo en cuenta que contamos con el suficiente capital de trabajo y experiencia en el sector automotor para soportar el/los nuevo/s proyecto/s, manifiesto el compromiso de implementar esta(s) nueva(s) sede(s) con el objetivo de incrementar la capacidad instalada, los volúmenes y la participación de mercado, así como el mejoramiento de indicadores de gestión, entre otros. […]" .

(v) Agencia comercial

1.58. Entre GM COLMOTORES y LOS COCHES existió una vida negocial continua y estable de alrededor de treinta y cinco (35) años, que permitió consolidar en el mercado los distintos modelos de la marca Chevrolet.

1.59. Tan es así, que al cierre del año 2012, en el escalafón de ventas al por mayor a concesionarios, elaborado por GM COLMOTORES, LOS COCHES se ubicó, al igual que en años anteriores, en la primera posición a nivel nacional.

1.60. Desde el inicio fue clara la relación de representación o agenciamiento a favor de COLMOTORES, la que se reiteró a lo largo de las prórrogas y renovaciones de la relación jurídica existente entre Las Partes[3]. En el contrato que dio inicio a la relación comercial suscrito el día 15 de junio de 1978 entre FÁBRICA CHRYSLER COLOMBIANA DE AUTOMOTORES, S.A. (LA FÁBRICA) y la DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A. (EL CONCESIONARIO), en la cláusula tercera, en lo que respecta a las responsabilidades de promoción y ventas por parte de LOS COCHES, se estableció:

"EL CONCESIONARIO será responsable hacia la FÁBRICA de la debida representación de los productos y fomentará y desarrollará enérgicamente la venta de los productos al público para obtener volúmenes de ventas y penetración en el mercado a satisfacción de la FÁBRICA…".

En concordancia con esta disposición, se aprecia en las cláusulas 5 y 7 lo siguiente:

"CLÁUSULA 5: EL CONCESIONARIO mantendrá instalaciones de tamaño y tipo que sean satisfactorias para producir la penetración y los volúmenes de ventas requeridos.

(…)

CLÁUSULA 7: Los pedidos y las entregas se harán en la forma más adecuada para que LA FÁBRICA y el CONCESIONARIO tengan disponibles para la venta el número y tipo de productos requeridos para la representación efectiva de los productos en el mercado".

1.61. LOS COCHES ejerció su encargo de posicionamiento, mantenimiento y reparación de los productos de LA FÁBRICA, a lo largo de la relación comercial que vinculó a Las Partes, como empresa independiente, como consta en los documentos que datan la relación jurídica existente entre Las Partes, y como se menciona en particular en el documento del 24 de febrero de 2012, en el que se estipuló que:

"EL CONCESIONARIO" cuenta con la estructura física y la organización empresarial adecuadas para adquirir de LA FÁBRICA vehículos automotores y repuestos producidos o importados por ella para revenderlos al público por su cuenta y riesgo".

1.62. Desde el inicio de la relación comercial entre los COCHES y COLMOTORES, la misma ha tenido como finalidad la promoción en Bogotá y Chía (i.e. zona de influencia) de productos de la marca de LA FÁBRICA y prestarles a los clientes de la misma el servicio técnico adecuado, en beneficio de la "penetración en el mercado [de los automóviles]" por parte de LA FÁBRICA y, por supuesto, de la creación de un mercado y de una clientela a favor de ésta. Para ello, la comercialización estaba dirigida desde GM COLMOTORES, estableciendo el "compromiso de EL CONCESIONARIO con la visión, misión, filosofía y valores de LA FÁBRICA", como lo establece la Cláusula Tercera del último documento del 24 de febrero de 2012.

1.63. Prueba tangible de dichas labores de promoción y creación de mercado en favor de LA FÁBRICA se encuentra en el programa GM Difference y los Acuerdos de Identificación celebrados de manera sucesiva entre Las Partes.

1.64. A lo largo de la relación comercial, LA FÁBRICA impartió instrucciones y directrices sobre los programas de publicidad de su marca con el fin de promover la venta de sus productos a través de la red de concesionarios y así posicionarse en el mercado[4], como se evidencia de manera explícita en el literal A de la Cláusula 5.1 del documento del 24 de febrero de 2012, respecto de las responsabilidades, producto y desempeño de estándares, donde se lee:

---

[3] Ver las siguientes cláusulas: la cláusula 4 de los documentos del 29 de diciembre de 1981; del 18 de diciembre de 1986; del 10 de diciembre de 1987; del 7 de marzo de 1989; del 8 de febrero de 1990; del 11 de febrero de 1992; del 7 de febrero de 1995 y del 13 de mayo de 1997. La cláusula 5.1.A del documento del 24 de febrero de 2000; del contrato del 21 de febrero de 2003; del 16 de febrero de 2006; del 24 de febrero de 2009, y del 24 de febrero de 2012.

[4] Ver las siguientes cláusulas: La cláusula 3 literal f), del contrato del 15 de junio de 1978. La cláusula 4 literal f), de los contratos del 29 de diciembre de 1981; del 18 de diciembre de 1986; del 10 de diciembre de 1987; del 7 de marzo de 1989; del 8 de febrero de 1990; del 11 de febrero de 1992. La cláusula 4.5 del contrato del 7 de febrero de 1995 y del 13 de mayo de 1997. La cláusula 5.1. A. 1 del contrato del 24 de febrero de 2000; del contrato del 21 de febrero de 2003; del 16 de febrero de 2006; del 24 de febrero de 2009 y del 24 de febrero de 2012.

"1. EL CONCESIONARIO está autorizado para revender por su cuenta y riesgo, a los clientes ubicados en su zona de influencia, LOS PRODUCTOS de acuerdo con el Plan Anual de Comercialización (PAC) que se describe en el literal A de la Cápsula Sexta de este Contrato.

LA FÁBRICA ejecutará programas de publicidad general con el fin de promover la venta de LOS PRODUCTOS de LA FÁBRICA y resaltar la marca Chevrolet para el beneficio mutuo de EL CONCESIONARIO y LA FÁBRICA, LA FÁBRICA pondrá a disposición de EL CONCESIONARIO materiales de publicidad y promoción de ventas y EL CONCESIONARIO acuerda en utilizar dichos materiales y reembolsar a LA FÁBRICA cualquier cargo aplicable".

Así mismo, en la misma Cláusula 5.1, literal B, del documento con fecha del 24 de febrero de 2012 se establece:

… Para proteger la marca Chevrolet y lograr la meta de LA FÁBRICA de ser el líder de la industria en cuanto a entusiasmo del cliente, es necesario que todos los Concesionarios observen estándares consistentes para la realización de sus operaciones".

1.65. Lo anterior se ve reflejado en un intercambio de correos el día 23 de junio de 2011 entre Felipe Echeverri, funcionario de GM COLMOTORES, y Nicolás Urrea Álvarez, funcionario de LOS COCHES, en donde se lee:

> *"Dr. Nicolas (sic).*
> *Nuevamente aviso a nivel nacional con precios. El adjunto circula en portafolio (sic) y nos envían desde armenia (sic).*
> *Van 3 este año la primera vez fue, segun (sic) usted, error de la agencia. Ahora cual (sic) es la razon (sic)?*
> *Le recuerdo q (sic) el fondo de la excelencia esta (sic) año es afectado por publicidad fuera de los estándares.*
> *Quedo atento.*
> *Felipe Echeverri".*

En respuesta a esta comunicación, el señor URREA explicó:

> *"Pero es la misma pauta nacional de ustedes, mismas tasas y mismos precios.*
> *Nicolas Urrea".*

1.66. LA FÁBRICA le asignó a LOS COCHES, desde un inicio, un territorio para representar y distribuir sus productos, como se ilustra en la Cláusula 4.1 del documento del 24 de febrero de 2012 relativo a la continua y estable relación existente entre las Partes:

> *"EL CONCESIONARIO deja constancia de que la estructura de su organización, su capacidad instalada y sus recursos financieros sólo le permiten concentrar sus esfuerzos en revender y dar el servicio de LOS PRODUCTOS en la zona de influencia de su(s) punto(s) de venta en la(s) ciudad(es) de Bogotá y Chía".*

1.67. Durante la vida del contrato, además del diferencial por la colocación de vehículos en el mercado, LOS COCHES recibió ingresos derivados de pagos dispuestos por la FÁBRICA, en desarrollo de la relación comercial existente, por los siguientes conceptos:

> *"- Plan Detal: incentivo definido por LA FÁBRICA vehículo vendido.*
> *- Mega Racing: pago de LA FÁBRICA para incentivar las ventas en determinados segmentos por cumplimiento de los objetivos.*
> *- Bono mes: pago de LA FÁBRICA para incentivar las adquisiciones mensuales, definido como un monto fijo por unidad.*
> *- Bono Trimestre: pago de LA FÁBRICA para incentivar las adquisiciones que realice el concesionario durante un trimestre.*
> *- Flotas: pago de LA FÁBRICA para incentivar las ventas a entidades corporativas o personas naturales por volumen y compensar los descuentos otorgados.*
> *- Capplan: pago de LA FÁBRICA destinado a un fondo obligatorio al cual LOS COCHES podía acceder única y exclusivamente para la adquisición de vehículos a LA FÁBRICA.*

- Días Libres: incentivo otorgado directamente por LA FÁBRICA consistente en un período libre de intereses cuando el concesionario realizaba cualquier pago a Gmac antes de los días libres otorgados.
- Renting Colombia: pago de LA FÁBRICA por las ventas que se realizaban a través de arrendamiento financiero con Renting Colombia.
- Repuestos mes: pago de LA FÁBRICA para incentivar las compras de partes y accesorios, conforme a un presupuesto acordado entre EL CONCESIONARIO y LA FÁBRICA".

1.68. Con el paso de los años, los ingresos percibidos por los incentivos mencionados en el hecho anterior aumentaron de manera considerable y terminaron representando buena parte de la utilidad operacional de LOS COCHES.

1.69. Precisamente por la ejecución de las labores de agenciamiento comercial por parte de LOS COCHES en su respectiva zona de influencia, es que periódicamente GM COLMOTORES hacía llegar a su red de concesionarios una lista de precios al público. Lo anterior se evidencia con mayor claridad, por lo demás, en la cláusula octava del contrato suscrito el 15 de junio de 1978[5]:

"EL CONCESIONARIO comprará a LA FÁBRICA y ésta venderá al CONCESIONARIO los productos con base en los precios fijados por LA FÁBRICA, según las disposiciones legales que estén en vigencia en el momento de ser despachados. LA FÁBRICA se reserva el derecho de modificar los precios de los productos sin previo aviso (…). Los productos vendidos al CONCESIONARIO serán revendidos por éste de acuerdo con las estipulaciones del presente contrato a no más de los precios unitarios especificados por LA FÁBRICA".

1.70. Es más, con posterioridad a 1997, se constituyó por parte de GM el Fondo de Excelencia Financiera, del cual hacen parte todos los concesionarios Chevrolet y el mismo GM. Este fondo tiene por objeto regular el cumplimiento de la venta de los vehículos y los repuestos Chevrolet al precio fijado por la Convocada para lo cual se ideó un mecanismo en virtud del cual el concesionario que no cumpliera con las directrices señaladas debía hacer un aporte impuesto al Fondo que, posteriormente, sería repartido entre los miembros de éste que si hubiesen acatado las directrices de GM. En adición a lo anterior, dicho mecanismo consagra sanciones a aquellos concesionarios que no cumplieran con los márgenes establecidos por LA FÁBRICA. Ejemplo de lo anterior es lo señalado en la Circular VP-222-11 del 30 de diciembre de 2010, en donde se señala:

"Para dar un mayor soporte a los concesionarios que se acojan al nuevo objetivo fijado, se estableció un esquema de contribución al Fondo de Excelencia Financiera al cual aportarán aquellos concesionarios que reporten un margen inferior al mínimo establecido o a aquellos que no envíen la información correcta:

1. Primer incumplimiento: divulgación pública a la red del listado de concesionarios que no cumplieron en el mes anterior.
2. Segundo incumplimiento: pérdida del 50% de incentivos de buses y camiones y P&A GMICA.
3. Tercer incumplimiento: pérdida del 100% del incentivo de buses y camiones y P&A GMICA" (Sic).

1.5 LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Convocada, al contestar la demanda, se pronunció sobre cada uno de los hechos y pretensiones, solicitó pruebas y formuló excepciones de mérito que, sin perjuicio de la denominación que aquí se les dé, se relacionan a continuación, algunas de ellas enderezadas a refutar la calificación jurídica que la Convocante pretende ahora respecto de la relación jurídica entre ellas sostenida; otras, a confirmar, por su celebración y ejecución, la naturaleza de la relación comercial entre ellas acordadas desde el comienzo; y, las restantes, a demostrar que los contratos entre ellas celebrados no contenían exclusividad

[5] Ver cláusula novena del contrato del 29 de diciembre de 1981; del contrato del 18 de diciembre de 1986; del contrato del 10 de diciembre de 1987; del 7 de marzo de 1989; del 8 de febrero de 1990; del 11 de febrero de 1992 y del 7 de febrero de 1995.

ni pacto alguno de renovación, cuyos fundamentos se expondrán a espacio al tratar su posición jurídica en el proceso:

- La naturaleza del contrato celebrado es de concesión y no de agencia mercantil (agencia de hecho): La intención de los contratantes fue celebrar un contrato de concesión y no otro. La concesión es un contrato atípico que quedó sujeto en primer lugar a lo dispuesto en cada uno de los acuerdos que las Partes suscribieron y supletivamente a las reglas del contrato de suministro previstas en los artículos 968 y siguientes del Código de Comercio, en concordancia con las normas aplicables a los contratos de compraventa previstas en el mismo código (cláusula décima, numeral 10.2, literales j y k del contrato del 24 de febrero de 2012).

- Imposibilidad de coexistencia de un contrato de concesión y de "agencia mercantil" entre las mismas partes y sobre los mismos productos: El concesionario no es agente mercantil, porque la función de aquél es comprar y revender por su propia cuenta, asumiendo los riesgos propios del negocio. En cambio el agente obra como representante o mandatario del empresario, a quien incumben todos los riesgos de los negocios que por su cuenta celebre el agente. Entonces los contratos de concesión y agencia mercantil no pueden coexistir, pues no puede alguien a la vez ser y no ser representante del fabricante de los productos, obrar en interés propio y en el de otro. Además el concesionario es parte de una red de distribución y debe someterse a la política comercial del concedente, lo que no ocurre en la agencia mercantil.

- Inexistencia del contrato de "agencia mercantil" (agencia de hecho) a que se refiere la pretensión primera principal de la Demanda: Desde el primer contrato que suscribieron, el 15 de junio de 1978, las Partes tuvieron un propósito claro y definido, no susceptible de interpretación en contrario: el de celebrar y ejecutar un contrato de concesión. Esta situación se mantuvo a lo largo de los años y de los contratos que fueron suscribiendo. En ninguno de los contratos convinieron los elementos esenciales de la agencia mercantil, ni éstos aparecieron en la ejecución de los mismos. En todos los casos se excluyó expresamente la posibilidad de que se tratara de una agencia.

- El consentimiento de los Coches y GM Colmotores se formó válidamente y exento de vicios: La común intención de los contratantes de celebrar sucesivos contratos de concesión y no contratos de agencia mercantil (agencia de hecho). GM estuvo siempre convencida de estar celebrando un contrato de concesión y si LOS COCHES tuvo otro entendimiento, jamás lo expresó, sino que en múltiples cláusulas contractuales afirmó no ser agente comercial sino concesionario, todo ello en el marco de contratos válidos y exentos de vicios del consentimiento.

- Inexistencia de pactos entre las partes que alteraran lo convenido documentalmente: En ningún tiempo ni a la firma ni durante la ejecución de los diversos contratos que celebraron, LOS COCHES informó o insinuó que entendiera que era un agente comercial de GM. En cada contrato los contratantes siempre estipularon que éste era el único entre ellas, y que los precedentes quedaban cancelados. No hay documentos en que las Partes hayan modificado tales cláusulas contractuales. Y sin embargo en los propios contratos estipularon que sólo podían modificarse por escrito.

- Los contratos celebrados no son de agencia mercantil (agencia de hecho): El Tribunal sólo podría entender que la relación entre las Partes es de agencia mercantil si se demuestra que la voluntad de éstas consignada en los contratos que suscribieron corresponde plenamente a lo dispuesto en el artículo 1317 porque los escritos contienen todos los requisitos aplicables. Pero en el caso presente no se encuentran los elementos referidos, pues nunca hubo un encargo a LOS COCHES con el objeto de promocionar o explotar negocios de GM en un territorio determinado, ni LOS COCHES podía actuar por cuenta y riesgo de GM.

- Prescripción de la acción de nulidad relativa por supuesto vicio del consentimiento de LOS COCHES: Si se pretendiera declarar la nulidad relativa de los contratos suscritos entre las Partes, el Tribunal debe tener presente que estarían prescritas las acciones respectivas, por haber trascurrido el término de dos años fijado para ello.

- Prescripción de las acciones derivadas del supuesto contrato de agencia mercantil

(agencia de hecho) para todos los contratos terminados antes del 2 de diciembre de 2008: Desde el 24 de febrero de 2006, fecha en que venció el contrato firmado el 21 de febrero de 2003 y en la que ya estaban terminados los contratos de 2000, 1997, 1995, 1992, 1990, 1988, 1987, 1986 y 1981, y hasta la fecha de presentación de la demanda (2 de diciembre de 2013), transcurrió un plazo mayor a 5 años sin que LOS COCHES hubiera formulado alguna reclamación contra GM pretendiendo la declaratoria de la existencia de una agencia mercantil (agencia de hecho). Para tales contratos invoca GM la prescripción de la acción con la que se pretende que el Tribunal declare que entre las Partes hubo una agencia mercantil (agencia de hecho).

- Prescripción ordinaria de las acciones derivadas de los contratos celebrados o terminados con anterioridad al 2 de diciembre del año 2003: Para todos estos contratos está vencida la prescripción extraordinaria decenal prevista en la ley 701 de 2002.

- Paz y salvos recíprocos otorgados por las Partes en relación con los contratos celebrados hasta el día 24 de febrero de 2012; inexistencia de obligaciones derivadas de la terminación de esos contratos: A partir del contrato celebrado en 2000 las Partes incluyeron en los subsiguientes una cláusula en que EL CONCESIONARIO dejaba a paz y salvo a LA FÁBRICA por todo concepto relacionado con los contratos anteriores. Esta renuncia es válida y eficaz pues no contraviene ni el derecho público, ni la moral, ni las buenas costumbres. Al culminar el contrato suscrito el 24 de febrero de 2012 las Partes cumplieron con los procedimientos previstos para la terminación: suscribieron el acta de cierre de cuentas, recompra y retoma de repuestos, aunque queda pendiente de pago un saldo a LOS COCHES que éste no ha querido recibir.

- Cumplimiento del contrato de 24 de febrero de 2012 por parte de GM COLMOTORES: El referido contrato fue a término fijo y expiró el 27 de febrero de 2013. Durante su vigencia GM COLMOTORES le informó a LOS COCHES que no lo renovaría ni prorrogaría a su vencimiento. La decisión de GM COLMOTORES de no renovarlo se debió a que las negociaciones que adelantaron las Partes durante la vigencia del contrato tendientes a buscar salidas para mantener la relación fracasaron a pesar los mejores esfuerzos de GM COLMOTORES. LOS COCHES no expresó ninguna objeción o comentario cuando GM COLMOTORES le informó que el contrato no se renovaría a su vencimiento, y sólo reaccionó después de que éste se produjo. GM COLMOTORES fue más allá de lo requerido por el contrato, pues avisó 5 meses antes del vencimiento que no lo renovaría, lo cual es evidencia de buena fe.

- Inexistencia de abuso del derecho por parte de GM COLMOTORES: No hubo tal abuso porque no se dieron los elementos necesarios para ello, que eran la existencia de un derecho en cabeza de GM COLMOTORES, derivado del contrato o de la ley, el ejercicio de tal derecho subjetivo de manera contraria a su destinación económica y social, y la causación de un perjuicio a LOS COCHES. GM COLMOTORES ejerció el derecho que tenía de no renovar ni prorrogar el contrato a su vencimiento. La no renovación fue igualmente resultado de la decisión de LOS COCHES de desarrollar un nuevo modelo multi-marca con presencia nacional. Si ambas Partes ejercieron un derecho del que eran titulares, no puede decirse que ninguna de ellas hubiera abusado del mismo. Para que alguien abuse de su derecho debe ejercerlo por fuera de su finalidad propia, sin sujeción a los fines económicos y sociales para los que fue establecido. Para que GM COLMOTORES pudiera abusar de su derecho, como lo pretende LOS COCHES, se requiere que tenga un derecho, lo cual en consecuencia admite la Convocante. Pero GM COLMOTORES no abusó de su derecho porque obró dentro de los límites y la finalidad económica de su libertad de contratación, que es inherente al ejercicio de la libertad de empresa.

- Buena fe de GM COLMOTORES: GM COLMOTORES cumplió cabalmente con todas sus obligaciones contractuales y obró con plena sujeción a contratos de concesión.

- La doctrina de los actos propios enerva las pretensiones de LOS COCHES: A lo largo de la relación entre las Partes, LOS COCHES sólo vino a alegar que era un agente comercial mucho después de que aquella terminó. LOS COCHES se contradice cuando tras finalizar una relación contractual reclama una condición que jamás pretendió tener mientras la relación estuvo vigente. Cuando con su conducta LOS COCHES evidenció

su decisión de no renovar la relación con GM COLMOTORES en los términos que la habían hecho tan exitosa, igualmente va contra sus propios actos.

- Innominada: Pide al Tribunal que declare probada cualquier excepción que aparezca sustentada probatoriamente dentro del proceso.

1.6. DURACIÓN DEL PROCESO Y TÉRMINO PARA FALLAR

Con arreglo al artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, salvo estipulación contraria de las partes, la duración del proceso arbitral será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, al cual se adicionarán los días que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso. La primera audiencia de trámite se inició y culminó el 5 de mayo de 2015.

El proceso se suspendió por petición de las Partes así: entre 6 de mayo de 2015 y 20 de mayo de 2015 (Acta No. 12); entre 22 de mayo de 2015 y 31 de mayo de 2015 (Acta No. 13); entre 1 de junio de 2015 y 30 de junio de 2015 (Acta No. 14); entre 22 de junio de 2015 y 27 de julio de 2015 (Acta No. 17); entre 14 de agosto de 2015 y 30 de agosto de 2015 (Acta No. 25); entre 19 de noviembre de 2015 y 29 de noviembre de 2015 (Acta No. 35); entre 15 de diciembre de 2015 y 1 de febrero de 2016 (Acta No. 36); y entre 3 de junio de 2016 y 7 de julio de 2016 (Acta No. 49). Las anteriores suspensiones suman un total 112 días hábiles.

Por solicitud de los apoderados de las Partes, el término se prorrogó por 4 meses adicionales, mediante auto de fecha 18 de noviembre de 2015 (Acta No. 35). El 26 de mayo de 2016 se volvió a prorrogar, por solicitud de las Partes, por 2 meses más. Por lo tanto, el término para dictar el Laudo vence el día 19 de octubre de 2016. Esto significa que el Tribunal se encuentra en término para proferir el presente Laudo.

CAPÍTULO SEGUNDO

PRESUPUESTOS PROCESALES

2.1 LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Corresponde al Tribunal resolver lo relacionado con los presupuestos procesales, de manera que pueda entrar al examen de fondo de las cuestiones debatidas en este Proceso.

Se ha entendido por la doctrina[6] que los presupuestos procesales son aquellas circunstancias formales, establecidas por la ley procesal, que deben concurrir al proceso para que sea posible la resolución sobre el fondo del asunto sometido a la consideración judicial, que son competencia, demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha explicado:[7]

> *"…los denominados presupuestos procesales son aquellas condiciones de legalidad del proceso que atañen a su cabal constitución y desarrollo, y que, en cuanto tales, son exigidas por la ley como requisito imprescindible para proferir sentencia de fondo. Se trata, pues, de constatar, a través de su examen, la legalidad de la relación procesal y su aptitud para conducir a una sentencia válida y útil".*

En otra providencia[8], la misma Sala de Casación Civil expresó:

> "*La omisión o deficiencia de los presupuestos procesales, según se trate, conduce a la nulidad del proceso o a un fallo inhibitorio y, en este último caso, no exime al*

---

[6] Alejandro Romero Seguel, Artículo denominado "*El control de oficio de los presupuestos procesales y la cosa juzgada aparente*", publicado en la REVISTA DE DERECHO CHILENO, Volumen 28, año 2001.
[7] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia de fecha 6 de febrero de 2001, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, Expediente No. 5656.
[8] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia de fecha 15 de julio de 2008, M.P. William Namén Vargas, Expediente No. 68001-3103-006-2002-00196-01.

> *juzgador del deber de proferir una providencia indicativa de las razones por las cuales no define el mérito de la controversia*[9]*".*

La Convocada ha formulado reparos frente al presupuesto procesal de la competencia del Tribunal, reparos que se han expresado en varios documentos: el recurso de reposición formulado contra la decisión del Tribunal de admitir la demanda original y luego la Demanda reformada; en el recurso de reposición contra el auto por medio del cual el Tribunal asumió competencia parcial para conocer de las diferencias sometidas a su consideración; y en el Alegato de Conclusión.

En todos ellos, de manera reiterada, igual o similar, la Convocada ha indicado que el Tribunal carece de competencia, por las siguientes razones:

> "*… no todos los Contratos de Concesión celebrados entre LOS COCHES y GM COLMOTORES incluyeron un pacto arbitral por medio del cual las Partes habilitaron a un Tribunal arbitral para conocer de las controversias surgidas con ocasión de dicho contrato";* que, "*… bajo ningún escenario –trátese de la pretendida existencia de una sola relación jurídica en el tiempo, como equivocadamente lo pretende LOS COCHES, o de contratos independientes y separados, como lo acreditan los documentos aportados – el Tribunal puede pronunciarse sobre el Contrato de concesión celebrado el 15 de junio de 1978 en cuanto el mismo no contiene pacto arbitral alguno"; que "…la redacción de la Primera Pretensión Principal y la Subsidiaria de la Primera Pretensión Principal comparativamente no admiten ninguna diferenciación, distinción que tampoco se halla en la causa petendi"; que "…no puede considerar el Tribunal que la cláusula compromisoria incluida en el contrato suscrito en febrero de 2012 se extiende a todos y cada uno de los contratos de concesión suscritos entre las partes con anterioridad a dicha fecha, tanto más cuanto que las cláusulas no son idénticas y porque el contrato suscrito en 1978 no incluyó dentro de sus provisiones una cláusula compromisoria"; que "...ha quedado demostrado que uno de los interrogantes que en su momento se planteó el Tribunal, cuyo análisis y decisión pospuso, consistente en determinar si entre las Partes existió una única relación o varias autónomas o independientes, ha quedado despejado sin ninguna duda: los documentos y el comportamiento contractual de las Partes dan cuenta de que estas siempre entendieron que a medida que se cumpla el plazo de cada uno de los contratos estos perdían su vigencia, no se prorrogaban. Simplemente entendieron que terminaban por acaecimiento del plazo y era indispensable renovarlos mediante la suscripción de un nuevo contrato. No fue, en conclusión, una única relación contractual sino varias independientes, autónomas y sucesivas que contemplaron distintas reglas, distintos plazos, distintos objetos materiales concesionados, etc".*

Así mismo, la Convocada ha considerado que tampoco se encuentra presente en este trámite el presupuesto procesal de demanda en forma, pues la Demanda formulada por la Convocante es inepta, por indebida acumulación de la primera pretensión principal y la segunda pretensión principal y su subsidiaria. La Convocada indica que "…*las dos pretensiones principales suponen la coexistencia de dos contratos: uno celebrado y vigente desde 1978 y otro celebrado el 24 de febrero de 2012*", y que "…*al Tribunal no le es dable entrar a elegir cuál de las dos pretensiones examina, las cuales se repelen: o existió un único contrato desde 1978 o existieron varios contratos, uno de los cuales, el de 2012, fue supuestamente incumplido o ejecutado con abuso del derecho*".[10]

Por su parte, la Convocante, en los memoriales en los cuales se ha pronunciado sobre los recursos propuestos por la Convocada y en el Alegato de Conclusión, ha expresado que el presente trámite versa sobre una única relación jurídica que ha sido documentada a través de varios contratos y que la única razón para no suscribir un único contrato a término indefinido, ha sido la necesidad de GM de verificar que el concesionario haya ejecutado el contrato de manera satisfactoria. Indica que "*Dichas relaciones jurídicas se han ejecutado sin solución de continuidad por lustros sin importar las vigencias de los documentos suscritos, como lo testificaron los representantes legales de Centro Diesel, Andar, Ayura Motors, Continautos, AutoGrande, Automotores Rio Grande y Automotores Llano Grande".*

---

[9] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia de fecha 21 de julio de 1954, LXXVIII, 2144, 104, 19 de agosto de 1954, 348, 21 de febrero de 1966.
[10] Alegato de Conclusión de GM, páginas 186 y ss.

Agrega además el apoderado de la Convocante que la *"suscripción de los documentos referidos no significaba la terminación de la relación contractual, toda vez que la misma se seguía ejecutando ordinariamente sin que las Partes llevaran a cabo liquidaciones parciales, emitieran paz y salvos ni ejecutaran las estipulaciones contractuales previstas en los eventos de terminación del contrato…"*

El Tribunal procede a continuación al análisis y decisión de los presupuestos procesales, en especial, de los que echa de menos la Convocada.

2.2 LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Como quedó reseñado en los antecedentes de este Laudo, en la primera audiencia de trámite, llevada a cabo el día 5 de mayo de 2015[11], el Tribunal asumió competencia --- salvo para conocer de la pretensión subsidiaria de la primera principal y la pretensión consecuencial de la pretensión subsidiaria de la primera principal contenida en la Demanda reformada---- para resolver las disputas sometidas a su consideración, sin perjuicio del resultado que arrojaran las pruebas y su valoración.

En efecto, indicó el Tribunal en la primera audiencia de trámite, al resolver sobre su competencia que:

> "… *si el presente litigio versara sobre un único contrato, la cláusula compromisoria le daría plena competencia para pronunciarse sobre la totalidad de las pretensiones –en lo que toca con los efectos en el tiempo del pacto–, incluso sobre aquellas que recaen sobre hechos de 1978, época en la que se celebró el contrato. Empero, si se tratara por el contrario de una serie de negocios sucesivos pero autónomos, la conclusión sería diferente*".

Y adelante agregó que:

> "*En efecto, si se trata de un único contrato, razonable es concluir que la cláusula compromisoria pactada posteriormente reemplaza a la previamente estipulada –carece de lógica suponer que las partes celebrarán dos pactos arbitrales para un único contrato–, siendo así la de 24 de febrero de 2012 la última en esa serie de modificaciones".*

La anterior decisión no implica, como lo sugiere el apoderado de la Convocada en su Alegato de Conclusión, que los Árbitros hayan postergado su decisión de competencia al momento de proferir el laudo, incumpliendo la obligación establecida en el artículo 30 de la ley 1563 de 2012; pues, se reitera, en el Auto No. 13 de fecha 15 de mayo de 2015, contenido en el Acta No. 12 de la misma fecha, el Tribunal resolvió sobre su propia competencia, declarándose no competente para conocer de la pretensión subsidiaria de la primera principal y de la pretensión consecuencial de la pretensión subsidiaria de la primera principal contenida en la Demanda, y competente para conocer de todas las demás controversias surgidas entre las Partes.

Lo que implica tal decisión es que el Tribunal, ante la imposibilidad de dirimir la controversia suscitada entre las Partes en la primera audiencia de trámite, advirtió la necesidad de practicar pruebas para dilucidar dicha controversia, pues parte de esa disputa tiene que ver con el contenido y alcance de la cláusula compromisoria.

En efecto, el Tribunal expresó en la primera audiencia de trámite que:

> *"… el Tribunal se enfrenta a dos posiciones que, si bien tienen incidencia en el estudio sobre su competencia, no corresponden al análisis propio de la primera audiencia de trámite. Y es que para LOS COCHES, lo que lo ató a GM COLMOTORES fue una única relación contractual que se extendió de manera ininterrumpida desde 1978 hasta el año 2013 y que fue prorrogada de tiempo en tiempo; empero, para la Convocada, la totalidad de la relación no fue sino la sumatoria de varios negocios jurídicos, todos ellos independientes y autónomos.*

[11] Acta No. 12 de fecha 5 de mayo de 2015, Cuaderno Principal, folios 184 a 223

Advierte el Tribunal que si el presente litigio versara sobre un único contrato, la cláusula compromisoria le daría plena competencia para pronunciarse sobre la totalidad de las pretensiones –en lo que toca con los efectos en el tiempo del pacto–, incluso sobre aquellas que recaen sobre hechos de 1978, época en la que se celebró el contrato. Empero, si se tratara por el contrario de una serie de negocios sucesivos pero autónomos, la conclusión sería diferente.

No son desconocidas para el Tribunal las discusiones que se pueden presentar en torno al alcance de la cláusula compromisoria respecto de contratos sucesivos, sean anteriores o posteriores a aquél que la contenga[12]*. No obstante, debiéndose dirimir en esta audiencia lo relativo a la competencia o, al menos –si lo anterior no es posible– los criterios con los cuales se dejará ella sentada, habrá de decirse que, para el Tribunal, las primeras llamadas a delimitar los contornos materiales y temporales de un contrato son las partes, por lo que si realmente no celebraron uno sino varios acuerdos y además determinaron que cada uno era autónomo e independiente, no puede entonces suponerse que, contrariando esa voluntad, el pacto arbitral contenido en uno de ellos tiene incidencia sobre los demás.*

Empero, como reluce con claridad, la definición sobre la unidad o pluralidad de contratos requiere de un análisis interpretativo de los mismos, así como de la valoración de las pruebas que se practiquen, cuestión del todo ajena al momento procesal en el que nos encontramos, por lo que se hace necesario que el Tribunal se declare competente a fin de dilucidar lo anterior, pero advirtiendo entonces que será en el laudo en donde se adoptará de manera definitiva la decisión correspondiente".

Así las cosas, es obligación del Tribunal revisar nuevamente el presupuesto procesal de competencia, para proferir su decisión de fondo, máxime cuando la Convocada, como ya se anotó, ha reiterado que en el presente trámite no se encuentra presente este presupuesto procesal, y que, por lo tanto, el Tribunal no puede pronunciarse sobre algunas de las pretensiones de la Demanda formulada contra su poderdante por la Convocante.

En la Cláusula 3.7 del Contrato suscrito entre las Partes el 24 de febrero de 2012, se pactó la siguiente Cláusula Compromisoria:

"Salvo en lo referente a acciones que puedan adelantarse por la vía ejecutiva y lo referente a medidas cautelares para la protección de los derechos de propiedad industrial o intelectual de LA FÁBRICA, toda diferencia o controversia que surja entre las partes a causa de este contrato o en relación directa o indirecta con el mismo que no hubiere sido conciliada, se resolverá por un Tribunal de arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá…".

La diferencia entre las Partes radica en el alcance de la mencionada Cláusula Compromisoria, pues mientras para la Convocante tal cláusula produce efectos suficientes para otorgar plena competencia al Tribunal, para la Convocada, tal cláusula tiene limitaciones: (1) referidas al tiempo, pues los árbitros en su sentir no pueden conocer las pretensiones sobre hechos anteriores al 24 de febrero de 2012, momento en el cual se pactó la Cláusula Compromisoria, que aquí se invoca como fundamento del presente trámite arbitral; (2) referidas a la materia misma sometida a la controversia, en la medida en que le impide al Tribunal juzgar lo relacionado con la agencia de hecho; y, (3) referidas a que las cláusulas compromisorias contenidas en cada uno de los contratos son diferentes a aquella que sirvió de base para convocar el presente Tribunal, como son diferentes cada uno de los 15 contratos que se suscribieron entre las Partes.

A continuación procede a analizar el Tribunal los reparos formulados por la Convocada.

(1) Limitación referida al tiempo: En cuanto a la Cláusula Compromisoria pactada en el contrato del 24 de febrero de 2012, el Tribunal, luego de evaluar las pruebas en conjunto, como lo ordena el artículo 176 del Código General del Proceso, considera que tiene competencia para conocer de la totalidad de las pretensiones de la Demanda, salvo la pretensión subsidiaria de la primera principal y la pretensión consecuencial de la pretensión

[12] BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer. Vol. I. Segunda edición. 2014, página 1376.

subsidiaria de la primera principal, como resolvió en la primera audiencia de trámite al resolver sobre su propia competencia.

En efecto, estima el Tribunal que en el presente caso se está en presencia de una única relación contractual que fue materializada en diversos documentos suscritos, pero que fue ejecutada de forma ininterrumpida por las Partes, desde su inicio en el año 1978 hasta la terminación del mismo en el año 2013.

Lo anterior se encuentra probado con la declaración de parte del representante legal de la Convocada, quien en diligencia rendida ante el Tribunal el día 30 de noviembre de 2015[13], manifestó:

> *"DR. TOBAR: Señor Mejía cuando ustedes terminaban un contrato y suscribían otro con Los Coches como ocurrió ante la relación comercial que sostuvieron, se expedían paz y salvos, se declaraban a paz y salvo mutuamente con los contratos anteriores o qué sucedía?*
>
> *"SR. MEJÍA: No existía un paz y salvo específico en el contrato de concesión que se firmaba hay una cláusula que genera ese paz y salvo entre las partes declaran no tener ninguna cuenta por cobrar, ni ninguna, cómo se llama eso, no soy abogado y me cuestan a veces los términos, en donde no hay ninguna reclamación y que están a paz y salvo, está en el contrato".*

En igual sentido, la declaración de parte del representante legal de LOS COCHES, quien en diligencia rendida ante el Tribunal el día 30 de noviembre de 2015[14], manifestó:

> "*DR. TOBAR: En los contratos que ustedes suscribían, en todo el desarrollo de la relación comercial que tuvieron con Los Coches, acordaron paz y salvo sobre todos los anteriores asuntos de esa relación comercial?*
>
> *"SR. SALAZAR: Absolutamente, eso era totalmente continuo, de hecho las cuentas, las garantías, las cuentas corrientes, las cuentas de misceláneos que era la cuenta que teníamos con Colmotores, las comunicaciones, eso era continúo. Eso no era que finalizara el contrato y ya todo se cerró, se liquida esto, su garantía y tiene este paz y salvo, ábrame otra garantía para los vehículos, para los repuestos o esta es la circular 1 de este nuevo contrato, no, eso era totalmente continuo, eso continuaba y continuaba común y corriente, continúo, la cuenta de misceláneos por ejemplo que era la cuenta de ellos y nosotros, nosotros pagábamos repuestos, ellos nos daban incentivos, todo esto, toda esta metodología eso no se liquidaba, eso simplemente continuaba. Seguramente a la finalización había saldos positivos, negativos, todo, eso continuaba común y corriente, de hecho todos los incentivos se movían en esas cuentas y esas cuentas nunca se liquidaban.*
>
> *"DR. NÚÑEZ: La respuesta es no había actas de paz y salvo durante la ejecución del contrato?*
>
> *"SR. SALAZAR: No, no había".*

Por su parte, y en igual sentido, el testimonio del doctor Santiago de Francisco[15], Vicepresidente Jurídico de GM, quien en diligencia rendida ante el Tribunal el día 15 de septiembre de 2015, expuso que:

> *"DR. TOBAR: ¿Entre Colmotores y Los Coches se celebraron varios contratos, cuando se terminaba un contrato y se celebraba uno nuevo, había un paz y salvo del anterior que establecía algo relacionado con esos contratos anteriores?*
>
> *"DR. DE FRANCISCO: No, si uno mira las estipulaciones que hay para eventos de terminación del contrato, realmente a lo que se refieren es a la terminación de una*

---

[13] Interrogatorio de Parte al señor Jorge Alejandro Mejía González, en su calidad de Representante Legal de GM, Cuaderno de Pruebas No. 20, folios 684 a 705.
[14] Interrogatorio de Parte al señor Ricardo Salazar Arias, en su calidad de Representante Legal de LOS COCHES, Cuaderno de Pruebas No. 20, folios 706 a 731.
[15] Testimonio del señor Santiago de Francisco, Cuaderno de Pruebas No. 20, folio 596.

relación comercial, la relación costo beneficio de entrar a hacer todo ese proceso con cada terminación cuando es una operación continua, no hubiera sido rentable ni para la fábrica ni para los concesionarios, entonces realmente si las cosas siguen no hay solución de continuidad, hoy vence uno y mañana arranca el otro, pero es básicamente lo mismo.

"DR. TOBAR: ¿Pero no había paz y salvo ni nada?

"DR. DE FRANCISCO: No, simplemente opera porque es una cuenta corriente, digamos, hay muchos débitos de garantía que la fábrica les debe a los concesionarios, yo no puedo llegar a pagar porque se dio con el día, sino que hay que seguir dentro del proceso, todo eso está sistematizado, etc., entonces realmente es a la verdadera terminación de la relación comercial cuando se dan todos estos finiquitos y ajustes de cuentas y conciliaciones y todo lo demás.

"DR. TOBAR: ¿No había liquidación anual?

"DR. DE FRANCISCO: No".

Y el testimonio del señor Santiago Andrés Chamorro Micolta[16], antiguo Presidente de GM, rendido ante el Tribunal el día 18 de noviembre de 2015, manifestó:

"DR. TOBAR: En esos casos en donde se renovó el contrato, primero a 3 años y el último a término de un año, ¿usted recuerda si firmaron paz y salvos sobre las actuaciones anteriores con Los Coches?

"SR. CHAMORRO: No recuerdo haber firmado un paz y salvo en la no renovación y en la apertura del siguiente.

"DR. TOBAR: ¿Usted no recuerda o cree que no se firmó?

"SR. CHAMORRO: Que no se firmó paz y salvo de, por decir así, liquidando una…

"DR. TOBAR: ¿Una relación contractual anterior?

"SR. CHAMORRO: No".

Además de las declaraciones de parte y testimonios mencionados que de manera uniforme indican la continuidad de la relación jurídica desde 1978 y hasta el año 2013 y a los cuales el Tribunal les da plena credibilidad, se encuentra probado en el expediente que el objeto en la totalidad de los contratos fue el mismo; que las partes fueron las mismas; que las obligaciones principales de los contratos fueron las mismas, y que no se realizaron en ningún momento cierres financieros o liquidaciones al momento de suscribir nuevos contratos. El que los contratos contuvieran cláusulas en que constaba que cada uno de ellos "cancelaba" y dejaba sin efectos a los anteriores[17] y en algunos casos además se declararan a paz y salvo por contratos precedentes[18] no niega las consideraciones precedentes, como tampoco lo niega el que entre los contratos iniciales y los posteriores hayan variado las marcas de vehículos automotores y productos asociados sobre los cuales versaba la concesión: se trataba de contratos de concesión automotriz entre las mismas partes y cuyas condiciones, en lo sustancial, se mantuvieron a lo largo del tiempo.

Así las cosas, la Cláusula Compromisoria pactada en el contrato suscrito entre las Partes el 24 de febrero de 2012, permite que el Tribunal conozca de las pretensiones anteriores a esa fecha que se han sometido a su consideración, pues, como se indicó en el auto por medio del cual se asumió competencia, la cláusula compromisoria es "(…) *el contrato por el*

---

[16] Testimonio del señor Santiago Chamorro, Cuaderno de Pruebas No. 20, folio 634.

[17] Ver cláusulas 18 del contrato del 15 de junio de 1978; décima novena del contrato del 29 de diciembre de 1981; décima novena del contrato del 18 de diciembre de 1986; décima novena del contrato del 10 de diciembre de 1987; décima novena del contrato del 7 de marzo de 1989; décima novena del contrato del 8 de febrero de 1990; décima novena del contrato del 7 de marzo de 1991; décima novena del contrato del 11 de febrero de 1992; décima octava del contrato del 7 de febrero de 1995; décima octava del contrato del 13 de mayo de 1997.

[18] Cláusula 10.2, literal I del contrato del 24 de febrero de 2000; cláusula 10.2, literal I del contrato del 21 de febrero de 2003; cláusula 10.2, literal I del contrato del 16 de febrero de 2006; cláusula 10.2, literal I del contrato del 24 de febrero de 2009; cláusula 10.2, literal I del contrato del 24 de febrero de 2012.

cual las partes se obligan a someter a arbitraje una controversia futura (…)"[19], y que su diferencia con el compromiso es que éste se refiere a controversias ya existentes.

Así, lo que define la categorización y naturaleza de las diversas especies del contrato arbitral es el momento del surgimiento de una controversia, mas no la época en que se sucedieron los hechos que sirven de fundamento para la misma. Es más, la esencia del pacto arbitral reside en la decisión de las Partes de que una disputa sea resuelta por terceros, como se colige claramente al reparar en el artículo 3º de la Ley 1563 de 2012, o de los artículos 116, 117, 118 y 119 del Decreto 1818 de 1998, vigente para cuando se convino la Cláusula Compromisoria de 24 de febrero de 2012, respecto aún de hechos o circunstancias anteriores a dicho pacto.

En ese orden de ideas, si la controversia es el núcleo del arbitraje, cuyo surgimiento incluso marca la distinción entre una y otra especie de pacto arbitral, no resulta relevante si los hechos que dan lugar a ella son anteriores o posteriores a su nacimiento. Y, tratándose de una cláusula compromisoria, para fijar su alcance en el tiempo no es trascendente entonces el motivo en que funda sino el momento en el que se presenta la controversia, entendida ésta como el "(…) *desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto sobre visiones legales o sobre intereses entre dos personas*".[20]

La cláusula compromisoria es tal, en la medida en que someta al conocimiento del Tribunal las *controversias futuras* que se susciten entre las Partes, aspecto que no admite discusión por así decirlo la legislación colombiana. Empero, esa limitante no es un obstáculo para que dichas controversias, si bien futuras, puedan tener origen en hechos o situaciones acontecidos antes de la estipulación de la cláusula.

Por consiguiente, como ocurrió en el presente caso, si durante la ejecución de un contrato las partes deciden estipular una cláusula compromisoria, la misma permite que el tribunal dirima las disputas acaecidas con posterioridad a su consagración, aun cuando se presente por circunstancias anteriores, como la interpretación o la calificación de un contrato, aspectos cuyo análisis se sitúa en la génesis del negocio jurídico.

(2) Limitación referida a la materia misma sometida a la controversia: En cuanto a juzgar lo relacionado con la agencia de hecho, el Tribunal debe reiterar lo ya expuesto en el auto por medio del cual se asumió competencia, en el sentido de que la Cláusula Compromisoria no lo habilita para pronunciarse sobre la pretensión "Subsidiaria de la Primera Pretensión Principal", es decir, la referida a la coexistencia de un contrato de concesión y una agencia de hecho, y por ende tampoco sobre sus consecuenciales, pero sí sobre los demás pedimentos; por cuanto lo que se pretende es que se califique como agencia comercial el contrato que contiene el pacto arbitral; no otra relación conexa o derivada.

En efecto, puede leerse que el contenido de la primera de las pretensiones consiste en que se declare que entre las Partes *"(…) se celebró un contrato de agencia mercantil (…)"*, lo que permite entender, a juicio de la Convocante, que ese contrato celebrado denominado de concesión, y no otro, reúne los elementos esenciales de la agencia comercial.

Advierte el Tribunal que es su deber interpretar la demanda, a pesar de la aparente claridad del escueto y literal texto de lo pretendido, para de su análisis deducir lo razonablemente querido y pretendido por la Convocante, pues como en reiteradas ocasiones lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia[21]:

> "…*corresponde al Juez interpretar la demanda incoativa del proceso con miras a superar sus contradicciones, confusiones o inexactitudes, de manera que pueda aflorar explícita la voluntad del demandante que reposa implícita en el texto de dicho escrito".*

---

[19] RIVERA, Julio César. *Arbitraje Comercial: Internacional y Doméstico*. Lexis-Nexis. 2007, página 96.
[20] Corte Internacional de Justicia. *Mavrommatis Palestine Concessions case*. 30 de agosto de 1924. Serie A. No. 2, página 11.
[21] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 19 de octubre de 2005, M.P. Pedro Munar, Expediente No. 7188.

En similar sentido, el pronunciamiento de la misma Corte Suprema de Justicia en providencia del 17 de abril del año 1998[22], cuando indicó:

> *"Cuando la demanda genitora del proceso sea oscura, imprecisa o vaga, gravita sobre el juzgador, no una mera potestad de interpretarla, sino el deber de hacerlo por supuesto dentro de los límites establecidos en la ley, con miras a precisar sus verdaderos alcances, labor a la que solo puede sustraerse cuando la confusión sea de tal magnitud que, pese a sus esfuerzos, no logre desentrañar sus alcances sin alterar el contenido objetivo (...)".*

Y en otra sentencia, la Corte Suprema[23] mencionó:

> *"…[a]l fin y al cabo, como componentes que son de un todo, los diversos acápites de ese escrito rector del proceso han de articularse, correlacionarse, porque sólo de esa conjunción puede brotar la voluntad que realmente quiso expresar su autor al estructurarla"*.

En ese sentido, el Tribunal considera que del análisis integral de la Demanda[24] y los hechos[25] en que se soportan las pretensiones, lo que pretende la Convocante es que se declare que el contrato denominado como de "Concesión", verdaderamente fue uno de agencia mercantil y que se admitan sus pretensiones, así, en estricto sentido, no se trate de declarar la existencia de una agencia de hecho. Para el Tribunal es claro que la agencia comercial de hecho se caracteriza por la ausencia de un encargo propiamente dicho para ampliar o mantener el mercado del empresario, sino que es el resultado de la fuerza de los acontecimientos, en los cuales una persona, en un entendimiento tácito, cumple esencialmente con las mismas actividades que individualizan al agente comercial consagradas en el artículo 1317 y siguientes del Código de Comercio. Es decir, asume de manera independiente y estable la promoción de los negocios por cuenta de un tercero; pero, se reitera, sin que el empresario se lo haya encomendado.

Como lo reconoce parte de la doctrina, si bien *"(…) la labor del agente de hecho resulta por su generación espontánea, sería difícil concebir que pudiera llegar a ampliar el espectro de los mercados de un producto o marca ajena, sin que por lo menos tuviese un vínculo contractual con el empresario, o con alguno de sus intermediarios (…)"*[26], de ahí que en los más de los casos la agencia de hecho tenga su génesis en una relación contractual, no que recoja los elementos esenciales del contrato típico consagrados en el artículo 1317 –pues en ese caso la agencia no sería de hecho–, sino en una que le permite cobrar vida mediante el comportamiento de facto del agente.

Así las cosas, se concluye que una cosa es el contrato que facilita el nacimiento de la agencia de hecho, pero otra diferente la relación que da lugar al agenciamiento de hecho en sí mismo considerado. Así, uno pudo ser el negocio jurídico que recogió la voluntad de las partes, por ejemplo, una concesión; y otro diferente el que terminaron ejecutando v.gr. una agencia de hecho, sin que pueda afirmarse, sin quebrar la voluntad de las partes, que desde el principio el acuerdo de voluntades debe ser calificado como una agencia comercial.

Por lo anterior, es clara la competencia del Tribunal para establecer si la relación contractual surgida y ejecutada bajo los contratos suscritos por las Partes a partir del 15 de junio de 1978, interpretados de conformidad con sus textos y las demás pruebas que se recaudaron en el proceso, reúnen los elementos esenciales que califican a dicha relación

---

[22] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 17 de abril de 1998, M.P. Jorge Antonio Castillo, Expediente No. 4680.
[23] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de 18 de noviembre de 2014, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, Exp. No. 54001-31-03-004-2004-00032-01.
[24] En efecto, puede leerse que el contenido de la primera de las pretensiones consiste en que se declare que entre las partes *"(…) se celebró un contrato de agencia mercantil (…)"*, lo que permite deducir que, a juicio de la Convocante, ese contrato celebrado –no otro– reúne los elementos esenciales de la agencia comercial.
[25] En el hecho número 2.58 de la Demanda, LOS COCHES afirma que *"(…) Desde el inicio fue clara la relación de representación o agenciamiento a favor de COLMOTORES (…) Tan es así que en el contrato que dio inicio a la relación comercial (…) en la cláusula tercera, en lo que respecta a las responsabilidades de promoción y ventas por parte de LOS COCHES, se estableció (…)"*, y en el hecho número 2.59, en el que dice la Convocante que *"(…) LOS COCHES ejerció su encargo de posicionamiento (…)"*.
[26] ARRUBLA PAUCAR, Jaime, *Contratos Mercantiles*, Tomo II. Contratos Típicos. Biblioteca Jurídica Diké. 12ª edición. 2008. Página 294.

contractual como contrato de agencia comercial, aspecto éste que a todas luces se encuentra dentro del alcance de la Cláusula Compromisoria.

(3) Limitación referida a que la cláusula compromisoria que sirvió de base para convocar el presente Tribunal es diferente a las cláusulas contenidas en cada uno de los contratos que se suscribieron entre las Partes: Al respecto debe indicar el Tribunal que la Cláusula Compromisoria del contrato suscrito el día 24 de febrero de 2012 modificó o "sustituyó" los pactos arbitrales contenidos en los contratos de fechas 29 de diciembre de 1981, 18 de diciembre de 1986, 10 de diciembre de 1987, 7 de marzo de 1989, 8 de febrero de 1990, 7 de marzo de 1991, 11 de febrero de 1992, 7 de febrero de 1995, 13 de mayo de 1997, 24 de febrero de 2000, 21 de febrero de 2003, 16 de febrero de 2006 y 24 de febrero de 2009. Para el Tribunal, cada cláusula compromisoria estipulada en los mencionados contratos, fue modificada o sustituida por la cláusula pactada en el documento o contrato posterior.

Sin perjuicio de lo anterior, debe mencionarse que los diferentes pactos arbitrales son iguales o similares y su única distinción hace referencia a la forma de designación o escogencia de los árbitros y que tales pactos no son incompatibles entre sí.

Lo que es claro para el Tribunal es la voluntad de las Partes de someter a decisión de un Tribunal Arbitral cualquier disputa entre ellas, como consecuencia de los diferentes contratos, o, como se indicó en la última cláusula compromisoria pactada "…*a causa de este contrato o en relación directa o indirecta con el mismo que no hubiere sido conciliada".*

En consecuencia, es claro el sometimiento de las controversias originadas en su relación contractual a la justicia arbitral, mandato que se tornaría inane en el caso en el cual se dividiera una continua relación entre las partes, a diferentes tribunales de arbitramento so pena de respetar diferentes cláusulas compromisorias, que en realidad se tratan de una única cláusula que fue modificada a lo largo del tiempo. El primer contrato, de fecha 15 de junio de 1978, no tiene cláusula compromisoria, pero como hace parte de la relación que entre las Partes existió desde esa fecha y hasta el 27 de febrero de 2013, queda igualmente comprendido dentro del marco de competencia del Tribunal, como ya se indicó.

Como ya se indicó en líneas anteriores, entre las Partes existió una única relación jurídica que fue materializada en diversos documentos suscritos, el último de ellos, el de fecha 24 de febrero de 2012, y por ello, se reitera, es razonable concluir que la Cláusula Compromisoria pactada en este último documento reemplaza, modifica o sustituye las cláusulas compromisorias pactadas en los otros documentos o contratos suscritos entre las Partes.

2.3 DEMANDA EN FORMA - LA INEPTA DEMANDA

La demanda es un acto jurídico reglado, a la que el ordenamiento impone toda una serie de requisitos de forma y de fondo. El artículo 12 del Estatuto Arbitral (ley 1563 de 2012) establece que la demanda debe reunir todos los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil o las normas que lo sustituyan o modifiquen. El Código General del Proceso establece, en el artículo 82, una lista de exigencias que debe reunir el escrito introductorio del proceso, y que van desde la designación del juez, hasta algunos anexos que deben acompañarse con él. Estos requisitos buscan crear estándares que faciliten el trabajo del juez, la defensa del demandado, y un planteamiento técnico del proceso.

Como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia[27]:

> *"La "demanda en forma", se itera, hace relación a la claridad o precisión en las pretensiones de la demanda; si no se tiene certeza alguna sobre lo que pidió el actor, es imposible que el juez profiera una decisión de fondo, porque no se sabría sobre qué debe fallar. Cosa bien distinta es que la demanda sea carente de algunos requerimientos de forma que no tengan incidencia en la determinación de las pretensiones. En estos casos, a pesar del vicio, es posible definir con claridad y*

[27] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de fecha 2 de febrero de 2011. M.P. William Namén Vargas, Expediente No. 47001-22-13-000-2010-00203-01.

precisión el objeto del proceso, y el juez está obligado a proferir un fallo de fondo al respecto".

Descendiendo al caso concreto, la Convocada considera que la demanda formulada por la Convocante es inepta, por la indebida acumulación de la primera pretensión principal y la segunda pretensión principal y su subsidiaria, pues, en su sentir:

> "*…no puede pedirse al mismo tiempo de manera principal, que se declare que entre las partes "se celebró un contrato de agencia mercantil (agencia de hecho) vigente desde el día 15 de junio de 1978" y simultáneamente se pida como principal que se declare que existió "un incumplimiento del contrato suscrito entre las partes el 24 de febrero de 2012", o que la decisión de no renovar el contrato vigente entre las partes "a partir del 24 de febrero de 2012" implicó un abuso del derecho. (…)*
>
> "*…las dos pretensiones principales suponen la coexistencia de dos contratos: uno celebrado y vigente desde 1978 y otro celebrado el 24 de febrero de 2012. Frente a esta presentación bifronte, al Tribunal no le es dable entrar a elegir cuál de las dos pretensiones examina, las cuales se repelen: o existió un único contrato desde 1978 o existieron varios contratos, uno de los cuales, el de 2012, fue supuestamente incumplido o ejecutado con abuso del derecho*".

Como ya ha quedado mencionado anteriormente, para el Tribunal existe una única relación jurídica entre las Partes que fue materializada en diferentes contratos, y por ello, no encuentra indebida la acumulación de pretensiones en la demanda formulada por la Convocante.

En efecto, el Tribunal no encuentra ninguna incompatibilidad entre las diferentes pretensiones solicitadas por la Convocante, pues la primera pretensión principal es que se declare que "…*entre la FÁBRICA y LOS COCHES se celebró un contrato de agencia mercantil (agencia de hecho) vigente desde el 15 de junio de 1978 y que se prorrogó de manera continua hasta el 27 de febrero de 2013, o durante el tiempo que se logre probar dentro del presente proceso arbitral*", o, como lo interpreta el Tribunal, que el contrato denominado como de "Concesión", verdaderamente fue uno de agencia mercantil que estuvo vigente entre el 15 de junio de 1978 y el 27 de febrero de 2013, y la segunda pretensión principal, donde se pretende que el Tribunal declare "…*que la decisión de la Convocada de no renovar el contrato existente entre GENERAL MOTORS-COLMOTORES S.A. y LOS COCHES, adoptada durante la vigencia del mismo, constituye un incumplimiento del contrato suscrito entre las Partes el 24 de febrero de 2012*", o la pretensión subsidiaria a la segunda pretensión principal, donde se solicita al Tribunal declarar que "*…la decisión de la Convocada de no renovar el contrato vigente entre GENERAL MOTORS-COLMOTORES S.A. y LOS COCHES a partir del 24 de febrero de 2012, adoptada durante la vigencia del mismo, constituye un abuso del derecho, en los términos del artículo 830 del Código de Comercio*".

Y no existe contradicción que genere una indebida acumulación de las pretensiones pues, por un lado, se pretende que el Tribunal califique la naturaleza jurídica de la relación comercial como un contrato de agencia mercantil, y, por el otro, como pretensión autónoma e independiente, se pretende que, independientemente de la calificación de la naturaleza jurídica del contrato, se declare un incumplimiento por la decisión de no renovarlo, o, subsidiariamente, que se declare un abuso del derecho por la decisión de la Convocada de no renovar el contrato.

Cuestión diferente es la pretensión subsidiaria de la primera pretensión principal, según la cual, en caso de que los árbitros encuentren que la relación contractual surgida bajo los contratos suscritos por las Partes a partir del 15 de junio de 1978 no admite la calificación legal de una "agencia comercial", y, por consiguiente, se desestime la primera pretensión, se acceda entonces a reconocer que coexistieron dos relaciones: una de concesión y otra de agencia de hecho; pues en este evento el Tribunal no tiene competencia, como lo decidió en la primera audiencia de trámite, no por una indebida acumulación de pretensiones, sino porque lo pretendido por la Convocada es que los árbitros se pronuncien sobre una relación diversa al contrato de concesión contentivo de la cláusula compromisoria y que además la califique como una agencia de hecho, o en otras palabras,

que se emita una decisión sobre cuestiones diversas a la relación contractual surgida del contrato que contiene el pacto arbitral, como lo sería la agencia de hecho.

2.4 CAPACIDAD PARA SER PARTE

En el presente trámite se encuentra presente este presupuesto procesal, por cuanto las personas jurídicas que han comparecido, esto es, DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A. y GM COLMOTORES S.A., han demostrado su existencia y representación legal y son titulares de la relación jurídica procesal que se debate en este trámite.

2.5 CAPACIDAD PARA COMPARECER AL PROCESO

Este presupuesto procesal también se encuentra presente en este trámite arbitral, pues tanto la sociedad Convocante como la sociedad Convocada pueden disponer libremente de sus derechos, y una y otra comparecieron al Proceso por conducto de sus representantes legales, quienes otorgaron poder a sus representantes judiciales, como quedó reseñado en los antecedentes de este Laudo.

Encontrándose presente la totalidad de los presupuestos procesales y no encontrando nulidad que invalide lo actuado, procede el Tribunal a pronunciarse de fondo sobre los asuntos que se han sometido a su consideración.

CAPÍTULO TERCERO

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

3.1 PREÁMBULO

Antes de entrar a revisar las pretensiones de la Demanda y las excepciones propuestas por la Convocada, quiere el Tribunal efectuar un recuento de los principales hitos de la relación contractual entre las Partes.

Como ya se ha señalado, la Convocante en su Demanda pidió como Primera Pretensión Principal *"[que] se declare que entre LA FÁBRICA y LOS COCHES se celebró un contrato de agencia mercantil (agencia de hecho) vigente desde el día 15 de junio de 1978 y que se prorrogó de manera continua hasta el 27 de febrero de 2013, o durante el tiempo que se logre probar dentro del proceso arbitral*", y, como Subsidiaria de la Primera Pretensión Principal, que, en caso de que no prospere la anterior, *"[se] declare la coexistencia entre las Partes de los contratos de concesión y de agencia comercial (agencia de hecho), desde el día 15 de junio de 1978 hasta el 12 de febrero de 2013, o durante el tiempo que se logre probar en el presente proceso arbitral*".

En el Capítulo anterior el Tribunal explicó las razones por las cuales no es competente para pronunciarse sobre la primera pretensión subsidiaria. Le corresponde entonces pronunciarse sobre la primera pretensión principal, pero antes de establecer si la relación que existió entre las Partes fue o no de agencia comercial de hecho, el Tribunal procederá a revisar, con el detalle que se juzga necesario, el alcance de estos conceptos en derecho comparado (en legislaciones relevantes), en la normatividad colombiana, en la doctrina, la jurisprudencia y los laudos arbitrales con mayor poder ilustrativo

3.2 LA AGENCIA COMERCIAL

3.2.1 Marco conceptual

La cuestión de si un contrato o conjunto de contratos constituyen agencia comercial a pesar de no haber sido nombrados de ese modo ha suscitado intenso debate y ha dado lugar a numerosas contribuciones doctrinales de gran utilidad. El Tribunal pretende

aprovechar el valioso trabajo que otros han realizado en esta difícil materia como insumo para ilustrar su criterio en la resolución de las pretensiones referidas.

La agencia comercial es un contrato mercantil que en Colombia y en otras jurisdicciones es nominado. Hace parte de los contratos mercantiles de intermediación entre fabricantes y consumidores de productos o servicios, que incluyen además: la representación, el mandato (que, como se verá, es a la vez el género del que hace parte), la preposición, y el corretaje, entre otros.

3.2.2 La agencia comercial en otras jurisdicciones

El Tribunal hará a continuación una revisión general de la regulación del contrato de agencia comercial en otras jurisdicciones, de Europa y América Latina, con el fin de identificar la evolución del concepto desde sus orígenes en la locación o arriendo de servicios y el mandato comercial, establecer sus características y las particularidades de cada jurisdicción.

(A) Europa:

1. Unión Europea:

El 18 de diciembre de 1986 la Comunidad Europea de Naciones (actual Unión Europea) adoptó la Directiva Comunitaria 86/653/CEE (la "Directiva"). Con el fin de armonizar el trato del agente comercial en las distintas jurisdicciones de la actual UE, la Directiva define al agente comercial como:

> *"… toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo el «empresario», la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario.* (Art. 1)".

El agente comercial debe velar de buena fe por los intereses del empresario, para lo cual ha de

> *"a) ocuparse como es debido de la negociación y, en su caso, de la conclusión de las operaciones de las que esté encargado;*
> *b) comunicar al empresario toda la información necesaria de que disponga;*
> *c) ajustarse a las instrucciones razonables que le haya dado el empresario".* (Art. 3).

El empresario, por su parte, debe actuar de forma leal y de buena fe, para lo cual debe suministrar al agente la documentación e información necesarias para la ejecución de su encargo (art. 4). La Directiva dispone que la agencia comercial es de suyo remunerada y que, de no haberse pactado la modalidad de remuneración, ésta será "*de acuerdo con los usos habituales donde ejerza su actividad"* (art. 6). Por regla general, el agente tiene derecho a remuneración por operaciones concluidas estando vigente el contrato de agencia (art. 7) y en ciertos casos también tiene tal derecho aunque la operación haya concluido después de terminado el contrato (art. 8). El agente tiene derecho a obtener copia de los libros y papeles del empresario, incluyendo sus libros de contabilidad, para verificar el importe de las comisiones que le correspondan (Art. 12)

Si bien no es forzoso a nivel comunitario que el contrato de agencia conste por escrito, los estados miembros pueden establecer ese requisito (Art. 13).

La terminación del contrato varía dependiendo de si es de término limitado o no. Un contrato a término fijo o limitado que se siga ejecutando tras el vencimiento de dicho término se vuelve de plazo indefinido (Art. 14). Si no tiene término, cualquiera de las partes le puede poner fin dando un preaviso de un mes para el primer año, de dos meses para el segundo, y de tres meses para el tercer año y para los años siguientes. Los Estados Miembros podrán fijar plazos hasta por l doble de éstos (Art. 15).

Los estados miembros deben proteger en su regulación local el derecho del agente a una indemnización y a una reparación de perjuicios en los términos allí previstos.

Las partes no pueden exceptuarse de estas disposiciones sino después de la terminación del contrato (Art. 19).

Tras la expedición de esta Directiva, las legislaciones nacionales europeas convergieron hacia estos estándares en conformidad con el cronograma fijado al efecto, tal como se verá a continuación.

2. Alemania:

Fue posiblemente el primer país en regular de manera particular el contrato de agencia comercial[28]. En 1857-1858 la Comisión de Núremberg se pronunció sobre la conveniencia de regular este contrato en el Código de Comercio que entonces estaba proyectándose (y que sería adoptado en 1861) y resolvió negativamente, pues prefirió que siguiera rigiéndose por las normas generales del arrendamiento de servicios. El *Reichsgericht* (Corte Imperial de Justicia) se pronunció sobre la materia en sentencia del 2 de julio de 1892 que atribuía a la agencia comercial varios de los elementos esenciales que hasta la fecha hacen parte de ella, en particular la estabilidad en las funciones del agente y la retribución asociada con el resultado de las actividades del agente.

En derecho positivo se reguló la agencia comercial en el Código de Comercio Alemán (Handelsgesetzbuch, HGB) de 1897, aunque no enfocado en su calidad de contrato, sino desde la perspectiva subjetiva del agente de comercio, sus facultades, derechos y obligaciones. La sección §84 definía el agente de comercio (*Handlungsagent*) como "*Quien, sin haber sido vinculado como factor, está encargado de modo estable de tratar negocios para el comercio de otro o de concluir negocios en nombre de éste debe en sus operaciones buscar el interés del propietario del negocio* (*Gerschftscherr) con la diligencia de un comerciante registrado. Debe dar al propietario del negocio las noticias respectivas, en particular a darle aviso inmediato de cada cierre de negocio".* Aquí se ven varios de los elementos esenciales de la agencia: la autonomía del agente frente al empresario, su deber de actuar por cuenta o en nombre de éste, en búsqueda de su interés, la calidad de comerciante del agente y su deber de mantener informado al empresario de sus actuaciones. La remuneración del agente derivaba de los negocios que cerrara en nombre del empresario, o que pusiera a éste en condiciones de cerrar gracias a su gestión.

La normativa de 1897 en Alemania sirvió de modelo para las leyes de otros países: la Ley de Suecia del 18 de abril de 1914 (modificada con la Ley 10 de mayo de 1974), la Ley de Noruega del 30 de junio de 2016 (modificada con la Ley del 1º de junio de 1973), la Ley de Dinamarca del 8 de mayo de 1917 (modificada con la Ley del 13 de abril de 1938) y la Ley Austriaca del 24 de junio de 1921 (modificada con la Ley del 13 de julio de 1960 y con la Ley del 15 de junio de 1978[29]).

La ley alemana no establecía protecciones para el agente, lo que condujo a que muchos empresarios pretendieran minimizar sus responsabilidades laborales convirtiendo a sus empleados en agentes comerciales. Alemania procuró remediar esta situación incorporando a su ordenamiento ciertos aspectos de la Ley Austriaca de 1921, la cual incluía medidas de protección. Todo este aprendizaje se reflejó en la ley del 6 de agosto de 1953, la cual reguló al agente de comercio (*handels-vertreter*) identificándolo con un empresario independiente a quien otro empresario le encarga la realización de negocios en su nombre[30]. Las normas de esta ley se incorporaron al HGB como secciones §84-92C. En la sección §89b se introdujo la indemnización por la clientela (*Ausgleighanspruch*) en el caso de la terminación del contrato por parte del agenciado sin causa justificada para ello. La Directiva Comunitaria fue implementada en la ley alemana mediante una reforma al HGB el 23 de octubre de 1989. La nueva norma entró en vigor el 1 de enero de 1990 y se aplica a contratos en vigor a partir del 1 de enero de 1994.

3. España:

---

[28] CAMACHO LÓPEZ, María Elisa, "*EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL - Análisis dentro del contexto del sistema jurídico romano-germánico, en vista de una posible modificación de su regulación en Colombia*", publicado en REVIST@ E – MERCATORIA, Volumen 7, Número 2 (2008). Disponible en: http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2042.

[29] CAMACHO LÓPEZ, María Elisa, Op. Cit., página 5.

[30] ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, *Contratos Mercantiles* (Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1992), 5ª Ed., página 336.

El Código de Comercio Español de 1829 mencionó como uno de los "*oficios auxiliares del comercio*" a los agentes mediadores del comercio, pero no los reguló. En todo caso el Real Decreto del 8 de febrero de 1926 creó los Colegios Oficiales de Agentes Comerciales. Mediante Decreto del 7 de noviembre de 1931 se adoptó el Reglamento del Cuerpo de Agentes de Comercio, el cual definía al agente de comercio como "*todo mandatario mercantil independiente que por profesión y de un modo habitual medie, en nombre propio y por cuenta ajena o en nombre y por cuenta de otro, en operaciones de compraventa de mercancías de cualquier clase, concepto y clasificación tributaria*". Este concepto se modificó en repetidas ocasiones en décadas posteriores, pues en el contexto político del Estado corporativo hubo repetidos intentos de someter a los agentes de comercio a las normas laborales[31].

Sin embargo, la agencia comercial no fue regulada en derecho positivo sino hasta la adopción de la Ley sobre el Contrato de Agencia (LCA) 12 del 27 de mayo de 1992, la cual efectivamente adoptó las guías de la Directiva 86/653 ya revisada[32], en parte inspirándose en la reforma de 1989 al HGB alemán. El contrato de agencia se describe así: "*Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones*" (art. 1º, LCA). Las notas características de la agencia mercantil son: (a) es un contrato de duración, que supone estabilidad en el vínculo; (b) es un contrato entre empresarios; (c) su objeto es promover o concluir contratos en nombre y por cuenta del empresario principal; (d) es oneroso y suele estar relacionado con los resultados de la actividad del agente. En España está prohibido actuar como agente comercial sin estar inscrito en el colegio del territorio respectivo.

4. Francia:

El Código de Comercio de 1807 no reguló la figura del agente de comercio. Esta figura se desarrolló en ese país a través de la jurisprudencia, la cual obró en el marco del contrato de mandato. El principal escollo que tuvo superar la jurisprudencia fue cómo indemnizar al agente cuando el principal revocaba esta especie de mandato, como estaba autorizado para hacerlo por las reglas generales. Mediante la Ley del 18 de julio de 1937, el estatuto de los Viajantes, Representantes o Colocadores (Voyageurs, Représentants, Placiers-VRP), comerciantes de dedicación exclusiva a estos roles, que prestan sus servicios a uno o varios empresarios. La ley les reconocía derechos indemnizatorios en caso de terminación injustificada del encargo. El decreto 58/1345 del 23 de diciembre de 1958 reguló expresamente a los agentes comerciales en el marco de un estatuto personal similar al de los VRP: "*Es agente comercial el mandatario que a título de profesión habitual e independiente, sin estar vinculado por contrato de locación de servicios, negocia y, eventualmente, concluye compras, ventas, arrendamientos o prestaciones de servicios, a nombre y por cuenta de productores, industriales y comerciantes…".* Los agentes deben matricularse en el registro especial de agentes comerciales so pena de consecuencias penales (art. 12). La regulación de la agencia comercial como contrato sólo se dio en el Código de Comercio reformulado en 2000 (arts. L134-1 y siguientes). La definición del agente comercial se mantiene igual desde la norma de 1958. Es de interés anotar que, aunque el agente comercial actúa a nombre y por cuenta de otros, los contratos que negocie se concluyen en interés común de las partes (art. L134-4). El capítulo, aunque extenso, está sujeto a reglamentación detallada mediante decreto del Consejo de Estado (art. L134-17).

5. Italia:

El Código Civil italiano de 1942 regula en detalle la agencia comercial (*agenzia*). Al tenor del artículo 1742, "*Con el contrato de agencia una parte asume establemente el encargo de promover, por cuenta de otra, a cambio de una retribución, la conclusión de contratos en una zona determinada*" (capítulo X, Título III, Libro Cuarto). Italia reglamentó la operación de los agentes comerciales mediante decreto legislativo 303 de 1991, expedido para

[31] CAMACHO LÓPEZ, María Elisa, Op. Cit., página 36.
[32] BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Manual de Derecho Mercantil* (Tecnos, Madrid, 2003), 11ª ed., volumen II (Contratos Mercantiles, Derecho de los Títulos Valores, Derecho Concursal), página 116 y siguientes.

incorporar al orden interno la Directiva Comunitaria. No fue necesario modificar los conceptos básicos, que son compatibles con la Directiva, aunque fue necesario incorporar las normas sobre el derecho del agente a ser remunerado por negocios que se cierren encontrándose vigente el contrato o tras concluir dicha vigencia, así como otras disposiciones más bien operativas.[33] Los agentes de comercio no son comerciantes sino auxiliares del comercio. Deben inscribirse en la cámara de comercio de su jurisdicción territorial. El requisito de registro existe igualmente en Grecia, Luxemburgo y Holanda.

(B) América Latina

Países de gran importancia económica en América Latina como México, Chile y Venezuela no cuentan con reglamentación específica sobre la agencia comercial. Argentina acaba de adoptarla, y Brasil fue el primero del continente que legisló sobre el tema.

1. Argentina:

Argentina expidió su nuevo Código Civil y Comercial, que promulgó mediante decreto 1795 de 2014 y empezó a regir en 2015. Por primera vez reguló tanto el contrato de agencia comercial como el de concesión. "*Hay contrato de agencia cuando una parte, denominada agente, se obliga a promover negocios por cuenta de otra denominada preponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente, sin que medie relación laboral alguna, mediante una retribución.| El agente es un empresario independiente, no asume el riesgo de las operaciones ni representa al preponente*" (art. 1479; subrayamos). Igualmente dice que el contrato debe instrumentarse por escrito.

El Código establece el derecho a la exclusividad a favor del agente que puede prestar servicios a varios empresarios (art. 1480), pero también lo establece a favor del empresario pues determina que, sin su consentimiento, el agente no puede prestar servicios a otros en la misma línea de productos (art. 1481).

Una norma novedosa es la que dispone que el agente no puede ser garante de los créditos a favor del preponente, sino hasta concurrencia de la comisión que le correspondiera en la respectivamente operación (art. 1482). Así se precisa que el agente en cada negociación en que interviene no pone en riesgo sino su comisión (y sus costos de operación). La comisión se regula en el artículo 1486 y siguientes.

El plazo se regula en los artículos 1491 a 1493. Hay unas causales específicas para que se resuelva el contrato de agencia comercial (arts. 1494 a 1496). Extinguido el contrato, se establece una compensación por la clientela a favor del "*agente que mediante su labor ha incrementado significativamente el giro de operaciones del empresario*" una compensación por clientela "*si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales a éste*" (art. 1497). A falta de acuerdo, la compensación se fijará judicialmente sin exceder "*del importe equivalente a un año de remuneraciones, neto de gastos, promediándose el valor de las percibidas por el agente durante los últimos cinco años, o durante el período de duración del contrato, si éste es inferior"* (*ibíd.*). La compensación no impide que el agente obtenga del empresario indemnización por los daños resultantes "*de la ruptura por culpa del empresario".*

2. Brasil:

Fue el primer país latinoamericano en adoptar una ley sobre la agencia comercial. En la ley 4886 del 9 de diciembre de 1965 dispuso que ejerce representación comercial autónoma (agencia comercial) "*la persona jurídica o la persona física, sin relación laboral, que desempeña, en carácter no eventual por cuenta de una o más personas, la mediación para la realización de negociones mercantiles, obteniendo propuestas o pedidos, para transmitirlos a los representados, practicando o no actos relacionados con la ejecución de los negocios"* (art. 1). La ley estableció, al igual que en los países mediterráneos y Holanda y Luxemburgo, el deber de registro de los representantes comerciales en Consejos de Representantes Comerciales (Consejo Federal y Consejos Regionales), quienes tienen la

[33] LARA GONZÁLEZ, Rafael, *El Contrato de Agencia en Italia: Notas sobre su regulación actual*. Publicado en Revista Jurídica de Navarra, Nº 18, 1994, págs. 195-210. Disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=112822.

responsabilidad de fiscalizar las acciones de los afiliados (art. 6). La ley 4886 no define la agencia comercial, pero enumera los elementos que el contrato debe contener cuando conste por escrito (art. 27).

Esta ley fue actualizada mediante la ley 8420 del 8 de mayo de 1992, que introdujo cambios menores. Mediante ley 10406 del 10 de enero de 2002 Brasil adoptó su nuevo Código Civil, que regula en un mismo capítulo los contratos de agencia y de distribución (arts. 710 a 721). La definición es de interés porque muestra la diferencia entre ambos contratos: "*Art. 710. Por el contrato de agencia, una persona asume, en carácter no eventual y sin vínculos de dependencia, la obligación de promover, por cuenta de otra, mediante retribución, la realización de ciertos negocios, en zona determinada, caracterizándose como distribución cuando el agente tuviera a su disposición la cosa a ser negociada".* Es decir que en Brasil el contrato de distribución es un contrato de agencia en que el agente se hace propietario del objeto que promueve. La figura de la representación comercial autónoma subsiste y su normatividad es aplicable supletivamente a la agencia, al igual que la referente a los contratos de mandato y comisión[34].

3.2.3. La agencia comercial en Colombia

(A) Regulación legal

El legislador colombiano reguló el contrato de agencia comercial en el capítulo V del Título XIII ("Del mandato" o gestión de intereses ajenos) del Libro Cuarto ("De los contratos y obligaciones mercantiles") del Código de Comercio. Los capítulos del Título XIII son los siguientes: Generalidades, Derechos y Obligaciones del Mandatario y del Mandante, Extinción del Mandato, Comisión, Agencia Comercial y Preposición.

El artículo 1317 caracteriza el contrato de agencia de la siguiente manera:

> *"Artículo 1317.- Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo. La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente".*[35]

No es una definición, por lo que vale la pena citar el laudo arbitral del 1 de julio de 1992, caso de **Roberto Cavelier y Cía. Ltda. c. la Flota Mercante Grancolombiana**[36], el cual define la agencia comercial como

> *"un encargo estable, continuo, duradero, que se ejecuta a través del ejercicio de una actividad profesional autónoma y cuyo objeto es promover, por cuenta de otro, la conclusión de contratos, lo que exige desarrollar diversas labores de distinta naturaleza encaminadas a estimular la realización de negocios, usualmente homogéneos y en masa. El agente, mediante su organización propia, habrá de cumplir el encargo encomendado mediante medios publicitarios, contactos permanentes, visita a clientes potenciales, todo mediante las instrucciones del*

---

[34] CAMACHO LÓPEZ, María Elisa, Op. Cit., página 46.

[35] Esta caracterización es importante porque permite diferenciar la agencia comercial de otros contratos de intermediación, como la concesión, que de otro modo hubieran podido confundirse con ella: "*Afirma nuestra Corte Suprema de Justicia en sentencia del 2 diciembre de 1980, Cacharrería Mundial S.A., vs. Jorge Iván Merizalde Soto y Gilberto Merizalde Uribe. Magistrado Ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga, en Jurisprudencia actualizada, Editorial Diké, 1981, folio 583 y ss., que el artículo 1317 del Código de Comercio '..redujo indiscutiblemente el campo de las actividades que ahora pueden denominarse jurídicamente agencia comercial. En el pasado y aún ahora, en el lenguaje común se calificaba como agente comercial a toda persona, natural o jurídica, que de alguna manera atendía a la actividad de intermediación, como representante, concesionario, distribuidor o simple vendedor mayorista de productos fabricados por otro comerciante. En el lenguaje jurídico actual, solo puede entenderse como agente comercial al comerciante que dirige su propia organización, sin subordinación o dependencia de otro en el manejo de la empresa o establecimiento comercial a través del cual promueve o explota, como representante, agente o distribuidor, de manera estable, los negocios que le ha encomendado una empresa nacional o extranjera en el territorio que se le ha demarcado' ".* Laudo Arbitral del 19 de marzo de 1993, caso de Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. c. La Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., "Vecol" S.A. Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: Guillermo Gamba Posada, Necty Gutiérrez Sandoval, Carlos Vejarano Rubiano.

[36] Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: José Enrique Arboleda Valencia, Fernando Hinestrosa Forero y Jorge Suescún Melo. Este aparte del laudo fue publicado en SUESCÚN MELO, Jorge, *Derecho Privado - Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo* (Legis, Bogotá, 2003), 2ª ed., página 423, bajo el título "*Comentarios sobre el contrato de agencia comercial".*

agenciado y en coordinación con éste a quien habrá de mantener informado de las evoluciones del mercado".

El artículo 1318 se refiere a la exclusividad a favor del agente.

El artículo 1319 contempla la exclusividad a favor del agenciado (el mandante en este caso):

"Artículo 1319.- En el contrato de agencia comercial podrá pactarse la prohibición para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores".

El artículo 1320 trata del contenido y registro del contrato:

"Artículo 1320.- El contrato de agencia contendrá la especificación de los poderes o facultades del agente, el ramo sobre que versen sus actividades, el tiempo de duración de las mismas y el territorio en que se desarrollen, y será inscrito en el registro mercantil.
No será oponible a terceros de buena fe exenta de culpa la falta de algunos de estos requisitos".

El artículo 1321 indica los deberes del agente, entre los cuales incluye el de rendir al empresario o agenciado "*las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio".*

El artículo 1322 dispone que el agente tiene derecho a su remuneración aunque el negocio no se lleve a efecto por causas imputables al empresario, o cuando éste lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, o cuando el empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no ejecutar el negocio.

El artículo 1323 señala que por regla general el empresario no está obligado a reembolsar sus gastos al agente, aunque éstos pueden deducirse de la remuneración del agente como expensas generales, cuando tal remuneración sea un cierto porcentaje de las utilidades del negocio.

El artículo 1324 dispone que el contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato y establece dos derechos a favor del agente: una "remuneración" consistente en una suma equivalente a una doceava del promedio de comisión, regalía o utilidad recibida por el agente en los últimos tres años, por cada año de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo de duración fuera menor. Además de esta remuneración hay lugar a una "indemnización equitativa", la cual procede cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato sin justa causa comprobada. El artículo 1325 indica las justas causas de terminación del contrato. Los artículos 1326 y 1327 se refieren a situaciones relacionadas con la terminación del contrato.

El 1328 dispone que los contratos de esta especie que se ejecuten en territorio nacional deben sujetarse a ley colombiana. El artículo 1329 establece una prescripción quinquenal para las acciones emanadas de la agencia. El artículo 1330 dispone que al agente se aplican supletivamente las normas del contrato de suministro y de los capítulos I a IV del capítulo del mandato en el Código de Comercio.

Su ubicación en el Título del mandato y la aplicación supletiva de las normas del mandato indica, y así lo ha reconocido un amplio sector de la doctrina, así como los laudos arbitrales en su línea dominante, que la agencia comercial es una modalidad de mandato mercantil[37] aunque tenga numerosas particularidades que lo distinguen del modelo básico de éste.

---

[37] *Cfr.* VALLEJO GARCÍA, Felipe, *El Contrato de Agencia Comercial* (Legis, Bogotá, 1999), página 24, citado por GARCÍA-MUÑOZ, José Alpiniano, *Derecho Económico de los Contratos* (Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001), página 323; BONIVENTO JIMÉNEZ, José Armando, *Contratos Mercantiles de Intermediación* (Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1999), 2ª Ed., págs. 149 a 152; CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, *El Contrato de Agencia Mercantil*, Librería Temis Editorial, Bogotá, 1984), página 20; DEIK-ACOSTA MADIEDO, Carolina, *La Agencia Comercial y su Talón de Aquiles: La Cesantía Comercial*, Univérsitas Estudiantes, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (Colombia) No. 6: 31-48, enero-diciembre de 2009, página 34. Disponible en: http://132.248.9.34/hevila/Universitasestudiantes/2009/no6/2.pdf. En

(B) Elementos constitutivos de la agencia comercial

En un contrato que ha sido objeto de tan considerables desarrollos doctrinales, se encuentran variadas enumeraciones de los elementos constitutivos de la agencia comercial. Con todo, hay consenso sobre las características siguientes[38]:

- La agencia comercial es un contrato celebrado entre comerciantes[39] que actúan como empresarios autónomos. El agente debe ser independiente del empresario o agenciado, so pena de que se pueda configurar una relación laboral. Al respecto dijo la Corte Suprema de Justicia:

  "En el lenguaje jurídico actual, sólo puede entenderse como agente comercial al comerciante que dirige su propia organización, sin subordinación o dependencia de otro en el manejo de la empresa o establecimiento a través del cual promueve o explota, como representante, agente o distribuidor, de manera estable, los negocios que le ha encomendado un empresario nacional o extranjero en el territorio que se le ha demarcado"[40].

  La autonomía no es incompatible con el deber que tiene el agente de rendir al empresario los informes a que se refiere el artículo 1321 del Código de Comercio.

- La agencia comercial es un contrato consensual. Si bien el artículo 1320 del Código de Comercio dispone el contenido mínimo del contrato de agencia comercial ("*la especificación de los poderes o facultades del agente, el ramo sobre que versen sus actividades, el tiempo de duración de las mismas y el territorio en que se desarrollen*") y que éste debe inscribirse en el registro mercantil, la omisión de este requisito no configura la inexistencia del contrato o su degeneración en otro distinto, sino su inoponibilidad frente a terceros de buena fe exenta de culpa.

- La ley reconoce la existencia de la "agencia de hecho" (art. 1331) pero no la define, aunque es claro que resulta de las circunstancias[41] en que se ejecuta un acuerdo entre comerciantes. La doctrina ha considerado que es posible hablar de agencia de hecho:

---

contra, ver ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, *Op. Cit.*, página 341 y ss, y a ZÚÑIGA ORDÓÑEZ, José Luis, *Contratos de concesión mercantil, de agencia y franquicia internacional que se ejecutan en Colombia* (2015). Los siguientes laudos (entre otros) concluyen que la agencia comercial es una especie de mandato: Laudo Arbitral del 19 de febrero de 1997, caso Daniel Fernández & Cía. Ltda. c. Fiberglass Colombia S.A., Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: Ernesto Gamboa Morales, María Clara Michelsen Soto y Carlos Enrique Marín Vélez; Laudo Arbitral del 23 de mayo de 1997, caso Preparaciones de Belleza S.A.- Prebel S.A. c. L'Oreal, Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: Hernando Tapias Rocha, William Salazar Luján y Francisco Zuleta Holguín; Laudo Arbitral del 31 de marzo de 1998, caso Supercar Ltda. c. Sociedad de Fabricación de Automotores S.A.- SOFASA, Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: Carlos Holguín Holguín, Beatriz Leyva de Cheer y Carlos Enrique Marín Vélez; Laudo Arbitral del 18 de noviembre de 1998, caso Líneas Aéreas de Turismo Representaciones Ltda. Alitour Ltda. c. Air Aruba, Sucursal en Colombia, Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: Rodrigo Puyo Vasco, Jesús Vallejo Mejía y Javier Tamayo Jaramillo; Laudo Arbitral del 24 de julio de 2003, caso Avalnet Comunicaciones S.A. c. Avantel S.A., Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: Gilberto Peña Castrillón, Presidente, Luis Helo Kattah, y Hernán Fabio López Blanco; Laudo Arbitral del 30 de agosto de 2004, caso Invertxty E.U. c. LG Electronics Colombia Limitada, Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: Bernardo Carreño Varela, Rodrigo Llorente Rodríguez, Fabio Silva Torres; Laudo Arbitral del 19 de julio de 2005; en la jurisprudencia, ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de febrero de 2005, Exp. No. 7504.

[38] *Cfr.* SUESCÚN MELO, Jorge, *Derecho Privado - Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo* (Legis, Bogotá, 2003), 2ª ed., página 449 y siguientes; BARRIENTOS RESTREPO, Ana Lucía y URIBE POSADA, Camilo, *El Contrato de Agencia Mercantil*, artículo publicado en la Revista Foro del Jurista de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, Vol. No. 26, octubre de 2005, páginas 85-104. Disponible en http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/ Documentos/ Biblioteca/herramientas/libro-como-exportar-en-colombia-derecho-distribucion-comercial.pdf.

[39] En contra HINESTROSA, Fernando*, Escritos Varios, La Agencia Comercial y Figuras Afines* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983, p. 774): "*El empresario puede ser comerciante o no serlo; el agente o el concesionario no tiene por qué servir necesariamente a un comerciante o a una empresa mercantil. En la doctrina se suele afirmar que el empresario sí tiene que ser comerciante; sin embargo para una réplica fácil, piénsese en numerosas agencias que actúan por cuenta y a nombre de establecimientos o empresas públicas que no tienen carácter comercial, o de entidades particulares no mercantiles y que incluso no tienen ánimo de lucro o son de utilidad común".* Citado por MENDIETA PINEDA, Jaime Alberto, *Distribución del Riesgo en el Contrato de Agencia Comercial,* REVIST@ E-MERCATORIA, vol. 5, No. 1 (2006). Ver nota de pie de página 10. Disponible en http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article//viewFile/2091/1872.

[40] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 2 de diciembre de 1980. M.P: Germán Giraldo Zuluaga. Caso de Cacharrería Mundial contra Jorge Iván Merizalde y Gilberto Merizalde.

[41] Laudo Arbitral del 26 de marzo de 2007, caso Distribuidora Marwill Ltda. c. Comestibles Ricos Ltda., Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: Martha Clemencia Cediel de Peña, Juan Pablo Cárdenas Mejía, Jorge Eduardo Narváez Bonnet.

> "*… en primera medida, cuando de un acuerdo de voluntades, no dirigido a la celebración de un contrato de agencia mercantil, se deriva una situación fáctica que, no obstante, se configura como tal y a partir de la cual se obtienen los resultados propios de ésta. No sobra agregar que además de este requisito es necesario que se presenten los elementos esenciales propios del contrato de agencia mercantil. Cumplidos estos dos presupuestos es posible, entonces, hablar de una agencia de hecho*"[42].

- La agencia comercial es un <u>contrato bilateral</u>, es decir, genera obligaciones para ambas partes. El agente deberá cumplir el encargo que se le confió "*al tenor de las instrucciones recibidas*" y rendir "*al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio*" (art. 1321, C.Co.). No hay norma equivalente para el empresario, pero es claro que debe respetar los diversos aspectos del encargo, incluyendo la exclusividad que se haya acordado a favor del agente (art. 1317), la de pagar la remuneración acordada (art. 1322) y la de no revocar ni dar por terminado unilateralmente el contrato sin causa comprobada (art. 1324).

- El contrato de agencia comercial es <u>oneroso</u>, pues el agente tiene derecho a la remuneración acordada. Sobre este elemento hay pronunciamientos según los cuales el agente podría voluntariamente prestar sus servicios sin cobrar por ellos, como una forma de conseguir clientela. En todo caso, en la generalidad de los casos el contrato será oneroso, pues no podría el agente sostener una operación independiente de la del empresario sin cobrar por los servicios que presta.

- El contrato de agencia mercantil <u>versa sobre negocios en un determinado ramo y dentro de un territorio en particular</u>: El encargo del agente es "*promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo*" (art. 1317).

Por su parte, los <u>elementos esenciales</u> del contrato de agencia comercial, reiterados en la doctrina, en la jurisprudencia y en los laudos con ínfimas variaciones, son los siguientes, que se enuncian y caracterizan de manera general, sin perjuicio de volver sobre ellos al revisar providencias específicas:

1. <u>Promoción y explotación de negocios del agenciado</u>: Consiste en una actividad de intermediación frente a la clientela o a un mercado para conquistarlo o ampliarlo. No es exclusivo de la agencia, sino que está presente en otros contratos, como los de suministro o concesión[43].

2. <u>Actuación por cuenta del agenciado o empresario</u>: El consenso tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia[44] y en los laudos arbitrales, es que el agente debe actuar "*por cuenta de otro*" (finalidad gestatoria), en este caso el agenciado o empresario. Aunque el Código de Comercio no menciona este componente en su capítulo sobre agencia mercantil, la ubicación de la agencia comercial en el título del mandato mercantil y los antecedentes que se remontan el proyecto de 1958 así lo indican. La formulación clásica, citada en varios textos doctrinales[45] y laudos arbitrales[46], proviene

---

[42] SUESCÚN MELO, Jorge, Op. Cit., página 544. Ver también el Laudo Arbitral del 21 de marzo de 2002, caso Óscar Mario Mora Trujillo y Cía. S. en C. Insucampo e Insucampo EAT c. Agrevo S.A., hoy Aventis Cropscience Colombia S.A., Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: Enrique Cala Botero, José Alejandro Bonivento, Jorge Suescún Melo.

[43] SUESCÚN MELO, Jorge, Op. Cit, página 461. Laudo Arbitral del 21 de marzo de 2002, caso de Oscar Mario Mora Trujillo y Cía. S. en C. Insucampo e Insucampo EAT, c. Aventis Cropscience Colombia S.A.

[44] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de octubre de 1991, M.P: Pedro Lafont Pianetta. Igualmente, de la misma Corte ver: sentencia 5817 del 22 de octubre de 2001, M.P: Jorge Antonio Castillo Rugeles; sentencia del 15 de diciembre de 2006, M.P. Pedro Munar Cadena; sentencia del 22 de junio de 2011, 2000-00155, M.P. Edgardo Villamil Portilla; sentencia del 24 de junio de 2012, 1998-21524, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez; sentencia del 10 de septiembre de 2013, rad. 2005-00333-01, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez; sentencia del 11 de diciembre de 2014, SC16927-2014, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez; sentencia del 24 de septiembre de 2015, STC12931-2015, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez; sentencia del 30 de septiembre de 2015, SC13208-2015; M.P. Ariel Salazar Ramírez, y sentencia del 26 de julio de 2016, rad. 1999-00311-01, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

[45] ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, Op. Cit., página 341; SUESCÚN MELO, Jorge, Op. Cit., página 462.

[46] Laudo Arbitral del 23 de mayo de 1997, caso Preparaciones de Belleza S.A., "Prebel S.A." c. L'Oreal; Laudo Arbitral del 31 de agosto de 2000, caso Compañía Central de Seguros S.A. y Compañía Central de Seguros de Vida S.A. c. Maalula Ltda., Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros no identificados; Laudo Arbitral del 26 de marzo de 2007, caso Distribuidora Marwill Ltda. c. Comestibles Ricos Ltda.

del tratadista italiano Gustavo Minervini, quien escribió que la manifestación más clara de este modo de obrar es de tipo contable, puesto que quien actúa en la gestión de un interés ajeno no afecta su propia contabilidad, sino la del interesado en la gestión. Aunque con escasas excepciones[47] el actuar "*por cuenta de otro* se ha identificado como un elemento propio de la agencia comercial, que lo diferencia de otros contratos de intermediación, como es el caso de la concesión[48].

3. Estabilidad del agente: Se trata de un contrato de duración, pues la vinculación del agente debe ser estable o permanecer en el tiempo. Este atributo diferencia a la agencia de contratos de ejecución instantánea, tales como la comisión y el corretaje.

4. Independencia del agente: Este elemento, según la doctrina, deriva de la necesidad de diferenciar los agentes comerciales de los agentes vendedores o agentes viajeros que dependen de la empresa a la que prestan sus servicios y que están protegidos por la ley laboral.

3.3 EL CONTRATO DE CONCESIÓN

El contrato de concesión, salvo en sus modalidades administrativas y las relacionadas con propiedad intelectual, no está regulado en Colombia.

La doctrina local ha retomado la definición de Claude Champaud en su libro clásico "*La Concession Comerciale*" (Sirey, Paris, 1963):

> "[El contrato de concesión comercial consiste en] *la convención por la cual un comerciante denominado concesionario, pone su empresa de distribución al servicio de un concedente, para asegurar exclusivamente, sobre un territorio determinado, por un tiempo limitado y bajo la vigilancia del concedente, la distribución de productos de los que se le ha concedido el monopolio de la reventa*"[49].

Una definición más detallada es la siguiente, del autor uruguayo Fernando Tosi Gori:

> *"Cabe conceptuar, en general, el contrato de concesión comercial, como aquella convención por la cual el fabricante o importador (el concedente) de cierto tipo de productos, de características especiales (llamados de alta tecnificación), regula detalladamente las condiciones de la venta permanente de los mismos a los consumidores y el posterior servicio de mantenimiento o reparación, por intermedio de la actividad de su contratante (el concesionario), quien actúa en nombre propio, con autonomía patrimonial y jurídica, corriendo con los costos de su explotación, pero, en cuanto a la venta de los productos, por cuenta del primero, quien está económicamente integrado en forma vertical, a través de un haz de variadas obligaciones, que tienden a estimular, dirigir y controlar su acción, desarrollada en un régimen de exclusividad, que le impide trabajar con productos concurrentes fabricados por la competencia; suministrándole de la misma forma los accesorios y repuestos necesarios para el servicio de postventa de los productos*"[50].

Es un contrato atípico pero sus características han sido identificadas por la jurisprudencia y la doctrina de la siguiente manera[51]:

---

[47] *Cfr.* DE GREIFF, Gustavo, concepto publicado en Derecho Colombiano, t. 48, 1983. Citado por BONIVENTO JIMÉNEZ, José Armando, Op. Cit., página 143.

[48] "*Ciertamente, la condición de obrar por otro no es el único elemento característico de la agencia mercantil. Empero, para los efectos de la decisión que habrá de tomar el Tribunal, es el de mayor importancia, pues será el que la distinta del contrato de concesión, punto central del debate de esta causa*". Laudo Arbitral del 19 de marzo de 1993, caso Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. c. La Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., "Vecol" S.A.

[49] JULIO CÉSAR RIVERA ABOGADOS, *Sistemas de Distribución Comercial. La Concesión Privada. Un Nuevo Fallo en Materia de Concesión Automotriz.* Disponible en: http://www.rivera.com.ar/sites/default/files/alonsogiatti_sistemas_de_distribucion_comercial2.pdf . Ver también Laudo Arbitral del 19 de marzo de 1993, caso Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. c. La Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., "Vecol" S.A.

[50] Citado por CAICEDO POMBO, María Carolina, *Prácticas Comerciales Restrictivas en el Sector Automotor*, Tesis de Grado como abogada, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2000, página 53. Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis29.pdf.

[51] GAVIRIA GIL, Juan Antonio, *Apuntes sobre el contrato de concesión mercantil.* Publicado en *Revista Foro del Jurista*, Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, volumen No. 26, octubre 2005, páginas 105-128. Disponible en

- Es un contrato consensual.

- Es un contrato oneroso.

- Es un contrato conmutativo, no aleatorio a pesar de los riesgos asociados con la actividad comercial del concesionario.

- Es un contrato de tracto sucesivo, con vocación de permanencia aunque no de duración indefinida.

- En algunos casos se ha dicho que se trata un contrato de adhesión, se caracteriza por sus condiciones estandarizadas, propias de su carácter repetitivo a través de jurisdicciones, y dentro de éstas en multiplicidad de territorios. Sin embargo, el laudo más relevante en esta materia (Supercar c. Sofasa) dice precisamente lo contrario:

"El apoderado de Supercar insiste en que se trata de un contrato de adhesión, para restarle validez a sus estipulaciones. Sin embargo, ya se vio atrás que la mayor parte de la doctrina extranjera descarta que el contrato de concesión sea de adhesión, porque aunque se trata de contratos generalmente redactados por la concedente, no excluye la discusión de sus cláusulas en muchos aspectos y no puede compararse con los típicos contratos de adhesión, como la compra de tiquetes en ferrocarriles o aviones o el pago de servicios públicos. Como lo dice un autor, atrás citado, el concesionario es libre de aceptar o no el contrato que se le propone, pero si lo acepta debe atenerse a sus estipulaciones. Además, de las declaraciones de los testigos, los proyectos de contrato se enviaban a los concesionarios y estos podían hacer objeciones o discutir el contrato. Otra cosa es que los distintos contratos de la red, deben tener unos requisitos mínimos. Por otra parte, aun admitiendo que se tratara de un contrato de adhesión ello no implica la nulidad del contrato, ni lo convierte en otro tipo de contrato".

De donde se concluye que no es de la esencia del contrato de concesión el ser de adhesión, y aún de serlo ello no reduce su carácter vinculante para las partes.

- Es un contrato *intuitu personae*, depende de la recíproca confianza: el concesionario confía en la calidad del producto concesionado y en la seriedad del concesionario, y el concedente confía en la persona del concesionario o de sus socios o administradores (si es persona jurídica), confianza que puede sustentarse en su experiencia sectorial, en su capacidad financiera, en sus vínculos con el sector empresarial, en su honorabilidad reconocida, etc. Por esta razón el contrato no puede cederse y el concesionario puede optar por no proseguir con él cuando se modifican las circunstancias que dieron lugar a la confianza inicial.

- Según un sector de la doctrina, se trata de un contrato normativo (contrato cuadro), pues sirve como marco dentro del cual se adoptan y ejecutan otros contratos, que pueden incluir licencias de marcas o de patentes, contratos de *know-how*, suministro, franquicias, etc., aunque éstos sean más usuales en ciertos sectores que en otros.

- Es un contrato de colaboración. Las partes no tienen intereses enfrentados sino complementarios. Ambos se benefician con la realización de ventas del producto concesionado y del aumento del mercado para el mismo. El concesionario se integra en la red del concedente, lo cual tiene como consecuencia el control que se menciona como uno de los elementos esenciales de este tipo de contrato.

- Es un contrato comercial, que tiene por partes a comerciantes.

---

http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/Biblioteca/herramientas/libro-como-exportar-en-colombia-derecho-distribucion-comercial.pdf. Ver igualmente el Laudo Arbitral del 31 de marzo de 1998, caso de Supercar Ltda. c. Sociedad de Fabricación de Automotores S.A.-SOFASA, el cual contiene una muy completa revisión de la jurisprudencia y la doctrina en materia de concesiones, con énfasis en las relacionadas con el negocio automotor.

Los elementos esenciales del contrato de concesión son los siguientes[52]:

- Tiene por objeto la adquisición y reventa de los productos del concedente, lo mismo que la prestación de servicios relacionados con éstos. La remuneración del concesionario estará en el margen que pueda obtener entre el precio de compra y el de venta y en la rentabilidad de actividades accesorias o complementarias, tales como la oferta de seguros o de financiación, el servicio de postventa, la venta de repuestos, los avalúos, la negociación de vehículos usados, etc. En lo esencial, es un contrato relacionado con los de compraventa y suministro aunque no pertenezca a ninguna de las dos especies[53].

- El concesionario actúa por su cuenta y riesgo. A diferencia del agente comercial, vende en nombre y por cuenta propia, puesto que adquiere la mercadería a la que se refiere la concesión y la vende a sus clientes, lucrándose de la diferencia entre el precio de compra y el precio de venta. Igualmente presta por cuenta propia o a través de aliados vinculados en su propio interés, servicios accesorios tales como obtención de seguros o financiación, servicios técnicos de postventa, avalúos, etc.

- Hay subordinación del concesionario por el concedente, puesto que el contrato de concesión usualmente versa sobre productos o servicios identificados con marcas de especial renombre por sus particulares atributos. Esto implica que las condiciones de exhibición de los productos, el entrenamiento del personal comercial y técnico, las características de la publicidad del concesionario, sus sistemas informáticos, los precios y descuentos, etc., deban someterse a reglas establecidas por el concedente con el fin de asegurar el funcionamiento global de la red de concesionarios y preservar la integridad de la marca de la cual es guardián. Si bien tanto el concesionario como el agente son independientes y autónomos respecto de los empresarios principales[54] (concedente y agenciado), la intensidad de la supervisión respecto del concesionario por parte de concedente es un atributo propio de esta relación contractual y un factor de diferenciación con la resultante de la agencia comercial.

- El concesionario ejerce sus funciones en un territorio, sin poder ofrecer servicios a los potenciales clientes ubicados por fuera del mismo. La contrapartida de esta restricción es la exclusividad dentro del territorio a favor del concesionario, (algunos consideran que la exclusividad territorial no es un elemento esencial, pero para el caso que nos ocupa, esta distinción es inmaterial).

3.4 JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

Para establecer con mayor precisión la diferencia entre el contrato de concesión mercantil y el contrato de agencia comercial, Colombia cuenta con importante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y con abundante doctrina sentada en laudos arbitrales que han analizado muy a fondo el tema. Por eso se considera importante destacar las siguientes providencias como insumo para el trabajo analítico que el Tribunal realizará más adelante.

a. Laudo del 19 de marzo de 1993 *in re* **Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. c. La Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., "Vecol" S.A.**

Resolvió la pretensión de que se declarara que el contrato de concesión entre las partes fue realmente una agencia comercial. El Tribunal considera que el contrato de concesión,

---

[52] JULIO CÉSAR RIVERA ABOGADOS, Op. Cit., págs. 113 y siguientes. Ver igualmente el Laudo Arbitral del 31 de marzo de 1998, caso de Supercar Ltda. contra Sociedad de Fabricación de Automotores S.A.-SOFASA.

[53] "*…para la Corte, la actividad de compra hecha por un comerciante a un empresario que le suministra el producto a fin de que aquél lo adquiera y posteriormente lo distribuya y lo revenda, a pesar de que esta actividad sea reiterada, continua y permanente, y que se encuentre ayudada de la ordinaria publicidad y clientela que requiera la misma reventa, no constituye ni reviste por sí sola la celebración o existencia de un contrato o relación de agencia comercial entre ellos."* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de octubre de 1995, Exp. 4701, M.P. Pedro Lafont Pianetta.

[54] *"Por consiguiente es claro que existe independencia, a pesar de que también concurra la facultad de dar instrucciones, cuando quiera que las mismas no impliquen subordinación jurídica de la estirpe de la que es característica en la relación de trabajo, condición que vista apenas con esta perspectiva diferenciadora, coincide en los contratos de agencia y de concesión comerciales".* Laudo Arbitral del 26 de noviembre de 2002, caso Ideas Celular Colombia S.A. c. Bellsouth Colombia S.A. Citado por NAMÉN VARGAS, William, *El contrato de agencia comercial en la jurisprudencia arbitral.*

además de ser un contrato marco o contrato normativo ("*por cuyo conducto las partes definen y consignan los elementos mínimos y esenciales de su acuerdo de distribución y se obligan a celebrar otros convenios futuros, llamados "de aplicación" para establecer las modalidades concretas y desarrollar los detalles del negocio, todo dentro de los límites del pacto inicial*") es también de adhesión ("*pues ello permite que otros comerciantes vayan ingresando a la red y que las condiciones de la reventa las fije de manera uniforme y genérica el concedente. De lo contrario, este no podría dirigir una verdadera organización para la venta local de sus productos*").

El Tribunal, citando a Collart Dutilleul y Delebecque en su obra sobre contratos civiles y comerciales, señala que "*en virtud del contrato de concesión, el titular de una marca o concedente, se encarga de venderle, en un territorio determinado, únicamente a su cocontratante o concesionario, quien se obliga a cambio, a distribuir los bienes materia de la concesión, y únicamente dichos bienes, y a respetar la política comercial establecida por la otra parte. Tal contrato —afirman— puede denominarse también de distribución exclusiva o de concesión exclusiva".* Sin embargo, en contra de lo dicho por estos doctrinantes, el Tribunal no considera que la exclusividad sea la nota distintiva de la concesión, puesto que la ley permite que se estipule igualmente para el contrato de suministro, al igual que la estipulación de una zona determinada para la realización de las actividades (art. 975 C.Co.).

Otro aspecto propio del contrato de concesión es "*…precisamente el control que el concedente conserva sobre los bienes que transfiere al concesionario, toda vez que se reserva la facultad de imponerle los términos y condiciones de la comercialización y reventa de sus productos; de exigirle el cumplimiento de ciertas obligaciones relacionadas con la organización del negocio y de imponerle la carga de prestar a los adquirentes de los productos objeto de la concesión, determinada asistencia, incluyendo lo que en el comercio se denomina "servicio de post-venta", entre otros. Tal control puede incluso hacerse extensivo hasta el precio de venta de los bienes objeto del contrato…".*

Finalmente resume las características del contrato de concesión "*como contrato atípico en frente de la legislación colombiana*":

> *"a) se trata de un derecho que un fabricante o proveedor confiere a un comerciante para que este revenda los productos que le compra al primero; b) tal reventa se efectúa dentro de un territorio determinado y durante un plazo específico; c) la reventa está sometida a las condiciones que imponga el concedente; d) la distribución se realiza a nombre y por cuenta del concesionario, es decir a su propio riesgo y bajo su responsabilidad, y e) genera, para el concesionario, obligaciones ulteriores de hacer, conforme a instrucciones que le imparta el concedente".*

De este contrato resultan usualmente las siguientes obligaciones:

> *"Para el concedente: suministrar los productos según las modalidades previstas en el contrato; respetar la zona exclusiva de la concesión, la cual deberá estar bien determinada; y si hubiere exclusividad, abstenerse de contratar con más de un concesionario dentro de ella, mientras se halle en vigencia el contrato.*
>
> *Existen* otras *que no forman necesariamente parte de todo convenio de concesión, como la de prestar asistencia técnica, comercial administrativa y aun financiera al concesionario. La necesidad de estipular tales cláusulas dependerá, claro está, de cada contrato en particular. Otra obligación de carácter no esencial que señalan los autores para algunas variaciones de estos contratos, es la de permitir al concesionario el derecho de utilizar la marca de los productos objeto del pacto, como acontece, por ejemplo, en el caso de las estaciones de servicio para vehículos que expenden combustibles y en el de los establecimientos que venden bebidas de marcas internacionales y consumo masivo.*
>
> *En lo tocante al concesionario, coincide la doctrina en señalar que sus obligaciones son más gravosas que las de su cocontratante, lo cual lo coloca en situación de cierta dependencia económica.*

Se compromete a adquirir los productos del concedente en la cantidad y a los precios establecidos contractualmente; a revenderlos conforme a las condiciones e instrucciones del concedente y a correr con todos los riesgos del negocio. Debe hacer lo necesario para preservar la unidad de la red de distribución a la que pertenece y defender la imagen de la marca que distribuye. Se obliga también a seguir la política comercial del concedente, a respetar sus métodos de venta, e incluso a organizar los mostradores según sus indicaciones.

Al mismo tiempo, el concesionario se compromete a no divulgar información financiera, comercial o técnica que pueda favorecer a la competencia. Y finalmente, debe respetar su zona de venta".

El Tribunal encuentra que el objeto de la concesión "*consiste en asegurar, a través de un contrato-marco, la distribución por medio de una reventa, de determinados productos de un empresario (concedente), en condiciones establecidas por él, en un territorio y por un tiempo determinados, de la cual se encarga un comerciante (concesionario) que obra en su propio nombre, por su cuenta, pero hace parte de una red de comercialización cuyas políticas comerciales y condiciones son determinadas por el concedente y obligatorias para el concesionario".*

En cuanto a las diferencias entre el contrato de concesión y otros de intermediación, se concluye que:

- Entre la concesión y el suministro la diferencia radica en que éste no es un contrato marco cuyo alcance dependerá de lo que las partes vayan acordando con posterioridad, sino que las prestaciones de las partes se conocen con antelación. Y en el contrato de suministro el distribuidor no está obligado a revender en condiciones fijadas por el proveedor, mientras que el concesionario sí lo está.

- Entre la concesión y la agencia comercial la diferencia central es que el concesionario no representa al concedente ni actúa en su nombre o por cuenta de él, "*es un comerciante jurídicamente independiente cuya tarea consiste en comprar y revender por su propia cuenta, concluyendo los negocios en su propio interés y asumiendo los riesgos inherentes a los mismos*".

- Sin embargo, igualmente encuentra semejanzas entre los dos tipos de contratos:

"No obstante, son inocultables las múltiples analogías entre el concesionario y el agente mercantil. Para el Tribunal es evidente que ambos son distribuidores independientes de un fabricante o empresario; que, en tal carácter, se encargan de promover la clientela de una zona predeterminada la cual beneficia finalmente al fabricante; y que el precio y las condiciones de la venta las impone este.

Y entre la agencia y de concesión también hay similitudes: son contratos normativos y de colaboración celebrados en interés de ambas partes que forman parte del grupo cada vez mayor de contratos de distribución. Uno y otro presuponen que el distribuidor de las mercancías permanece sujeto a las órdenes y condiciones del empresario".

b. Laudo del 19 de febrero de 1997 *in re* **Daniel J. Fernández y Cía. Ltda. c. Fiberglass Colombia S.A.**

En este caso la actora pidió que se declarara que entre las partes existió un contrato de agencia comercial entre el 27 de noviembre de 1965 y el 31 de diciembre de 1995. Aquí habría coexistido el contrato de agencia comercial con el suministro o distribución, pues la actora era distribuidora autorizada de los productos de la Convocada. El Tribunal identificó 4 elementos del contrato de agencia comercial: 1) promoción y mediación o promoción y explotación de negocios; 2) actuación por cuenta del agenciado o empresario; 3) estabilidad del agente; y 4) independencia del agente, los cuales procede a aplicar a la relación entre las partes en la controversia. Tras verificar cada elemento a la luz de las cláusulas contractuales y de la ejecución del contrato, concluyó que se trataba efectivamente de un contrato de agencia comercial aunque en este caso el agente adquiriera productos para reventa de la de agenciada.

c. Laudo del 31 de marzo de 1998 *in re* **Supercar c. Sociedad de Fabricación de Automotores S.A.- SOFASA.**

Este pronunciamiento es de especial interés porque se trata de una concesión de vehículos. Las partes suscribieron un contrato inicialmente denominado de agencia y luego de concesión, que la actora pretendió que el Tribunal declarara haber sido de agencia comercial. El Tribunal analiza así la concesión:

> "*Se trata… de un contrato atípico o innominado, que se rige por las disposiciones generales de las obligaciones, por la voluntad de las partes, dentro de los límites de la autonomía de la voluntad, y al que pueden aplicarse, salvo normas de orden público, disposiciones de algunos contratos que se le asemejen, como la compraventa, suministro, etc…...*
>
> *Para este Tribunal las obligaciones del concesionario, según la doctrina citada atrás, corresponden a las que contiene el contrato materia del laudo y que no consisten propiamente en instrucciones del empresario sino en regulaciones elaboradas por este a la luz del contrato de concesión, para proteger la marca. Así, pues, se trata de obligaciones contractuales, aceptadas libremente por el concesionario, que no configuran instrucciones de un mandante y que conforman el contrato de concesión, tal como se ha elaborado por la jurisprudencia y la doctrina en casi todos los países del mundo y que se encuentra pactado, como un contrato distinto de la agencia en aplicación de la autonomía de la voluntad….*
>
> *Para el Tribunal, los contratos de agencia y de concesión son incompatibles entre sí, pues están regidos en parte por principios contradictorios. En efecto, una persona no puede actuar en la misma relación jurídica, por una parte como representante o agente, es decir mandatario del empresario, al cual corresponden todas las utilidades o pérdidas del negocio y al cual incumben todos los riesgos de las operaciones realizadas por el mandatario salvo el pago de su remuneración y, por otra parte, en su propio nombre y asumiendo todos los riesgos de la operación, que le corresponden como concesionario. Si coexistieran estos dos contratos no se sabría a quién benefician las operaciones realizadas ni quién asume los riesgos, las consecuencias laborales y tributarias de los negocios, así como las eventuales pérdidas que efectuarían al mismo tiempo por cuenta y riesgo del empresario y del concesionario. Tampoco se sabría a quién corresponde la clientela, según lo expresado atrás…*
>
> *Lo que ocurre es que hay elementos de la agencia que son comunes a otros contratos, como la independencia y autonomía del agente, propia también del contrato de concesión, y la promoción de la clientela, que es propia además de los contratos de suministro, de concesión, etc. Pero la existencia de rasgos comunes entre algunas o varias figuras de comercialización no excluye que cada una de ellas tenga su propia identidad y que solo cuando se cumplan todos sus elementos esenciales puede configurarse el contrato de que se trate. Por ello el Tribunal estima que dentro de los elementos esenciales de la agencia se encuentra que el agente actúe como mandatario del empresario, que este es el sentido de la definición dada en el artículo 1317 del Código de Comercio y ello implica no asumir los riesgos de las operaciones que tienen que operar en favor o en contra del mandante…*
>
> *Respecto del contrato de concesión, como se vio atrás, el contrato de concesión no está regulado en la legislación colombiana, como tampoco lo está en la mayoría de las legislaciones del resto del mundo, salvo unos pocos textos…*
>
> *Por ello cuando las partes en uso legítimo de la autonomía de la voluntad pactan condiciones que no coinciden con las regulaciones que la ley colombiana establece respecto de otros contratos, debe preferirse la decisión adoptada libremente por las partes, cuando ella no contenga disposiciones contrarias al orden público ni a las buenas costumbres…*
>
> *Para el Tribunal no hay duda de que muchas disposiciones de tales contratos, de agencia, suministro, compraventa y las reglas generales del mandato pueden y*

deben aplicarse a los contratos innominados, no tipificados en la ley colombiana. Pero ello dentro de determinadas condiciones. Así, no es posible aplicar las reglas sobre indemnización previstas en el artículo 1324 a un contrato que no se tipifique como agencia, pues se trata de disposiciones especialísimas y que, en cierto sentido pueden tener carácter de penalidad, como la cesantía mercantil y la indemnización por rompimiento unilateral e injustificado del contrato".

En su análisis del contrato (a la luz de los artículos 1618 a 1624 C.C., aplicables a los contratos comerciales en virtud del artículo 822 C.Co.), el Tribunal concluye que tanto en su texto como en su aplicación fue verdaderamente un contrato de concesión y no uno de agencia:

"A continuación se comentan varias de las alegaciones de Supercar, para pretender que no se trata de un contrato de concesión sino de agencia.

En primer lugar, la circunstancia de que el concesionario no pudiera modificar los vehículos antes de revenderlos y que tuviera que ajustarse a los precios de venta y de reventa fijados por la concedente, no excluyen la existencia de un contrato de compraventa y solo indican que no se trata de una venta común y corriente sino de una venta sometida a una serie de condiciones, aceptadas por las partes, pues en ninguna parte del contrato de venta se señalan como elementos esenciales de este contrato las facultades mencionadas por el concesionario Supercar y es frecuente que este tipo de condiciones aparezca en otros contratos de distribución…

Además, lo fundamental para descartar el contrato de agencia no consiste solo en la adquisición o compra por el concesionario de los vehículos, sino el asumir por su cuenta los riesgos de la operación.

Como es lógico en el contrato de concesión todos los riesgos de la operación incumben al concesionario. Además de los atrás mencionados el Tribunal observa que el régimen tributario aplicable es completamente distinto en el contrato de agencia y en la concesión, como ya se vio. En efecto en la agencia, donde el agente actúa como mandatario del empresario, todas las ganancias o pérdidas corren a cargo del empresario y el agente solo tiene que responder por el valor de su comisión. En cambio, en el contrato de concesión todos los resultados de la operación tienen que establecerse en cabeza del concesionario y el resultado de ganancia o pérdida que este obtenga por las diferencias de precios entre el de compra y el de reventa podrán compensarse con deducciones o gastos en su propia operación y de allí puede resultar una operación de utilidad líquida o de pérdida para el concesionario…".

La observación del apoderado de Supercar de que hay algunas políticas de Sofasa adoptadas a nivel mundial, nada tiene que ver con que se trate o no de un contrato de agencia. Algunos de los autores atrás citados señalan que la venta de automotores se efectúa hoy en día casi en su totalidad por el sistema de concesión. Así, las regulaciones del contrato reflejan esa tendencia mundial y justifican o explican muchas de las estipulaciones de los contratos de concesión.

El hecho de que el contrato sea de corta duración pero con facultad de prorrogarlo año por año o cada dos años no es una cláusula contra natura. Esta es costumbre prácticamente universal, salvo algunas regulaciones que exigen un plazo…

No sobra anotar que la fijación de un plazo también existe en el contrato de agencia y que no existen regulaciones sobre su duración. En el laudo de Daniel Fernández & Cía. contra Fiberglass, en que se admitió que se trataba de un contrato de agencia, el laudo estimó que el contrato no había terminado por decisión unilateral del empresario, sino por la llegada del término, después de que el empresario notificó con la debida anticipación al agente que no lo prorrogaría. En consecuencia, no condenó al demandado a pagar la indemnización de que trata el inciso 2º del artículo 1324 del Código de Comercio".

Esas razones llevaron al Tribunal a concluir que se trató de un contrato de concesión automotriz y no una agencia mercantil, por lo que negó esta pretensión y sus consecuenciales.

d. Laudo del 30 de junio de 2000 controversia entre **Maquinaria Pesada del Tolima Ltda., MPT, c. Tracey & Cía. S.A.**[55]

MPT pretendía que se declarara que el contrato de distribución que tuvieron vigente era en realidad uno de agencia comercial para la promoción de las ventas de la maquinaria de la Convocada. El Tribunal comparó el suministro para distribución (por oposición al suministro para consumo, que se somete a otro régimen) con la agencia y concluyó:

> *"En el suministro para distribución, el consumidor (aquel que compra para revender, no el consumidor final) no es ni agente ni representante del proveedor. El beneficiario del suministro obra en nombre y por cuenta propia, adquiere los productos para revenderlos asumiendo él mismo los riesgos de su negocio, si bien es cierto que promoviendo por lo menos indirectamente al mismo tiempo los negocios del proveedor.*
>
> *En la agencia el agente actúa por cuenta del agenciado, no adquiere los productos del agenciado ni asume los riesgos del negocio".*

e. Laudo del 21 de marzo de 2002 en litigio entre **Óscar Mario Trujillo y Cía. S. en C. Insucampo e Insucampo EAT,** de una parte, **c**. **Agrevo S.A.,** hoy **Aventis Cropscience Colombia S.A.,** de la otra.

Las partes suscribieron un "*contrato de depósito"* en una modalidad llamada "*ad vendendum"* cuyo objeto era "*la venta de productos en una zona geográfica predeterminada, con exclusividad por Insucampo, prohibición de vender productos de otras casas y dentro del cual la demandada imponía metas de venta, fijaba los precios de venta de sus productos y condiciones*". La parte actora (el supuesto depositario) pidió que se declarara que se trataba en verdad de un contrato de agencia comercial. Para el Tribunal fue claro que este contrato desbordaba el contenido simple del depósito regulado en los Códigos Civil y de Comercio. Retomando elementos del Tribunal de arbitramento de Roberto Cavelier y Cía., Ltda., contra la Flota Mercante Grancolombiana S.A. laudo del 1º de julio de 1992, el Tribunal elaboró una teoría sobre la normatividad aplicable a negocios jurídicos complejos o mixtos (que contienen elementos propios de dos o más tipos diferentes):

> *"Una vez determinada la existencia de un negocio jurídico complejo o mixto, es necesario, establecer cuál ha de ser la normatividad aplicable. Al respecto, existen varias teorías.*
>
> *En primer lugar, tenemos la teoría de la aplicación analógica, según la cual se aplica al contrato atípico en su totalidad la regulación del tipo que le sea más afín. Es necesario aclarar que acoger esta teoría presupone que la configuración del negocio en cuestión sea similar y compatible con un tipo contractual específico, pues si no es así una aplicación analógica es evidentemente imposible.*
>
> *En segundo lugar, encontramos la teoría de la absorción, según la cual se aplica al contrato el régimen correspondiente a la prestación o elemento prevalente. Esta teoría no es acogida por el mencionado Tribunal, pues se considera que esta atenta con la esencia misma del concepto de contrato mixto, debiéndose acoger únicamente para "determinar la preceptiva aplicable a un aspecto que corresponda o interese al contrato en su totalidad y no a una función específica de uno de los contratos que lo conforman…* (…).
>
> *En tercer lugar, encontramos la teoría de la combinación, según la cual cada elemento o prestación se rige por la normatividad del contrato del cual proviene. En el laudo en comento se lee: "La teoría de la combinación presenta notorias ventajas,*

[55] Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación, árbitros: Ramiro Bejarano Guzmán (presidente), Carlos Botero Borda y Saúl Flórez Enciso.

pues se adecua mejor a la naturaleza real del contrato mixto, permitiendo que cada elemento o prestación sea regulada por las disposiciones del contrato legal o socialmente típico del cual proviene…".

f. Laudo del 13 de junio de 2003[56] en el litigio entre **Francisco de Paula Higuera Forero, Pablo Antonio Lozano Buriticá y Epifanio Aldana González,** de una parte, **c**. **Casa Luker S.A.**, de la otra.

Los actores pretendían que se declarara que las relaciones contractuales que tuvieron correspondían al tipo de la agencia comercial a pesar de que el tenor literal excluía expresamente esta posibilidad y en cambio disponía que se trataba de contratos de distribución.

"Ni en las cláusulas del contrato ni en el desarrollo práctico del mismo se encuentra que LOS CONVOCANTES actuaran por encargo de la Convocada para explotar y promover los negocios de la Convocada.

Aunque totalmente dirigidos y sin independencia, LOS CONVOCANTES actuaron a nombre propio, producían a su nombre facturas de compraventa, y se dedicaron inicialmente a sostener una clientela entregada por la Convocada y trataron de incrementarla dentro de la zona delimitada para su accionar mercantil, pero no como promoción de negocios ajenos sino como incremento de negocios propios.

"En materia de independencia, requisito establecido como característica del agente, de acuerdo con lo afirmado, por la sociedad Convocada al contestar el hecho décimo quinto, LOS CONVOCANTES no tenían autonomía para vender al por mayor. Tampoco la tenían para vender a crédito, y en el desarrollo contractual, no tuvieron autonomía ni siquiera para manejar la caja de sus propias empresas".

Y para diferenciar la relación de intermediación que hubo entre los Convocantes y Casa Luker de una agencia comercial, el Tribunal concluyó:

"Como ha quedado establecido en este laudo, para que haya agencia mercantil se requiere que la actividad del agente se encamine a promover, conquistar, ampliar y reconquistar un mercado del agenciado, lo cual no se dio en el caso de autos ni se demostró que así se hubiera procedido".

g. Sentencia del 15 de diciembre de 2006, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, exp. 1992 09211, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

La Corte resolvió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del *ad quem* que resolvió la demanda presentada por **Loper Automoviliaria Andina S.A. c. Suzuki Motor Co.**, para que se declarara, entre otras cosas, que la demandada dio por terminado, unilateral e injustamente, el contrato que celebraron para la promoción, distribución, venta y mantenimiento en el territorio nacional de los vehículos fabricados por aquella en el Japón y para la venta de sus repuestos; y que, por tratarse de un contrato de agencia mercantil -de derecho o de hecho- que rigió entre 1971 y 1989, se condenara a la sociedad accionada a pagar la prestación comercial prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio y como indemnización de los perjuicios que le irrogó por la forma en que dio por culminada la relación contractual. Uno de los argumentos fue que el contrato contenía pacto de exclusividad a favor de la demandante, el control por parte de la demandada de los precios de venta, la publicidad e imagen de la marca, el mantenimiento de los carros y la disponibilidad de los repuestos.

La sentencia recurrida había denegado las pretensiones de la demandante (basándose expresamente en la sentencia seminal de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 31 de octubre de 1995, M.P. Pedro Lafont Pianetta) porque, en criterio del Tribunal,

[56] Centro de Conciliación y Arbitraje, Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: César Uribe Urdinola, Carlos Alberto Navia Raffo y Hernando Cardozo Luna.

> *"…las partes no se rigieron por una agencia comercial, sino por un suministro para la distribución o venta de los productos de la demandada por la actora, quien los revendería por cuenta propia, pues de las referidas estipulaciones se colige que se trataba de reiteradas compraventas en cuanto Loper adquiría de Suzuki tales automotores y accesorios, previo pago de su precio mediante cartas de crédito, para enajenarlas posteriormente a sus clientes; además, los precios eran acordados con antelación por las partes, en forma periódica, según emerge de los formularios de pedido, amén que la sociedad demandante obtenía en esa reventa sus utilidades, las cuales dependían no de la cantidad de productos entregada por el empresario, ya que éste no la imponía, sino de la que resultaba de las solicitudes hechas por aquella después de promoverlos".*

En este caso, además, la demandada había informado a la demandante, antes del vencimiento del contrato, que no tenía intención de renovarlo, situación que el Tribunal no interpretó como una terminación unilateral sino como la terminación por la expiración del plazo pactado. A pesar de que la relación contractual estuvo vigente en diversas versiones durante casi 20 años, el Tribunal no encontró que hubiera algún derecho a la renovación o a la prórroga de la misma. El casacionista alegó que el *ad quem* no percibió que en este caso había una concurrencia de contratos entre las partes: la distribución y la agencia comercial. Censuró también que el Tribunal omitió diversos factores presentes en la relación entre las partes que eran propios de una agencia comercial y no de una distribución: las políticas de explotación, la planificación del mercadeo, la publicidad a cargo del agente con apoyo de la demandada, el sistema de comercialización, las actividades de control que Suzuki ejercía sobre la demandante y el incremento empresarial de Suzuki en Colombia a resultas del trabajo de la distribuidora. La Corte desechó este cargo pues consideró que los factores mencionados no eran consubstanciales a la agencia, sino que podían darse en otras especies de contratos de distribución. Concretamente respecto de la concesión comercial automotriz dijo lo siguiente:

> "*Inclusive, sea oportuno destacarlo de una vez, en tratándose de la colocación en el mercado de los productos de la industria automotriz, los fabricantes, quienes en un comienzo se inclinaron por comercializarlos mediante dependientes, decidieron posteriormente acudir a sistemas de distribución integrados por terceros a quienes les confiaron esa labor, exigiéndoles a cambio el acatamiento de ciertos compromisos orientados a preservar la reputación de su marca y algunos derechos de los consumidores. Las ventajas de dicho mecanismo llevaron a su generalización en el medio, de modo que el contrato de concesión, que fue la modalidad mayormente elegida, se consolidó a partir de un innegable liderazgo del productor quien, por consiguiente, le imprimió un evidente control a la actividad desplegada por el intermediario al punto de fijar el precio de los vehículos, los descuentos, las condiciones de venta, la utilización de los emblemas del concedente; así mismo una creciente intervención en el sistema de pedidos y entregas, en los métodos de promoción y publicidad, en la contabilidad de todos los integrantes de su red de distribución en procura de su uniformidad; en fin, una notable injerencia en todo el proceso económico y comercial de la operación.*
>
> *De manera, pues, que sea cual fuere la modalidad de intermediación por la que opten las partes, lo cierto es que cuando el fabricante decida acudir a terceros autónomos e independientes, con quienes establezca pactos estables y permanentes de comercialización de sus productos, tales negocios suelen tener en común diversos rasgos propios de su género, entre ellos, la gradual intervención del productor en la actividad del distribuidor, concretamente, a través de aquellos actos que le permiten asumir cierto control de algunos aspectos de la operación de promoción, publicidad y mercadeo. Puestas en ese orden las cosas, deviene palmario que a quien tenga interés en distinguir entre las diferentes modalidades de negocios distribución de la anotada naturaleza, flaco servicio le presta acudir a dichas trazas comunes como criterio diferenciador.*
>
> *De ahí que aquellas imputaciones de la censura enfiladas a denunciar los errores fácticos en los que habría incurrido el sentenciador por no haber reparado en ciertas pruebas que acreditaban las políticas trazadas por la demandada a sus distribuidores, la planificación por parte de aquella de la operación de mercadeo, las directrices que en materia de publicidad asentaba, su injerencia en el sistema de comercialización y*

su palpable intervención en el control de la demandante, tales recriminaciones, se decía, carecen de la contundencia que el recurrente pretende atribuirles, pues, como quedó visto, suelen ser comunes a diversos mecanismos de comercialización de productos por terceros, e inclusive, muy propios de los canales de distribución de automotores y repuestos (v. gr., la concesión), distintos a la agencia mercantil".

Finalmente, la Corte revisó las características del contrato de agencia comercial establecidas en el artículo 1317 del Código de Comercio y conceptuó que la conclusión a que se había llegado en la sentencia recurrida (que tales características estaban presentes en este caso) no contradecía la evidencia. En el punto crítico de si el demandante había actuado por cuenta e interés propio o por cuenta o en interés ajeno, la Corte convalidó la valoración del Tribunal:

"No anduvo, entonces, abiertamente desatinado el fallador por no deducir que la actora en el desarrollo de su actividad mercantil actuó por cuenta de la demandada, pues esos medios probatorios no reflejan tal cosa, ya que refieren que ella compraba los productos a Suzuki y, posteriormente, los comercializaba en el mercado colombiano, haciendo suyas las utilidades de esa reventa".

Y refiriéndose a ciertos actos comerciales que Suzuki realizó directamente en Colombia y sin pasar por su distribuidor, dijo la Corte:

"Por lo demás, la actividad de comprar bienes para luego revenderlos constituye la ejecución de una actividad mercantil por cuenta y para utilidad de quien la ejerce; y el hecho de que para el cumplimiento de tal propósito el distribuidor se vea precisado a desplegar ciertos actos de publicidad o de consecución de clientes, no desvirtúa, tal como lo ha sostenido esta Corporación, el carácter de acto propio de aquella actividad mercantil, por la sencilla razón de que quien distribuye un producto comprado por él mismo para revenderlo, lo hace para promover y explotar un negocio suyo, aunque, sin lugar a dudas, el fabricante se beneficie con la llegada del producto al consumidor final".

h. Sentencia del 24 de septiembre de 2015, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, exp. STC12931-2015, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

La Corte resolvió la acción de tutela interpuesta por **Distribuidora Servicio y Suministro DSS Ltda**. contra la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá porque profirió una sentencia que negó que un contrato entre la tutelante y la Cooperativa Colanta Ltda. fuera una agencia comercial de hecho sino un contrato de suministro para distribución o reventa. La tutela no prosperó porque la Corte encontró que el Tribunal sí evaluó si la relación había sido de agencia comercial, pero concluyó que el material probatorio no sustentaba esa afirmación:

"Con base en el acervo probatorio, especialmente del interrogatorio de la representante legal de Distribución Servicio y Suministro DSS Ltda., concluyó, que dicha empresa siempre tuvo conciencia que lo convenido fue un suministro para distribución, no solo porque así "lo determina la representante, sino porque admite que formuló propuesta en tal sentido para que le otorgaran la distribución, lo que ciertamente corrobora el documento visible a folio 149 del cuaderno 1"; además, según se desprende de tal versión, aunque Colanta Ltda., intervino en los temas de ventas y precios no por ello puede estimarse que la denunciante actuó "por cuenta ajena", o por encargo de la demandada, toda vez que:

(…) basta señalar que la demandante se constituyó en empresa para llevar a cabo la distribución, y como tal emprendió una labor empresarial autónoma, con su propia infraestructura, sus propios empleados, quienes reportaban y percibían salario de la demandante y no de la demandada (…) A ello se suma que los productos eran entregados a la demandante a título de compraventa, quien mediante la distribución efectuaba la reventa, lo cual justifica la expedición de títulos valores a cargo de la demandante y a favor de la demandada, que en copia militan a folios 195 a 400 del cuaderno 1, que dejan en claro que el suministro que hacía la demandada, tenía por objeto la distribución y reventa de los productos de Colanta Ltda., actividad en que era autónoma la demandante, con cargo de reportar y ampliar el mercado en la zona

que se le otorgó, obligación que surge del pacto celebrado con la demandada, vale decir, del contrato de suministro aportado con la demanda, de cuya ejecución la demandante percibía como utilidad la diferencia de precio entre el precio del suministro y el de la reventa que finalmente hacía, con eventuales bonificaciones por su labor desempeñada , sin que se advierta, que ciertamente la actividad ejercida no era por cuenta propia sino por cuenta ajena, a favor de la demandada".

i. Sentencia del 30 de septiembre de 2015, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, exp. SC13208-2015, M.P. Ariel Salazar.

La Corte se pronunció sobre el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del *ad quem* que resolvió la demanda presentada por **RTL Representaciones Técnicas Ltda. c. Pall Corporation**, para que se declarara que incumplió los contratos de agencia comercial celebrados a través de sus divisiones Pall Trinity Micro, Pall Puerto Rico y Pall Advanced Separation Systems al terminarlos de forma unilateral a partir del 16 de agosto de 2002, así como que se condenara a los demandados al pago de la prestación consagrada en el artículo 1324 del Código de Comercio y a la indemnización por perjuicios ocasionados por terminación injusta. La sentencia no casada denegó las pretensiones del actor y concluyó que el contrato que dio lugar a la controversia era, efectivamente, un contrato de distribución y no uno de agencia entre otras razones porque "*la actividad realizada por la actora no correspondía al ejercicio de un negocio por cuenta ajena, sino 'más bien uno propio, la reventa de productos previamente adquiridos para a partir de ese acto alcanzar una utilidad', por lo que 'sería injurídico hablar de la existencia de un contrato de agencia comercial' "*. Esta providencia, además reiteró lo resuelto en la sentencia del 15 de diciembre de 2006.

j. Sentencia del 26 de julio de 2016, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, exp. 11001-31-03-012-1999-00311-01, M.P. Álvaro Fernando García R.

La Corte se pronunció sobre el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que resolvió la demanda presentada por **Magnum Video S.A. c. Buena Vista Home Entertaiment Inc.**, para que se declarara que entre las partes existió un contrato de agencia mercantil que fue terminado de manera ilegal y que como consecuencia se condenara a la demandada al pago de la prestación consagrada en el artículo 1324 del Código de Comercio y a la indemnización por perjuicios ocasionados por terminación injusta. La sentencia no casada, denegó las pretensiones del actor y concluyó, luego de reiterar la jurisprudencia contenida en sentencia de 24 de julio de 2012, (radicación No. 1998-21524-01), "...*que son elementos estructurales de toda agencia comercial, en primer lugar, que el comerciante intermediario actúe por cuenta ajena, esto es, del empresario que le efectúa el encargo, premisa de la que se sigue que todos los efectos económicos que se deriven de la gestión realizada por aquél, positivos y negativos, deben trasladarse al último y, por ende, reflejarse en su patrimonio; y, en segundo término, que el agente, como contraprestación de su actividad, perciba una remuneración, requisito que guarda íntima conexión con el anterior*".

3.5 LA RELACIÓN COMERCIAL ENTRE LAS PARTES.

Durante cerca de 35 años, GENERAL MOTORS – COLMOTORES S.A. (GM) y DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A. (LOS COCHES), celebraron 15 contratos de concesión que se resumieron en el Capítulo 1.4 (B) ("Hechos en que se funda la Demanda"). El Tribunal, sin embargo, considera pertinente resaltar algunas de las características de esos contratos que son relevantes para los temas que se debaten en este proceso.

1. Contrato de concesión celebrado el 15 de junio de 1978 entre CHRYSLER COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A. y DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A. por el término de un (1) año prorrogable de uno (1) en uno (1), por acuerdo escrito entre las partes, treinta (30) días antes de su vencimiento. El objeto de este contrato era "*el derecho no exclusivo de vender al usuario vehículos de las marcas que a continuación se mencionan, que hubiere adquirido de la FÁBRICA: DODGE Y SIMCA así como accesorios, y repuestos vendidos por LA FÁBRICA o por otra compañía, siempre y cuando sean de aprobación de LA FÁBRICA (vehículos, accesorios y repuestos que en adelante se denominarán en su conjunto o separadamente los 'productos'"* (artículo 1º).

La calidad intuitu personae del contrato quedaba planteada en el artículo 2º, el cual indica la composición accionaria del CONCESIONARIO, quien se obliga a dar aviso a LA FÁBRICA de cualquier transacción que verse sobre el 10% o más de su capital social y "*De cualquier transacción que afecte la propiedad de cualquier parte de los negocios relacionados con este contrato*". Además, "*LA FÁBRICA conviene en este contrato basado en la presunción de la participación personal, activa y continua en el manejo de la empresa de JUAN JOSE LULLE SUAREZ y esta persona no podrá ser cambiada de su puesto sin el consentimiento de LA FÁBRICA".*

El CONCESIONARIO tenía responsabilidades de promoción y ventas: era responsable "*de la debida representación de los productos y* [de fomentar y desarrollar] *enérgicamente la venta de los productos al público para obtener volúmenes de ventas y penetración en el mercado a satisfacción de LA FÁBRICA"* (artículo 3º).

Para ello debía (artículo 3º): (a) revender al público los productos que adquiriera de LA FÁBRICA; (b) comprar y mantener en existencia el número y tipos de vehículos necesarios para cumplir las necesidades del mercado- LA FÁBRICA establecería el número mínimo de vehículos que el concesionario debía adquirir con base en indicadores económicos y de mercado; (c) comprar y mantener existencias de repuestos y accesorios para los productos en volúmenes mínimos que serían fijados por LA FÁBRICA "*para cubrir de forma adecuada las necesidades de ventas al por mayor y al detal;* (d) abstenerse de vender o hacer negocios directa o indirectamente relacionados con productos distintos de los que eran objeto de la concesión; (e) aportar y mantener capital de trabajo de acuerdo con sus necesidades, en monto que sería fijado por LA FÁBRICA conforme al Anexo 1; (f) hacer publicidad en la cantidad y forma indicada por LA FÁBRICA "*con el fin de obtener la penetración y los volúmenes de ventas adecuados para los productos y ampliar la confianza del público en EL CONCESIONARIO, su servicio y los productos*"- se prohibía expresamente a LOS COCHES usar o permitir "*que se usen materiales publicitarios que tiendan a perjudicar el buen nombre de LA FÁBRICA, de otros concesionarios o de los productos o que tiendan a crear impresiones falsas en la mente del público*"; (g) participar en el programa de identificación desarrollado por LA FÁBRICA, para lo cual deberá sujetarse "*a las indicaciones de un contrato posterior por separado entre las partes contratantes*".

El CONCESIONARIO debía organizar su empresa en una forma adecuada para el logro del objeto propuesto, para lo cual debía contratar personal en el número necesario "*para atender eficientemente todas las necesidades de su Empresa en materia de ventas, administración, repuestos y servicio"*; establecer un sistema eficiente de control interno; instalar el "*Sistema Uniforme de Contabilidad para Concesionarios diseñado por LA FÁBRICA*" y llevar su contabilidad "*según las normas de este sistema"*; comunicar a LA FÁBRICA en los formularios establecidos para ello toda la información sobre cada vehículo, repuesto, accesorio o servicio que venda o entregue (artículo 4º). Además, debía mantener "*instalaciones de tamaño y tipo que sean satisfactorias para producir la penetración y los volúmenes de ventas requeridos*", con las características indicadas en el artículo 5º.

Con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos (o cláusulas, como las llama) 3º, 4º y 5º el CONCESIONARIO debía someterse a los exámenes de instalaciones, libros y archivos y a los inventarios de existencias de vehículos y partes que resolviera hacer LA FÁBRICA (artículo 6º).

EL CONCESIONARIO debía hacer sus pedidos "*en los formularios y en los fechas indicadas por LA FÁBRICA*"; todos los pedidos estaban sujetos a aprobación y aceptación de LA FÁBRICA, quien podría cancelar los pedidos si el CONCESIONARIO no tomara "*las medidas necesarias para efectuar pagos aceptables para LA FÁBRICA, o deja de cumplir con las condiciones fijadas por LA FÁBRICA para la venta y forma de pago"* (art. 7º). Los pedidos que hiciera EL CONCESIONARIO los pagaría a LA FÁBRICA "*con base en los precios fijados por LA FÁBRICA*", incluyendo costos de venta. A su vez, "*Los productos vendidos al CONCESIONARIO serán revendidos por éste de acuerdo con las estipulaciones del presente contrato a no más de los precios unitarios especificados por LA FÁBRICA…"* (Art. 8º). Los pagos por estas órdenes los haría EL CONCESIONARIO en los términos que LA FÁBRICA estableciera (art. 9º). LA FÁBRICA se reservaba el derecho de dominio sobre los productos entregados al CONCESIONARIO "*hasta la completa liquidación de los respectivos importes*

de los Productos" (Art. 10º). No habría garantía distinta de la bienal especificada en una declaración para cada vehículo. EL CONCESIONARIO debía llevar un libro sobre trabajos, reclamaciones y pagos por un período de dos años y ejecutarlos directamente a requerimiento del cliente, sin que para efectos de éste hubiera ninguna relación con LA FÁBRICA, la cual reembolsaría al CONCESIONARIO por estos egresos conforme a las guías que publique "*ya que frente al CONCESIONARIO LA FÁBRICA tiene las responsabilidades en su condición de vendedor"* (art. 12º). El contrato de concesión no implicaría derecho por parte del CONCESIONARIO a las patentes, las marcas de fábrica, denominaciones comerciales, diseños industriales o cualquier combinación de los mismos. Terminado el contrato por cualquier motivo el CONCESIONARIO acordó retirar y cesar en el uso de cualquiera de los rótulos y anuncios, letras, formularios y material de publicidad "*que pudiere dar la impresión al público de que el CONCESIONARIO continúe comprando vehículos y productos LA FÁBRICA*" (art. 13º).

El contrato establecía expresamente que *"EL CONCESIONARIO NO ES AGENTE"* (art. 14º) por estar actuando con carácter de comerciante independiente y el concesionario reconocía que no tendría derecho "*a la prestación prevista en el inciso primero del Artículo 1.324 del Código de Comercio ni a cualquier indemnización a que se pensare tenga derecho de conformidad con el inciso segundo del mismo Artículo 1.324, cuando la terminación sea ocasionada por alguna de las causales previstas en la cláusula 15º) de este contrato. Pero aún en el evento de que tuviere derecho a ellas, como en el caso de que se extendiesen a cubrir relaciones jurídicas como las que surgen del presente contrato, El CONCESIONARIO expresamente renuncia tanto a la prestación como a las indemnizaciones mencionadas*" (art 19º).

La duración del contrato era de un (1) año prorrogable por períodos iguales mediante acuerdo escrito de las partes treinta (30) días antes de su vencimiento, aunque la Fábrica estaba facultada para resolverlo anticipadamente por varias causas. Una de ellas*: "[si] el CONCESIONARIO o uno de sus socios, consejeros, directores, accionistas o empleados que de alguna forma participen en la gestión del negocio, se interesan directa o indirectamente en la venta y/o fabricación o montaje del vehículo de motor, de piezas, componentes, accesorios o repuestos para los mismos, o en un comercio o en una industria análogos que tengan una actividad competidora cualquiera con respecto a la FÁBRICA…".*

Cada parte podía dar por terminado el contrato en cualquier tiempo con un preaviso de 45 días (art. 15º).

Una vez terminado el contrato, LA FÁBRICA tendría el derecho de readquirir todos los vehículos nuevos no vendidos al precio neto de venta que figure en el respectivo comprobante así como las piezas, componentes, accesorios y repuestos nuevos no vendidos al mismo precio menos el 10% como gastos de tramitación. Lo propio se haría con los rótulos y avisos recomendados por LA FÁBRICA y con las herramientas especiales facilitadas por ésta para el servicio de los vehículos (art. 16).

Según el art. 18º este contrato, una vez firmado, "*será el único contrato vigente entre las partes y estas aceptan la cancelación inmediata de cualquier contrato previo efectuado cuando se denominaba FÁBRICA COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A. o con Chrysler Corporation, Highland Park, Michigan U.S.A y/o subsidiarias, filiales o afiliadas*".

La zona asignada al CONCESIONARIO se menciona pero no se precisa en el contrato (art. 19º). Este contrato no tenía cláusula compromisoria.

La zona en que el CONCESIONARIO tenía el derecho no exclusivo de vender al público los vehículos a que se refiere la concesión era Bogotá (entonces) D.E.

2. Acuerdo suscrito el día 4 de junio de 1979 entre CHRYSLER COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A. y DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A., en el que se prorroga el contrato celebrado el 15 de junio de 1978.

Este contrato lo prorrogaron las partes a partir del 1 de junio de 1979, por un año adicional (contrato de prórroga del 4 de julio de 1979)[57].

[57] Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 17 y 18.

Aunque en el expediente no se precisan las razones para ello, el contrato del 15 de junio de 1978 siguió vigente a pesar de no haber constancia de prórrogas a partir del 4 de julio de 1979, hasta que fue reemplazado por el suscrito el 29 de diciembre de 1981[58].

CHRYSLER COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A. pasó a llamarse FÁBRICA COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A.- COLMOTORES S.A. mediante escritura pública número 3269 otorgada en la Notaría 4 de Bogotá el 7 de junio de 1979.

3. Contrato suscrito el 29 de diciembre de 1981 entre la FÁBRICA COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A. – COLMOTORES S.A. (hoy GM COLMOTORES) y DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A., por el término de cinco (5) años, prorrogables previo acuerdo expreso entre las partes por escrito, treinta (30) días antes de su vencimiento.

Este contrato, escasamente legible en la versión que hace parte del expediente[59], tenía el mismo objeto que el de 1978 entre FÁBRICA CHRYSLER COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A., salvo que las marcas a vender ahora serían Chevrolet y Dodge y no Simca y Dodge como antes. El clausulado es muy similar al del contrato precedente, pero se resaltarán los aspectos que sean relevantes para el análisis del Tribunal.

El contrato reitera que el concesionario no es agente comercial pero agrega un nuevo parágrafo del siguiente tenor: "*Las partes expresamente reconocen que EL CONCESIONARIO al distribuir LOS PRODUCTOS que ha adquirido en propiedad y promover su venta en una determinada zona, no ejecuta actividad de agente comercial, sino de simple vendedor o distribuidor de productos propios*" (décima quinta).

El contrato tiene un plazo de 5 años, prorrogable previo acuerdo de las partes, por escrito 30 días antes del vencimiento; las causales de resolución del contrato por parte de LA FÁBRICA se mantienen aunque se agrega una: "*en caso de no existir acuerdo entre las partes respecto a instrucciones, sistemas o adiciones que sugiera LA FÁBRICA durante la vigencia del presente contrato*" (cláusula décima sexta). Los efectos de la terminación no varían sustancialmente (cláusula décima séptima). La estipulación de renuncia y cancelación de contratos previos subsiste (cláusula décima novena).

El contrato contiene cláusula compromisoria en la cual los árbitros son escogidos de común acuerdo, y a falta de acuerdo los designa la Cámara de Comercio de Bogotá (vigésima segunda).

4. Contrato suscrito el 18 de diciembre de 1986 entre la FÁBRICA COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A. – COLMOTORES S.A. y DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A., por el término de un (1) año contado a partir del primero de enero de 1987, prorrogable previo acuerdo expreso entre las partes por escrito, treinta (30) días antes de su vencimiento[60].

El contrato es sustancialmente igual en todas sus estipulaciones al de 29 de diciembre al que reemplazó por su vencimiento, con la diferencia de que su plazo era de un año prorrogable en la forma indicada en el encabezado. La cláusula compromisoria difiere en que los árbitros los escoge la Cámara de Comercio de Bogotá.

5. Contrato celebrado el día 10 de diciembre de 1987 entre la FÁBRICA COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A. – COLMOTORES S.A. y DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A., por el término de un (1) año contado a partir del primero de enero de 1988, prorrogable previo acuerdo expreso entre las partes por escrito, treinta (30) días antes de su vencimiento.

Este contrato[61] es sustancialmente igual al firmado el 18 de diciembre de 1986.

---

[58] En la contestación a la demanda de reconvención consta que "*Las Partes optaron por prorrogar este Contrato* [el del 15 de junio de 1978] *y finalmente decidieron terminarlo el día 28 de diciembre de 1981".* Cuaderno Principal No. 2, folio 23.
[59] Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 18 a 39, con varios folios duplicados o triplicados.
[60] Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 51 a 63.
[61] Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 72 a 85.

6. Contrato suscrito el día 7 de marzo de 1989 entre la FÁBRICA COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A. – COLMOTORES S.A. y DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A., mediante Escritura Pública No. 747 de la Notaría 37 de Bogotá, vigente desde la suscripción del documento y hasta el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), prorrogable previo acuerdo expreso entre las partes por escrito, treinta (30) días antes de su vencimiento.

Este contrato[62] es sustancialmente igual a su predecesor del 10 de diciembre de 1987, salvo que la marca concesionada es exclusivamente Chevrolet y desaparece Dodge de los "*Productos*" objeto del contrato (cláusula primera).

7. Contrato suscrito el día 8 de febrero de 1990 entre la FÁBRICA COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A. – COLMOTORES S.A. y DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A., mediante Escritura Pública No. 674 de la Notaría 1 de Bogotá, vigente desde la suscripción del documento y hasta el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos noventa (1990), prorrogable previo acuerdo expreso entre las partes por escrito, treinta (30) días antes de su vencimiento, sin perjuicio de la facultad de COLMOTORES de terminar unilateralmente el contrato por las causales enunciadas en la cláusula décima sexta.

Este contrato[63] es sustancialmente igual a su predecesor del 7 de marzo de 1989. En la misma escritura pública se incluyó el "*Acuerdo de Identificación de la Sociedad Concesionaria*", que es en esencia igual a los documentos del mismo nombre firmados entre las partes en 1981, 1986, 1987 y 1989.

8. Contrato celebrado el 11 de febrero de 1992 entre la FÁBRICA COLOMBIANA DE AUTOMOTORES S.A. – COLMOTORES S.A. y DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A., mediante Escritura Pública No. 918 de la Notaría 55 de Bogotá, vigente desde la suscripción del documento y hasta el veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995), prorrogable previo acuerdo expreso entre las partes por escrito, treinta (30) días antes de su vencimiento, sin perjuicio de la facultad de COLMOTORES de terminar unilateralmente el contrato por las causales enunciadas en la cláusula décima sexta.

Este contrato[64] es sustancialmente igual a su predecesor del 8 de febrero de 1990.

9. Contrato suscrito el 7 de febrero de 1995 entre GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. y DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A., mediante Escritura Pública No. 377 de la Notaría 55 de Bogotá vigente desde la suscripción del documento y hasta el veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995), prorrogable previo acuerdo expreso entre las partes por escrito, treinta (30) días antes de su vencimiento, sin perjuicio de la facultad de COLMOTORES de terminar unilateralmente el contrato por las causales enunciadas en la cláusula décima sexta.

Este contrato[65] es el primero en tener cambios importantes respecto de la versión inicial de 1978, que con cambios menores ya anotados se mantuvo vigente en lo sustancial de su clausulado hasta 1995.

Los cambios principales en la versión de 1992 son los siguientes:

Se agrega una cláusula introductoria (Primera) que contiene ciertas *"Consideraciones y Fundamentos Contractuales*". Señala los objetivos de LA FÁBRICA; precisa que ésta "*utiliza procedimientos, modelos, marcas y patentes"* de su propiedad; anota que LA FÁBRICA "*ha invertido tiempo, esfuerzos y recursos económicos considerables para acreditar dentro del mercado colombiano los bienes y servicios que produce y mantenerlos dentro del nivel de aceptación que ellos han adquirido en el ámbito económico mundial…";* señala la importancia para LA FÁBRICA de "*que su imagen y posicionamiento comercial se conserven en el futuro y por ello tiene especial interés de que las personas que actúen como sus concesionarios reúnan calidades que garanticen esa necesidad*", de donde resultan diversas

[62] Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 119 a 139.
[63] Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 140 a 162.
[64] Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 163 a 184.
[65] Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 185 a 208.

cláusulas relacionadas con la calidades que debe tener y mantener el CONCESIONARIO; hace referencia a los "*valores intangibles*" que "*constituyen un factor económico de considerable significación para quienes tengan la oportunidad de explotar la comercialización de tales productos*"; precisa los medios de que el CONCESIONARIO debe disponer para poder lograr el objeto del contrato y especifica que "*EL CONCESIONARIO conoce y valora los propósitos de LA FÁBRICA relativos a su buen nombre y al posicionamiento de sus productos y está dispuesto a aceptar las exigencias de ella en procura de su conservación y mejoramiento".*

El objeto principal del contrato, que antes era simplemente "*el derecho no exclusivo de identificarse de vender vehículos de las marcas que a continuación se mencionan, que hubiere adquirido de LA FÁBRICA : CHEVROLET"* (artículo Primero del contrato de concesión del 11 de febrero de 1992), ahora hace referencia a "*utilizar en su propio beneficio el conjunto de intangibles"* y precisa (asunto que se vuelve un *leitmotiv* de este contrato) que el concesionario adquiere los automotores, repuestos y accesorios de la marca Chevrolet o de otras marcas utilizadas por LA FÁBRICA (ya no se admite la opción de que, con aprobación de COLMOTORES, pueda vender vehículos, accesorios y repuestos de otra compañía), los adquirirá el CONCESIONARIO "*en virtud de contratos de compraventa autónomos e independientes del presente contrato de concesión, los cuales se materializarán en facturas de las contempladas en el artículo 944 del Código de Comercio y que también serán documentos autónomos e independientes del presente instrumento, con el objeto de comercializarlos al público*" (cláusula Segunda).

Se agrega una cláusula (la Tercera) para declarar que "…*LA FÁBRICA considera el presente contrato intuitu personae no solo por cuanto hace referencia a la capacidad económica y operativa de EL CONCESIONARIO y a sus antecedentes empresariales, sino también y de manera especial, en relación con las personas que figuran como aportantes de capital y que cuentan con poder suficiente para determinar las políticas, orientaciones y actuaciones de la persona jurídica de EL CONCESIONARIO…*", la cual por lo demás es equivalente de capital social y personal de manejo (artículo segundo del contrato del 11 de febrero de 1992) y su parágrafo recoge, con algunos cambios, el anterior artículo tercero sobre "*Avisos*", referente a las situaciones que afecten el control o los negocios del CONCESIONARIO, de que debe dar aviso a LA FÁBRICA.

La cláusula sobre *"Responsabilidad en la Comercialización"* (que antes se titulaba *"Responsabilidad de Promoción y Ventas"*, cláusula quinta del contrato del 11 de febrero de 1992) contiene nuevo texto relevante (el 4.1) del siguiente tenor:

'[EL CONCESIONARIO asume las siguientes responsabilidades específicas:] *4.1 Vender al público a través de contratos de compraventa autónomos e independientes del presente contrato de concesión, LOS PRODUCTOS que adquiera de LA FÁBRICA únicamente en forma directa…".* A esta cláusula se agrega un parágrafo en que, para el cumplimiento de su responsabilidad en la comercialización, el CONCESIONARIO "*deja constancia de que el volumen de su organización y su capacidad instalada solo lo habilitan para concentrar los esfuerzos que ellas implican en la zona de influencia de su(s) punto(s) de venta en la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C.".*

Esta referencia remplaza la cláusula vigésima de los contratos precedentes, que establecía el derecho no exclusivo de vender al público los productos y servicios contenidos en la concesión en la ciudad de Bogotá.

La cláusula que antes se titulaba "*Pedidos y Entregas*" (la Octava en contratos anteriores) aquí se llama "*Modus Operandi*" (Octava) y contiene la precisión de que si el CONCESIONARIO no paga "*conforme a las facturas a que se refiere el artículo 944 del Código de Comercio que para cada caso se expedirán como documentos autónomos e independientes del presente instrumento*", LA FÁBRICA podrá entender que desistió de la orden respectiva.

La cláusula Novena es nueva y se citará en su integridad, por ser de gran importancia en el análisis:

"NOVENA.- REVENTAS: LOS PRODUCTOS adquiridos por EL CONCESIONARIO serán revendidos por éste al público de acuerdo con las condiciones del mercado, teniendo en

cuenta los precios unitarios sugeridos por LA FÁBRICA junto con las reglamentaciones que a la sazón tenga establecidas el Estado Colombiano y, en todo caso, absteniéndose de incurrir en prácticas incompatibles con el correcto ejercicio de la actividad comercial, tales como aquellos procederes que el ordenamiento jurídico considere como infracciones a las normas relativas a la Promoción de la Competencia y a las Prácticas Comerciales Restrictivas".

La cláusula Novena se titula "*Facturas*" pero es sustancialmente igual a la cláusula de "*Pagos*" de los contratos anteriores (la Décima).

La cláusula Décima Cuarta ("*Normatividad Aplicable y Autonomía del Concesionario*") contiene una adición importante a la antigua cláusula sobre autonomía del concesionario (Décima Quinta de los anteriores contratos) pues agrega un párrafo igualmente relevante:

"El presente contrato se regirá en primer lugar por las estipulaciones consignadas dentro de este documento que reflejan plenamente la voluntad de las partes. En lo no previsto se acudirá en especial a las reglas del contrato de suministro sentadas en los artículos 968 y siguientes del Código de Comercio, en concordancia con las normas aplicables a los contratos de compraventa que aparecen en el mismo Código de Comercio".

El resto del contrato es similar a los que lo precedieron.

10. Contrato celebrado el 13 de mayo de 1997 entre GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. y DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A., mediante Escritura Pública No. 2154 de la Notaría 55 de Bogotá, vigente desde la suscripción del documento y hasta el quince (15) de febrero de dos mil (2000), prorrogable previo acuerdo expreso entre las partes por escrito, treinta (30) días antes de su vencimiento, sin perjuicio de la facultad de COLMOTORES de terminar unilateralmente el contrato por las causales enunciadas en la cláusula décima sexta.

Este contrato[66] es sustancialmente igual a su predecesor del 7 de febrero de 1995 salvo en que a la cláusula Décima segunda ("*Garantías")* se agregó un parágrafo que regula el reembolso de gastos incurridos por el CONCESIONARIO para honrar el "*Certificado de Garantía"* en vehículos vendidos por otros concesionarios. Una novedad de interés es que en la cláusula novena ("*Reventas*") consta que los productos "*serán revendidos de acuerdo con las condiciones del mercado, teniendo en cuenta los precios sugeridos por LA FÁBRICA junto con las reglamentaciones que a la sazón tenga establecidas el Estado Colombiano…"*, con lo que se eliminó lo que disponía la cláusula equivalente del contrato de 1995, según la cual EL CONCESIONARIO debía revender "*teniendo en cuenta los precios unitarios sugeridos por LA FÁBRICA".*

11. Contrato celebrado el 24 de febrero de 2000 entre GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. y DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A., mediante Escritura Pública No. 341 otorgada en la Notaría 55 de Bogotá, por el término de tres (3) años contados desde la suscripción del documento, prorrogables previo acuerdo expreso entre las partes por escrito, treinta (30) días antes de su vencimiento, sin perjuicio de la facultad de COLMOTORES de terminar unilateralmente el contrato por las causales enunciadas en la cláusula octava.

Este contrato[67] contiene numerosas variaciones respecto de los que lo precedieron hasta el punto de que constituye un modelo nuevo de contrato. Inicia con las "*Consideraciones Previas y Fundamentos Contractuales"* que habían sido introducidas en el contrato previo del 13 de mayo de 1997 pero agrega varias adicionales que, en lo sustancial, consisten en describir la relación entre LA FÁBRICA y su red de concesionarios, con las consiguientes deberes del CONCESIONARIO y los de LA FÁBRICA. Estos últimos son los siguientes: "*EL CONCESIONARIO cuenta con LA FÁBRICA para dar apoyo de Venta y Posventa y para esforzarse continuamente por mejorar la calidad y competitividad de sus Productos*" (numeral 1.8). Igualmente se agrega un numeral conforme al cual "*La relación comercial requiere un espíritu de cooperación, confianza y seguridad, las partes han establecido mecanismos para obtener información recíproca en el proceso de toma de decisiones.*

[66] Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 209 a 234.
[67] Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 236 a 272.

Estos mecanismos se describen en el presente contrato" (numeral 1.9). En efecto, el contrato institucionaliza las relaciones como adelante se señala.

Se modifica la redacción del objeto del contrato (cláusula Segunda), aunque sin cambios sustanciales.

La cláusula Tercera es nueva y contiene el "*Compromiso de EL CONCESIONARIO con la Visión, Misión, Filosofía y Valores de LA FÁBRICA".* El CONCESIONARIO declara conocer y aceptar la Filosofía y Valores de LA FÁBRICA, que incluye la visión; la misión y la filosofía (que consiste en el compromiso con el entusiasmo del cliente, el trabajo en equipo, la confianza y el respeto por el individuo, el mejoramiento continuo y la integridad) de LA FÁBRICA. Aquí se regulan igualmente los mecanismos de consulta "*que permitan a las partes deliberar sobre los asuntos que puedan afectar el desarrollo operativo de la relación comercial*", y consisten en Consejo de Marca y los Equipos de Trabajo que son dependencias del Consejo de Marca. Hay una sección sobre el proceso de resolución de conflictos, que es la cláusula compromisoria. Presenta diferencias con las de los contratos que la precedieron, la principal de las cuales radica en la forma de designación de los árbitros, que ahora son designados de común acuerdo por las partes y sólo subsidiariamente por la Cámara de Comercio de Bogotá, lo cual era antes la única modalidad de designación.

La cláusula Cuarta sobre "*Derechos Conferidos*", que es nueva, también es de gran importancia. La sección 4.1 describe el alcance del rol del concesionario autorizado. Incluye el derecho no exclusivo en su zona de influencia de sus puntos de venta en Bogotá D.C. para "*(a) adquirir Vehículos Automotores Nuevos distribuidos por LA FÁBRICA para su reventa por cuenta y riesgo de EL CONCESIONARIO, así como sus Repuestos y Accesorios Relacionados; e| (b) Identificarse como Concesionario Chevrolet Autorizado en la forma, ubicación y en el lugar (lugares) aprobados por LA FÁBRICA*" (numeral 4.1).

Hay una sección sobre el Gerente General de EL CONCESIONARIO que merece especial atención por su relevancia para el desarrollo de esta relación contractual en su fase final (numeral 4.2). Se especifican las "*Cualidades Personales"* del Gerente General en los términos siguientes: "*LA FÁBRICA conviene en este Contrato confiando en las cualidades y capacidades de EDGAR RICARDO SIERRA RODRÍGUEZ como Gerente General de EL CONCESIONARIO, en el compromiso de dicha persona con este contrato, con la Misión, Filosofía y Valores de LA FÁBRICA , y en la garantía de EL CONCESIONARIO de que el Gerente General de EL CONCESIONARIO estará dedicado a la gestión global de la actividad de venta y postventa de LOS PRODUCTOS".* Por esta razón, el Sr. Sierra Rodríguez sería "*la única persona autorizada para ejercer la dirección de EL CONCESIONARIO*".

Los numerales siguientes, sobre los accionistas del CONCESIONARIO y el aviso que éste debe dar de ciertas situaciones que puedan implicar cambio de control o en el modelo de negocios de éste, y el de plazo de vigencia (numerales 4.3 y 4.4) son similares a sus equivalentes en los contratos anteriores.

Siguen tres secciones que tienen antecedentes en los contratos previos entre las partes, pero que son nuevas en su sentido y alcance: "Diseño y Apariencia de las Instalaciones" (numeral 4.5); "Uso Exclusivo" (numeral 4.6), por la cual el CONCESIONARIO se obliga a "*obtener el consentimiento previo por escrito de LA FÁBRICA para realizar operaciones con productos o servicios no especificados en el presente Contrato o en sus Anexos"*; y "Establecimiento de Concesionarios Adicionales" (numeral 4.7), que contempla esta posibilidad.

La cláusula Quinta, referente a "*Responsabilidades. Producto y Desempeño de Estándares*", incluye la sección "*Responsabilidad de Comercialización"* que es sustancialmente equivalente a la cláusula del mismo nombre que en distintas formas sustancialmente equivalentes datan del contrato de 1978. Mantiene el modelo del contrato de concesión, en que LOS COCHES compra automotores, repuestos y accesorios a GM COLMOTORES para revendérselos a consumidores finales. Sin embargo, hay mucho detalle, antes ausente, sobre el alcance de la obligación de servicio: *"EL CONCESIONARIO conviene en brindar un servicio de calidad, cortés, conveniente, oportuno, eficiente, respetuoso y profesional a los propietarios de Vehículos Automotores y está de acuerdo en reparar correctamente los vehículos en la primera visita de servicio del cliente, sin importar el lugar de adquisición de*

los mismos" (sección 5.1, literal B). LOS COCHES se obligaba particularmente a observar los Estándares Fundamentales de la Marca Chevrolet, establecidos en un Manual de Estándares de EL CONCESIONARIO el cual quedó incorporado al contrato por expresa disposición de la sección 5.1, Literal C.

La sección 5.2 regula la venta de Productos a EL CONCESIONARIO. Allí GM COLMOTORES se reserva la facultad de "*seguir la práctica de la industria de vender los vehículos directamente a ciertos clientes y en determinados casos a elección de LA FÁBRICA*" (literal A). El literal B regula, como antes no se hacía en ese detalle, la venta de repuestos y accesorios a EL CONCESIONARIO. La letra C se refiere al precio y otras condiciones de venta. Se precisa que "*EL CONCESIONARIO revenderá al público LOS PRODUCTOS por su cuenta y riesgo…"*, lo que antes no se precisaba en la cláusula equivalente, la novena del contrato del 13 de mayo de 1997 ("*Reventas"*). Además de otros aspectos operativos, se establece la facultad para GM COLMOTORES de "*establecer en cualquier momento Programa(s) de Descuentos e incentivos de Ventas para mejorar la Venta de Vehículos Automotores… El Manual de Descuentos e Incentivos de Ventas de EL CONCESIONARIO, que se entiende incorporado en este Contrato, define las políticas y procedimientos del (os) Programa(s) de Descuentos e Incentivo de Ventas"* (Literal C, subliteral c). Otros aspectos, como los inventarios de automóviles y de repuestos y accesorios, y las garantías de éstos, no se modifican esencialmente.

La sección 5.3 regula en considerable detalle el Servicio de Productos, lo cual evidencia una creciente importancia de este componente en los concesionarios de la Red Chevrolet. El literal A señala los servicios por los cuales paga LA FÁBRICA (reparaciones cubiertas por la garantía y ajustes especiales por política, inspecciones y correcciones en campaña, pago de ajustes de pre-entrega, garantía y trabajo de campaña de producto y las revisiones periódicas). El literal B regula los repuestos, accesorios y reparaciones de carrocería. Son regulaciones de interés pero no modifican el entendimiento del juzgador sobre la naturaleza de este contrato.

La cláusula Sexta, en cambio, prosigue el desarrollo de la institucionalidad que se vio en la cláusula tercera, sobre el Consejo de Marca y los Equipos de Trabajo. La Sexta trata del "*Proceso de Planificación del Negocio*". Este proceso incluye el Plan Anual de Comercialización (PAC) el cual "*describe la forma en que EL CONCESIONARIO desarrollará sus planes de Comercialización y cumplirá sus compromisos de venta y posventa*" (literal A). EL CONCESIONARIO se obliga a "*desarrollar sus planes de comercialización de acuerdo con el PAC".* Indica el contenido del Plan Anual de Comercialización Inicial, señala los compromisos que harán parte de cada Plan Anual de Comercialización Actualizado y la revisión del desempeño de EL CONCESIONARIO frente al contenido del Plan.

La cláusula Séptima, sobre "*Otras Responsabilidades Operativas*", regula en detalle la forma de control de LA FÁBRICA sobre las actividades de EL CONCESIONARIO. Primero requiere que éste aplique "*coherentemente todos los sistemas de venta, posventa, comercialización, instalaciones y otros*" (numeral 7.1). Esto incluye los sistemas de comunicaciones, el uso de señalizaciones aprobadas en la identificación de las instalaciones, el contar con las herramientas y equipos idóneos y el mantener un sistema eficiente de control interno para la administración de personal, contabilidad, inventarios, ventas y suministro de repuestos y servicios, con base en la asesoría de LA FÁBRICA. De este sistema derivará información financiera que remitirá a LA FÁBRICA *"en las fechas y formatos indicados por ésta, con el fin de que LA FÁBRICA pueda llevar el control estadístico y de operación de la red de concesionarios Chevrolet en su conjunto, evaluando así su posición competitiva en el mercado y dando retroalimentación a la red para su continuo mejoramiento".* Igualmente debe informar cada venta o entrega que efectúe, de cualquier tipo que ella sea, en formularios autorizados. LA FÁBRICA puede designar personal para que visite a EL CONCESIONARIO y revise, audite y obtenga copias de todas las cuentas y registros que éste está obligado a mantener (Literal D). LA FÁBRICA entregará a EL CONCESIONARIO un informe sobre los resultados de la revisión o auditoría que adelante (literal G). Hay diversas disposiciones que permiten a LA FÁBRICA sancionar al concesionario que presente reclamos por reparaciones cuando ellos no procedan.

Con el fin de asegurar que todo el personal tenga las competencias necesarias, EL CONCESIONARIO se obliga a enviarlos a las capacitaciones incluidas en el Programa de Capacitación, así como en los programas aprobados por el Consejo de Marca. Adelantar

oportunamente las capacitaciones requeridas es una variable que será evaluada como parte del PAC (numeral 7.2). EL CONCESIONARIO se obliga a mantener los niveles de capitalización convenidos y a "*tener y mantener una línea de crédito separada y suficiente en una institución financiera, que esté disponible para que EL CONCESIONARIO acuda a ella para financiar la adquisición de LOS PRODUCTOS, al igual que para permitirle cumplir con las responsabilidades vigentes cuando estas se acerquen a su fecha de vencimiento, incluyendo cualquier monto pendiente que se adeude a LA FÁBRICA*" (numeral 7.3).

La cláusula Octava establece el procedimiento a seguir para cambios en la dirección (cambio del gerente general aprobado por GM COLMOTORES) y en la composición accionaria de EL CONCESIONARIO. En ambos casos se necesita la aprobación de LA FÁBRICA.

La cláusula Novena regula la "*Terminación y Asistencia de Terminación".* Las causales de terminación son distintas de antes y están presentadas en mayor detalle. Se resalta la facultad de cada parte de dar por terminado el contrato con seis (6) meses de preaviso, "*término que las partes han considerado suficiente y acorde con la naturaleza de las operaciones objeto del presente contrato".* Vale la pena mencionar varias causales relacionadas con el Gerente General, como el cambio de éste sin autorización previa o su condena por algún delito (literal A). El literal B regula las operaciones después de la terminación, incluyendo el trámite de pedidos, en forma similar a como venía de antes. La sección 9.2 se refiere a la asistencia de terminación (la cual consiste en la compra de elementos elegibles, asunto ya regulado aunque con menor precisión en los contratos antecedentes de éste.

La cláusula Décima contiene las disposiciones generales. De especial interés es la sección 10.1 que contiene el "*Reconocimiento por parte de EL CONCESIONARIO"* de que "*ha llevado a cabo una investigación independiente del negocio contemplado…*", que "*ha tenido tiempo suficiente para consultar y analizar los beneficios y riesgos potenciales de celebrar este contrato, que ha tenido la asesoría jurídica independiente y que sus asesores jurídicos le han manifestado que este contrato y las estipulaciones en él contenidas son válidas y que la naturaleza del mismo es la que aquí se expresa y ninguna otra*" (literal B). El contrato reitera que EL CONCESIONARIO no es agente ni representante sino vendedor de productos propios, comprados para la reventa (numeral 10.2, lit. A) y que es "*exclusivamente responsable de su empresa, de los riesgos de su negocio y de todos los gastos, deudas y obligaciones incurridas o asumidas por EL CONCESIONARIO para establecer y realizar sus operaciones".*

12. Contrato celebrado el 21 de febrero de 2003 entre GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. y DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A., mediante Escritura Pública No. 406 en la Notaría 55 de Bogotá, por el término de tres (3) años contados a partir del 24 de febrero de 2003 y hasta el 24 de febrero de 2006.

Este contrato[68] es sustancialmente igual al del 24 de febrero de 2000.

13. Contrato celebrado el 16 de febrero de 2006 entre GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. y DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A. mediante Escritura Pública No. 413 otorgada en la Notaría 55 de Bogotá, por el término de tres (3) años contados a partir del 25 de febrero de 2006 y hasta el 25 de febrero de 2009, ambas fechas inclusive.

Este contrato[69] es sustancialmente igual al del 21 de febrero de 2003. Una modificación de interés, aunque ella no modifica la esencia del contrato es que EL CONCESIONARIO se obliga mantener indemne a LA FÁBRICA "*respecto de cualquier acción, reclamación, denuncia, demanda o queja que se formule contra LA FÁBRICA por parte de autoridades, clientes, causahabientes de estos o de terceros, originadas en hechos cuya responsabilidad sea atribuible a EL CONCESIONARIO o en hechos que constituyan incumplimiento de EL CONCESIONARIO de los deberes y obligaciones a su cargo establecidos en el presente contrato…"* (Parágrafo, cláusula Quinta). En este contrato aparece el Dr. Ricardo Salazar

[68] Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 273 a 312.
[69] Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 313 a 335.

Arias como Gerente General de EL CONCESIONARIO, en los términos indicados, rol que seguiría desempeñando hasta la terminación de la relación contractual.

14. Contrato celebrado el 24 de febrero de 2009 entre GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. y DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A. mediante Escritura Pública No. 355 otorgada en la Notaría 55 de Bogotá, por el término de tres (3) años contados a partir del 26 de febrero de 2009.

Este contrato[70] es sustancialmente igual al del 16 de febrero de 2006. El territorio en el que se confiere la concesión pasa a incluir a Chía (antes era sólo Bogotá, D.C.) (cláusula Cuarta, numeral 4.1). A la cláusula Quinta, que ya había sido adicionada en 2006 con un parágrafo de indemnidad, ya citado, se agregaron dos parágrafos adicionales, uno sobre *"STÁNDARES* (sic) *GM DIFFERENCE"*, los cuales aparentemente eran estándares especiales para la protección de la imagen de la marca Chevrolet, otro sobre políticas de control de exportaciones de EL CONCESIONARIO, consistentes en que éste se abstendrá exportar vehículos o partes de éstos sin autorización de COLMOTORES.

15. Contrato celebrado el 24 de febrero de 2012 entre GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. y DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A. mediante escritura Pública No. 851 otorgada en la Notaría 53 de Bogotá, por el término de (1) año contado a partir del 27 de febrero de 2012.

Este contrato[71] es sustancialmente igual al del 24 de febrero de 2009, salvo en su plazo de duración, ya referido.

3.6 -ARGUMENTOS DE LAS PARTES SOBRE LA NATURALEZA DE SU RELACIÓN CONTRACTUAL CONFORME A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

(A) Argumentos de la Convocante

En la Demanda la Convocante afirma que "*Entre GM COLMOTORES y LOS COCHES existió una vida negocial continua y estable de alrededor de treinta y cinco (35) años, que permitió consolidar en el mercado los distintos modelos de la marca Chevrolet"*, la cual tuvo la naturaleza de una agencia mercantil así los contratos en los que se instrumentó se denominaran de concesión. Funda esta afirmación en las siguientes aseveraciones:

- En 2012 LOS COCHES tenía el primer puesto en el escalafón de ventas al por mayor entre los concesionarios de GM en Colombia.

- Desde el inicio de la relación, LOS COCHES cumplía una función de representación o agenciamiento, la cual se mantuvo a lo largo de las prórrogas o renovaciones desde el 15 de junio de 1978.

- LOS COCHES cumplió sus funciones conforme a los contratos "*como empresa independiente*".

- La relación siempre tuvo por objeto la promoción en la zona de influencia de LOS COCHES de los productos de la marca de GM, en aras de la "*penetración en el mercado*" y de la consecución de una clientela a favor de ésta.

- La existencia de las labores de promoción y creación de mercado a favor de GM se evidencia con el programa GM Difference y con los Acuerdos de Identificación que estuvieron vigentes entre las Partes.

- Mientras duró la relación, GM impartió instrucciones y directrices sobre los programas de publicidad de la marca Chevrolet a través de la red de concesionarios, para posicionarse en el mercado. Esto se evidencia en intercambios de correos electrónicos, como aquél del 23 de junio de 2011 en que Felipe Echeverri, de GM, reconviene a Nicolás Urrea, de LOS COCHES, por haber publicado un aviso con precios de productos con circulación a nivel nacional.

[70] Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 349 a 374.
[71] Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 388 a 411.

- LOS COCHES tuvo asignado un territorio para "*representar*" y distribuir los productos de GM.

- LOS COCHES no sólo se lucró de la diferencia entre el precio de compra de los productos Chevrolet y su reventa, sino que además recibió ingresos por pagos realizados por GM por los siguientes conceptos: Plan Detal, Mega Racing, Bono Mes, Bono Trimestre, Flotas, Capplan, Días Libres, Renting Colombia y Repuestos Mes. Con el paso del tiempo estos pagos llegaron a representar "*buena parte*" de la utilidad operacional de LOS COCHES.

- Evidencia de que la relación entre GM y LOS COCHES era de agencia es que aquélla "*periódicamente… hacía llegar a su red de concesionarios una lista de precios al público*".

- Otra evidencia es la constitución con posterioridad a 1997 del Fondo de Excelencia Financiera, del cual hace parte GM y sus concesionarios. El Fondo tiene por objeto regular el cumplimiento de la venta de productos Chevrolet, mediante la imposición de aportes a favor del Fondo y a cargo de los concesionarios que no cumplieren las directrices de GM. Igualmente se sancionaba a los concesionarios que no cumplieran con los márgenes fijados por GM.

En su Alegato de Conclusión, la Convocante desarrolló sus argumentos de la manera siguiente:

- Los elementos esenciales de la agencia comercial son los siguientes: (i) independencia; (ii) estabilidad y permanencia; (iii) encargo: promoción y explotación y (iv) actuación por cuenta del agenciado.

- Si bien un "*sector de la doctrina*" ha admitido "*que el criterio más utilizado en la jurisprudencia nacional para definir si un intermediario actúa por cuenta propia ha sido el de la propiedad de los bienes distribuidos, es decir, si estos bienes han sido comprados por el distribuidor para ser revendidos, o si el derecho de dominio permanece en cabeza del empresario mientras aquel adelanta las labores de promoción para su venta a terceros*[72]*",* la Convocante afirma que otra es la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema de Justicia. Cita varias sentencias de la Sala de Casación Civil y laudos arbitrales que afirman que puede un comerciante comprar para revender y sin embargo ser un agente comercial si su relación con el fabricante de las mercaderías tiene los elementos esenciales de la agencia. Anota además que la asunción de los riesgos de la reventa no implica que esté actuando por su propia cuenta.

- Afirma que debe prevalecer la sustancia (esencia) de un contrato o relación contractual sobre su forma.

- Previo a analizar si en este caso se dieron los elementos propios de la agencia comercial afirma que los 15 contratos que suscribieron las partes desde 1978 "*se limitaron a refrendar una misma relación jurídica*, *que se ejecutó de manera ininterrumpida de principio a fin*". Estos documentos los redactó GM *"con el amañado propósito de excluir formalmente la agencia comercial, como relación jurídica subyacente entre las partes. Es decir, torticera y dolosamente COLMOTORES se dio a la tarea de pre-constituir un documento que negara la real naturaleza del negocio jurídico y, de paso, sirviera para conculcarle el sagrado derecho de LOS COCHES a la cesantía comercial*". Se trataba de contratos tipo o formatos preparados por GM "*que no eran objeto de discusión".* El objeto del vínculo entre las partes no cambió desde sus inicios, e "*ineludiblemente constituye agencia comercial*". Afirma que:

  - LOS COCHES fue independiente respecto de GM porque se trata de sociedades no relacionadas entre sí.

[72] Alegato de Conclusión de LOS COCHES, página 31.

- Hubo estabilidad y permanencia en la relación entre las partes porque la relación entre ellas se prolongó sin solución de continuidad entre 1978 y 2013.

- El objeto de la relación era el encargo de que LOS COCHES promoviera y explotara los negocios de GM. Cita la cláusula sobre la responsabilidad de promoción y ventas del concesionario establecida en el artículo 3º del contrato del 15 de junio de 1978.

- Afirma que, como resultado de una investigación de la SIC, a partir de 1995 GM modificó las cláusulas que regulaban la relación jurídica "*sin que en la práctica hubiese cambio sustancial alguno en la forma en que las Partes la ejecutaban*". Luego, como resultado de otra investigación de la SIC, a partir de 1997 GM "*arreció en su intención de mimetizar la naturaleza de la relación jurídica con LOS COCHES*".

- En criterio de la Convocante, la interpretación auténtica del contrato es que con esta relación se pretendía obtener un mercado para los productos de GM. Esto lo infiere de que, en su sentir:

  - GM impartía a LOS COCHES "*los lineamientos de marca para consolidar el mercado alrededor de GM"*, puesto que el concesionario debía sujetarse a los lineamientos de imagen de marca que le imponían GM, así como a los lineamientos de atención al cliente a través del programa GM Difference, a los lineamientos comerciales a través del Plan Anual de Comercialización. Igualmente debía someterse a auditorías para evidenciar el cumplimiento de estos lineamientos y a la política de publicidad impuesta por GM la cual tenía objeto "*aumentar la base de clientes Chevrolet en el mercado colombiano*".

  - LOS COCHES no podía pautar sin autorización de GM (toda pieza publicitaria debía autorizarla el concedente antes de pautarse) y el incumplimiento de los lineamientos de publicidad generaba sanciones de parte de GM. De hecho, LOS COCHES pagaba parte de la publicidad de GM, mediante pagos contras facturas cuyos importes se destinaban al Fondo de Publicidad Cooperativa. GM eliminó la competencia intra marca de la red de concesionarios, pues "*siempre buscó estandarizar todas las diferencias entre los concesionarios entregándoles las instrucciones y lineamientos bajo las cuales tenían que actuar, ocasionando así que todos los concesionarios Chevrolet obraba como un solo agente en el mercado".*

  - GM consideraba que los consumidores de la marca Chevrolet atendidos por LOS COCHES eran "*clientes del corbatín*". Estos compradores pasaron a ser "*propiedad de la base de clientes de GM denominada CRM-ON DEMAND (Customer Relationship Management*". Alimentar esta base de datos era una de las obligaciones "*principales*" de LOS COCHES. Estos clientes los conservó GM a la terminación de la relación comercial con LOS COCHES.

- La Convocante considera que LOS COCHES actuaba por cuenta de otro, puesto que GM percibió el beneficio de la labor de aquél. Esto lo funda en las siguientes consideraciones:

  - El beneficio principal de la labor realizada por LOS COCHES fue consolidar un mercado para GM COLMOTORES. Considera que su poderdante "*conquistó, conservó, consolidó y acrecentó un mercado única y exclusivamente de GM".*

  - El que LOS COCHES comprara para revender no determinaba un beneficio para el concesionario, puesto que el negocio se estructuró "*en provecho de los intereses de GM COLMOTORES*". El concesionario no podía definir "*libérrimamente el margen de comercialización*", por cuanto los precios de reventa no eran de dominio exclusivo de LOS COCHES, ya que GM fijaba el precio de venta al público. Cita cláusulas de los distintos contratos que hubo entre las partes para sustentar esta afirmación y afirma que entre 1978 y 1992 el precio tope de reventa para los concesionarios lo fijaba GM. Luego este precio tope pasó contractualmente a ser "*sugerido*" por GM aunque en la

práctica todo siguió funcionando como antes. La razón de fijar precios tope era porque la prioridad era mejorar el posicionamiento de la marca y no el negocio de compra para la reventa. Cuando desapareció contractualmente la sujeción (plena o indicativa) a los precios tope fijados por GM (entre 2000 y 2013), éste "*para asegurarse el control efectivo de los precios de venta al público de sus vehículos,… diseñó la política de incentivos para mejorar el volumen de ventas*": se privilegiaba el volumen de ventas (que favorecía la conquista del mercado por GM) en detrimento del margen de ganancia (que era de interés de los concesionarios, incluyendo a LOS COCHES).

- El Fondo de Excelencia Financiera era un instrumento coercitivo para controlar precios, puesto que con cargo al Fondo GM otorgaba una prestación económica, a título de bono, siempre que los concesionarios "*acomodaran su comportamiento comercial a las directivas que en materia de precios eran fijadas*" por GM. Quien no cumpliera con las directrices debía hacer un aporte que iba a un fondo que luego se repartía entre los concesionarios que hubieran atendido los requerimientos de GM. El objeto de estos "bonos" a los concesionarios cumplidores era que "*esa rentabilidad que se generara formar parte de la sostenibilidad en el mercado colombiano*[73]".

- GM definía los precios que podían aparecer en la publicidad de los concesionarios. Estos precios al público, que surgían "*fundamentalmente*" de los comités de publicidad terminaban siendo obligatorios frente al mercado en virtud del art. 26 del Estatuto del Consumidor.

- En ocasiones GM compelía a LOS COCHES a vender vehículos por debajo de su costo de adquisición. La pérdida para el concesionario se compensaba con un incentivo de LA FÁBRICA.

- GM asumía los riesgos cambiarios de LOS COCHES, motivo por el cual éste "*no derivaba del Contrato un negocio autónomo del que derivaba su rentabilidad*". En un contrato de distribución quien corre con estas vicisitudes no es el fabricante sino el distribuidor.

- Al finalizar el contrato LOS COCHES no pudo obtener margen de comercialización por el inventario con que contaba en ese momento, sino que debió revender los productos a GM.

- La rentabilidad de LOS COCHES resultaba de los descuentos comerciales condicionados, los cuales los fijaba GM como "*decisiones unilaterales*". En estos casos GM "*asumía la diferencia derivada de la reventa de los vehículos al precio señalado por la Fábrica y pagaba a LOS COCHES un bono por atender sus instrucciones*". Estos descuentos que LA FÁBRICA concedía a los concesionarios cuando lograban ciertas metas los contabilizaba ésta como egresos operacionales y LOS COCHES como ingresos operacionales. Estos descuentos además aparecían como facturas emitidas por GM a favor del concesionario.

(B) Argumentos de la Convocada

En su Contestación a la reforma de la Demanda[74], la Convocada rechaza todos los hechos del título "AGENCIA COMERCIAL" contenido en dicho escrito.

Niega que haya habido una relación jurídica única y continua entre las partes entre 1978 y 2013. Anota que las partes en sus varios contratos reconocieron que "*LA FÁBRICA y su casa matriz han invertido tiempo, esfuerzo y recursos económicos considerables para acreditar en el mercado colombiano los bienes y servicios que produce y comercializa*". Anota que LOS COCHES nunca representó ni agenció a GM, de hecho había una cláusula en cada contrato que hubo entre las partes que expresamente proscribía tal interpretación. El objeto de los contratos era que "*el Concesionario vendiera o utilizara en su propio*

[73] Testimonio del señor Alexander Peña (Cuaderno de Pruebas No. 20, folio 65) (citado en la página 87 del Alegato de Conclusión de LOS COCHES).
[74] Cuaderno Principal No. 2, folios 20 al 65.

beneficio los bienes intangibles relacionados con la marca respecto de vehículos automotores, repuestos, accesorios y servicios que el Concesionario adquiría en virtud de contratos de compraventa autónomos e independientes". Con ellos accedía el concesionario "*a los beneficios de una marca acreditada para que éste, por su propia cuenta y riesgo distribuya en el mercado los productos que compra a LA FÁBRICA*". Entonces LOS COCHES no tuvo la obligación de crear un mercado y una clientela para GM, sino que creaba su propia clientela. Las indicaciones de GM a los concesionarios sobre publicidad obedecen *"a la naturaleza del contrato de concesión, a la necesidad de conservar la marca y a la necesidad de garantizar un excelente servicio al cliente".* Rechaza que GM haya pagado a LOS COCHES incentivos bajo los conceptos de Megaracing, Detal, Bono Mes, Repuestos Mes, Bono Trimestre, Flotas, Capplan, Renting e Intereses Plan Mayor Días Libres. Señala que aún de haber agencia comercial, estos conceptos no se considerarían para liquidar las prestaciones establecidas en el artículo 1324 inciso 1 del Código de Comercio: sólo se tomaría en cuenta la utilidad neta percibida por el agente. En realidad estos conceptos corresponden a un descuento comercial condicionado, "*el cual se sujeta a una condición o hecho futuro cuya ocurrencia es incierta*".

En su Alegato de Conclusión, la Convocada desarrolló sus argumentos sobre la pretensión primera principal y su consecuencial de la siguiente manera:

- Define la concesión comercial como "*una forma de distribución de bienes, en el cual el concedente, sea fabricante o titular de una marca, otorga una autorización al concesionario, quien está atado, entre otras cosas, a la política comercial del concedente en la distribución de los bienes concedidos…".* En Europa es normal que el concesionario automotor esté atado a un único fabricante, "*siendo infrecuentes los concesionarios multimarca, de tal forma que dicha práctica NO atenta contra normas de competencia comunitarias, ni es tomada como una cláusula abusiva [sino] que ha sido concebida en beneficio exclusivo del concedente*".

- Como en Colombia la concesión comercial es un contrato atípico e innominado "*se rige por las disposiciones generales de las obligaciones y por la voluntad de las partes*". Cita la sentencia del 15 de diciembre de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (M.P. Pedro Munar Cadena) en que la Corte se pronunció sobre los atributos de la concesión, en particular en su modalidad automotriz, entre los cuales incluye "*el sometimiento del comercializador a diversas orientaciones del productor, las cuales dependiendo de la especie contractual de que se trate, pueden comprender la disminución de algunas potestades de aquél"*, lo cual se justifica por tratarse de bienes cuya marca y otros atributos permiten suponer márgenes aceptables de ganancia. De esta manera el productor puede "*fijar el precio de los vehículos, los descuentos, las condiciones de venta, la utilización de los emblemas; así mismo una creciente intervención en el sistema de pedidos y entregas, en los métodos de promoción y publicidad, en la contabilidad de todos los integrantes de su red de distribución, en procura de uniformidad; en fin, una notable injerencia en todo el proceso económico y comercial de la operación*". Esta jurisprudencia la ratificó la misma Sala de Casación Civil en sentencia del 30 de septiembre de 2015 (M.P. Ariel Salazar Ramírez).

- Los "*elementos principales e integradores de la concesión comercial"* según la Convocada son los siguientes, con el alcance señalado:

  - Comprende la autorización del Concedente al Concesionario para revender productos fabricados por aquél. Los contratos entre las partes de este proceso incluían los verbos "*otorgar*" y "*autorizar"* GM a LOS COCHES "*el derecho de uso sobre los intangibles marcarios y comerciales relacionados en dichos negocios jurídicos, para la venta a terceros de los productos comprados previamente a GM COLMOTORES".* La concesión consistía en la "*entrega del derecho de uso sobre los bienes intangibles propiedad de* [GM], *que se contraen a 'procedimientos, modelos, marcas y patentes y cuya propiedad o facultad de uso ha adquirido (LA FÁBRICA) legalmente por provenir de su propia invención o por haberla obtenido de terceras personas', así como 'imagen y posicionamiento comercial', el cual fue otorgado a* [LOS COCHES] *para que esta los utilizara 'en su propio beneficio"*.

  - Si bien las partes son empresarios independientes, en los contratos de concesión que suscribieron entre 1978 y 2013 hubo un "*alto nivel de intromisión de GM*

COLMOTORES en el negocio del concesionario". Citando el conocido laudo Supercar c. Sofasa (31 de marzo de 1998) afirma que el concesionario no tiene independencia absoluta respecto del concedente, e incluso tiene menos independencia que el agente respecto de su principal, pues "[d]*ebe preservar la unidad de la red y se obliga a seguir la política comercial establecida por el concedente*", para lo cual debe instalar sistemas contables uniformes con los del concedente, el cual ejercerá, por tales sistemas o por otros medios, el derecho de inspección permanente sobre la contabilidad del concesionario. En el caso que nos ocupa, LOS COCHES, "*como concesionario autorizado, aceptó el cumplimiento de las instrucciones y órdenes impartidas por la Convocada, desde la presentación de sus estados financieros y rendimientos, hasta la forma de desarrollar la publicidad y de organizar su propio establecimiento de comercio".*

- El concesionario obra por su propia cuenta y asume los riesgos del negocio. Estos riesgos incluyen los relacionados con la reventa de los productos concesionados, en particular el de insolvencia de los clientes del concesionario, el de pérdida o daño de los productos y el de la imposibilidad de revenderlo por ejemplo si en algún caso no fuera atractivo para los consumidores. Igualmente asume las fluctuaciones del mercado, la inflación y los riesgos de sus inversiones.

- LOS COCHES dio su consentimiento a la celebración de sucesivos contratos de concesión con GM. Incluso, en la comunicación que remitió el gerente general de LOS COCHES Ricardo Salazar a Jorge Mejía, Presidente de GM con ocasión de la carta en la que éste informaba de la no prórroga o renovación del contrato del 24 de febrero de 2012, en varias ocasiones hizo referencia al contrato como de "*concesión*", a GM como "*concesionario"* y a sí mismo como "*concedente*"[75], lo que indica que la propia Convocante se consideraba como tal y no como agente comercial. En los sucesivos contratos de concesión hubiera podido reservarse sus derechos como agente comercial para eventuales reclamaciones, pero no lo hizo. Al interponer la demanda sobre la que el Tribunal habrá de pronunciarse LOS COCHES "*contrarió las más elementales reglas de la buena fe que debe gobernar las relaciones contractuales entre los comerciantes y desconoció sus propios actos, buscando que arbitralmente se le dé un alcance distinto a las obligaciones inequívocamente contraídas bajo el esquema de un contrato de concesión".*

- No hubo pactos entre las partes que alteraran la naturaleza de los sucesivos contratos de concesión para mutar a agencia mercantil. En cada contrato de concesión firmado entre las partes, éstas "*manifestaron su voluntad, incontrastable y no discutida aún, de cancelar y sustituir cualquier y todos los acuerdos anteriores que tuvieren relación con cualquier materia comprendida en cada uno de los contratos que contenía ésta cláusula*".

- Los contratos que estuvieron vigentes entre las partes no contenían los elementos de la agencia comercial, que en criterio de la Convocada son los siguientes:

  - <u>Encargo de promocionar y/o explotar los negocios del agenciado</u>: Este encargo consistiría en "*promover o explotar negocios del agenciado o empresario en determinado territorio, de tal forma que las actividades desplegadas por el agente en ejecución del contrato tienen que estar inequívocamente acompañadas de o motivadas por un encargo consistente, en esencia, en la promoción o explotación de la empresa del comerciante agenciado, de tal forma que el producto de dicho encargo sea la suscripción de negocios jurídicos en favor de este, con la consecuente preservación o aumento de su clientela, la cual debe mantenerse a la finalización del contrato en beneficio del empresario".* LOS COCHES "*es una sociedad que, al interior de la industria de la distribución automotriz, obra por cuenta y en nombre propio; tan es así que precisamente su representante legal, cuando anunció a los medios de comunicación la finalización del vínculo contractual con GM COLMOTORES, lo hizo, entre otras cosas, para dar un preciso parte de tranquilidad a sus clientes, comunicándoles que desde ese momento en adelante, tendrían 'más opciones, más alternativas, más productos' ".* Entonces el objeto comercial de LOS COCHES no

[75] Carta del 25 de febrero de 2013 dirigida por LOS COCHES a GM, Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 353 a 361.

estaba atado a un encargo de promoción de negocios para clientes de GM, sino a la compra para la reventa a sus propios clientes de marca Chevrolet.

Es excepcional en Colombia que GM venda sus productos directamente al público, con lo que en la casi totalidad de los casos las ventas al público son en realidad reventas que los concesionarios hacen tras adquirir dichos productos del fabricante: "*GM COLMOTORES no hace uso de agentes para que lo representen en el mercado abriendo nuevos caminos, sino que esta se representa a sí misma como fábrica, remitiendo a los clientes de la marca hacia la red de concesionarios, para que estos distribuyan eficientemente los productos, mas no encargándoles a estos que abran el mercado ni que contraten por cuenta de la Fábrica. Se repite, sin actuación por un mandante, no hay agencia".* Los concesionarios son un canal de distribución y actúan en su propio interés y no como agentes promotores de los negocios de GM. GM "*ha sido su propio agente conquistador de mercados"*, lo cual ha incluido el "*desarrollo de estrategias publicitarias globales*". Así, por ejemplo, GM aparece de modo directo en la Feria del Automóvil de Bogotá, en su propio stand. Los concesionarios se benefician de la exposición que GM hace de sí misma y de los productos Chevrolet. GM hace "*publicidad de marca*", que es de varios tipos, pero que tiene por objeto transmitir "*la marca, tecnología y diseño*", así como caracterizar en la mente del consumidor los distintos productos de la marca, de lo cual se benefician en sus reventas los concesionarios.

La cláusula sobre responsabilidad de comercialización a cargo del concesionario que en distintas versiones aparece en todos los contratos firmados entre las partes (en el contrato del 24 de febrero de 2012 es la cláusula quinta, numeral 5.1, Literal A) debe verse en el contexto del resto del clausulado: ella "*se refiere a las obligaciones de venta del concesionario y a la gestión de sus propios negocios".* Había también "*publicidad cooperativa"* que promovía simultáneamente la marca Chevrolet/GM y la de los respectivos concesionarios dependiendo del lugar en donde se haga la publicidad. Los concesionarios contribuían al costo de la publicidad cooperativa, como estaba previsto en los contratos que tenían con el concedente.

Otro aspecto de interés son las garantías de los productos "*por cuanto de ellas se deduce* inequívocamente *que La Fábrica no respondía por los hechos del concesionario, o lo que es lo mismo, que LOS COCHES nunca fue mandatario-agente de GM COLMOTORES, porque es propio de las relaciones gestoras que el principal responda por los hechos de quien gestiona su negocio…".*

- Independencia del agente: LOS COCHES actuaba bajo la permanente fiscalización e instrucciones de GM, estaba subordinado a éste. Pero como ya se vio, en los contratos de concesión el concesionario se subordina al concedente, que es lo que aquí ocurrió.

- Remuneración por cuenta del agenciado: Ésta generalmente tiene la forma de una comisión o porcentaje de las ventas que consigue y se adeuda aunque el negocio no se haga por causas ajenas al agente. La facultad de GM en los contratos a partir del de 24 de febrero 2000 de establecer programas de descuentos e incentivos de ventas "*no puede entenderse como una obligación a su cargo*", ni hay evidencia de que "*al margen del contrato suscrito el 15 de junio de 1978, CHRYSLER (hoy GM COLMOTORES) hubiere reconocido y pagado a LOS COCHES una remuneración alguna a título de comisión, regalía o utilidad como consecuencia de la ejecución del contrato*". Los programas *Megaracing, Detal, Bono Mes, Repuestos Mes, Bono Trimestre, Flotas, Capplan, Renting Colombia, intereses plan mayor días libres,* fueron concebidos y ejecutados de manera libre y voluntaria por GM y no estuvieron vigentes durante el tiempo de los primeros 10 contratos de concesión.

- Territorio: "*En el presente caso NO existió un acuerdo en virtud del cual se delimitara territorialmente el lugar sobre el cual LOS COCHES desplegaría su actividad comercial"*, lo que había era una "*zona de influencia*" para que el concesionario desplegara "*la actividad promotora*". Las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio explican el cambio de nomenclatura en los contratos a partir de finales de la década de 1990, de *territorio* a *zona de influencia*, que no implica una *delimitación territorial*, puesto que LOS COCHES podía vender en otros lugares

distintos de la zona de influencia, "*no estando contractualmente constreñido a comerciar en un territorio determinado. Bien podía revender vehículos y prestar servicio post venta a clientes de zonas de influencia de los establecimientos de otros concesionarios, como siempre ocurrió, sin que dicha actividad fuera reputada como una infracción contractual*".

- Además, en Bogotá funcionaban seis concesionarios de la red de GM y ninguno tenía exclusividad sobre un territorio determinado. Aunque los concesionarios tenían zonas de influencia en que contaban con ciertas capacidades como vitrinas, salas de venta y talleres, no había asignación de territorios a determinados concesionarios. Cita al Sr. Eduardo Reátiga, quien trabajó con GM hasta 2008 y, como gerente de zona de ventas para todo el país, tuvo relación con todos los concesionarios, quien definió *zona de influencia* como "*la capacidad de operación del concesionario desde el punto de vista eficiente para la atención de los clientes en todo lo relacionado con las fuentes del negocio, las ventas, repuestos, servicios y garantías*". Como un agente comercial debe tener un territorio asignado, tiene derecho a reclamar la comisión, regalía o utilidad percibida por cada negocio celebrado dentro de su territorio por otros agentes. Eso no ocurrió en este caso.

- La Convocada afirma que no se cumplen los elementos sustanciales para la prosperidad de la agencia mercantil (agencia de hecho) por falta de prórroga. El contrato suscrito el 15 de junio de 1978 no era de agencia, y además porque ese contrato no se prorrogó de manera continua hasta el 27 de febrero de 2013, puesto que cada contrato contenía un "*paz y salvo*" en que LOS COCHES renunciaba a derechos y obligaciones emanados de los contratos que terminaban y se renovaban.

- Luego -afirma la Convocada- no se probó el otorgamiento de un encargo para promover negocios de GM como supuesto agenciado, ni se demostró la independencia de LOS COCHES en la ejecución de los sucesivos contratos suscritos con GM, ni se acreditó la asignación de un territorio para ejecutar el contrato.

- LOS COCHES renunció de manera expresa y válida a la cesantía comercial en todos los contratos que suscribió con GM, y esta renuncia era válida, en soporte de lo cual cita la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 19 de octubre de 2011, M.P. William Namén Vargas. De entender el Tribunal que entre las partes hubo una única y continua relación jurídica entre 1978 y 2013, igualmente deberá declarar- considera la Convocada- que esta renuncia se mantuvo a lo largo de la relación.

- Las acciones derivadas de la supuesta agencia mercantil están prescritas, puesto que, como no hubo una relación contractual única sino multiplicidad de contratos, al terminar cada contrato comenzaba a correr el término quinquenal prescriptivo, el cual afectó a todos los contratos, salvo por los celebrados el 24 de febrero de 2009 y el 24 de febrero de 2012.

- Aun asumiendo que hubiera lugar a la cesantía comercial, en la demanda está mal calculada porque incluye en la remuneración de LOS COCHES los descuentos comerciales condicionados. Se trata de descuentos sujetos "*a una condición o hecho futuro que puede suceder o no*" y se registran por parte de LOS COCHES como Ingresos No Operacionales Financieros en la contabilidad oficial que se reporta a los órganos de supervisión y control como la Superintendencia de Sociedades. El perito contable Joaquín Reyes Pardo, quien preparó el peritazgo de parte presentado por LOS COCHES, los consideró como Ingresos Operacionales en su pericia, pero eso es contrario a lo dispuesto en el PUC. En todo caso, aún de aceptarse la inclusión de este componente en la base del cálculo de la cesantía comercial, el perito no restó de estos descuentos los gastos y costos asociados a ellos. Además debió dar por probado que se trataba de contratos distintos y no de una sola relación contractual continua, y que cada contrato incluía paz y salvos por todo concepto entre las partes, por lo que no podrían subsistir pretensiones sobre contratos en que las partes ya se declararon a paz y salvo entre ellas.

3.7 NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL

Le corresponde ahora al Tribunal pronunciarse sobre la Primera Pretensión Principal relativa a si entre GM y LOS COCHES "*se celebró un contrato de agencia mercantil (agencia*

de hecho) vigente desde el día 15 de junio de 1978 y que se prorrogó de manera continua hasta el 27 de febrero de 2013, o durante el tiempo que se logre probar dentro del presente proceso arbitral".

Para hacerlo, el Tribunal inicialmente establecerá si la relación mencionada tenía, en los contratos respectivos, los elementos propios de la agencia comercial. En la sección subsiguiente considerará si, en su ejecución, la relación de las partes tuvo los elementos propios de la agencia comercial y produjo los resultados propios de ésta[76], con lo cual se habría configurado una agencia.

Tal como aparece en las consideraciones de la Convocada, los contratos que estuvieron vigentes entre las Partes (revisados en Capítulos anteriores) decían ser de concesión, no de agencia comercial, y de hecho excluían expresamente tal calidad. Además, contenían renuncias expresas por parte de LOS COCHES a las consecuencias de la agencia comercial, en la eventualidad de que un juzgador concluyera que alguno de los contratos, o varios de ellos, o todos, o la relación entre las partes instrumentadas en los contratos, tenían los elementos propios de la agencia comercial. Sin embargo, como los contratos no son lo que dicen ser, sino lo que son realmente en sus cláusulas, el Tribunal procederá inicialmente a establecer si los contratos entre las Partes tuvieron o no las características del contrato de agencia comercial.

En sección anterior el Tribunal estableció los elementos propios del contrato de agencia comercial y del contrato de concesión, elementos estos en que se basaron las Partes para argumentar, en el caso de la Convocante, que estaban presentes los primeros, y, en el caso de la Convocada, que sólo existieron los segundos.

La agencia comercial es un contrato comercial, consensual, bilateral y oneroso que tiene las siguientes características:

1) promoción y explotación de negocios;
2) actuación por cuenta del agenciado o empresario;
3) estabilidad del agente; y
4) independencia del agente.

Sin embargo, no todas estas características son atributos únicos y particulares del contrato de agencia. Tal como se anotó, la promoción y explotación de negocios no es exclusiva de la agencia, sino que está presente en otros contratos de intermediación o colaboración, incluyendo el de concesión. Esta promoción, además, ciertamente beneficiará al concedente o fabricante, no sólo porque le generará ingresos por las ventas de sus productos al distribuidor o concesionario, sino porque puede aumentar su participación en el mercado, o incluso hacer que el mercado total crezca, sin que de ello resulte que la relación es de agencia y no de concesión[77].

La Convocante arguye que en la relación contractual que existió entre ella y su contraparte hubo un encargo para promover y explotar los negocios de GM, mientras que éste afirma que LOS COCHES sólo promovía sus propios negocios. En criterio del Tribunal, aquí se confunden dos características distintas: la promoción y explotación de negocios y la actuación por cuenta del agenciado o empresario. Como ya se vio, los contratos entre las partes plasmaron diversas versiones del deber de promoción y explotación de negocios en cabeza de LOS COCHES:

- En el contrato del 15 de junio de 1978, el Concesionario se hacía responsable hacia LA FÁBRICA de la debida representación de los productos de ésta y de fomentar y desarrollar "*enérgicamente*" la venta de los productos al público para obtener

[76] Laudo Arbitral del 26 de marzo de 2007, caso Distribuidora Marwill Ltda. c. Comestibles Ricos Ltda., Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: Martha Clemencia Cediel de Peña, Juan Pablo Cárdenas Mejía, Jorge Eduardo Narváez Bonnet.

[77] *Cfr.* Laudo Arbitral del 21 de marzo de 2002, caso de Oscar Mario Mora Trujillo y Cía. S. en C., Insucampo e Insucampo EAT, c. Aventis Cropscience Colombia S.A.; Laudo Arbitral del 19 de marzo de 1993, caso Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. c. La Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., "Vecol" S.A.; Laudo Arbitral del 30 de junio de 2000, caso de Maquinaria Pesada del Tolima Ltda., MPT, c. Tracey & Cía. S.A.; Sentencia del 22 de octubre de 2001, exp. 5817, Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles; Sentencia STC12931-2015 del 24 de septiembre de 2015, Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

volúmenes de ventas y penetración del mercado aceptable para LA FÁBRICA (artículo 3º). Esta responsabilidad la cumpliría a través de la compra y reventa de vehículos, repuestos y accesorios de las marcas de LA FÁBRICA; mediante la exhibición, demostración y venta de vehículos del número y tipo necesarios para atender las necesidades del mercado y alcanzar el volumen de ventas requerido, el cual fijaría LA FÁBRICA; absteniéndose de vender productos distintos de los concesionados; aportando y manteniendo el capital de trabajo requerido para la adecuada operación; haciendo publicidad de la manera y en la cantidad indicada por LA FÁBRICA "*con el fin de obtener la penetración y los volúmenes de ventas adecuados para los productos y para ampliar la confianza del público el CONCESIONARIO, su servicio y sus productos*"; participando en el programa de identificación establecido por LA FÁBRICA, el cual sería regulado en un contrato posterior entre las Partes.

- En los contratos del 29 de diciembre de 1981, 18 de diciembre de 1986, 10 de diciembre de 1987, 7 de marzo de 1989, 8 de febrero de 1990, 11 de febrero de 1992, 7 de febrero de 1995 y del 13 de mayo de 1997, LA FÁBRICA hacía constar que al otorgar la concesión había tenido en cuenta "*el interés y compromiso del CONCESIONARIO, que éste ratifica por medio del presente contrato, de presentar adecuadamente los productos, fomentar y desarrollar su venta al público para obtener volúmenes satisfactorios para LA FÁBRICA en cuanto a ventas y penetración de mercado*". Las responsabilidades concretas siguieron siendo las mismas que en 1978 (cláusula Cuarta, titulada "*Responsabilidad de Promoción y Ventas*").

- En los contratos del 8 de febrero de 2000, del 21 de febrero de 2003, del 16 de febrero de 2006, del 24 de febrero de 2009 y en el último del 24 de febrero de 2012 se diferenciaba entre responsabilidad de comercialización (que consistía en revender "*por su cuenta y riesgo*" productos de LA FÁBRICA a "*clientes ubicados en su zona de influencia*" de conformidad con el Plan de Comercialización-PAC; en participar en "*programas de publicidad general con el fin de promover la venta de LOS PRODUCTOS de LA FÁBRICA y resaltar la marca Chevrolet para beneficio mutuo de EL CONCESIONARIO y LA FÁBRICA*") y responsabilidad de servicio (que consistía en las características del servicio que el concesionario debía prestar a los propietarios de vehículos Chevrolet) (cláusula Quinta).

En los contratos citados que integran la relación contractual entre las Partes, LOS COCHES indiscutiblemente tuvo la obligación de promover y explotar negocios; que esta obligación consistía primariamente en comprar y revender los productos de GM a ciertos clientes (los ubicados en su zona de influencia, aunque en el proceso varios testigos dijeron que esta restricción en realidad no se aplicaba); en prestar los servicios de reparaciones y mantenimiento a los vehículos Chevrolet; en abstenerse de realizar estas actividades con productos de marcas no autorizadas por GM; y en participar en programas de publicidad, tanto financiera como con su intervención, programas que en algunos casos se referían a los productos y a la marca Chevrolet, antes que a LOS COCHES particularmente. Todos estos deberes debía cumplirlos con sujeción a una serie de reglas y disciplinas que se analizaron en detalle en torno al requisito de la independencia. Sin embargo, esta actividad de promoción es relevante para establecer si un contrato es o no de agencia comercial, cuando se realiza por cuenta y para beneficio del agenciado o empresario.

Igualmente, de estos atributos el que establece la diferencia específica entre el contrato de agencia comercial y otros contratos de intermediación o colaboración es la actuación por cuenta del agenciado o empresario, atributo a cuya constatación procederá el Tribunal acto seguido.

La Convocante en su Alegato de Conclusión hace reposar su argumento de que, a lo largo de la relación contractual que existió entre las Partes, LOS COCHES actuó por cuenta de otro puesto que en realidad estaba creando mercado para GM, ya que éste fijaba los lineamientos de marca, los de atención al cliente y los comerciales a los cuales debía sujetarse LOS COCHES; auditaba a LOS COCHES; le imponía la política de publicidad; regulaba la publicidad; se requería su consentimiento para que LOS COCHES pudiera pautar; lo sancionaba si violaba los lineamientos de publicidad y le exigía que pagara parte de la publicidad de marca; además, anuló la competencia entre los concesionarios al

forzarlos a uniformarse en su calidad, instalaciones y publicidad; consideró que los clientes de los concesionarios eran clientes del "*corbatín*" (referencia al logo de Chevrolet); que los clientes de LOS COCHES pasaron a serlo de GM, quien disponía de la información de éstos en su sistema CRM, que LOS COCHES debía alimentar; y que esta clientela, conseguida por LOS COCHES, la conservó GM a la terminación de la relación. Varios de estos aspectos se relacionan con el requisito de la independencia y autonomía, al cual nos referiremos más adelante.

En apoyo específico de su argumento, de que LOS COCHES no actuaba por cuenta propia sino de otro (GM), la Convocante afirmó que el beneficio principal de la labor de LOS COCHES era para GM, y que la existencia de un modelo de negocios de compra para reventa de los productos de GM no determinaba el beneficio de LOS COCHES, sino que éste provenía de decisiones de GM: la fijación del precio de venta al público, bien de modo directo, en ciertas etapas de la relación, o mediante publicidad legalmente vinculante en otras ocasiones, y el uso del Fondo de Excelencia Financiera como instrumento coercitivo para controlar los precios. Así, en ocasiones LOS COCHES debía vender los productos (vehículos esencialmente) por debajo de su costo de adquisición, pero GM compensaba la pérdida que se hubiera generado; LOS COCHES no asumía los riesgos cambiarios sino GM. En todo caso "*no pudo obtener margen de comercialización*" cuando al terminar el contrato debió vender sus inventarios a GM al precio de adquisición. Igualmente, afirma que la rentabilidad de LOS COCHES dependía de los descuentos comerciales condicionados que GM otorgaba a LOS COCHES, es decir de las decisiones de GM.

La Convocada refutó estos argumentos de la Convocante alegando que LOS COCHES actuaba por cuenta y en nombre propio; que su gerente general, Ricardo Salazar, después de terminada la relación contractual, se refirió públicamente a los clientes de LOS COCHES como propios de ésta, en relaciones que esperaba que subsistieran incluso después de la terminación del contrato de concesión el 27 de febrero de 2013; que en el proceso no se probó que LOS COCHES se hubiera limitado a preparar negocios jurídicos para GM, para su beneficio exclusivo; que GM aporta a los miembros de su red de distribución una marca probada y posicionada y unas habilidades técnicas, financieras, operativas y de mercadeo que son las que hacen atractivo para aquéllos ingresar a esa red; que las restricciones que les impone a los concesionarios (incluyendo a LOS COCHES cuando lo fue) tienen por objeto mantener una red operativa y funcional, preservar y ampliar el posicionamiento de la marca en beneficio tanto de la red de concesionarios como de LA FÁBRICA y proteger la integridad de la misma, como patrimonio incorporal de gran significación económica. Y rechaza diversas afirmaciones relacionadas con la fijación de precios y la interpretación de la Convocante respecto del Fondo de Excelencia Financiera y a los descuentos comerciales condicionados.

Como se vio, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido en repetidas ocasiones que la compra de productos para revenderlos, si bien no es plena prueba de que un contrato no es de agencia comercial, al menos es un poderoso indicador de que no se trata de un agenciamiento. Esto es porque en las compras para revender las consecuencias financieras de los negocios que realiza recaen sobre el revendedor (distribuidor, concesionario, etc.) y no sobre el empresario o productor, al cual simplemente aquél pagará el precio acordado. Como también se vio, los contratos que integran la relación entre las Partes todos estipulan los atributos propios de la compra para reventa. Los contratos de fechas posteriores además precisan en detalle que cada venta que LA FÁBRICA hiciera a EL CONCESIONARIO quedaría reflejada en la respectiva factura, y que el deber de atender la garantía de los vehículos cuando los clientes lo solicitaran era de EL CONCESIONARIO y no LA FÁBRICA, que posteriormente reembolsaría los costos en que aquél incurriera. Salvo en casos excepcionales, mencionados en el Alegato de Conclusión de la Convocada, como en las ventas a entidades estatales que exigían que el emisor de la factura de venta de un vehículo fuera directamente el fabricante o importador y no el concesionario, GM no vendía vehículos directamente al público sino sólo a través de su red de concesionarios, incluso en casos como los de flotas de vehículos o de vehículos de carga pesada, en que los interesados contrataban directamente a LA FÁBRICA. Entonces, GM no tenía relación directa con los clientes en la casi universalidad de los casos, por lo que los negocios que con ellos hicieran los concesionarios de su red, no repercutían en los estados financieros de GM sino en los propios de los concesionarios.

Tal como quedó dicho, el elemento "*por cuenta y en beneficio" está presente cuando los efectos producidos por la actividad desarrollada por el agente afectan el patrimonio del agenciado, esto es, cuando éste recibe, de manera directa o indirecta, los beneficios que se derivan de tal actividad y asume, consecuencialmente, los riesgos que se desprenden de la misma"*[78].

Conforme a la estructura de los contratos firmados entre las Partes, el concesionario compraba los vehículos, los repuestos y accesorios a GM. Salvo la reserva de dominio a favor de GM por vehículos "*excepcionalmente entregados al CONCESIONARIO a crédito, hasta el completo pago de los respectivos instalamentos*"[79], los aludidos vehículos, una vez comprados por LOS COCHES a GM, eran de propiedad de LOS COCHES, quien corría la suerte de lo que con ellos ocurriera. El objeto del contrato era revenderlos, junto con repuestos y accesorios, así como prestar otros servicios requeridos por los compradores finales, tales como honrar la garantía y realizar el mantenimiento y arreglos cuando se requirieran, y utilizar, en ese contexto (el de ser concesionario de la marca Chevrolet), ciertos bienes incorporales de la marca. La existencia de figuras tales como el Plan Anual de Comercialización (PAC), los descuentos comerciales condicionados, la sujeción de las actividades de mercadeo de LOS COCHES a las reglas fijadas por GM y su obligación de participar en actividades comerciales de tipo general, relacionadas con la marca o con ciertos modelos de vehículos y no con LOS COCHES en particular, no niega el objeto de los contratos, que coincide con el de una concesión automotriz y no con un contrato de agencia comercial.

En los contratos no se evidencia que la actividad de LOS COCHES fuera por cuenta de GM o en beneficio de GM. Tampoco que, por la actividad de LOS COCHES (establecer contactos, divulgar la existencia y atributos de los productos, asesorar a los posibles clientes para inducirlos a adquirirlos, etc.), GM fuera a realizar negocios lucrativos para sí de manera directa o representado por LOS COCHES, a quien en consecuencia pagaría comisiones o porcentajes por las ventas realizadas a resultas de su gestión o de las utilidades por ella generadas.

Lo que aparece es que LOS COCHES debía trabajar para producir utilidades como concesionario de GM (en lo esencial, comprando y revendiendo vehículos, partes y accesorios y prestándoles servicios de postventa, bien por cuenta de GM, como en la garantía, o del cliente, como en la reparación y mantenimiento), para lo cual sabía que tendría que someterse a unas reglas estrictas, propias del contrato de concesión cuando se trata de bienes de duraderos y con marcas públicamente reconocidas como es el caso de los automóviles Chevrolet. Estas reglas limitan su autonomía, pero no niegan que se esté actuando por cuenta y en interés propio.

Es manifiesto que las actividades de LOS COCHES beneficiaban no sólo a esa sociedad, sino igualmente a GM, no sólo porque cada vehículo, parte y accesorio que LOS COCHES vendía a un cliente, había sido comprado y pagado a GM, lo que debería generarle un margen de ventas, sino porque tales clientes, al tratarse de bienes duraderos, establecían una relación de largo plazo no sólo con la red de concesionarios de GM (incluyendo LOS COCHES), sino con GM. Manifiestamente la participación de LOS COCHES en publicidad de la marca, por oposición a publicidad local, del concesionario, construía la marca, lo cual beneficiaba tanto a la red de concesionarios, y a LOS COCHES mientras hiciera parte de ella, como a GM. Pero las labores de GM en el diseño y construcción de sus vehículos, su participación en eventos sectoriales como la Feria del Automóvil en Bogotá, sus inversiones en publicidad de los nuevos modelos de automóviles, todo ello beneficiaba no sólo a GM, sino también a su red de concesionarios. De igual modo ocurría con las inversiones de GM en estructurar sistemas informáticos y gerenciales diseñados para facilitar la interacción con los clientes, no sólo de GM sino también de los concesionarios. Las expensas relacionadas con reglamentos de operación y sistemas de control de calidad encaminados a asegurar para los clientes un *look and feel* uniforme entre todos los concesionarios, las propias auditorías que censura la Convocante, eran, sin embargo, elementos definitorios de la red de concesionarios de GM. Red que GM, como otros fabricantes, resolvió estructurar, integrar y mantener como el medio de vender sus productos a los consumidores finales,

[78] SUESCÚN MELO, Jorge, Op. Cit., páginas 461 y 462.
[79] Cláusula Undécima, contrato del 29 de diciembre de 1981. Esta cláusula aparece, con variaciones menores, hasta el contrato del 11 de febrero de 1992.

poniendo de su parte lo que mayor valor podía generar, en forma de bienes incorporales, como derechos de propiedad intelectual e industrial y el *know-how*, y, dependiendo de los concesionarios, para que ellos agregaran lo suyo: conocimiento de mercado local, habilidades comerciales, músculo financiero.

Entonces, observa el Tribunal que, según lo dispuesto en los contratos, si bien las labores de promoción y explotación de negocios encomendadas contractualmente a LOS COCHES beneficiaban a GM, e incluso a los otros concesionarios de la red Chevrolet (como LOS COCHES se beneficiaba de las actividades de promoción y explotación de los otros concesionarios y de GM), ello no niega que el objeto contractual requería que LOS COCHES actuara primariamente en interés y por cuenta propia. El actuar en interés y por cuenta ajena, que es de la esencia de la agencia comercial, está ausente del rol que LOS COCHES cumplía en los contratos que integran la relación entre las Partes entre 1978 y 2013.

El elemento de estabilidad o permanencia, no exclusivo de la agencia comercial, estuvo indiscutiblemente presente, puesto que la relación contractual se prolongó entre 1978 y 2013 con variaciones menores.

El atributo de autonomía o independencia tampoco es exclusivo de la agencia comercial, pero se presenta en mayor grado en ésta que en otras modalidades de intermediación, incluida la concesión. En la definición de Fernando Tosi Gori, ya citada, el contrato de concesión regula detalladamente las condiciones de la reventa de los productos concesionados y el concesionario respecto del concedente "*está integrado en forma vertical, a través de un haz de variadas obligaciones, que tienden a estimular, dirigir y controlar su acción…".* Así se ve en los contratos entre las Partes, donde las relaciones entre ellas se iniciaron con abundantes restricciones y directrices para la actividad de LOS COCHES (representadas por ejemplo por el Acuerdo de Identificación de la Sociedad Concesionaria que acompañó a los contratos entre el del 29 de diciembre de 1981 y el del 13 de mayo de 1997), y, con el paso del tiempo, esas restricciones se intensificaron e institucionalizaron. El apoderado de la Convocada, en la audiencia de alegatos dijo que esta situación le quitaba a LOS COCHES la autonomía e independencia propia del agente comercial, pues estaba enteramente subordinado a las directrices de GM como organizador y dueño de la red de concesionarios Chevrolet.

Para el Tribunal, un grado significativo de intervención del empresario en las actividades del concesionario es uno de los elementos propios de la concesión, y es precisamente lo que se encuentra en estos contratos. Esto no impide que, dentro de este marco de operación, el concesionario despliegue sus recursos y habilidades para lograr su finalidad, que no es (o no debe ser) otra que maximizar la rentabilidad del capital invertido en el negocio. Que los concesionarios tenían la autonomía suficiente para lograr esta meta se evidencia en los variados desempeños de los distintos concesionarios de la red, que llevaban a algunos a clasificar de modo repetido para el "Club del Presidente", que reunía a los concesionarios con los máximos estándares de calidad en las diversas áreas de actividad[80]. Si bien el apoderado de la Convocante arguyó que GM había eliminado cualquier competencia entre los concesionarios, en realidad tal competencia seguía siendo posible, como lo evidenciaba el ranking de los concesionarios en categorías A, B, C, D dependiendo de su desempeño[81].

El Tribunal concluye que en los contratos entre GM y LOS COCHES este último tuvo un grado de autonomía en sus actividades compatible con la pertenencia a una red de concesionarios de la industria automotriz y la consiguiente independencia para buscar la realización de los fines que llevaron a las Partes a suscribir 15 contratos seguidos a lo largo de casi 35 años.

---

[80] Testimonio del señor Santiago Ramón Botero Peláez, gerente general de Andar, concesionario de la red Chevrolet, del 3 de agosto de 2015: "*DR. ARAQUE: ¿Usted nos puede comentar cuáles son esos indicadores que toma en consideración General Motors para que un concesionario forme parte del club de presidentes?*
SR. BOTERO: Sí, claro, tiene que tener los índices de satisfacción del cliente a un nivel muy elevado, tiene que tener una solidez financiera de acuerdo con unos parámetros financieros que existen, tienen que tener una operación con identificación de acuerdo con las normas que tiene General Motors en el mundo, debe cumplir con todos los protocolos y con todos los procedimientos que tiene la marca para el servicio postventa y para atención al cliente, es decir, debe cumplir con todos los requerimientos que el proveedor, que es en este caso General Motors, suministra a los concesionarios". Cuaderno de Pruebas No. 20, folio 459.

[81] Testimonio del señor Santiago Chamorro, Cuaderno de Pruebas No. 20, folio 623.

En conclusión, la relación contractual entre las partes fue la que expresaron en los diversos contratos de concesión, tal como en su texto aparecía, y no una relación jurídica de agencia mercantil, como lo pretende la Convocante.

En términos de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia[82]:

> *"Tiene dicho, la jurisprudencia de la Corte, en torno al punto, que "cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos. Los jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar o desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni menos para reducir sus efectos legales o adicionar los que le son propios...". (CLXXVI, pág. 254).*
>
> *"d) Habiendo plasmado en dichos términos las partes contratantes su voluntad, resulta por demás arbitrario hacer decir al contrato que durante la práctica del mismo se ejecutó una agencia comercial, convención que fue precisamente la que con total nitidez excluyeron cuando ya se encontraba regulada en la legislación colombiana, y más aún cuando durante la vigencia de la misma no hubo ninguna manifestación tendiente a modificarla, ni menos que revierta por el asentimiento de la sociedad extranjera que no podía estar al tanto de cada una de las aplicaciones que finalmente hiciera la demandante.*
>
> *"Con todo, como en efecto es posible que durante la vigencia de un contrato las partes terminen llevando a cabo una negociación diferente a la inicialmente pactada, bien porque expresamente se equivocaron en la denominación inicial, o porque la vitalidad negocial exigió la ejecución de otro tipo de obligaciones que tuvieran como fuente otras figuras contractuales, es preciso examinar lo que sobre el punto sostuvo el tribunal en el sentido de que, aun en tal evento, no es factible calificar de agencia comercial el referido vínculo, porque entre las partes no existió la independencia que la agencia comercial requería".*

Ahora bien, corresponde al Tribunal establecer si, en la aplicación y/o ejecución de la relación contractual celebrada entre la Partes, existieron atributos distintos de los que caracterizaron a cada uno de los acuerdos de voluntades, de manera que pudieran considerarse como eslabones de una agencia mercantil. Específicamente considerará si en la práctica o ejecución de la relación jurídica LOS COCHES actuó por cuenta de y en interés de GM y no de sí mismo, como elemento esencial para calificar la naturaleza jurídica de la relación comercial, como una agencia mercantil.

La Convocada alega que la rentabilidad de LOS COCHES no dependía de sus propias decisiones sino de las de GM, puesto que ésta fijaba tanto los precios de compra de los productos Chevrolet por parte de los concesionarios, como los precios de reventa y privilegiaba el volumen de ventas (que beneficiaba a GM) por encima del margen de ventas (que beneficiaba a LOS COCHES). Un instrumento que habría usado para lograr este objetivo era el Fondo de Excelencia, puesto que los concesionarios que cumplían con las directrices comerciales recibían bonificaciones, mientras que los que no lo hicieran debían pagar penalidades. A veces GM forzaba a los concesionarios a revender vehículos por debajo de su costo de adquisición y luego les pagaba un incentivo que compensaba la pérdida. Asumía los riesgos cambiarios y además pagaba los descuentos comerciales condicionados, que afirma que eran ingresos operacionales de los concesionarios y por tanto parte de su margen de rentabilidad, para lo cual se funda en el dictamen de parte, cuyo autor es el experto Sr. Joaquín Reyes Pardo[83].

Aparece en el expediente[84], en la certificación de la Sra. Mónica Patricia Moreno Rodríguez, revisora fiscal de LOS COCHES como parte de la firma Grant Thornton, que, en sus últimos

---

[82] Corte Suprema de Justicia, sentencia de fecha 18 de julio de 2005, M.P. Silvio Trejos, Expediente 2075.
[83] Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 1 a 184.
[84] Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 553.

tres años como concesionario, LOS COCHES recibió de GM las siguientes sumas a título de descuentos comerciales condicionados:

AÑO	CUENTA	VALOR
2010	4210400101	17.229.645.737
2011	4210400101	22.453.834.405
2012	4210400101	22.078.504.419

Como en los años 2010, 2011 y 2012 LOS COCHES tuvo un EBITDA de $11.786.477.000, $13.786.477 y $9.218.755 respectivamente[85], la implicación es que sin los descuentos comerciales condicionados LOS COCHES hubiera tenido pérdidas en todos ellos, de donde resulta, en criterio de la Convocante, que la rentabilidad de esa sociedad dependía de decisiones de GM y no de su propia gestión. La Convocada censura que el perito de parte haya incluido entre los ingresos operacionales de LOS COCHES los montos correspondientes a estos descuentos comerciales condicionados. Ellos no dependían del querer de GM sino de variables por fuera de su control. Así aparece en la comunicación remitida por Daniel Bayona Villegas, Gerente de Asuntos Legales y Representante Legal Suplente de GM, a Jorge Hernando Díaz Valdiri, Perito Asesor Economista y Financiero, de fecha 5 de diciembre de 2014[86]:

> *"En relación con la documentación relacionada con los supuestos 'incentivos' que aparecen reflejados en la página No. 17 del dictamen pericial aportado por Distribuidora Los Coches La Sabana S.A. con su demanda, se aclara que de ninguna manera se canceló suma alguna a Distribuidora Los Coches La Sabana S.A. por dicho concepto ('incentivos') sino que lo pagado por algunos ítems allí relacionados corresponde a ingresos pagados a Distribuidora Los Coches La Sabana S.A. por concepto de descuentos comerciales condicionados, tal y como se certifica por el revisor fiscal en la certificación que se adjunta con la presente, evidenciando que de acuerdo con el concepto del consejo técnico de contaduría, se entenderá por descuento comercial condicionado: 'Los descuentos financieros o condicionados que se conceden supeditados a una condición o hecho futuro que puede suceder o no'…"*

Al margen de la discusión sobre la naturaleza y forma de contabilizar los descuentos comerciales condicionados, lo cierto es que ellos los describe en su testimonio el Sr. Carlos Felipe Gómez Ramírez[87], supervisor de concesionarios de GM, así:

> *"DR. ARAQUE: En relación con los descuentos condicionados que usted acaba de mencionar, ¿cuéntenos en qué consistían?*
>
> *SR. GÓMEZ: Buscaban prácticamente ser competitivos contra las otras marcas en negocios a las empresas o negocios por volumen, muchas de estas modalidades de negocio, las empresas tienen un área de compras y salen y licitan X cantidad de vehículos y para eso se buscaba que la marca efectivamente llegara con un producto competitivo, con un precio competitivo, para eso se daban algunos descuentos condicionados, la marca estaba dispuesta a sacrificar parte de margen de rentabilidad, también esperando que hubiera un sacrificio por parte del margen y rentabilidad de los concesionarios, con el objetivo de llegar a esas ventas por volumen".*

En el mismo testimonio aparece que este tipo de descuentos eran usuales en las ventas de flotas, ventas corporativas, en donde para ganar el negocio es necesario ofrecer un precio muy competitivo, el cual se logra mediante un descuento que LA FÁBRICA establece respecto de su precio de lista. La condición consistía en que los vehículos se vendieran en un determinado período de tiempo a un determinado cliente, lo cual requería al menos en algunos casos que el concesionario aceptara un precio de venta inferior al que hubiera esperando, sacrificando parte de su margen.

El mismo testigo al responder una pregunta sobre el funcionamiento de los descuentos comerciales condicionados dijo:

---

[85] Dictamen pericial de Joaquín Reyes Pardo, Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 9.
[86] Cuaderno de Pruebas No. 43, folios 7 a 12.
[87] Testimonio del señor Carlos Felipe Gómez, Cuaderno de Pruebas No. 20, folios 209 y ss.

"SR. GÓMEZ: En mi opinión lo que había era un condicionamiento del descuento que daba el concesionario contra el descuento que daba Colmotores.
"(…) simplemente si Colmotores dice, tenemos que llegar a este objetivos de precios, estamos nosotros a dar tanto y el objetivo de precios normalmente se lo ponía el cliente, decía, aquí necesito que llegue usted, Colmotores decía, hasta acá puedo llegar yo y el concesionario tenía que poner la diferencia, en algunos casos se comunicaba cuál era la lista de precios acordada con el cliente, eso era lo que se había acordado con el cliente, el concesionario estaba en la libertad de entrar o de no entrar, no había ninguna obligación y hacer su evaluación financiera, si le daba o no le daba, incluso muchas veces esos precios no eran camisa de fuerza y los concesionarios sobre eso hacían descuentos adicionales, es muy usual en este negocio que agregaran otros temas como regalar la matrícula, accesorios adicionales para los vehículos, tarifa de mano de obra en postventa, hoy en día los concesionarios en general de esta marca y de todas las marcas compiten muchísimo con todos esos valores agregados, es un tema de competitividad de marca".

Como el descuento de GM se refería al precio que había pagado LOS COCHES por el vehículo respectivo, se manifestaba como un pago a éste, tal como describe en su testimonio el Sr. Eduardo Reátiga[88], Gerente Comercial de Buses y Camiones de GM:

"DR. MARTÍNEZ: A manera de ilustración y para permitirnos tener un mejor conocimiento de cómo funcionaban estos descuentos condicionados, el concesionario le compra un lote de carros a Colmotores, por ejemplo, 20 Chevrolet Spark, cada uno por $20 millones y luego puede salir una circular de incentivos condicionados, de descuentos condicionados en donde le dice, si usted vende tantas unidades le descuento sobre el precio que convinimos de los 20 millones, le voy a descontar 500 mil y se los devuelvo, ¿cómo funciona eso en la práctica?

SR. REÁTIGA: Como le digo son dos niveles, si hablamos de incentivos al mayor, básicamente es, por cada unidad comprada Colmotores le da al concesionario determinada cantidad de dinero, un Spark, por cada Spark comprado le doy $100 mil, en el tema de ventas es, cuando el concesionario vende esa unidad, por cada unidad que venda al público, Colmotores le abona un determinado monto con la condición que lo venda, por eso se llama condicionado, si no lo vende Colmotores no, ahí le quiero decir es que hay incentivos por comprar a Colmotores y hay incentivos para que el concesionario venda al público las unidades, para ayudarle a vender las unidades.

DR. MARTÍNEZ: ¿Esos incentivos se dan después de que el concesionario le ha comprado los vehículos a Colmotores?

SR. REÁTIGA: Cuando son los incentivos que se llaman condicionados al detal, entonces se verifica según los sistemas de registro de las ventas, previa oficialización por los mecanismos que habían en su momento para verificar que el usuario vendió el vehículo, con posterioridad que era determinada en su tiempo, se le abonaba ese dinero a través de una cuenta que tiene Colmotores con los concesionarios.

DR. MARTÍNEZ: ¿Podría entonces afirmarse que cuando se trata de ventas al por mayor, ese descuento es un descuento sobre el precio de cada unidad que se conviene con el concesionario y por el contrario, cuando se trata de descuentos o incentivos al detal es una suma que se da después de que ya se ha pagado un precio fijo, ese sería un poco la síntesis?

SR. REÁTIGA: Es más o menos la figura".

Como se aprecia en los testimonios citados, estos descuentos comerciales estaban condicionados a que el concesionario vendiera un determinado número de vehículos, para lo cual GM sacrificaba parte de su margen (al devolver al concesionario parte del precio que había pagado por el vehículo en las ventas al detal, y al recibir un menor precio que el previsto en la lista respectiva en las ventas al por mayor) y el concesionario hacía lo propio.

[88] Testimonio del señor Eduardo Reátiga, Cuaderno de Pruebas No. 20, folio 172.

Estos descuentos, entonces, eran en su funcionamiento, lo mismo que la publicidad cooperativa[89]: un gasto en que incurren tanto LA FÁBRICA como el concesionario con el fin de promover sus respectivos negocios. Y con un ítem particular: que para los concesionarios era obligatorio contribuir a los gastos de publicidad de Chevrolet en Colombia, pero no era obligatorio participar en negocios cuya rentabilidad estuviera basada en los descuentos comerciales condicionales. La creación de esta figura obedeció a la intensa competencia que hay en el mercado automotor colombiano como consecuencia de la llegada de multiplicidad de marcas, algunas de ellas basadas en países con menores costos de producción. No consta en el expediente que para todos los concesionarios de la red Chevrolet, o para la mayoría de ellos, fuera imposible obtener utilidades sin acudir a los descuentos comerciales condicionados, pero, aunque así fuera, ello sería simplemente una particularidad de la estructura de precios y costos de este tipo de productos, y no sería exclusivo de éste, pues en los mercados competidos los fabricantes y la red de distribución deben trabajar conjuntamente para hacer llegar los productos a los clientes a precios atractivos para ellos. El Tribunal no encuentra que la figura de los descuentos comerciales condicionados hubiera desnaturalizado la relación entre las Partes, haciendo que LOS COCHES terminara trabajando por cuenta y para beneficio de GM.

De hecho, el Tribunal encuentra que LOS COCHES subestima el control que tuvo o pudo tener sobre su propia gestión mientras estuvo vigente su relación contractual con GM. En el expediente consta, no sólo en los testimonios[90], sino en documentación[91], que LOS COCHES en ocasiones y aparentemente con alguna frecuencia tenía desempeños no tan buenos como los de otros concesionarios. Dado que no hay evidencia tampoco de que GM hubiera tratado diferente a su mayor concesionario por volumen de ventas que a otros de la red, es forzoso concluir que era posible tener indicadores mejores que los mostrados por LOS COCHES a pesar de hacer parte de la red de concesionarios y estar sujetos todos a las mismas reglas.

Respecto del Fondo de Excelencia Financiera, encuentra el Tribunal que varios testigos lo describieron como un mecanismo que "*buscaba la rentabilidad de la red de concesionarios para evitar que alguno llegara a la quiebra, entonces lo que hacíamos era monitorear que los márgenes estuvieran de acuerdo al nivel de gastos que el concesionario llevaba*"[92].

---

[89] *"DR. NUÑEZ: Para entender, Campesa ponía plata para ese fondo de publicidad cooperativa, por favor me corrige si me equivoco o si tengo razón me dice que tengo razón, y cuando había publicidad corporativa de la marca General Motors echa por Colmotores, una parte de eso la ponían los Concesionarios entre la cual estaba Campesa y cuando Campesa hacía publicad en su plaza Bucaramanga una parte del costo de esa publicidad lo pagaba ese fondo, correcto?*
SR. ARDILA: Lo pagaba ese fondo.
DR. NUÑEZ: Una parte?
SR. ARDILA: Había publicidad que era propiamente de Colmotores, pero esa propiedad cooperativa funcionaba así, todos los Concesionarios ayudaban a alimentar ese fondo de publicidad". Testimonio del señor Rafael Ardila Duarte, del concesionario Chevrolet Campesa, Cuaderno de Pruebas 20, folio 288.

[90] "*Para que ustedes tengan una idea de magnitudes, esta concesionaria estaba entre otros 300 y 400 carros por mes, con solo esas dos posibilidades de crecimiento estamos casi que doblando la capacidad de Los Coches, a pesar de nuevo, de ser uno de los peores en gestión y el mayor en tamaño, creíamos que la lógica que así le decíamos a ellos sobre la jugada era con concesionarias excelentes, porque Andar es de las mejores que hay en Colombia, miembro casi que permanente del Club del Presidente, cosa que Los Coches en mi época nunca fue, es el reconocimiento a los mejores y decíamos tal vez alguna de esas tecnología, tal vez alguno de esos Know how, de esa forma de operar pueda ayudar a Los Coches a mejorar su gestión, entonces estamos cumpliendo varios objetivos al mismo tiempo, creciendo dentro de la marca Chevrolet.*" Testimonio del señor Santiago Chamorro, Cuaderno de pruebas No. 20, folio 605.
"*DR. ARAQUE: Tenemos conocimiento por la página web de ustedes, que ustedes durante cinco años consecutivos formaron parte del club de presidente, aquí parece hasta el año 2011, ¿usted recuerda eso?*
SR. BOTERO: Sí, claro y después del 2011 también hemos estado y este año estamos.
DR. ARAQUE: ¿Usted recuerda si Los Coches estuvo formando parte de ese club de presidentes?
SR. BOTERO: Que yo recuerde, no.
DR. ARAQUE: ¿Usted sabe alguna razón por la cual ellos no formaban parte de ese club de presidentes?
SR. BOTERO: Me imagino que no reunían todos los requisitos, porque tienen que ser todos, no puede estar por debajo en uno solo de los indicadores, me imagino que alguno de los indicadores de gestión no cumplía los mínimos que requiere el club de presidentes." Testimonio del señor Juan Santiago Ramón Botero Peláez, Cuaderno de Pruebas No. 20, folio 469.

[91] En la presentación "*Avance Campañas cierre Octubre 2011"* aparece LOS COCHES con un avance total del 18.8%, el cuarto peor de 34 concesionarios Chevrolet. Cuaderno de Pruebas No. 6, folio 283. En la evaluación del cumplimiento del Plan Anual de Comercialización (PAC) de abril de 2012 LOS COCHES aparece con una puntuación de 49.33 puntos sobre 100 posibles. Cuaderno de Pruebas No. 6, folio 91.

[92] Testimonio de la señora Carolina Ramírez Garzón, gerente de ventas corporativas de GM, Cuaderno de Pruebas No. 20, folio 96. En el mismo sentido, testimonio del señor Mauricio Becerra, ex funcionario de GM, rendido el 21 de julio de 2015 "*SR. BECERRA: Para detalles requeriría ver la circular, porque ya los detalles de números no los tengo en la cabeza, pero el concepto general que me acuerdo, ese salió en una época en donde habían muchos concesionarios, era difícil la situación financiera de varios concesionarios o de la red en general, una época de caída del mercado que eso pasa en muchos casos, quisimos un poco premiar a los que administraran mejor, dar un incentivo a los que administraran mejor los concesionarios, si mi memoria no me falla, los que tuvieran mejor satisfacción del cliente y a los que tuvieran mejor margen bruto en algunas categorías o no sé si margen operacional, tendría que ver el documento, pero eran como los que estuvieran mejor administrados en general que para hacer eso tendrían que ser las mejores técnicas de mercadeo en ventas y en eficiencia".* Cuaderno de Pruebas No. 20, folio 43.

Tal como la describió en su Interrogatorio de Parte Ricardo Salazar, Gerente General de LOS COCHES, los concesionarios que vendían por debajo del precio sugerido por GM perdían parte de los incentivos recibidos y tenían que alimentar el Fondo, el cual servía para recompensar con bonificaciones a quienes sí seguían esas directrices[93]. Esta interpretación del Fondo de Excelencia Financiera es contraria a la planteada por Jorge Alejandro Mejía, Presidente de GM, quien afirmó que con este Fondo se perseguía recompensar a los concesionarios que tenían márgenes saludables y prevenir que, como consecuencia de reducciones excesivas de márgenes (consecuencia de la interrelación entre precios de reventa, costos de venta y costos de operación y no simplemente de la reducción de precios al público por parte del concesionario) algunos concesionarios pusieran en peligro su sostenibilidad financiera.

A pesar de lo dicho por algunos de los testigos vinculados con GM, aparece probado documentalmente que los concesionarios que no cumplían con los márgenes requeridos perdían parte de los incentivos que les daba GM. En correo electrónico del 1 de diciembre de 2009, Juliana Henao de GM le expresa al Gerente de Ventas: "*Buenos Días, Durante el mes de Octubre en el Fondo de Excelencia Financiera no cumplió COCHES y como hasta el momento no se ha recibido excepción se le debitará el 50% de los incentivos del mes evaluado*"[94]. Esta situación se repitió el 28 de noviembre de 2011, como consta en Circular VC-323-11 dirigida por Alexander Peña de GM a LOS COCHES: "*Dando cumplimiento a la circular VC-209-11 de 28 de Julio de 2011 frente al Margen Bruto uno a uno Cruze, como parte del programa Fondo de Excelencia Financiera el concesionario debe realizar el aporte del 50% del bono mensual al detal de la política comercial de vehículos del modelo Cruze, debido a que no cumplió con el margen mínimo establecido de 7.0% para Cruze".*[95]

Más allá del aspecto contable, aparece que el Fondo de Excelencia Financiera era un medio por el cual GM procuraba incentivar márgenes sostenibles en sus concesionarios, recompensando a quienes los alcanzaban y penalizando a quienes no lo lograban. La penalidad consistía en la pérdida de cierto porcentaje de los incentivos pagados por LA FÁBRICA en el mes respectivo.

Es indiscutible que para los concesionarios, en particular LOS COCHES, el acceso a los incentivos de GM era una parte importante de su rentabilidad, y que GM, al establecer figuras tales como los descuentos comerciales condicionados y como el Fondo de Excelencia Financiera, afectaba de manera directa dicha rentabilidad. Pero lo crucial es observar que el efecto era indirecto y los mecanismos funcionaban como incentivos a las conductas de los concesionarios, quienes escogían la manera como reaccionaban a ellos, al incorporarlos al conjunto de variables que debían considerar en sus decisiones. El establecer incentivos de este tipo, para promover conductas deseables para el conjunto de la red y disuadir de conductas peligrosas para los concesionarios individualmente considerados y para la red en su conjunto, está dentro de las potestades razonables de un concedente y no contradice lo convenido por las Partes en los contratos que tuvieron vigentes.

De hecho, la Convocante no afirmó que en su ejecución por las Partes se hubiera contradicho o vulnerado lo dispuesto en los contratos que tuvieron vigentes. El Tribunal concluye que los mecanismos aquí descritos, y otros que menciona la Convocante en su Alegato de Conclusión, no mutaron el rol de LOS COCHES poniendo a la sociedad a actuar por cuenta y para beneficio de GM. LOS COCHES actuó, hasta donde puede establecerse, siempre en interés propio, pero dentro de un marco regulatorio e institucional fijado por GM, que esta organización consideró idóneo para asegurar la viabilidad de una red de concesionarios acorde con la visión y el posicionamiento de la marca, y en estas condiciones LOS COCHES optó repetidamente por mantener su relación con GM. Así, se concluye por el Tribunal que estos mecanismos no desnaturalizaron lo pactado contractualmente y por tanto no convirtieron la ejecución de su relación comercial en un agenciamiento de hecho.

"*DR. MARTÍNEZ: ¿Conoce usted el fondo de excelencia financiera? SR. PEÑA: Fue un programa que existió en el pasado, no sé en qué año terminaría ese programa, no lo tengo presente, era un programa que buscaba la optimización de los costos de los concesionarios y la idea era que la sostenibilidad de los concesionarios nunca estuviera en juego".* Testimonio del señor Alexander Peña. Cuaderno de Pruebas No. 20, folios 44-88.

[93] Cuaderno de Pruebas No. 6, folio 172.

[94] Cuaderno de Pruebas No. 6, folio 174.

[95] Cuaderno de Pruebas No. 6, folio 271.

En conclusión, el Tribunal encuentra que los contratos suscritos entre las Partes, que formaron una relación que perduró entre 1978 y 2013, eran en sí mismos, en su clausulado, tal como todos ellos lo declararon, contratos de concesión comercial, y que en su ejecución esta esencia se mantuvo y no se desnaturalizó.

Por las razones expuestas, el Tribunal habrá de declarar que no prospera la Primera Pretensión Principal --que "se declare que entre la FÁBRICA y LOS COCHES se celebró un contrato de agencia mercantil (agencia de hecho) vigente desde el 15 de junio de 1978 y que se prorrogó de manera continua hasta el 27 de febrero de 2013, o durante el tiempo que logre probar- ni sus consecuenciales, y así se declarará en la parte resolutiva del laudo.

CAPITULO CUARTO

LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO

4.1 PRETENSIONES SOBRE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO

En la Demanda reformada[96], la Convocante formuló dos pretensiones en torno al tema de la terminación del contrato entre GM y LOS COCHES suscrito el 24 de febrero de 2012 (en adelante "el Contrato"):

> *"Segunda Pretensión Principal: Solicito se declare que la decisión de la Convocada de "no renovar el contrato" existente entre GENERAL MOTORS - COLMOTORES S.A. y LOS COCHES, adoptada durante la vigencia del mismo, constituye un incumplimiento del contrato suscrito entre las partes el 24 de febrero de 2012.*
>
> *Subsidiaria de la Segunda Pretensión Principal: En caso de que no prospere la Segunda Pretensión Principal, solicito que el H. Tribunal declare que la decisión de la Convocada de "no renovar el contrato" vigente entre GENERAL MOTORS - COLMOTORES S.A. y LOS COCHES a partir del 24 de febrero de 2012, adoptada durante la vigencia del mismo, constituye un abuso del derecho, en los términos del artículo 830 del Código de Comercio".*[97]

4.2 ARGUMENTOS DE LAS PARTES

En su Alegato de Conclusión[98], la Convocante sintetizó sus pretensiones en torno a la terminación del Contrato basada en los siguientes argumentos:

1) Que LOS COCHES tenía derecho a la renovación del Contrato en virtud de una costumbre mercantil vigente en Bogotá que otorga ese derecho a los comercializadores de vehículos que no hayan incurrido en incumplimiento grave de su respectivo contrato;

2) Que GM incumplió el Contrato "*al violar los deberes secundarios de conducta y, de contera, el principio general de la buena fe que gobernaba su relación comercial con LOS COCHES*";

3) Que al no renovar el Contrato, GM incurrió en abuso del derecho.

A su turno, tanto en la Contestación de la Demanda, como en su Alegato de Conclusión[99], la Convocada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la Convocante en torno al tema de la terminación del Contrato, argumentando básicamente lo siguiente:

1) Que "no existe una '*obligación particular y concreta*' pactada entre GM Colmotores y LOS COCHES tendiente a obligar a las Partes a renovar el contrato al vencimiento del plazo; tampoco existe esa obligación en la ley, mucho menos en la costumbre";

---

[96] Reforma de la Demanda, Cuaderno Principal 1, folio 1.
[97] Reforma de la Demanda, Cuaderno Principal 1, folio 3.
[98] Alegato de Conclusión de LOS COCHES, Cuaderno Principal No. 5, folios 103 y ss.
[99] Alegato de Conclusión de GM, Cuaderno Principal No. 5, folios 54 y ss.

2) Que "*la terminación de un contrato por vencimiento del plazo no constituye abuso del derecho*" y que por esta razón "*la decisión de GM Colmotores de no renovar el contrato de concesión vigente en el año 2012 no constituye abuso del derecho*".

4.3 NORMAS APLICABLES

En materia de contratos, la norma fundamental en derecho colombiano es el Artículo 1602 del Código Civil (aplicable a los contratos mercantiles por remisión del Artículo 822 del Código de Comercio), según el cual "*todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*".

De igual modo son relevantes los artículos 15 y 16 del Código Civil que, respectivamente disponen: "*Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia"* y "*No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres".*

Las normas de derecho positivo aplicables a la agencia comercial están contenidas en los artículos 1317 a 1331 del Código de Comercio, que ya fueron mencionadas en otro aparte de este laudo. El contrato de concesión mercantil no está tipificado en Colombia, razón por la cual no hay norma legal expresa que lo regule.

Al pronunciarse sobre la naturaleza de la relación contractual entre las Partes, el Tribunal consideró la totalidad de las cláusulas de todos los contratos que entre ellas estuvieron vigentes, con énfasis en el Contrato del 24 de febrero de 2012, que constituye el marco convencional de dicha relación al tiempo de su terminación.

Este Contrato contiene varias cláusulas sobre el tema de la terminación. La más importante es la 9.1 (A) (1)[100]: "*El presente contrato termina por vencimiento del término de duración pactado en el numeral 4.4 de la Cláusula Cuarta*". Y el numeral 4.4 de la Cláusula Cuarta expresa: "*El término de duración del presente Contrato es de un (1) año contado a partir del 27 de febrero de 2012 y hasta el 27 de febrero de 2013, ambas fechas inclusive".*

El Contrato no consagra la renovación como una facultad unilateral del concedente ni como un derecho del concesionario. Por lo tanto, es necesario que las dos Partes acuerden expresamente la renovación. Como en este caso no la acordaron, llegado el 27 de febrero de 2013, el Contrato terminó automáticamente por vencimiento del plazo pactado.

Además de la terminación por vencimiento del plazo, el Contrato contempla la posibilidad de terminarlo por incumplimiento del concesionario o por decisión unilateral de cualquiera de las dos partes.

En cuanto al incumplimiento, el numeral (4) de la Cláusula 9.1 (A) consagra conductas graves por parte del concesionario "(*Falsedad en las Manifestaciones, Suspensión de Operaciones, Cambio de Gerente General o de Accionistas o Socios de EL CONCESIONARIO*)" que dan derecho a GM a poner fin casi inmediato al Contrato:

> "*Si se produce alguno de los eventos que a continuación se señalan, LA FÁBRICA podrá poner fin al presente contrato comunicando su decisión con una antelación no inferior a treinta (30) días calendario respecto a la fecha en que dicha terminación se haga efectiva*".

Fuera de la terminación por incumplimiento grave, el numeral (5) de la Cláusula 9.1 (A) consagra una causal general para cualquier otro incumplimiento:

> *"Si EL CONCESIONARIO dejare de cumplir alguna de las obligaciones especificadas en el presente Contrato, incluyendo las enumeradas como parte del Plan Anual de Comercialización, LA FÁBRICA podrá poner fin al presente contrato dándole a EL*

[100] Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 460.

CONCESIONARIO una notificación por escrito con por lo menos tres (3) meses de anticipación a la fecha efectiva de terminación".

Por último, el párrafo Terminación Unilateral [que aparece después del numeral (8) en la Cláusula 9.1 (A)] consagró la facultad de cualquiera de las Partes de poner fin al contrato por decisión unilateral, facultad esta que se conoce en la doctrina como "denuncia" del contrato:

"*Terminación Unilateral: Adicionalmente a las causales antes mencionadas, tanto LA FÁBRICA como EL CONCESIONARIO tendrán derecho a dar por terminado en cualquier momento este Contrato, sin cargo, pago ni indemnización alguna a favor de la otra parte, mediante aviso previo por escrito dado a EL CONCESIONARIO o a LA FÁBRICA con dos (2)*[101] *meses de antelación, término que las partes han considerado suficiente y acorde con la naturaleza de las operaciones objeto del presente contrato".*

4.4 HECHOS RELATIVOS A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO

Como ya se ha señalado, el último contrato entre GM y LOS COCHES, suscrito el 24 de febrero de 2012, se pactó por el término de un año, que vencía el 27 de febrero de 2013.

Su terminación estuvo precedida de un largo período de negociaciones que las Partes adelantaron para tratar de resolver las desavenencias de fondo que se habían presentado entre ellas. Estas surgieron porque la Organización Ardila Lülle, a la cual pertenecía LOS COCHES, deseaba cambiar su modelo de negocios en el sector automotor, de "monomarca" a "multimarca". Con este fin se proponía empezar a comercializar la marca China denominada Morris Garages. GM por su parte quería que la Organización se expandiera, pero dentro de la red de concesionarios de GM.

Las negociaciones implicaron múltiples conversaciones[102], con desplazamientos dentro y fuera del país, e involucraron no sólo a las Partes sino a representantes de los grupos empresariales a los cuales cada una pertenecía, la Organización ya citada y la General Motors internacional. El 1 de agosto de 2012[103] LOS COCHES mandó una carta a GM indicando que la Organización Ardila Lülle iba a seguir adelante con su plan de distribuir los carros Chinos. Un mes después, mediante carta de 10 de septiembre de 2012[104], GM comunicó a LOS COCHES que no renovaría el Contrato a su vencimiento, pactado para el 27 de febrero de 2013. Ese día el Contrato llegó a su fin.

4.5 TÉRMINO USUAL DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

El que el último contrato entre GM y LOS COCHES se hubiera celebrado por 1 año no es anormal dentro de la industria.

"*… es típico en la práctica, en este tipo de contratos, el que su duración se pacte por períodos muy breves, con cláusulas de renovación del contrato. Esto en atención a que, por una parte, significa una restricción en ocasiones muy amplia a la libre actividad mercantil del concedente y del concesionario. Y por otra, descansa en la confianza y en la eficacia de las dotes mercantiles del concesionario, del que depende que el concedente coloque su producción en el mercado. La brevedad del tiempo de la concesión es el estímulo para el desarrollo de una actividad eficaz por parte del concesionario".* [105]

---

[101] En los contratos anteriores celebrados a 3 años, el término de este preaviso era de seis meses.

[102] Interrogatorio de Parte al señor Ricardo Salazar Arias, en su calidad de Representante Legal de LOS COCHES: "*Desde ese día, desde el 2011 nosotros le informamos oportunamente a los señores de General Motors que la Organización tenía la intención de llevar otros negocios con otras compañías, con otras sociedades y así fue simultáneamente en todas las reuniones, tuvimos entre esa reunión, ese desayuno del 2011 y la última reunión con el señor Jaime Ardila y Jorge Mejía en Brasil, pasaron me podría atrever a decir 10 o 15 reuniones en las que hablamos de lo mismo*". Cuaderno de Pruebas No. 20, folios 706 a 731.

[103] Comunicación de LOS COCHES para GM del 1 de agosto de 2012. Cuaderno de Pruebas 2, folio 35.

[104] Comunicación de GM para LOS COCHES del 10 de septiembre de 2012. Cuaderno de Pruebas 2, folio 39.

[105] PUENTE MUÑOZ, Teresa, *El Contrato de Concesión Mercantil*, Editorial Montecorvo, S.A., Doctor Esquerdo, 47, Madrid-28, 1976, página 44.

Lo anterior lo confirma el tratadista Champaud, en cuanto a la experiencia francesa:

> *"Los contratos de concesión se concluyen siempre para un tiempo determinado. Plazo que generalmente es muy breve; a menudo de un año".*[106]

En Colombia, en el sector automotor, los numerosos testigos que comparecieron al proceso en representación de los concesionarios de vehículos reconocieron que estos contratos se pactan normalmente por períodos cortos. En el caso concreto de GM, sus funcionarios declararon que se celebran por 1, 2 o 3 años, e inclusive por sólo unos meses. Todo depende de la situación individual que se esté viviendo con el respectivo concesionario en el momento de la renovación.

En el caso actual, como se señaló en otro aparte de este Laudo, el contrato inicial entre GM y LOS COCHES, fechado el 15 de junio de 1978, se pactó por un año, y se fue prorrogando de año en año, hasta 1981. De los demás contratos celebrados durante los casi 35 años de la relación comercial entre GM y LOS COCHES, siete fueron por 1 año; uno, excepcional, fue por 5; y, en la última etapa, desde 1992 a 2012, todos se pactaron por 3 años. El contrato final, de 24 de febrero de 2012, se volvió a pactar por 1 año.

La decisión de GM de reducir el término del último contrato, de 3 años a 1 año, tuvo para esta un propósito especial: instar a las Partes a concentrar esfuerzos para resolver sus diferencias.

El Vicepresidente Jurídico de GM, Santiago de Francisco, lo explicó así:

> *"… digamos que el proceso viene de la siguiente manera, se venían suscribiendo los contratos a tres años con Los Coches, empezaron a tener estas divergencias la Fábrica y el concesionario respecto al modelo del negocio, yo diría incluso que, en el caso de Los Coches, Colmotores fue más allá en el sentido de que hizo lo imposible para que no se diera la terminación de ese matrimonio, por decirlo de alguna manera. Se conversó con Los Coches, se les dijo, mire, estamos en este rollo, no vamos a renovar el contrato por tres, pero imposible que en un año no lleguemos a algún conceso de qué es lo que queremos sobre el futuro de este negocio. Esas discusiones no llegaron a feliz término…".*[107]

La práctica de renovar un contrato por un lapso corto para resolver los problemas que se están presentando con un concesionario, no es ajena a GM. Así lo declaró el señor Jaime Ardila, antiguo Presidente en Colombia de GM Colmotores, y hoy Presidente de General Motors para toda América del Sur. Ante la pregunta de si la "renovación de contratos con menos de 3 años, por ejemplo 1 o 2 años, ¿es inusual es absolutamente excepcional?" declaró:

> *SR. ARDILA: Es posible, nosotros lo hemos hecho, especialmente cuando hay concesionarios que están en discusión**....** voy a poner algunos ejemplos, el concesionario quiere vender, entonces le renovamos por un año para que durante ese año venda, o el concesionario está teniendo un mal desempeño, entonces le renovamos por un número de meses, al cabo de los cuales hacemos una nueva evaluación y dependiendo de esa evaluación decidimos si proseguimos adelante o no, o el concesionario nos ha prometido una inyección de capital porque está en mala situación financiera, tuve un caso así en Chile ahora, entonces renovamos por un período corto para darle tiempo que consiga un nuevo inversionista, la verdad es perfectamente posible hacerlo, pero como un tema puramente de transición hacia otra situación".*[108]

La doctrina explica por qué se acostumbra pactar términos cortos en los contratos de concesión mercantil:

---

[106] CHAMPAUD, *La Concesión Comercial*, Revue Trimestrelle de Droit Commercial; 1963, citado por PUENTE MUÑOZ, Teresa. Op.Cit, página 149.
[107] Testimonio del señor Santiago de Francisco. Cuaderno de Pruebas 20, folio 588.
[108] Testimonio del señor Jaime Ardila. Cuaderno de Pruebas 20, folio 688.

"La concedente es la propietaria de la marca que comercializa el concesionario. Al ceder parcialmente el uso de la marca y el derecho a vender los productos que la ostentan, la concedente no se ha desprendido de la propiedad sobre aquella. En consecuencia le interesa, como condición de su propia subsistencia y desarrollo, que los productos tengan la máxima penetración en el mercado, que mantengan su prestigio por la forma en que es vendido y que los usuarios y consumidores sean atendidos.

La llegada al mercado y la asistencia al usuario están en manos del concesionario, por lo que resulta de vital importancia para los concedentes mantener un estricto control y disciplina sobre el actuar de aquellos.

La protección de los intereses de la concedente antes mencionados determina la inclusión de cláusulas en sus reglamentos que pueden dar lugar a conductas abusivas, pero que en realidad no cabría pensar que son previstas a tal efecto sino que han sido concebidas como la vía jurídica para fundamentar la adopción de decisiones extremas.

Sustentar lo contrario equivaldría a aceptar la existencia de mala fe al tiempo de la contratación; esto no parece admisible y resulta incompatible con el hecho de que haya concesiones que se han extendido y perduran a lo largo de muchísimos años.

Previsiones como la que autoriza la resolución en cualquier momento y sin que medie causa justificada, tienden a proteger los derechos de la concedente sobre su marca, cuando el concesionario, sin incurrir en manifiesta violación del reglamento, ha dejado de ser un elemento de desarrollo en la comercialización del producto, constituyéndose más en un obstáculo que en un aporte".[109]

Las anteriores reflexiones, en opinión del Tribunal, son aplicables para explicar el caso actual. La dura competencia entre los distintos rivales del mercado es nota característica del mundo moderno, y se destaca muy especialmente en el campo de los automotores. Sólo en Colombia, lo explicó un testigo[110], se ofrecen 70 marcas distintas. El que fabrica un producto y entrega a otro la tarea de venderlo exige de este último, sin salvedades, esfuerzo, tenacidad y lealtad a toda prueba. Por eso, si el concesionario no responde al reto, el concedente debe tener las herramientas para terminar la relación.

LOS COCHES interpretó en forma distinta la reducción del término de su contrato con GM:

"[La] decisión de reducir el término de vigencia de la relación contractual en el documento del 24 de febrero de 2012, de tres (3) años a un (1) año, [fue] como retaliación por la decisión de terceras empresas distintas a los COCHES de distribuir carros diferentes de la marca Chevrolet …".[111]

Las dos versiones no difieren en lo sustancial: se presentó una diferencia de fondo entre las dos compañías y GM resolvió acortar a un año el plazo del Contrato para que las Partes se concentraran en resolverlas. Como no las resolvieron, el Contrato no se renovó. Así se lo comunicó GM a LOS COCHES en la citada carta de 10 de septiembre de 2012:

"En respuesta a su comunicación de la referencia, con lealtad, franqueza y buenos términos que siempre han caracterizado nuestras relaciones comerciales, y teniendo en cuenta que tenemos concepciones muy diferentes en cuanto al modelo de negocios, informo que General Motors Colmotores S.A. ha optado por no renovar el contrato de concesión para la venta y postventa de vehículos automotores y sus partes que actualmente está vigente con Distribuidora Los Coches de la Sabana S.A". [112]

El 13 de septiembre GM notificó formalmente su decisión[113]. Para LOS COCHES la no renovación de su contrato constituyó un incumplimiento del mismo, una violación de los

---

[109] LLOBERA HUGO O.H., *Contrato de Concesión Comercial,* Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2006, página 217.
[110] Interrogatorio de Parte al señor Jorge Alejandro Mejía González, en su calidad de Representante Legal de GM. Cuaderno de Pruebas 20, folios 684 a 705.
[111] Reforma de la Demanda, Cuaderno Principal 1, folio 14.
[112] Comunicación de GM a LOS COCHES del 10 de septiembre de 2012. Cuaderno de Pruebas 2, folio 39.
[113] Comunicación de GM a LOS COCHES del 13 de septiembre de 2012. Cuaderno de Pruebas 2, folio 40.

deberes secundarios y de la buena fe, y un abuso del derecho. En las páginas siguientes el Tribunal analizará estos temas.

4.6 LA NO RENOVACIÓN DEL CONTRATO ENTRE GM Y LOS COCHES

LOS COCHES sostiene que la "primera situación de incumplimiento contractual [de GM fue] el desconocimiento de la obligación de renovar el contrato". [114]

Para la Convocante, el derecho a la renovación del contrato "es una costumbre mercantil que opera para todo el sector automotriz en la ciudad de Bogotá".[115]

Corresponde entones al Tribunal analizar si se probó esa costumbre.

4.6.1 La costumbre

En torno a este tema, la posición de las Partes y el análisis del Tribunal se pueden sintetizar de la siguiente manera:

(A) Posición de la Convocante

Sostiene la Convocante que "*el derecho a la renovación del contrato con ocasión del vencimiento del plazo estipulado, salvo incumplimientos graves de las obligaciones, es una costumbre mercantil que opera para todo el sector automotriz en la ciudad de Bogotá …*"[116]. Por lo tanto, al enviar GM una comunicación a LOS COCHES el 10 de septiembre de 2012 manifestando que se abstendría de renovar el Contrato, GM desconoció una costumbre aplicable al mismo y, por esa razón, incumplió el Contrato.

Para probar la costumbre, la Convocante citó a una larga serie de personas que representan a los principales comercializadores de vehículos de Bogotá y otras ciudades del país con quienes exploró diversos temas relativos al desarrollo de sus contratos, y a cada uno de ellos formuló la pregunta que se sintetiza en los siguientes términos: "Si el Concesionario es diligente y realiza su operación dentro de los estándares normales, usted considera que la renovación del contrato es un privilegio, un favor que le están haciendo o realmente es un derecho que se ha ganado?"

La Convocante transcribe apartes del testimonio de ocho de ellos, y concluye con la siguiente aseveración:

> *"Del gran número de testimonios de comerciantes del sector automotriz de la ciudad de Bogotá D.C., que fueron oídos en el transcurso del presente trámite arbitral, resulta evidente que estos comerciantes cuentan con la íntima convicción de que ellos, al distribuir, comercializar o representar una marca, se encuentran protegidos por el derecho que tienen a que la fábrica y/o importadora les renueve o prorrogue el contrato base de su negocio, mientras no se haya incurrido en un incumplimiento de carácter grave o trascendental que trasgreda o atente contra la relación comercial, aun cuando los documentos que subyacen a la respectiva relación comercial contengan plazos que van desde un (1) año hasta máximo cinco (5)".*[117]

(B) Posición de la Convocada

Sostiene la Convocada:

1) Que *"en ninguno de los hechos de la demanda, ni de la Reforma de la Demanda, LOS COCHES afirmó la existencia de una práctica de mercado a fin de derivar consecuencias jurídicas respecto a GM Colmotores*" y en ninguno señaló que la práctica en mención

[114] Reforma de la Demanda, Cuaderno Principal 1, folio 3.
[115] Alegato de Conclusión de LOS COCHES, página 104.
[116] Ibídem, página 104.
[117] Ibídem, página 123.

constituía "*una obligación a cargo de GM Colmotores e incumplida por no haber renovado el contrato de febrero de 2012*"[118];

2) Que *"LOS COCHES no satisfizo cumplidamente alguna de las alternativas probatorias que le brindó la ley para acreditar que la supuesta práctica comercial había adquirido la categoría de costumbre comercial, pues no ha presentado ninguno de los medios de prueba identificados para acreditar la existencia de una costumbre mercantil en Colombia"*[119]*;*

3) Que la Convocada no probó que la práctica *"era una conducta uniformemente ejecutada por los comerciantes pertenecientes al sector automotriz Colombiano, vinculados mediante contrato de concesión" y que "lo único que quedó acreditado en el proceso es que la naturaleza, duración de los contratos y sus cláusulas varían según los fabricantes o importadores de los vehículos"*[120]; y

4) Que "*aunque existiera una práctica del mercado con linaje para ser costumbre mercantil, sobre ella deben preferirse las estipulaciones particulares de los comerciantes válidamente concertadas y observadas mediante su sostenido comportamiento contractual*"[121].

(C) Análisis del Tribunal

Procede el Tribunal a determinar si se cumplieron o no los requisitos que establece la ley para probar la costumbre mercantil alegada y los efectos que se pretenden derivar de ella.

4.6.2 Requisitos de la costumbre

Sobre este tema, el Artículo 3 del Código de Comercio dispone:

> *"La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella".*

Para analizar los conceptos "públicos, uniformes, y reiterados", conviene acudir a la doctrina de la Cámara de Comercio de Bogotá, dado que por ley es la entidad encargada de certificar las costumbres mercantiles y que el contrato entre GM y LOS COCHES se desarrolló en Bogotá.

(1) Públicos: La Cámara señala, en su publicación *Costumbres Mercantiles*[122]*,* que "la costumbre debe ser reconocida por el grupo o sector dentro del cual va a regir, es decir que tiene que ser notoria o conocida por quienes se encuentran regulados por ella, para que pueda ser aceptada como norma de derecho. Conforme a lo anterior, la publicidad se refiere al conocimiento que deben tener de la práctica mercantil respectiva los miembros del grupo o sector económico sujetos a ella, de manera que la existencia y vigencia de la costumbre no sea secreta sino ostensible".[123]

Coincide este concepto con el del tratadista mexicano Eduardo García Máynez, citado por la Convocante, para quien toda costumbre tiene un "elemento subjetivo" que "consiste en la íntima convicción de la comunidad acerca de la obligatoriedad de la práctica como regla de derecho. Se manifiesta en la aceptación expresa o tácita que le otorgan los protagonistas del mercado en el cual se desarrollan las conductas constitutivas de la costumbre, asistidos por la certeza de que su observancia constituye un deber legal, cuya omisión da lugar a una sanción jurídica. Es la conciencia de la obligatoriedad de lo que se practica".[124]

---

[118] Alegato de Conclusión de GM, página 105.
[119] Ibídem, página 108.
[120] Ibídem, página 110.
[121] Ibídem, página 120.
[122] CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, *Costumbres Mercantiles,* Coordinadores Editoriales Luis Humberto Ustáriz González y Ruth Isabel Garzón Naranjo, Bogotá, 2006.
[123] Ibídem, página 28.
[124] GARCIA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, página 61, citado en el Alegato de Conclusión de LOS COCHES, página 108.

(2) Uniformes: Para la Cámara, "uniforme" significa que sobre "una determinada situación debe presentarse un proceder idéntico, es decir, las prácticas que forman una determinada costumbre deben ser iguales ante el mismo hecho, siendo de común aceptación en el sector económico que la realiza". Y agrega: "… si las actividades de quienes se dedican habitualmente a un oficio o profesión que no está reglamentado legalmente se desarrollan de diversas formas, aunque no sean necesariamente contrarias entre sí, no podría derivarse costumbre alguna".[125]

Sobre este punto está de acuerdo la Convocante, para quien es preciso que "los hechos constitutivos de la costumbre deban ser objetivamente idénticos a sí mismos, ni siquiera similares. De esta manera, cuando por su carácter supletivo deba aplicarse, ha de conducir inequívocamente a una única forma de comportamiento".[126]

(3) Reiterados: Para la Cámara, "reiterados" significa que "los actos que forman la costumbre deben haberse repetido y practicado durante cierto tiempo, es decir, no pueden ser transitorios u ocasionales".[127]

Con base en los anteriores conceptos, corresponde al Tribunal analizar si la Convocada probó la existencia, aceptación y aplicación de la costumbre que invoca en este Proceso.

4.6.3 La prueba de la costumbre

El Artículo 6 del Código de Comercio señala que "*que la costumbre mercantil se probará como lo dispone el Código de Procedimiento Civil*". Y el artículo 189 de este código, reiterado por el artículo 178 del Código General del Proceso que lo sustituyó, señala que "*los usos y costumbres aplicables conforme a la ley sustancial, deberán acreditarse con documentos auténticos o con un conjunto de testimonios*". Y en su Artículo 190 agrega: "*La costumbre mercantil nacional invocada por alguna de las partes, podrá probarse también por cualquiera de los medios siguientes: 1) Copia auténtica de dos decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia. 2) Certificación de la cámara de comercio correspondiente al lugar donde rija".*

Para el Tribunal es claro que la costumbre que se analiza no fue probada ni mediante documentos auténticos, ni mediante decisiones judiciales, ni mediante certificación de la Cámara de Comercio. Preciso es analizar si se probó mediante "un conjunto de testimonios".

La costumbre mercantil invocada consiste, en palabras de la Convocante, en que "los concesionarios que comercialicen vehículos automotores, repuestos, accesorios y servicios dentro del sector automotriz en Bogotá, tienen el derecho a la renovación del respectivo contrato con ocasión del vencimiento del plazo del mismo, siempre y cuando no incurran en un incumplimiento grave de sus obligaciones", y que esta es "una práctica pública, general, uniforme y reiterada en la ciudad de Bogotá".[128]

Para el Tribunal, la prueba presentada sobre esta costumbre no resultó convincente por dos razones principales: (1) por un lado, porque la Convocante no presentó testimonios sino de una parte del grupo o sector dentro del cual regiría la costumbre, los comercializadores de vehículos, pero no de la otra parte, los fabricantes; y (2) por el otro, porque a los testigos solamente se les solicitó que se pronunciaran sobre el primer componente de la costumbre invocada, el derecho del comercializador a la renovación o prórroga de su contrato, pero no sobre la parte restante: que la única razón válida para que un fabricante pueda negar la renovación es que el comercializador "haya incurrido en un incumplimiento de carácter grave o trascendental que trasgreda o atente contra la relación comercial".[129]

Para el Tribunal, pretendiendo, como pretendió la Convocante, que existe una costumbre que otorga derechos a una parte del sector automotor e impone obligaciones a la otra

---

[125] CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, *Costumbres Mercantiles,* página 27.
[126] Alegato de Conclusión de LOS COCHES, página 109.
[127] CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, *Costumbres Mercantiles,* página 27.
[128] Alegato de Conclusión de LOS COCHES, página 122.
[129] Ibídem, página 123.

parte, resultaba esencial haber recogido el testimonio de las dos partes, pero fundamentalmente de la parte obligada a aplicar la costumbre.

Ninguno de los fabricantes[130] de las marcas que se comercializan en Bogotá fue citado por la Convocante para que declarara en este proceso.

El único fabricante que compareció fue, precisamente, GM, la parte demandada en este caso, pero en ninguna de las preguntas que se le formularon a su representante legal en el Interrogatorio de Parte se le solicitó que declarara si conocía la costumbre mercantil que LOS COCHES ha invocado, y si la aceptaba y aplicaba.

Contrasta lo anterior con el procedimiento seguido por la Cámara de Comercio de Bogotá para certificar la existencia de la precisa costumbre mercantil que la Convocante buscó probar en este Proceso.

Obra en el expediente la comunicación que el 17 de diciembre de 2013[131] GM dirigió a la Cámara de Comercio de Bogotá, en respuesta a un oficio de esta del 5 de noviembre anterior, por el cual le solicitaba "información para determinar la existencia o no de determinadas prácticas que puedan constituir la base para certificar si hay costumbre mercantil en la comercialización de vehículos automotores"[132]. Concretamente, preguntó la Cámara a GM, "si en la ciudad de Bogotá D.C. es costumbre mercantil que los contratos de concesión o distribución de vehículos se prorroguen a su vencimiento, a menos que existan causas justificativas que lleven al Fabricante a abstenerse de otorgar dicha prórroga".

GM contestó que no se puede "generalizar la existencia de una práctica comercial para todas las marcas que tienen presencia en el mercado colombiano, que hoy son más de sesenta (60)". Agregó que, en cuanto hace a GM, en "la práctica, antes del vencimiento de los contratos se hace una evaluación integral de la relación entre las partes, y, con base en ella, tanto la fábrica como el concesionario deciden [si] suscriben o no un nuevo contrato". La misma pregunta se hizo en cuanto a la renovación, y GM se remitió a la respuesta anterior.

No obra en el expediente prueba de si la Cámara de Comercio de Bogotá comprobó o no la existencia de esta costumbre. Lo cierto es que hasta la fecha, casi tres años después de iniciada la investigación, en la lista actualizada de costumbres del sector automotor de Bogotá que publica la Cámara en su página web[133], no aparece certificada esta costumbre.

Por lo demás, si, como es inferible, quien pidió a la Cámara que acreditara la costumbre fue LOS COCHES, es obvio que esta hubiera presentado la certificación de la Cámara como prueba en el Proceso, en vez de tener que recurrir al largo y dispendioso camino de acreditar la costumbre mediante declaraciones de testigos.

Para el Tribunal, como ya se señaló, el que la Convocante no incluyera como testigos a los fabricantes de vehículos dejó incompleta la prueba, a diferencia de lo que ocurrió en la investigación de la Cámara de Comercio de Bogotá, que sí buscó a por lo menos uno de los fabricantes para que declarara sobre esta costumbre. No es improbable que la Cámara hubiera buscado también a otros de los fabricantes, pero, aún si no lo hizo, es evidente que el principio que aplicó la Cámara para determinar la existencia de una costumbre es que se debe oír no sólo a los que se beneficiarían de esa costumbre sino a los que tendrían la carga de cumplir con ella.

Por razón de lo anterior, para el Tribunal no quedó satisfactoriamente probado que todos los protagonistas del mercado automotor de Bogotá conocen, aceptan como obligatoria, y aplican la costumbre descrita por la Convocante.

---

[130] Las empresas Autogermana, Colwagen y Distoyota, cuyos representantes legales (en su orden, Andrés Mitsou Fuse Pimienta, Pedro Esteban Salazar Arango y Oscar Alejandro Machado Toro) rindieron testimonio en este Proceso, eran a la vez importadores de sus vehículos y concesionarios de los mismos, pero su declaración sobre la renovación del contrato la rindieron desde la perspectiva del concesionario.

[131] CUADERNO PRINCIPAL No. 3, folio 213.

[132] Texto tomado de la respuesta de GM a la Cámara de Comercio.

[133] La Cámara de Comercio de Bogotá publica en su página web (http://www.bibliotecadigital.ccb.org.co) las costumbres mercantiles vigentes en cada sector comercial de esta ciudad.

La segunda razón por la cual el Tribunal no considera convincente la prueba de la costumbre presentada, es porque la Convocante no le preguntó abiertamente a ninguno de los testigos que citó si la única causal para no renovar un contrato de concesión es que el concesionario haya incurrido en un incumplimiento grave del contrato, y, menos aún, si ese incumplimiento debe revestir el carácter de ser "trascendental que trasgreda o atente contra la relación comercial". Este tema no fue explorado con ninguno de los testigos[134], y, por lo tanto, este segundo componente de la costumbre tampoco fue confirmado.

La consideración más importante para el Tribunal es, sin embargo, que no se probó que los hechos constitutivos de la costumbre sean uniformes, pues de los testimonios de los comercializadores se desprende que el tipo de contratos que celebran y la forma cómo proceden a su extensión varían considerablemente de caso en caso.

Así, en unos casos, los contratos son de concesión mercantil, como el que rigió entre GM y LOS COCHES, y en otros no; en unos, la continuidad se maneja prorrogando el contrato en curso, y en otros se hace necesario celebrar un contrato nuevo, como ocurrió entre GM y LOS COCHES, que durante su relación comercial suscribieron 15 contratos distintos; en unos casos las prórrogas se consignan en un otrosí, y en otros se pactan cláusulas de prórroga automática, que no requieren la firma de ningún documento; en unos la renovación se consigna en documento privado y en otros, como el de GM y LOS COCHES, la renovación se hace por escritura pública; en unos el concesionario firma la renovación sin leerla, y, en otros, como en el caso de LOS COCHES, someten el documento a revisión de sus abogados[135]; unos suscriben, como GM, contratos de 1 a 3 años, y otros suscriben contratos a largo plazo o a término indefinido, en donde no surge el tema de la renovación o prórroga.

El señor Fernando Rueda Donado, Gerente General de Casa Toro Automotriz, con amplísima experiencia en el medio, pues tiene representaciones distintas para las marcas Renault, Ford, Volkswagen, y Mazda, ilustró en su testimonio la variedad de prácticas que se acostumbran en Bogotá a la hora de renovar un contrato:

> *"Los procesos de renovación de los contratos algunos se hacen de forma automática, en algunos casos se desean cambiar algunas cláusulas, inician un proceso de negociación, a veces esos procesos de negociación son lógicos y normales y trascienden bien, a veces requieren de poner de ambas partes abogados para que nos ayuden a encontrar un mejor camino entre la decisión de la marca y la decisión del Concesionario.*
>
> *Que recuerde de mi experiencia se han dado de diferentes formas, sin embargo quiero comentarle lo siguiente, este negocio de Concesionario es un negocio en donde es muy importante la mutua confianza…*
>
> *Cuando esa confianza se pierde o no existe esa confianza por diferentes formas, se requiere a direcciones superiores de las marcas, porque a veces los enredos se presentan con la gerencia media del Concesionario o de una fábrica de éstas, para tratar de buscar una solución.*
>
> *Pero los progresos de la marca con el Concesionario repito se debe mucho a la confianza mutua que se tienen, hay muchos millones de pesos permanentemente en juego, hay muchas cuentas por cobrar y cuentas por pagar permanentemente, en dónde se exige necesariamente un nivel de confianza si usted no es de confianza con la marca no siga con ella".*[136]

La falta de uniformidad de las prácticas en torno a la renovación de este tipo de contratos también surgió de la variedad de respuestas que se dieron a la pregunta de por qué un

---

[134] Pedro Esteban Salazar Arango, quien dijo que su ocupación actual es ser accionista de Colwagen, mencionó el tema, pero lo hizo espontáneamente, no en respuesta a una pregunta directa de la Convocante. Cuaderno de Pruebas No. 20, folio 386.

[135] En el Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 492, obra copia de un email fechado el 15 de febrero de 2012 en que Ángela María Ruiz, funcionaria de LOS COCHES, le pide a Ana Anaya, funcionaria de GM: "solicito tu inmensa colaboración para que me envíes previamente el cuerpo del contrato que se va a suscribir par[a] el correspondiente estudio por parte del Area *(sic)* Jurídica de la Organización Ardila Lülle y una vez tengamos el visto bueno de dicha área proceder a programar la firma con presentación ante Notario en nuestras instalaciones."

[136] Testimonio del señor Fernando Rueda Donado. Cuaderno de Pruebas No. 20, folios 747 a 762.

comerciante diligente celebraría un contrato de concesión a 1, 2 o 3 años si las inversiones que se requieren para montar un negocio de este tipo precisan plazos más largos para su amortización.

En su Alegato de Conclusión, la Convocante transcribe las respuestas de aquellos concesionarios que consideran que proceden así porque sienten que tienen "derecho" a la renovación de sus contratos. Otros, por el contrario, consideran que lo que tienen es una expectativa, una aspiración, un entendimiento o simplemente la confianza de que porque están haciendo las cosas bien el contrato no será terminado. Otros fueron más categóricos: la no renovación del contrato es un riesgo que asume el concesionario.

Por ejemplo, Fernando Rueda Donado, Gerente General de Casa Toro Automotriz, declaró[137]:

> Pregunta de la Convocante: *"Usted ha dicho de una manera muy espontanea que nadie firmaría un contrato a un año o 2 años, estaría loco, es la expresión que utilizó, es muy ilustrativa, muy gráfica; ese sentir que usted expresa de manera genuina y auténtica le lleva a usted a considerar que cuando está firmando esos contratos que evidentemente tienen un término pactado de 1 o 2 años, en la práctica son, se renuevan y usted cree tener ese derecho a esa renovación, usted tiene esa convicción intima?*
>
> *SR. RUEDA: Desde luego, desde luego que sí, es decir, sin embargo en épocas tormentosas que las ha habido como en toda relación, cuando esas relaciones con la Fábrica no fluyen adecuadamente la política nuestra ha sido acortar las inversiones, me explico, si nosotros vemos que hay una amenaza, porque de pronto hay un cambio de actitud de la marca o cosas de esta naturaleza, lo que sí hacemos es que retenemos, no invertimos más por el riesgo de que no haya continuidad…*

Andrés Mitsou Fuse Pimienta, Gerente Comercial de Autogermana, declaró[138]:

> Pregunta de la Convocante*:* "… *cuándo usted hace inversiones de largo plazo en beneficio del fabricante, ustedes tienen en consideración en algún momento y dada la experiencia que tienen con el fabricante de que hay una renovación de ese contrato que le permite hacer esas inversiones en el largo plazo?*
>
> *SR. FUSE: Le podría responder que sí, hay un entendimiento, por lo menos una convicción de que eso va a suceder, eso no se podría decir de manera diferente, por lo cual se hace inversiones, además que esas inversiones de alguna manera vienen a fortalecer esa relación y vienen a asegurar esa renovación del contrato, en alguna medida hay un tácito entendimiento que la renovación de ese contrato se da en la medida en que se cumplan una serie de condiciones, una serie de objetivos, una serie de indicadores …".*

Gonzalo Aristizábal Kaiser, Representante Legal de Auto Grande, ante la pregunta de la Convocante de si la Fábrica "le manifestó que tuviera algún tipo de cuidado con el término de inversión teniendo en cuenta el término del contrato", contestó que no, e ilustró el riesgo inherente con la siguiente analogía[139]:

> *"Que yo lo haya manifestado no, pienso que es como cuando usted se pone a comprar un apartamento, compra un apartamento y tiene una inversión porque tiene un puesto, que lo vayan a botar mañana es otra cosa, pero usted tiene el puesto, usted piensa y hace la inversión a futuro porque usted va a seguir trabajando en este asunto, como dice el cuento, si soy un empleado o trabajo en una Compañía y estoy haciendo bien mi trabajo y estoy haciendo las cosas como debe ser pues a mí no me va a botar".*

Carlos Alberto Montoya, Representante Legal de Continautos, declaró[140]:

---

[137] Testimonio del señor Fernando Rueda Donado. Cuaderno de Pruebas No. 20, folio 758.
[138] Testimonio del señor Andrés Fuse Pimienta. Cuaderno de Pruebas No. 20, folio 370.
[139] Testimonio del señor Gonzalo Aristizabal Kaiser. Cuaderno de Pruebas No. 20, folio 50 anverso.
[140] Testimonio del señor Carlos Alberto Montoya. Cuaderno de Pruebas No. 20, folio 471.

Pregunta de la Convocante: "*Usted diría que desde la perspectiva de la práctica y la experiencia que tiene en los concesionarios, esa renovación, es de alguna manera un privilegio o es una concesión especial o realmente un derecho que se ha ido construyendo a favor de los concesionarios, cómo lo percibe usted?*

R. MONTOYA: Lo percibo como un negocio, el que quiera hacer negocios con GM y quiera invertir es bien recibido si cumple con las condiciones que GM está poniendo sobre la mesa y alguien las quiere tomar se toman, cuando uno monta un negocio uno trata de seguirlo ejecutando. (….)

DR. MARTÍNEZ: Qué explica desde el punto de vista empresarial que un hombre de negocios, prudente, diligente, haga inversiones a 7 años con contratos de concesión a 3 años, por qué usted entiende que esto se lleva a cabo normalmente?

SR. MONTOYA: Eso ha sido como una constante en el negocio, como lo expliqué la renovación del contrato es sencilla y fácil dentro del derecho, se hacen las inversiones a los años y también corre el riesgo que no pueda salir adelante, pero es un riesgo que usted asume".

Oscar Alejandro Machado Toro, Gerente General de Distoyota, declaró:[141]

Pregunta de la Convocante*: DR. SOLORZA: … ¿si le entendí bien ha manifestado usted que en la medida en que se cumplieran las condiciones del contrato y se operara bien, se tiene la certeza de que el contrato seguiría operando y en esa medida eso explica el por qué se hacen inversiones a largo plazo?*

SR. MACHADO: Yo creería que uno la certeza en los negocios nunca la tiene porque también hay voluntades de parte y parte y hay muchas cosas que no necesariamente son certezas, si a mí me dieran la certeza simplemente me hubieran firmado un contrato por 20 años, lo cual no ocurrió, tenemos un mínimo riesgo de que eso pueda ocurrir, por cualquier otra circunstancia, porque llegó un funcionario de un nivel X a la fábrica o porque hubiera pasado cualquier cosa, pero claramente en sentido estricto sí había un mínimo riesgo, una relación de 47 años, estábamos cumpliendo, nos estaba yendo bien, inviértalo, mínimo riesgo, sí, certeza, no podría decirle yo que tuviera certeza.

…

"DR. SOLORZA: Teniendo en cuenta lo que nos ha dicho, ¿si Distoyota realizaba su labor y su operación de manera diligente, se encontraba dentro de los estándares que pedía la fábrica, consideraban que la renovación de ese contrato que usted nos ha dicho que ha sido desde el 67 acá, ha sido un privilegio o ha sido u favor que les hace la fábrica o es más bien un derecho que ustedes se ganaron por hacer las cosas bien?

SR. MACHADO: No, me está poniendo a juzgar algo que yo no sabría juzgar, no tengo ni idea, simplemente lo que le puedo decir es que me refiero a los hechos, nunca hubo un llamado durante mi gestión en los últimos años y siempre hubo un contrato de distribución y siempre hubo una actitud de respuesta frente a un pedido y frente a una solicitud de vehículos, pero juzgar yo si era un derecho o no era un derecho, no me queda, no podría yo decirle a usted".

Álvaro Chaves Ramírez, Representante Legal de Automotores San Jorge, a la pregunta sobre la reducción del término de su contrato, tal como la que se registró en el presente caso, contestó[142]:

"… tampoco me ha molestado cuando me bajaron de 3 años a 1 año, ni siquiera les pregunté ustedes me están castigando, no, yo vi como una oportunidad de tranquilizarme y decir yo puedo buscar otra marca con calma y uno inteligentemente puede moverse en un año y puede inteligentemente montar en un año fácilmente un concesionario. Pero como digo yo no he tenido problema, contrato no, a mí nunca me han presionado, nunca me han dicho nada, creo que cuando le bajan es una

[141] Testimonio del señor Oscar Alejandro Machado Toro, Cuaderno de Pruebas No. 20, folio 580.
[142] Testimonio del señor Álvaro Chaves Ramírez, Cuaderno de Pruebas No. 20, folio 498.

oportunidad para uno, porque uno no tiene comprada la concesión, la concesión se la pueden quitar…"

De ninguna de las declaraciones de estos seis empresarios se desprende que ellos tienen el "derecho" a que les renueven su contrato. Lo que tienen es una expectativa sujeta a una serie de condiciones.

Sin embargo, para el Tribunal lo relevante en cuanto al punto de derecho que se examina, es subrayar la variedad de prácticas descritas por los testigos en torno a la renovación de sus contratos. Esa variedad lleva al Tribunal a la conclusión de que no se probó que exista una costumbre que cumpla el requisito del Artículo 3 del Código de Comercio de que se base en hechos "uniformes", entendiendo por "uniformes", en las palabras de la propia Convocante, que sean "objetivamente idénticos a sí mismos, ni siquiera similares**".**

4.7 LA RENOVACIÓN DEL CONTRATO SEGÚN LA DOCTRINA

4.7.1 La doctrina nacional

Dado que, como se ha dicho, el contrato de concesión mercantil no está tipificado en Colombia ni en la mayor parte del mundo, la doctrina suministra un complemento muy importante para definir sus perfiles.

En Colombia, la jurisprudencia no se ha ocupado mucho del tema de la renovación de contratos de concesión mercantil. Sin embargo, en sentencia de 30 de agosto de 2011[143], la Corte Suprema de Justicia consagró consideraciones sobre la duración, renovación y terminación de los contratos de derecho privado.
El contrato examinado en este caso no era de concesión mercantil, sino versaba sobre la afiliación de vehículos, y el tema debatido no era la existencia de un derecho a la renovación del contrato, sino la validez de una cláusula que obligaba a las partes a renovar indefinidamente un contrato a menos que las dos partes estuvieran de acuerdo en no renovarlo: así, "al exigirse el consentimiento de las partes, una puede rehusarlo prolongando al infinito la relación contractual en notorio detrimento de la otra". No siendo un precedente estrictamente aplicable a este caso, sus aportes doctrinarios son, de todas maneras, de interés.

"Las partes podrán acordar la renovación o prórroga, preverla, excluirla o condicionarla, en cuyo defecto, la llegada del término definido per se termina el contrato. Particular importancia reviste la ejecución práctica del contrato por conducta concluyente después del plazo (tácita reconducción) y la cláusula contractual de renovación o prórroga, expresa o tácita, con duración precisa, determinada o sin ésta.

Renovación (de renovatio,-onis), es acción y efecto de renovar (de renovare), hacer de nuevo algo, modificar o sustituir, y prorrogar (de prorrogare), continuar algo por tiempo determinado.

La renovación no se confunde con la prórroga del contrato, "el renovado es uno nuevo". (….)

"La Corte admite la eficacia de las [cláusulas] atañederas a la exclusión de prórrogas en contratos de duración como el de agencia comercial cuando "como cláusula accidental del contrato, se pacta que puede darse por terminado en forma anticipada, o no prorrogarse por un término igual al inicialmente convenido, siempre y cuando se dé aviso a la otra contraparte con la debida anticipación, es claro entonces que el ejercicio por una de las partes de esta facultad no puede, ni de lejos, constituir abuso del derecho" (cas. civ. sentencia de 31 de octubre de 1995, CCXXXVII, 1269), donde "la estabilidad nunca puede asimilarse a perpetuidad o permanencia, porque esta característica no se opone a una vigencia temporal del

[143]CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia 11001-3103-012-1999-01957-01 de fecha 30 de agosto de 2011. M.P. William Namén Vargas.

contrato" ni a estipular plazo "que además de constituir una ley del contrato tiene origen en la voluntad de sendas partes, pues son ellas, quienes dentro del ámbito de su autonomía y de la libertad contractual, deciden la estipulación del mismo" (cas. civ. sentencia de 20 de octubre de 2000, exp. 5497), y aún "habrá casos en que, pese al plazo de duración que inicialmente haya sido acordado para el agenciamiento, podrán los contratantes ponerle fin a la relación negocial, si se presenta una de las especiales y excepcionalísimas circunstancias que –ex lege- habilitan la terminación" (cas. civ. sentencia de 28 de febrero de 2005, exp. 7504)".

4.7.2 La doctrina extranjera

Reviste gran interés la doctrina extranjera, especialmente la de aquellos países, como Francia, España y Argentina, que, además de haber tenido una larga influencia jurídica en Colombia, llevan muchos años debatiendo los problemas relativos específicamente al contrato de concesión para la distribución de vehículos.

La tratadista española Teresa Puente Muñoz, en su obra *El Contrato de Concesión Mercantil*[144], señala que los contratos de concesión terminan por las siguientes causales:

> *"[las] comunes a todos los contratos: cumplimiento del término, cuando se estableció; resolución por incumplimiento de algunas de las obligaciones del concedente y del concesionario. La muerte de una de las partes, pues es un contrato intuitu personae. Pero, además, ya hemos visto cómo es muy frecuente que este contrato concluya por dos causas típicas del mismo: la denuncia del contrato, derecho ejercitado generalmente por el concedente, en particular, cuando es de duración indefinida. Y la no renovación cuando en el contrato, pactado por períodos de duración muy breves, aparece este derecho de renovación como una facultad concedida al concedente".*[145]

Según Puente Muñoz, ni en España ni en Francia los concesionarios de vehículos tienen derecho a la renovación de sus contratos. La no renovación es un riesgo propio de este negocio.

> *"El concesionario es un empresario independiente que juega con el alea de la no renovación, que conoce al tiempo de concluir el contrato y debe entonces prever. Y que sabe que, en definitiva, la renovación depende de él mismo, de la eficacia de su gestión. En este sentido, en principio la jurisprudencia francesa ha sostenido que la negativa a la renovación no significa un abuso del derecho por parte del concedente, sino simplemente el ejercicio de una facultad suya.*
>
> *Ello no obstante, algunos autores han pretendido sostener que el derecho a la renovación del contrato es una nota típica de la concesión mercantil, así Cassel. Pero esto no sería en ningún caso sostenible en Derechos como el español, en donde no hay regulación ninguna del contrato, ni norma en la que pueda fundamentarse esa pretensión.*
>
> *Cosa distinta es que, pactado el derecho a la renovación del contrato, se deje a la voluntad unilateral del concedente el no renovarlo, porque nada se opone a la licitud de este tipo de pactos".*[146]

En cuanto a Francia, la autora trae una cita contundente del tratadista Champaud:

> "*El concesionario no tiene derecho a la renovación del contrato*".

En Argentina, el profesor Osvaldo J. Marzorati, señala en su obra *Sistemas de Distribución Comercial* [147], que es precisamente en la búsqueda por parte del concesionario de una

---

[144] PUENTE MUÑOZ, TERESA, *El Contrato de Concesión Mercantil,* Editorial Montecorvo S.A., Doctor Esquerdo, 47, Madrid-28, 1976.
[145] Ibídem, página 221.
[146] Ibídem, página, 167.

mayor seguridad jurídica "donde se suelen plantear los conflictos entre concedente y concesionarios". Al respecto explica:

> *"No es de extrañar que, entonces, al pretender el concesionario afianzar y ampliar los derechos que el concedente le otorgó, las diferencias entre ambos, al romperse la relación de confianza, sean severas y agrias. Las disputas más corrientes no provienen del incumplimiento de las obligaciones previstas como condiciones generales de los contratos de concesión, sino de ciertas características generales de estos, que son resentidas por los concesionarios, como la duración de la concesión, su revocación y la indemnización debida al concedente en caso de terminación o rescisión anticipada".*[148]

Sobre la corta duración de las concesiones comenta Marzorati:

> *"En la práctica es habitual determinar [para el contrato de concesión mercantil] un plazo muy breve y, además, una renovación tácita por períodos. Pero con posibilidad para las partes de denunciarlo en un término establecido, por ejemplo, comunicando su decisión un mes antes de finalizado cada período, o bien la concesión puede ser de mayor duración, en cuyo caso el concedente se reserva el derecho de revocarlas en cualquier momento".* [149]

En cuanto a la renovación, agrega Marzorati:

> *"…nadie –a nuestro juicio—puede verse obligado a renovar un contrato con un cocontratante del que no esté satisfecho. Ello crearía una severa limitación a su autonomía jurídica y a su independencia patrimonial. … Al contratar, el concesionario aceptó que la relación era por un plazo breve: ergo, no puede pretender, al concluir el convenio de acuerdo con lo anticipado, tener más derechos que al celebrar su contrato. Dura lex, sed lex, han fallado los tribunales franceses".*[150]

Y en cuanto a los tribunales franceses, señala Marzorati:

> *"[Estos han] sostenido firmemente el derecho del concedente de no renovar el contrato, habiendo declarado que la no renovación no constituye un abuso del derecho, sino una facultad contractual. En España se ha planteado y resuelto que, de no existir una cláusula en tal sentido, no existe norma que permita fundar esa pretensión".*[151]

La conclusión inevitable a la cual se llega tras analizar esta doctrina es que si se deseara en Colombia que los concesionarios de vehículos tuvieran el derecho a la renovación de sus contratos, sería necesario, o bien que lo pacten expresamente, o bien que se consagre este derecho en la ley.

4.7.3 Renovación de contratos sucesivos

Los países que han tipificado el contrato de concesión, como Bélgica y Brasil, le han otorgado especial protección al concesionario: si su contrato se renueva, se convierte en contrato de duración indefinida.

En 1986, la Unión Europea[152] estableció lo mismo para los contratos de agencia:

> *"Los contratos de duración limitada que sigan siendo ejecutados por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto, se considerarán transformados en contratos de duración ilimitada*".

El nuevo Código Civil y Comercial de Argentina adoptó la misma fórmula, pero atenuada:

---

[147] MARZORATI, Osvaldo J., *Sistemas de Distribución Comercial,* Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 2011.
[148] Ibídem, página 171.
[149] Ibídem, página 171.
[150] Ibídem, página 173.
[151] Ibídem, página 173.
[152] Artículo 14 de la Directiva (86/653/CEE) de 18 de diciembre de 1986.

> *"La continuación de la relación después de vencido el plazo determinado por el contrato o por la ley, sin especificarse antes el nuevo plazo, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado".*

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia ya citada de 30 de agosto de 2011[153], consideró que "*la celebración de contratos sucesivos entre las mismas partes respecto del mismo objeto, suscitan cierta dificultad"* pero rechazó tajantemente que por esa circunstancia se convirtieran en contratos a término indefinido:

> *"Más compleja es la renovación, por cuanto implica una modificación del contrato, que podrá versar sobre el plazo, y la celebración continua o repetida de contratos encadenados donde a uno de duración definida sucede otro formalmente diferente, pero idéntico en su contenido, en veces, celebrado en fraude a la ley para eludir normas imperativas o evitar la conversión, situación que debe analizarse por el juzgador dentro del marco concreto de circunstancias.*
>
> *(…) Más, la renovación o prórroga automática acordada expresamente por las partes por un período idéntico al inicial, lo mantiene e impide la transformación del contrato de término definido a indefinido, y en todo caso, a cada parte asiste el derecho e interés legítimo para enervar, denunciar o terminar unilateralmente el contrato por las causas legales o contractuales".*

Más adelante agrega:

> *"Salvo expresa, clara e inequívoca previsión normativa o negocial, las cláusulas de renovación o prórroga automática de los contratos de duración definida no los convierte en de duración indefinida. El efecto fundamental de estas cláusulas, excluye la conversión o transformación del contrato, que en la prórroga subsiste sin perder su naturaleza por un período idéntico al inicial, y en la renovación implica alguna modificación. La prórroga sin previsión de tiempo igual al inicial, las prórrogas más allá de las permitidas por ley, cuando ésta señala un límite máximo, y la celebración de contratos sucesivos entre las mismas partes respecto del mismo objeto, suscitan cierta dificultad. La prórroga automática pactada por un período igual al primario, de entrada impide la conversión del contrato celebrado a plazo definido en indefinido, y la carente de indicación, podrá depurarse mediante la interpretación del mismo contrato, porque éste continúa, pervive igual".*

Agrega la Corte que cuando un contrato es a término indefinido, o cuando es a término definido pero se ha venido renovando sucesivamente, la parte que opta por ponerle fin o por no renovarlo debe, en virtud de principios superiores, dar un preaviso a la otra.

Al respecto dice:

> *"El preaviso advierte la decisión unilateral de terminar el contrato al expirar su término, la posibilidad de adoptar medidas de mitigación o evitación del daño a la otra parte, y cuando no lo erige la ley o el pacto, deriva de la buena fe, lealtad o corrección y la exclusión de abusos, aplicando el tiempo proporcionado, justo, razonable, ponderado, o congruo, según la relación, antigüedad, confianza, continuidad, función, utilidad e interés de las partes".*

Regresando al caso actual, el Contrato entre GM y LOS COCHES no exige preaviso cuando la relación contractual termina por expiración del plazo pactado. Pero sí lo exige en tres casos (ya citados):

1) Un preaviso de 30 días cuando el contrato termina por incumplimiento grave del concesionario.
2) Un preaviso de tres meses cuando el contrato termina por otro tipo de incumplimiento del concesionario.

---

[153] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia 11001-3103-012-1999-01957-01, de 30 de agosto de 2011. M.P. William Namén Vargas.

3) Un preaviso de dos meses[154] cuando el contrato termina anticipadamente por decisión unilateral de cualquiera de las Partes.

Se exige el preaviso, entonces, cuando el Contrato se termina en forma anormal y no cuando se termina normalmente. Sin embargo, aún si se termina normalmente, hay que recordar que el primer contrato con LOS COCHES se inició el 15 de junio de 1978 y que de ahí en adelante se renovó sucesivamente, mediante 15 contratos distintos, hasta su terminación el 27 de febrero de 2013.

Surge entonces la pregunta de si GM estaba obligada a dar un preaviso. Aunque este punto no se debatió en el Proceso, el Tribunal considera conveniente analizarlo.

Para empezar, hay que volver a recalcar que la concesión mercantil no está tipificada en la ley colombiana. Sin embargo, el Contrato expresa que en lo no previsto en él "se acudirá en especial a las reglas del Contrato de Suministro sentadas en los artículos 968 y siguientes del Código de Comercio, en concordancia con las normas aplicables a los contratos de compraventa consignadas en el mismo Código de Comercio".

El Código de Comercio contiene una norma especialísima sobre la terminación del contrato de suministro, el Artículo 977, que dice: "*Si no se hubiere estipulado la duración del suministro, cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato, dando a la otra preaviso en el término pactado o en el establecido por la costumbre o, en su defecto, con una anticipación acorde con la naturaleza del suministro".*

Aunque este Artículo no es aplicable al Contrato entre GM y LOS COCHES porque no era a término indefinido, conviene explorar cuál sería un preaviso razonable en un contrato de concesión de vehículos. Sobre este tema hay tres posiciones de la doctrina extranjera[155]:

(a) Para algunos, la duración inicial del contrato debe presumirse pactada por un término que permita al concesionario recuperar su inversión. Los contratos de concesión de automotores se caracterizan porque requieren importantes inversiones para montar el negocio. Por lo tanto, el concesionario presume que, si todo marcha bien, el contrato será renovado por lo menos hasta que el concesionario pueda recuperar su inversión. [156]

(b) Para otros, "a mayor plazo de vigencia del contrato corresponde un mayor plazo de preaviso". En un caso decidido en Argentina se consideró que "cuando un contrato sin plazo se ha extendido más de veinte años", la cláusula inicial que había previsto un preaviso de 60 días, se había tornado, en virtud del principio de la buena fe "… en intempestiva o inadecuada por abusiva…". Por esa razón el Tribunal entendió que el plazo pactado "debía extenderse a doce meses". [157]

(c) Otros afirman lo contrario: a mayor extensión del contrato, menor el plazo del preaviso. "Ocurre que un contrato extendido a lo largo de muchos años le otorga al concesionario la posibilidad cierta de recuperar la inversión y de obtener lucro. En consecuencia, el contrato habrá cumplido sus fines. Al concesionario se le deberá dar el tiempo razonable para reorganizarse, aspecto no necesariamente condicionado por la antigüedad del vínculo". [158]

Para Marzorati "el alargamiento del plazo [del preaviso] no puede ser infinito, puesto que, si es legítimo poner fin a un contrato de duración sin expresión de causa, parecería que un plazo proporcional sería desmesurado, por lo que el de un año como máximo sería un plazo razonable para contratos de más de diez años de duración,"

La opinión de Marzorati fue expresada en el 2011, antes de la adopción del nuevo Código Civil y Comercial argentino. El Proyecto de código que durante años se discutió en Argentina, contemplaba un plazo de un mes por cada año del contrato, pero con un tope máximo de seis meses. En la versión final del Código ese tope fue eliminado.

---

[154] En los contratos anteriores, celebrados a 3 años, este preaviso era de 6 meses.
[155] LLOBERA HUGO O. H., *Contrato de Concesión Comercial,* Editorial Asprea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2006.
[156] Ibídem, página 288.
[157] Ibídem, Página 291.
[158] Ibídem, Página 292.

La Directiva (86/653/CEE) de 1986 de la Unión Europea[159] define con precisión el plazo del preaviso requerido para terminar unilateralmente un contrato de agencia que se ha transformado en contrato de duración ilimitada: tres meses, cualquiera sea la duración del contrato. Así, el preaviso debe ser de "un mes para el primer año del contrato, de dos meses para el segundo año, de tres meses para el tercer año y para los años siguientes". Este término se puede extender a seis meses: "Los Estados miembros podrán fijar el plazo de preaviso en cuatro meses para el cuarto año del contrato, en cinco meses para el quinto año y en seis meses para el sexto año y los años siguientes".

En síntesis:

1) En los países que han legislado sobre los contratos de concesión (i.e. Bélgica y Brasil) se ha establecido que los que se celebren a término definido, al continuar después de dicho término se convierten en contratos de duración indefinida. La Comunidad Económica Europea establece lo mismo para los contratos de agencia mercantil. Argentina en 2015 adoptó este principio pero sólo para los contratos de concesión que se renueven "sin especificarse antes el nuevo plazo".

2) En los países examinados, incluyendo Colombia, la ley permite terminar unilateralmente un contrato de duración indefinida, siempre y cuando se dé un preaviso prudencial a la otra parte.

3) La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 30 de agosto de 2011[160], que en forma tangencial se refirió al tema, rechaza el principio de que los contratos a término definido que se renueven se convierten en contratos a término indefinido, pero considera que el principio de la buena fe impone un preaviso prudencial cuando el contrato se ha venido renovando sistemáticamente en el pasado. La Corte sin embargo no definió qué se entendería por término prudencial del preaviso ni cuál sería la consecuencia si el término no fue adecuado.

4) El último Contrato entre GM y LOS COCHES se celebró por el término fijo de un año, que expiró el 27 de febrero de 2013. Como las Partes no acordaron su renovación, el contrato llegó a su fin, no por incumplimiento de LOS COCHES ni por decisión unilateral de GM, sino por acaecimiento del término pactado. A pesar de que el contrato no exigía preaviso o formalidad para la terminación por vencimiento del plazo, GM notificó a LOS COCHES con cinco y medio meses de anticipación su decisión de no renovar el Contrato.

5) La relación comercial de GM y LOS COCHES se prolongó durante casi 35 años, del 15 de junio de 1978 hasta el 27 de febrero de 2013, lapso durante el cual se suscribieron 15 contratos sucesivos. En el presente proceso no se debatió si en virtud de lo anterior era legalmente obligatorio para GM dar un preaviso. Tampoco si el preaviso que efectivamente dio cumplió el requisito de tener una anticipación razonable.

6) No obstante, el Tribunal considera que el preaviso dado por GM está en línea con lo que se considera razonable según la práctica internacional, más si se tienen en cuenta las circunstancias especiales que rodearon la terminación del Contrato, que se analizan en detalle en el Capítulo 4.9 ("Violación de los deberes secundarios y la buena fe").

Por las razones expuestas, el Tribunal habrá de declarar que no prospera la Segunda Pretensión Principal --que "se declare que la decisión de la Parte Convocada de 'no renovar el contrato' existente entre GENERAL MOTORS - COLMOTORES S.A. y LOS COCHES, adoptada durante la vigencia del mismo, constituye un incumplimiento del contrato suscrito entre las Partes el 24 de febrero de 2012"-- ni sus consecuenciales, y así se declarará en la parte resolutiva del laudo. Por las mismas razones, declarará en el Laudo probada la excepción formulada por la Convocada denominada "Cumplimiento del contrato de 24 de febrero de 2012 por parte de GM COLMOTORES".

4.8 EL ABUSO DEL DERECHO

[159] Directiva de la Unión Europea (86/653/CEE) de 18 de diciembre de 1986.
[160] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia 11001-3103-012-1999-01957-01 de 30 de agosto de 2011. M.P. William Namén Vargas.

4.8.1 Noción del Abuso del Derecho

Corresponde al Tribunal analizar la pretensión Subsidiaria de la Segunda Pretensión Principal**:** que se declare que la decisión de la Parte Convocada de no renovar el contrato en mención "*constituye un abuso del derecho, en los términos del artículo 830 del Código de Comercio*"

Tanto la Convocante como la Convocada citan y trascriben importantes aportes doctrinarios de la jurisprudencia y la doctrina para analizar en qué consiste la noción del abuso del derecho, sobre la cual la literatura jurídica es amplia, rica y variada. A los efectos de este Laudo, las siguientes citas se consideran suficientes para puntualizar el tema:

1) Del Maestro Arturo Alessandri Rodríguez[161]:

> "*…hoy se la utiliza también para controlar el goce y ejercicio de los derechos derivados de los contratos, a fin de que en este ejercicio no sea ilícito o ilegítimo e impedir así que los contratantes se sirvan de los derechos que los contratos crean con una finalidad distinta de aquella para la cual estos fueron pactados…".*

2) De la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 19 de octubre de 1994[162] invocada por la Convocante:

> *"Siempre que exista entre determinadas personas un nexo jurídico, están obligadas a no defraudar la confianza razonable del otro, tratando de comportarse tal como se puede espera de una persona de buena fe".*

3) De la misma Corte, en sentencia fechada el 9 de agosto de 2000[163], invocada también por la Convocante:

> *"Así, pues, es preciso destacar que aquellas actividades protegidas por el derecho que se ejecuten anómala o disfuncionalmente, motivadas por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos que se aparten de los fines económicos-sociales que les son propios, deben considerarse como abusivas y, subsecuentemente, generadoras de la obligación indemnizatoria, como igualmente lo son aquellas que comportan el ejercicio malintencionado e inútil del derecho subjetivo".*

4.8.2 Argumentos de las partes y análisis del tribunal

(A) Posición de la Convocante

Para la Convocante, la decisión de GM de no renovar el contrato con LOS COCHES al vencimiento del término constituyó un abuso del derecho:

> *"... tal como se demuestra con suficiencia en el presente proceso, la función económica y social del derecho a no renovar o no prorrogar el contrato con LOS COCHES por parte de GM era la de desligarse del concesionario en caso de que incurriera en fallas de extrema gravedad en su gestión de intermediación, situación que no ocurrió con mi poderdante. El anterior entendimiento fue edificado por Las Partes, quienes durante 35 años prorrogaron su relación comercial bajo ese entendido.*
>
> *En consecuencia, desconociendo la función económica y social de su derecho a la no renovación o prórroga del contrato, la Parte Convocada decidió ejercerlo con fundamento en una motivación ilegal: imponer un castigo a la OAL[164] por su decisión de comercializar en Colombia vehículos de la marca MG.*

---

[161] ALESSANDRI RODRÍGUEZ Arturo, *El Contrato Dirigido*, Santiago de Chile, 1942, citado en la sentencia a que se refiere la nota siguiente.
[162] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia No. 125 de 19 de octubre de 1994, Exp. 3972, M.P. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.
[163] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de agosto de 2000, Exp. 5372, M.P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles.
[164] Organización Ardila Lülle.

Así las cosas, la prerrogativa legítima de abstenerse de renovar el contrato se utilizó de manera abusiva, contrariando su razón de ser, con la única finalidad de causarle perjuicios a LOS COCHES mediante la privación del contrato con GM".[165]

(B) Posición de la Convocada

La Convocada argumentó que "*la terminación de un contrato por acaecimiento de su plazo no constituye abuso del derecho, tal y como lo confirma la doctrina probable de la CSJ al respecto*".
Para demostrar la doctrina probable, la Convocada citó, explicó y trascribió apartes de más "*de tres de sus sentencias de casación, todas ellas anteriores al laudo arbitral que proferirá el H. Tribunal, que [demuestran que] la terminación de un contrato por expiración de su plazo no constituye abuso del derecho".*

El segundo argumento de la Convocada en contra del cargo de abuso del derecho, es que "*LOS COCHES no logró demostrar un supuesto propósito proclive de GM Colmotores a agraviarle o causarle un perjuicio con la decisión de no renovar el contrato".*

Para la Convocada, GM ejerció su derecho a no renovar el Contrato "*dentro de su destinación económica y social, sin ánimo ni culpa de agraviar a LOS COCHES y persiguiendo un fin legítimo, de manera que no se configura en este caso el pretendido abuso del derecho*". [166]

(C) Análisis del Tribunal

La motivación que tuvo GM para no renovar su contrato con LOS COCHES quedó claramente explicada en el Acta 516 de la Junta Directiva de GM celebrada el 17 de septiembre de 2012:

"Tomó la palabra el Vicepresidente Comercial Humberto Gómez Campusano, e informó a la Junta que a pesar de varias conversaciones con las directivas y accionistas de Los Coches, se confirmó que hay concepciones muy diferentes en cuento al modelo del negocio por parte de GM Colmotores y del concesionario Distribuidora Los Coches la Sabana S.A.

La Junta Directiva reflexionó sobre la inconveniencia de esta situación, teniendo en cuenta que la misma pone en riesgo la privacidad de la información relativa a las estrategias y los planes comerciales de la marca CHEVROLET en beneficio de la Competencia y más preocupante aún, vulnera el espíritu de cooperación, confianza y seguridad que constituye la base fundamental de la relación comercial objeto del contrato suscrito".[167]

Aunque GM decidió dejar que el Contrato expirara a la terminación del plazo pactado, conviene recordar que la Cláusula 9.1 (A) (Terminación Unilateral) consagra el derecho de cualquiera de las Partes de poner fin unilateralmente al Contrato mediante un preaviso de dos meses. GM hubiera podido invocar esa cláusula para terminar el Contrato con varios meses de anticipación al vencimiento del término. El no hacerlo fue, para GM, una demostración de su buena fe y de su propósito de manejar la terminación de su relación comercial con LOS COCHES de manera que le causara el mínimo perjuicio posible.

Así lo declaró el Vicepresidente Jurídico de GM, doctor Santiago de Francisco:

"Cuando se lleva a la junta el tema y me preguntan a mí, si digo que termino el contrato por un incumplimiento, tengo que entrar a asumir yo la carga de la prueba, demostrar y entrar en un litigio, en nuestro caso estamos en el mismo litigio, pero es muy distinto decir, yo decidí no renovar, a decir, yo le estoy terminando a usted porque hizo esto y esto. Digamos que de alguna manera eso demuestra aún más la

[165] Alegato de Conclusión de LOS COCHES, Página 191.
[166] Alegato de Conclusión de GM, Página 180.
[167] Acta de Junta Directiva No. 516 de GM de 17 de septiembre de 2012. Cuaderno Principal No. 3, folios 278-279.

> *posición de la Fábrica en términos de haber tratado hasta el último momento de salvar esa relación comercial…".*[168]

Cabe, entonces, formular la pregunta básica: ¿GM hizo esfuerzos de buena fe para arreglar sus diferencias con LOS COCHES?

Para el Tribunal quedó demostrado que sí los hizo, y pasa a explicar por qué.

Dentro de estos esfuerzos hay que destacar que GM buscó diversas fórmulas para que la Organización Ardila Lülle pudiera aumentar su volumen de negocios, pero sin salirse de la red de concesionarios de GM. Para tal fin promovió que dos concesionarios de la red, muy bien posicionados en la misma pero que, por razones familiares, se querían salir del negocio, le vendieran sus respectivas concesiones a la Organización Ardila Lülle. Además ofreció ampliar la gama de vehículos que podría distribuir LOS COCHES, y la invitó a explorar una inversión en el Perú.

La Convocada explica en mayor detalle esos esfuerzos:

> *"(i) Santiago Chamorro de GM COLMOTORES puso en conocimiento de LOS COCHES la alternativa de adquirir el 50% del concesionario Campesa de la red Chevrolet en la ciudad de Bucaramanga.*
>
> *(ii) Santiago Chamorro de GM COLMOTORES puso en contacto a LOS COCHES con el concesionario Andar de la red Chevrolet en Medellín, para que LOS COCHES adquiriera dicho concesionario.*
>
> *(iii) Santiago Chamorro de GM COLMOTORES ofreció a LOS COCHES la posibilidad de establecer una operación Premium Chevrolet en la ciudad de Bogotá.*
>
> *(iv) Mauricio Becerra, vicepresidente comercial de GM COLMOTORES para la época, invitó a Ricardo Salazar de LOS COCHES a visitar Perú para explorar la opción de establecer un concesionario Chevrolet en dicho país".*[169]

Además de ello, en una propuesta que para el Tribunal merece mención especial, la General Motors sugirió a LOS COCHES que, si lo que quería la Organización Ardila Lülle era representar los carros Morris Garages (MG) fabricados por la empresa china SAIC, lo podía hacer dentro de la red, pues, dado que General Motors era socio en la China de SAIC, GM podría ser la importadora de esos vehículos y LOS COCHES su comercializadora en Colombia.

El Dr. Jaime Ardila, Presidente de General Motors para América del Sur, lo explicó así:

> *"SAIC es el mayor socio de General Motors en China, han sido socios nuestros desde que llegamos a China y como ocurre dentro de la legislación china, todo allá es 50 y 50, es decir, nosotros somos dueños del 50% y ellos son dueños del 50%...*
>
> *(…) [En la reunión celebrada en Sao Pablo en junio de 2012 con Ricardo Salazar, Presidente de LOS COCHES] le dije: Ricardo qué le parece si nosotros para evitar que haya una preocupación de parte de General Motors por todo lo que he explicado, nos hiciéramos nosotros mismos los distribuidores de esta marca que a mí francamente a mi esta marca no me interesa porque es una marca muy pequeña y no tengo realmente el menor interés en ser dueño de esto, pero para tratar de ayudar nosotros nos hacemos los distribuidores y Los Coches comercializan la marca a través de otra entidad legal y de otro grupo y todo esto, pero con General Motors atrás ocupándose de toda la parte de infraestructura, la parte logística, etc.; a Ricardo le pareció muy buena la idea, por lo que recuerdo, ese es mi recuerdo del contacto y me dijo que iba a consultar con el doctor Carlos Julio [*Ardila, vocero de la Organización Ardila Lülle en esta negociación].

---

[168] Testimonio del señor Santiago de Francisco. Cuaderno de Pruebas No. 20, folio 589.
[169] Alegato de Conclusión de GM, página 186.

> *Un tiempo después, pero no puedo decir exactamente cuánto tiempo, cuando yo estaba en estas conversaciones con la gente de China, supe a través de Jorge Mejía, nuestro Presidente aquí, que al doctor Carlos Julio no le había parecido una buena idea, que no creía que fuera oportuno, que quería seguir adelante con su plan de todas maneras porque no era solamente esta marca, sino que él tenía la idea de trabajar con otras marcas también, o sea que todas maneras no iba a ser modelo que le sirviera y ahí yo paré mis contactos con la gente de China. Eso es lo que recuerdo".*[170]

Lo anterior demuestra que la conducta de GM no estaba dirigida a impedir que LOS COCHES vendiera en Colombia los vehículos Chinos. Más bien, estuvo inspirada en mantener la relación de confianza que GM había sostenido con LOS COCHES durante 35 años.

Para el Tribunal, la explicación que da LOS COCHES sobre esta propuesta, en el sentido de que lo que hizo GM fue "interferir" la negociación que adelantaba la Organización Ardila Lülle con SAIC con el fin de "apropiarse" de ese negocio, no tiene prueba alguna y no resulta comercialmente verosímil. General Motors es una de las compañías más grandes del mundo. Lleva más de 100 años fabricando una amplia gama de vehículos de gran reconocimiento en el mercado mundial. Pensar que una compañía de semejante tamaño y trayectoria estaría intrigando dolosamente para quedarse con el negocio de importar a Colombia unos carros Chinos, no resulta lógico. Y menos, si se repara en que el fabricante de esos vehículos era precisamente la socia de General Motors en la China.

Para el Tribunal, lo que demostró lo anterior, no es la mala fe de GM, sino, por el contrario, su genuino deseo de buscar una solución a sus problemas con LOS COCHES. Como lo declararon sus más altos funcionarios y lo ilustraron con ejemplos concretos, GM hizo hasta lo imposible para mantener vivo ese "matrimonio".

En definitiva, como en seguida se analizará, la razón fundamental de GM para no renovar su contrato con LOS COCHES es que perdió la confianza en la empresa.

El tema de la confianza tiene una enorme importancia en los contratos de concesión, como ha quedado mencionado:

> *"Podemos concluir que en el contrato de concesión mercantil, concedente y concesionario no tienen intereses contrapuestos, o que ambos tienen un mismo interés, vender, y les une una misma finalidad, organizar la venta de las mercancías o bienes objeto de la concesión. De aquí podemos concluir también que de la concesión mercantil surge una relación de colaboración entre dos personas que quieren vender; que esta relación entre las partes está teñida por el principio de la confianza, típico de esta clase de contratos".*[171]

En el caso actual, esa relación de confianza se resquebrajó cuando LOS COCHES anunció que, no obstante las reservas de GM, el Grupo Ardila de todas maneras iba a representar una marca competitiva. La posición del Grupo fue expresada por LOS COCHES en carta a GM fechada 1 de agosto de 2012:

> *"Inversionistas participantes en la denominada Organización Ardila Lülle, han tomado la decisión de importar la Marca de Vehículos MG. Esta decisión como cualquiera otra decisión empresarial, no debería tener mayor trascendencia si no fuera por las manifestaciones de rechazo expresadas por GM Colmotores a esta decisión, argumentando puntos de vista respetables pero no compartidos".*[172]

Para GM esta decisión significaba, invocando las palabras arriba transcritas, que dejaba de ser cierto que las dos compañías "no tienen intereses contrapuestos" o que "ambos tienen un mismo interés". Por el contrario, esta decisión significaba que la Organización Ardila Lülle pasaba a ser un rival en el campo de la venta de automotores en Colombia.

---

[170] Testimonio del señor Jaime Ardila. Cuaderno de Pruebas No. 20, folio 646.
[171] PUENTE MUÑOZ, Teresa, Op. Cit., página 89.
[172] Comunicación de LOS COCHES a GM del 1 de agosto de 2012. Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 35.

En ese campo, como se desprende del testimonio de Jorge Alejandro Mejía González, representante legal de GM, el negocio se venía poniendo cada vez más difícil: "… si mira el entorno competitivo en Colombia hoy en día competimos con 70 marcas más o menos, con más de 1300 modelos ofrecidos". Por esta razón, GM esperaba que cada uno de los integrantes de su red de concesionarios estuviera cada vez más comprometido en hacer el máximo esfuerzo a su alcance para lograr las metas trazadas por GM.

La nueva posición asumida por la Organización Ardila Lülle implicaba que la relación entre las dos partes ya no podría ser la misma.

Para empezar, agregó el señor Mejía, "el doctor Ricardo Salazar hacía parte de comités muy exclusivos, donde se definía la estrategia a mediano y largo plazo… para poder tratar de anticipar cuáles son las tendencias del mercado, las necesidades del consumidor y buscar un mejor negocio, mantener el buen negocio para todos y crecer".

Esa misma preocupación se la expresó a la Organización Ardila Lülle el señor Jaime Ardila, Presidente de GM para América del Sur, al relatar una reunión que tuvo en Cartagena el 12 de abril de 2012 con el señor Carlos Julio Ardila, vocero de la Organización:

> *"… también le expresé, para ser totalmente honesto, que me preocuparía mucho en esa mezcla con otras marcas, que ha sido siempre nuestra preocupación en todos los países, el que recursos y apoyo de General Motors se fueran a apoyar a la competencia, es decir, que cosas que nosotros le damos a los concesionarios, en términos de entrenamiento, en términos de descuentos comerciales, de política comercial, etc., pudiera pasar a manos de la competencia, porque si es el mismo equipo gerencial y es la misma gente los que están manejando, obviamente lo van fácilmente a utilizar como apoyo a marcas diferentes".*[173]

Lo anterior también se refleja en la declaración del Vicepresidente Jurídico de GM, doctor Santiago de Francisco:

> *"… se venían presentando dificultades en el tema de la visión que se tenía por parte de Los Coches sobre el negocio y la visión que tenía Colmotores … GM Colmotores tiene un modelo de negocio que considera que el concesionario, primero, por la calidad de la relación como lo decía antes, segundo, por el manejo de la información de los planes de comercialización, de los esquemas de comercialización, de las estrategias diseñadas por la Fábrica que debe concentrarse el concesionario en los vehículos de la marca Chevrolet o aquellos que la marca apruebe para que sean manejados también por el concesionario".*[174]

A lo anterior se agrega que GM no fue informado por LOS COCHES antes de la última renovación del Contrato en febrero de 2012 que la Organización Ardila Lülle ya había tomado la decisión de distribuir vehículos rivales, ya había llegado a un acuerdo con los fabricantes Chinos, e, incluso, ya había nombrado como representante legal de Los Autos[175], la compañía creada para comercializar esos vehículos, al propio representante legal de LOS COCHES, Ricardo Salazar.

El Dr. de Francisco declaró:

> *"La Fábrica obviamente hizo las investigaciones del caso, encontramos que Ricardo Salazar fue nombrado gerente cuando constituyeron la Distribuidora Los Autos desde noviembre/11, o sea, esto es incluso antes de que se hubiera firmado el último contrato de concesión con Los Coches. Ricardo Salazar era representante legal de la empresa con la que iba a competir con los productos de otras marcas, si eso no es un conflicto de intereses yo no sé qué es, y Felipe Cortes, el jurídico de Los Coches, era el primer suplente del representante legal…. Entonces realmente no había tal de que fuera una empresa distinta si el representante legal que maneja la concesión de Chevrolet está manejando, estamos con acceso a toda la información de La Fábrica y demás, o sea, lo que quiero decir es que se perdió la confianza y la confianza es un*

[173] Testimonio del señor Jaime Ardila. Cuaderno de Pruebas No. 20, folios 641 y 642.
[174] Testimonio del señor Santiago de Francisco. Cuaderno de Pruebas No. 20, folio 587.
[175] Certificado de Existencia y Representación Legal de Distribuidora Los Autos de Colombia S.A.S., Cuaderno Principal No. 3. folio 169.

> *factor fundamental para el negocio de distribución de vehículos … un negocio donde no exista esa confianza es un negocio que no se puede realizar, una cosa es un negocio esporádico que usted hace un día y otra cosa es una relación que se espera que tenga esa solidez y esa confianza".*[176]

Para GM, el descubrimiento de que el señor Ricardo Salazar venía actuando a sus espaldas en el doble papel de representante legal de LOS COCHES y de representante legal de Los Autos, fue lo que rompió definitivamente su confianza en LOS COCHES. Así lo declaró el Presidente de GM, señor Jorge Alejandro Mejía:

> *"… esto acababa de matar, un punto que es fundamental para nosotros en el negocio a nivel conceptual y que además está en el contrato de concesión, y es la confianza.*
>
> *Se nos dijo, a mí Ricardo Salazar hasta mayo – junio del 2012 me insistió que la Organización no había cerrado ningún contrato con nadie, que no había, que iba a ser esto manejado por una Organización completamente independiente y resulta que el doctor Ricardo Salazar era representante legal de la Compañía que él nos mencionó que iba a desarrollar ese otro negocio.*
>
> *Uno se pregunta cómo hay esa independencia y cómo se maneja el negocio de forma contable cuando el representante legal de las dos compañías que va a manejar el negocio es el mismo y el representante legal suplente también es el mismo, claramente estábamos caminando por un camino diferente, hacía un camino diferente y en este sentido un poco la filosofía de la Fábrica y por eso pudiendo tener condiciones claras de haber cancelado el contrato y el contrato lo permite".*[177]

Era tal la importancia que tenía para GM la persona de Ricardo Salazar, que el Contrato tiene una cláusula que establece:

> 4.2 *"… LA FÁBRICA conviene en este Contrato confiando en las cualidades y capacidades de RICARDO SALAZAR ARIAS como Representante Legal de EL CONCESIONARIO, en el compromiso de dicha persona con este Contrato, con la Misión, Filosofía y Valores de LA FÁBRICA, y en la garantía de EL CONCESIONARIO de que el Gerente General de EL CONCESIONARIO estará dedicado a la gestión global de la actividad de venta y posventa de Los Productos*.

Enterarse que durante meses ese Gerente General no estaba consagrado a la gestión arriba descrita sino que venía actuando también como representante de una empresa rival destruyó en forma insubsanable la confianza de GM en LOS COCHES y llevó a ésta a la decisión de no renovar su contrato con LOS COCHES.

Vale la pena señalar que la jurisprudencia y la doctrina tanto nacional como internacional considera que no hay abuso del derecho cuando una empresa decide no seguir renovando un contrato por razones muy similares a las que se presentaron en este caso.

Así, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en la sentencia ya citada de 30 de agosto de 2011 expresó lo siguiente[178]:

> *"Tampoco se observa un proceder abusivo e ilegitimo en el ejercicio de la facultad de enervar la prórroga automática de los contratos, toda vez que, se dio el preaviso en los treinta días anteriores al vencimiento del término inicial, expresándose que a su llegada terminaría el contrato, y aún más, si se quiere, los testimonios mostrados por el censor, ponen de presente manifiestas diferencias administrativas entre las partes, que en una relación de confianza como la generada por los contratos, serían bastantes para justificarla".*

Lo anterior concuerda con la experiencia extranjera. El tratadista Hugo O. H. Llobera señala que "previsiones como la que autoriza la resolución en cualquier momento y sin que medie

---

[176] Testimonio del señor Santiago de Francisco. Cuaderno de Pruebas No. 20, folio 588 anverso.
[177] Interrogatorio de Parte al señor Jorge Alejandro Mejía González, en su calidad de Representante Legal de GM. Cuaderno de Pruebas No. 20, folios 684 a 705.
[178] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia 11001-3103-012-1999-01957-01 de 30 de agosto de 2011. M.P. William Namén Vargas.

causa justificada, tienden a proteger los derechos de la concedente sobre su marca, cuando el concesionario, sin incurrir en manifiesta violación del reglamento, ha dejado de ser un elemento de desarrollo en la comercialización del producto, constituyéndose más en un obstáculo que en un aporte".[179]

En Argentina en el caso muy resonado sobre la terminación de contratos de concesión de vehículos, *Automóviles Saavedra SACIF c/ Fiat Argentina SACIF*[180], la Corte Suprema de Justicia determinó que estos contratos se pueden terminar cuando ya ha trascurrido "el tiempo suficiente como para permitir la amortización de la inversión inicial del concesionario", y por ende, no hay abuso del derecho cuando se termina un contrato en estas circunstancias aún si no se invoca una causa justificativa de la terminación.

Marzorati[181] sintetiza así lo resuelto en esa importante sentencia:

> *"1) Las partes son libres de pactar la denuncia unilateral de un convenio de duración indefinida.*
>
> *2) El ejercicio de la facultad de rescisión unilateral establecida por las partes debe ser conforme a las reglas de la buena fe.*
>
> *3) Los jueces pueden aplicar las reglas sobre el abuso del derecho, si hubo ejercicio abusivo de los derechos, para privar de efectos las convenciones de las partes, pero tal aplicación debe hacerse siempre en forma restrictiva, privilegiando la autonomía de la voluntad.*
>
> *4) El límite o test para determinar si hubo ejercicio abusivo es la razonabilidad del ejercicio de la cláusula en cuestión. Esto significa que la mera circunstancia de que se trate de un contrato de adhesión o cláusulas predispuestas no autoriza a invalidar sus disposiciones.*
>
> *Por ello, en el caso en análisis, la Corte Suprema legitimó la rescisión unilateral incausada cuando la relación se hubiera extendido el tiempo suficiente como para permitir la amortización de la inversión inicial del concesionario.*
>
> *5) La regla de que en los contratos de concesión la rescisión sólo es posible si media justa causa responde a un criterio personal sin sustento legal alguno, y todo procedimiento basado en esa concepción dogmática resulta arbitrario".*

Volviendo a Colombia, y como resumen de todo lo anterior, la Corte Suprema de Justicia desde hace más de veinte años definió que no renovar un contrato dando un preaviso adecuado jamás constituye abuso del derecho[182]:

> *"La Corte admite la eficacia de las [cláusulas] atañederas a la exclusión de prórrogas en contratos de duración como el de agencia comercial cuando 'como cláusula accidental del contrato, se pacta que puede darse por terminado en forma anticipada, o no prorrogarse por un término igual al inicialmente convenido, siempre y cuando se dé aviso a la otra contraparte con la debida anticipación, es claro entonces que el ejercicio por una de las partes de esta facultad no puede, ni de lejos, constituir abuso del derecho' ".*

En consideración a todo lo anterior, el Tribunal encuentra que las razones que GM tuvo para no renovar su Contrato con LOS COCHES fueron comercialmente válidas y no inventadas para propósitos "*inconfesables, ilegítimos o injustos*"[183], y que por lo tanto no incurrió en abuso del derecho al no renovar el Contrato suscrito el 24 de febrero de 2012 con LOS COCHES.

4.9 VIOLACION DE LOS DEBERES SECUNDARIOS Y LA BUENA FE

---

[179] LLOBERA HUGO O.H., *Contrato de Concesión Comercial*, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Ciudad de Buenos Aires. 2006, página 217.
[180] CSJN, 4/8/88 "Automóviles Saavedra SACIF c/ Fiat Argentina SACIF" LL, 1989-B-4.
[181] MARZORATI, Osvaldo J., Op. Cit. página 196.
[182] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 31 de octubre de 1995, CCXXXVII, 1269.
[183] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de agosto de 2000, Exp. 5372, MP. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Sostiene la Convocante que "*GM violó el principio de la buena fe contractual al incumplir el deber de coherencia que le correspondía*" y explica que "*cuando alguna de las partes ha proyectado una imagen que, a su turno, ha creado una expectativa en cabeza de su co-contratante, la jurisprudencia ha reconocido que constituye una infracción del deber de coherencia o consistencia, contravenir dicho comportamiento previo y, de contera, defraudar la confianza o la expectativa que de allí se había derivado*".[184]

Para la Convocante "*GM COLMOTORES violó la obligación de coherencia o consistencia al adoptar la decisión de no renovación de un modo voluble, inusitado o sorpresivo, en abierto desmedro de la expectativa legítima que había creado en cabeza de la Parte Convocante*".[185]

El Tribunal no está de acuerdo con esta apreciación.

Como se estableció en otro aparte del Laudo, desde que GM le notificó a LOS COCHES que el contrato de febrero 24 de 2012 se renovaría sólo por 1 año y no por 3 como era lo usual, le notificó también que el objetivo de esa reducción era fijar un término para resolver las diferencias que se habían presentado entre ellas a raíz de la decisión de la Organización Ardila Lülle de cambiar su modelo de negocios.

Los más altos funcionarios de GM que declararon en este proceso –su actual Presidente, dos antiguos Presidentes, el Vicepresidente Jurídico y otros—explicaron los esfuerzos que hizo GM y General Motors internacional para encontrar una fórmula que le permitiera a la Organización Ardila Lülle ampliarse dentro del sector automotor pero sin salirse de la red de GM. Como ya se señaló, tras largos meses de conversaciones, el 1 de agosto de 2012 LOS COCHES le notificó a GM que la Organización Ardila Lülle no cambiaría de posición. Al mes siguiente, el 10 de septiembre, GM le notificó a LOS COCHES que no renovaría el Contrato, y que este terminaría cinco meses y medio después, el 27 de febrero de 2013.

En el proceso quedó claro que LOS COCHES tenía pleno conocimiento de que los concesionarios de la red de GM que quisieron salirse del modelo de negocios "monomarca" habían tenido serios problemas a la hora de renovar sus contratos con GM.

Así lo declaró el señor Ricardo Salazar, Gerente General de LOS COCHES, en el Interrogatorio de Parte. Refiriéndose a una reunión celebrada en mayo de 2011 con el señor Santiago Chamorro, Presidente de GM, declaró:

> *"… la primera reunión al respecto fue la del señor Chamorro en el Museo del Chico en el año 2011, ese día el señor Chamorro hace referencia a las restricciones que teníamos los concesionarios de representar otras marcas de vehículos en Colombia. Que nosotros deberíamos ser pura sangre, que sólo podíamos ser monomarca y que los concesionarios Chevrolet o sus accionistas no podían tener otras marcas y que eso estaba implícito y que todos nosotros sabíamos y que nosotros deberíamos ser pura sangre…*
>
> *Después de esa reunión consideré prudente hacerle el comentario al señor Chamorro y al señor Mauricio Becerra de las intenciones de la Organización...*
>
> *Le dije nosotros ya conocemos el caso de Campesa, conocemos el caso de Country Motors, conocemos el caso de Ayurá, conocemos el caso de Coltolima, en los cuales ustedes le han cancelado la concesión a varios concesionarios por incurrir en otras marcas sin avisar, avisando, de cualquier manera les han enviado cancelaciones de contrato a varios concesionarios…..*
>
> *El señor Chamorro y el señor Becerra me dijeron ustedes saben que no se puede hacer eso, ustedes saben que eso está prohibido, ustedes saben que no está permitido hacer ese tipo de negocios, los accionistas deben ser pura sangre, los concesionarios deben ser pura sangre, eso está prohibido".*[186]

---

[184] Alegato de Conclusión de LOS COCHES, página 173.
[185] Ibídem, página 173.
[186] Interrogatorio de Parte al señor Ricardo Salazar Arias, en su calidad de Representante Legal de LOS COCHES. Cuaderno de Pruebas No. 20, folios 706 a 731.

LOS COCHES tenía, pues, absoluta claridad, con más de 20 meses de antelación al fin del Contrato, que si la Organización Ardila Lülle iba a insistir en distribuir vehículos de marcas rivales, GM terminaría su relación comercial con LOS COCHES.

Como ya se señaló, durante varios meses las Partes llevaron a cabo un intenso proceso de negociaciones: "*en todas las reuniones [que] tuvimos entre esa reunión, ese desayuno del 2011 y la última reunión con el señor Jaime Ardila y Jorge Mejía en Brasil, pasaron me podría atrever a decir 10 o 15 reuniones en las que hablamos de lo mismo".*

Esas reuniones no llegaron a feliz término, y el Contrato no fue renovado. De la declaración de Ricardo Salazar se desprende que no fue LOS COCHES sino la Organización Ardila Lülle la que precipitó el final de la relación comercial con GM:

> "… *nosotros como Concesionario siempre tuvimos una relación muy estrecha con General Motors y lo que distorsionó la relación fue la intención de la Organización Ardila Lülle de llevar otro negocio, lo cual ellos se opusieron rotundamente y ese fue el motivo por supuesto de la terminación del contrato y motivo de todas las discusiones fue eso; nosotros siempre tuvimos unas excelentes relaciones con ellos".*

De lo expuesto resulta claro que la decisión de GM de no renovar el Contrato con LOS COCHES no fue inusitada ni sorpresiva. Tan era un desenlace esperado, que, como lo señaló la Convocada[187], y no logró refutarlo el señor Ricardo Salazar[188], desde el 10 de septiembre de 2012, cuando LOS COCHES recibió el aviso de no renovación, hasta la víspera de la terminación del Contrato, el 27 de febrero de 2013, LOS COCHES no hizo ningún intento de tratar de cambiar la decisión de GM.

Por razón de lo anterior, el Tribunal concluye que GM no "desconoció los deberes de transparencia, lealtad e indemnidad" y que no procedió de "un modo disimulado, oculto o agazapado, orientado a causarle perjuicios" a LOS COCHES. Procedió en una forma que era perfectamente previsible para LOS COCHES.

Por las razones expuestas, el Tribunal habrá de declarar que no prospera la pretensión Subsidiaria de la Segunda Pretensión Principal ---que "se declare que la decisión de la Parte Convocada de 'no renovar el contrato' vigente entre GENERAL MOTORS - COLMOTORES S.A. y LOS COCHES, a partir del 24 de febrero de 2012, adoptada durante la vigencia del mismo, constituye un abuso del derecho, en los términos del artículo 830 del Código de Comercio"--- ni sus consecuenciales, y así se declarará en la parte resolutiva del laudo. Por las mismas razones, declarará en el laudo probada las excepciones formuladas por la Convocada denominadas "Inexistencia de abuso del derecho por parte de GM COLMOTORES" y "Buena fe de GM COLMOTORES".

4.10 LA EXCLUSIVIDAD

A pesar de que no existe ninguna pretensión de nulidad relacionada con la exclusividad del contrato, pero sí fue un tema de debate dentro del trámite arbitral, se pronunciará de oficio el Tribunal al respecto, pues como de manera reiterada lo ha indicado la jurisprudencia[189], el juez arbitral tiene la facultad y el deber de declarar la nulidad del contrato y/o de alguna de sus cláusulas y pronunciarse en los mismos términos en que debe hacerlo la justicia ordinaria, con fundamento en la premisa de que el arbitraje se rige por el principio constitucional de legalidad. En efecto, ha establecido la jurisprudencia que cuando el juez arbitral encuentre objeto o causa ilícitos en el contrato o en alguna de sus cláusulas, debe salvaguardar el orden jurídico mediante la nulidad, establecida en interés de la moral, el orden público y el respeto debido a las normas de carácter imperativo postulados, cuya protección no puede quedar sometida exclusivamente a la iniciativa particular.

---

[187] Alegato de Conclusión de GM, página 212.

[188] Interrogatorio de parte al señor Ricardo Salazar Arias, en su calidad de Representante Legal de LOS COCHES. Cuaderno de Pruebas No. 20, folio 725. Ver la respuesta evasiva del señor Salazar a la siguiente pregunta: *"DR. ARAQUE: Pregunta No. 19. Diga cómo es cierto sí o no y yo afirmo que es cierto, que entre el 13 de septiembre del 2012 y el mes de febrero del 2013 Los Coches no adelantó ni intentó tener conversaciones con GM Colmotores para examinar la posibilidad de la renovación del contrato de concesión que existía entre las partes con posterioridad al 27 de febrero del 2013*?"

[189] Consejo de Estado, Sentencia de 4 de abril de 2002, expediente 20356, Sentencia del 25 de noviembre de 2004, expediente 25560, Corte Constitucional, Sentencia 431 de 28 de septiembre de 1995.

Por lo anterior, y como quiera que, de conformidad con el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito, debe el Tribunal proceder con el análisis de la cláusula de exclusividad pactada en el contrato, a lo cual se dirige a continuación.

4.10.1 Contrato entre GM y LOS COCHES

En el Capítulo anterior se trascribieron las palabras con que el señor Ricardo Salazar, en su Interrogatorio de Parte, describió una reunión que sostuvo en mayo de 2011 con el entonces Presidente de GM señor Santiago Chamorro:

> *"… ese día el señor Chamorro hace referencia a las restricciones que teníamos los concesionarios de representar otras marcas de vehículos en Colombia. Que nosotros deberíamos ser pura sangre, que sólo podíamos ser monomarca y que los concesionarios Chevrolet o sus accionistas no podían tener otras marcas y que eso estaba implícito y que todos nosotros sabíamos y que nosotros deberíamos ser pura sangre…".*

La restricción descrita por el señor Salazar toca un tema, la obligación de exclusividad del concesionario, que permeó todo el pleito.

En el punto 1.6 del Laudo se transcribe la afirmación de la Convocante "de que GM COLMOTORES y LOS COCHES, ni sus inversionistas, jamás convinieron una cláusula de exclusividad". Esto fue objeto también de una pregunta específica en el Interrogatorio de Parte al Representante Legal de GM. La realidad es que desde el primer contrato, el de 15 de junio de 1978, se estableció una Cláusula de Exclusividad contundente:

> *"(15) DURACION Y TERMINACION. El presente contrato tendrá una duración de un año prorrogable de uno (1) en uno (1), por acuerdo escrito entre las partes, treinta (30) días antes del vencimiento. No obstante lo arriba mencionado, la FÁBRICA tendrá derecho de resolver este contrato, por medio de aviso escrito con efecto inmediato, en el caso de que se produjere alguna de las circunstancias mencionadas a continuación: (..)*
>
> *(g) Si el CONCESIONARIO o uno de sus socios, consejeros, directores, accionistas o empleados que de alguna forma participen en la gestión del negocio, se interesan directa o indirectamente en la venta y/o fabricación o montaje del vehículo de motor, de piezas, componentes, accesorios o repuestos para los mismos, o en un comercio o en una industria análogos que tengan una actividad competidora cualquiera con respecto a la FÁBRICA y, en general, cualquier violación de las obligaciones estipuladas en la cláusula 3a, literal d) de este mismo contrato".*[190]

Tan grave se calificó el incumplimiento de la Cláusula de Exclusividad, que GM quedó facultado para resolver el contrato por medio de aviso "*con efecto inmediato".*

Esta Cláusula se repitió en todos y cada uno de los contratos firmados entre las Partes durante 22 años, y sólo vino a modificarse en el año 2000. Si bien la Cláusula se modificó, para las dos Partes era claro cuál es el pensamiento de GM al respecto: que para adelantar una actividad competidora con GM se requiere el permiso previo de esta.

A partir del año 2000, y hasta el día de hoy, la cláusula sobre exclusividad dice:

> *"4.6 Uso exclusivo*

[190] Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 69.

> *EL CONCESIONARIO conviene en respetar la función y la ubicación aprobadas de sus instalaciones para realizar las operaciones contempladas en virtud del presente Contrato con el fin de atender el espíritu de este Contrato y cumplir con los compromisos adquiridos. Además, EL CONCESIONARIO conviene en obtener el consentimiento previo por escrito de LA FÁBRICA para realizar operaciones con productos y/o servicios no especificados en el presente Contrato o en sus Anexos"*[191]

En relación con esta Cláusula, la Convocante en su Alegato de Conclusión admite que LOS COCHES no podía efectuar operaciones con productos rivales sin el permiso de GM, pero afirma que esta obligación se aplicaba sólo a LOS COCHES y no a las demás sociedades de la Organización Ardila Lülle:

> *"De conformidad con lo acordado por Las Partes en el escrito que documenta su relación comercial, los accionistas de LOS COCHES no contrajeron la obligación de informarle ni mucho menos de solicitarle autorización a GM en el evento de querer emprender relaciones comerciales con productores de otras marcas de vehículos. Dicha obligación se predica única y exclusivamente de LOS COCHES y no de sus accionistas ni del grupo económico al que pertenecen".*[192]

Al respecto el Tribunal pone de presente que la Cláusula 9.1 (A) (4) del Contrato establece que GM podrá terminar unilateralmente el Contrato si LOS COCHES incumple las obligaciones especificadas en el mismo, y entre ellas:

> "(c) *Si el Gerente General, los Accionistas o Socios de EL CONCESIONARIO dejasen de observar los criterios acordados en el presente contrato".*[193]

El compromiso de no realizar operaciones con productos competitivos es ciertamente un criterio que define una línea de conducta, y, como tal, en opinión del Tribunal, se aplicaba tanto a LOS COCHES como a sus accionistas. Por esta razón, ellos estaban también obligados bajo la Cláusula 4.6 a obtener el consentimiento previo de GM para realizar este tipo de operaciones.

Pero aún si no existiera la Cláusula 9.1 (A) (4) (c), el Tribunal no está de acuerdo con la Convocante en que la Cláusula 4.6 era aplicable sólo a LOS COCHES y no a sus accionistas, porque esa interpretación sería una violación del principio de la buena fe.

Para el Tribunal, cuando alguien se compromete a cumplir una obligación de no hacer está implícito que no puede burlar su obligación actuando por interpuesta persona. Esto es especialmente aplicable cuando se trata de obligaciones asumidas por sociedades que pertenecen a Grupos empresariales integrados por un andamiaje de compañías que pertenecen directa o indirectamente al mismo dueño: pretender que se pueda soslayar una prohibición impuesta a una sociedad del Grupo mediante el simple expediente de crear otra sociedad del Grupo para que desarrolle la conducta prohibida, contraría gravemente el principio de la buena fe. E iría patentemente en contra en el caso actual porque obran en el expediente certificados de la Cámara de Comercio de Bogotá que señalan que el señor Carlos Ardila Lülle está en "situación de control" directamente sobre LOS COCHES[194] e indirectamente sobre Los Autos[195].

El principio de la buena fe ha dado lugar a profusos pronunciamientos y análisis por parte de la jurisprudencia y la doctrina, pero para los efectos de este Laudo basta citar la

---

[191] Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 388.
[192] Alegato de Conclusión de LOS COCHES, página 205.
[193] *"Cláusula 9.1 (A) (4): Si EL CONCESIONARIO dejare de cumplir alguna de las obligaciones especificadas en el presente Contrato, incluyendo las enumeradas como parte del Plan Anual de Comercialización, LA FÁBRICA podrá poner fin al presente contrato dándole a EL CONCESIONARIO una notificación por escrito con por lo menos tres (3) meses de anticipación a la fecha efectiva de terminación: (…)*
(c) *Si el Gerente General, los Accionistas o Socios de EL CONCESIONARIO dejasen de observar los criterios acordados en el presente contrato."*
[194] El Certificado Expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 12 de febrero de 2012 sobre Distribuidora Los Coches la Sabana S.A. da cuenta de que el 24 de agosto de 2010 se registró un documento que señala que entre el señor Carlos Ardila Lülle y Los Coches "se ha configurado una situación de control". Cuaderno de Pruebas No. 1 – Contratos de Concesión (folio 415).
[195] El Certificado Expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 23 de septiembre de 2015 sobre Distribuidora Los Autos de Colombia S.A.S. da cuenta de que esta sociedad fue constituida en noviembre 2011 por el señor Carlos Ardila Lülle, actuando como representante legal de Carbe S.A., su único accionista, y que entre esta sociedad y Los Autos "se ha configurado una situación de control". Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 472.

Sentencia C-1194 de 2008 de la Corte Constitucional, que sintetiza muy bien el concepto de la buena fe:

> *"La Corte Constitucional ha considerado que en tanto la buena fe ha pasado de ser un principio general de derecho para transformarse en un postulado constitucional, su aplicación y proyección ha adquirido nuevas implicaciones, en cuanto a su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado.*
>
> *En este orden de ideas la jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una "persona correcta (vir bonus)". En este contexto, la buena fe presupone la existencia de relaciones reciprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la "confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada".*

Nada habría más contrario al anterior principio que sostener que para LOS COCHES sería honesto, leal y correcto eludir el cumplimiento de la palabra dada mediante el artificio de constituir una sociedad para ejecutar lo que LOS COCHES se comprometió a no ejecutar.

Como lo señala la tratadista Puente Muñoz[196]:

> *"la infracción de la obligación de no hacer que comporta la exclusiva puede llevarse a cabo por los obligados directamente o por persona interpuesta: esto último nos conduciría hasta un supuesto de simulación...".*

4.10.2 La exclusividad y la libre competencia

La exclusividad fue consagrada en el Código de Comercio en el Artículo 975 relativo al suministro. Su primer inciso, que es el relevante al caso, establecía que "si en un contrato de suministro se pacta la cláusula de exclusividad a favor del proveedor, la otra parte no puede obtener prestaciones de la misma naturaleza provenientes de terceros, ni proveer con medios propios a la producción de los bienes o servicios objeto del contrato, salvo estipulación en contrario". El Artículo 976 agregaba que se limita "a diez años la duración máxima de toda cláusula de exclusividad".

La ley 256 de 1996 derogó estos dos artículos. A través de esta ley, Colombia adoptó su régimen legal sobre competencia desleal, y, estableció en el artículo 19 la siguiente práctica comercial restrictiva:

> *"Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios…".*

Si bien en principio la norma puede llevar a la conclusión de que toda cláusula de exclusividad está prohibida, lo cierto es que no lo está. Por el contrario, las cláusulas de exclusividad están permitidas, salvo que restrinjan la competencia, en los eventos que se indican en la norma. Al decidir sobre la exequibilidad de la misma, la Corte Constitucional indicó que:

> *"… la interdicción no se predica de todos los pactos de exclusividad que se convengan en los contratos de suministro. Sólo se aplica la prohibición a las cláusulas que tengan como efecto 'restringir el acceso de los competidores al mercado o monopolizar la distribución de productos o servicios".*[197]

Hoy en día es incuestionable que las cláusulas de exclusividad en los contratos de suministro son válidas en Colombia, si bien ya no existe norma que las regule o que imponga límites a su duración.

---

[196] PUENTE MUÑOZ, Teresa, Op.Cit., página 142.
[197] Corte Constitucional, C-535 de Octubre de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En otras palabras, es claro que no todo pacto de exclusividad deviene restrictivo de la competencia, pues sólo aquellos acuerdos en que se evidencie el objeto o efecto señalado, esto es, la restricción del acceso de los competidores al mercado, o el monopolio en la distribución de productos o servicios, podrán considerarse como atentatorios de la libertad de competencia.

A este respecto, ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio[198] (SIC) que "...*el tipo de acto que el artículo 19 proscribe es únicamente el que es capaz de producir un efecto sustancial en la disminución de la competencia, bien porque restringe el acceso de los competidores en el mercado, o porque monopoliza la distribución de productos o servicios".*

Es importante señalar en este punto que la estricta cláusula de exclusividad pactada entre GM y LOS COCHES desde 1978 hasta 2000 fue expresamente avalada por la SIC.

En efecto, obra en el expediente[199] copia de la Resolución 357 de 1997 de la SIC por medio de la cual esta clausuró la investigación que había abierto en 1996 para determinar si GM y su red de concesionarios "actuaron en contravención de lo dispuesto en la normatividad sobre la promoción de la libre competencia, al celebrar un contrato con cláusulas presuntamente violatorias" del Decreto 2153 de 1992. Dentro de dichas Cláusulas estaba la de "Terminación del Contrato" (Cláusula 15.6).

Para que se cerrara la investigación, las empresas mencionadas presentaron garantías para su clausura y en ellas ofrecieron modificar algunas cláusulas de sus contratos, especialmente las relativas a precios y sistemas de control, y la SIC lo aceptó.

Sin embargo, en el punto Cuarto de la Resolución, la SIC concluyó:

> *"Que las restantes cláusulas investigadas, a) Limitación territorial, (Cláusula 4.6, Parágrafo), b) Causales de terminación del contrato, (Cláusula 15.6), y c) Efectos de la terminación del contrato, (Cláusula 16), no revisten aspectos que puedan considerarse restrictivos de la normativa sobre la libre competencia, ni se constituyen como prácticas restrictivas de la misma en el contexto del contrato así modificado y en consecuencia, con los cambios propuestos por los investigados es suficiente para dar por terminada la investigación".*

La Cláusula 15.6 del contrato en curso para la época de la investigación de la SIC (el suscrito el 7 de febrero de 1995, vigente hasta el 15 de febrero de 1998[200]), permitía a GM poner fin al contrato con efecto inmediato:

> "*Si el CONCESIONARIO o uno de sus socios, consejeros, directores, accionistas o empleados que en alguna forma participe en la gestión del negocio, se interesa directa o indirectamente en la venta y/o fabricación o montaje de vehículos de motor, de piezas, componentes, accesorios o repuestos para los mismos, o en un comercio o en una industria análoga que tenga una actividad competidora cualquiera respecto a la FÁBRICA y, en general, cualquier violación de las obligaciones estipuladas en la Cláusula Cuarta, numeral 4.4 de este contrato".*[201]

Lo anterior quiere decir que hace 20 años la SIC no encontró que la hoy denominada política "monomarca" de GM fuera restrictiva de la competencia, política cuya aplicación en el caso actual desembocó en el pleito que ahora se ventila. Por lo tanto, para la SIC prohibir a un concesionario, o a cualquier persona relacionada con él, adelantar directa o indirectamente actividades competidoras con las de la fábrica no viola la normativa sobre la libre competencia.

4.10.3 Objetivo de la cláusula de exclusividad de GM

La prohibición que GM abiertamente impuso a sus concesionarios entre 1978 y 2000 y que está expresada en lenguaje atenuado en la Cláusula que se pacta hoy, da lugar a la

---

[198] Concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio, radicación No. 0182559 del 30 de septiembre de 2002 y radicación 02018871 del 24 de abril de 2002.
[199] Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 104 y ss.
[200] Cuaderno de Pruebas No. 1, E.P. 377, otorgada el 7 de febrero de 1995 en la Notaría 55 de Bogotá, folio 243.
[201] Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 250.

siguiente pregunta: ¿la cláusula lo que busca es impedir que ingresen nuevas marcas al mercado o tiene una finalidad distinta?

Para el Tribunal, tiene una finalidad distinta, como quedó probado en el expediente. En el caso concreto de LOS COCHES, es claro que la prohibición no estaba dirigida a impedir que los carros chinos de la marca Morris Garages (MG) ingresaran al mercado. Tan no estaba dirigida a ese fin que, como antes se señaló, GM le propuso a LOS COCHES que GM importara esos vehículos y la Organización Ardila Lülle los comercializara en el mercado colombiano. Para el Tribunal lo que busca la cláusula es otra cosa: es mantener a los concesionarios leales a su red con el fin de proteger la confidencialidad de toda la información comercial que la General Motors desarrolla para conquistar los mercados.

Como ampliamente lo explicaron los funcionarios de GM que declararon en el proceso, cuando un productor de vehículos los comercializa a través de una red de concesionarios, los estudios de mercados, las estrategias de mercadeo, las campañas de promoción, las técnicas de venta, las políticas de incentivos, los avances tecnológicos, y demás aportes que provee el fabricante a sus concesionarios forman parte esencial de la ventaja competitiva que distingue a una marca de otra. En un mundo como el actual, intensamente competitivo, esa información debe ser y debe permanecer confidencial. Si la fábrica estuviese obligada a divulgarla a concesionarios que representan a productores rivales, esas ventajas desaparecerían.

El señor Santiago Chamorro, antiguo presidente de GM, declaró lo siguiente sobre la información que se compartía con LOS COCHES:

> "*…con ellos de forma muy amplia y abierta hablábamos de nuevas inversiones, de nuevos productos viniendo en el futuro, de nuevos negocios que les llamábamos adyacentes, de nuevas estrategias comerciales, de campañas de publicidad y promocionales ingeniosas, creativas, únicas en el mercado colombiano, cosa que lo hacíamos con la confianza de que eso no se iba a fugar a la competencia porque todos ellos operaban la marca Chevrolet* …" [202].

En otros apartes de este Laudo se reproducen más testimonios sobre lo que hace la General Motors a nivel internacional para desarrollar esas técnicas únicas de mercadeo y comercialización. Por eso, en los contratos de concesión que actualmente se firman, el concesionario expresamente reconoce que "*LA FÁBRICA y su casa matriz han invertido tiempo, esfuerzos y recursos económicos considerables para acreditar dentro del mercado colombiano los bienes y servicios que produce, importa y comercializa dentro del nivel de aceptación que ellos han adquirido en el ámbito mundial* …".

La exclusividad no es ajena a los contratos de comercialización, pues se encuentra internacionalmente reconocida. Así, Argentina acaba de establecer en el Artículo 1503 de su nuevo Código Civil y Comercial (2015) lo siguiente:

> "*Excepto pacto en contrario: a) la concesión es exclusiva para ambas partes en el territorio o zona de influencia determinados**.** El concedente no puede autorizar otra concesión en el mismo territorio o zona y el concesionario no puede, por sí o por interpósita persona, ejercer actos propios de la concesión fuera de esos límites o actuar en actividades competitivas; b) la concesión comprende todas las mercaderías fabricadas o provistas por el concedente, incluso los nuevos modelos".*[203]

El comentario oficial[204] sobre esta norma es el siguiente:

> *"Puede decirse, en general, de los contratos de comercialización y distribución regulados en este Código, que son el producto de una doctrina —de los autores y judicial— acuñada desde hace varias décadas. La exclusividad es y ha sido una característica de este contrato, como lo es también en el contrato de agencia, de acuerdo con lo que se ha visto al comentar aquella figura. (….). La regla general establecida en el artículo que se comenta es que, salvo que medie pacto en*

[202] Testimonio del señor Santiago Chamorro. Cuaderno de Pruebas No. 20, folio 607.
[203] Artículo 1503
[204] Código Civil y Comercial de la Nación Comentado / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015. v. 4, 672 p. ; 23x16 cm. ISBN 978-987-3720-33-8, página 207.

contrario, la concesión es exclusiva para ambas partes en el territorio o zona de influencia determinados".

Huelga decir que Argentina tiene normas sobre la libre competencia similares a las de Colombia, porque todas se derivan de los mismos instrumentos internacionales. Y teniendo la misma norma que prohíbe "cláusulas que tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado", Argentina acaba de adoptar un Código en el que se establece que "el concesionario no puede, por sí o por interpósita persona… actuar en actividades competitivas *".*

En conclusión, no encuentra el Tribunal que la cláusula de exclusividad pactada en los diferentes contratos entre Los Coches y GM sea nula por objeto ilícito, ni cuando se pactó en el primer contrato del año 1978, ni se tornó nula posteriormente, a través del tiempo hasta la terminación del contrato, pues no hay prueba en este proceso de que se haya restringido el acceso de los competidores al mercado o de que se haya monopolizado la distribución de vehículos.

CAPÍTULO QUINTO

PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL

5.1 SOBRE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Como quiera que no ha prosperado la primera pretensión principal de la Convocante, el Tribunal se abstiene de estudiar las excepciones propuestas por la Convocada, que tienden a enervar dicha pretensión, denominadas "La naturaleza del contrato celebrado es de concesión y no de agencia mercantil (agencia de hecho)"; "Imposibilidad de coexistencia de un contrato de concesión y de 'agencia mercantil' entre las mismas partes y sobre los mismos productos"; "Inexistencia del contrato de 'agencia mercantil' (agencia de hecho) a que se refiere la pretensión primera principal de la Demanda"; "El consentimiento de los Coches y GM Colmotores se formó válidamente y exento de vicios. La común intención de los contratantes de celebrar sucesivos contratos de concesión y no contratos de agencia mercantil (agencia de hecho)"; "Inexistencia de pactos entre las partes que alteraran lo convenido documentalmente"; "Los contratos celebrados no son de agencia mercantil (agencia de hecho)"; "Prescripción de la acción de nulidad relativa por supuesto vicio del consentimiento de LOS COCHES"; "Prescripción de las acciones derivadas del supuesto contrato de agencia mercantil (agencia de hecho) para todos los contratos terminados antes del 2 de diciembre de 2008"; "Prescripción ordinaria de las acciones derivadas de los contratos celebrados o terminados con anterioridad al 2 de diciembre del año 2003"; "Paz y salvos recíprocos otorgados por las partes en relación con los contratos celebrados hasta el día 24 de febrero de 2012. Inexistencia de obligaciones derivadas de la terminación de esos contratos"; pues, como lo ha sostenido la jurisprudencia,

> "*…en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad (…). De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido "y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces si es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen" (G.J. XLVI, 623; XCI, pág. 830)*"[205]

En similar sentido, la sentencia de la misma Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia[206], cuando expresa que:

---

[205] Corte Suprema de Justicia, sentencia del 9 de diciembre de 2004. MP. Silvio Fernando Trejos, Expediente No. 6080-01.
[206] Corte Suprema de Justicia, sentencia del 11 de junio de 2001, MP. Dr. Manuel Ardila, Expediente No. 6343.

> *"La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle efectos. Apunta pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose. A la verdad, la naturaleza de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiaredad de la excepción es, pues, manifiesta como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario se queda literalmente sin contendor. Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más explícitamente, en los que el actor carece de derecho porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad"*

Por último, sin perjuicio de lo arriba indicado, debe el Tribunal indicar que al resolver las pretensiones de la Convocante se pronunció implícitamente sobre las denominadas excepciones de mérito propuestas por la Convocada.

No sucede lo mismo con la excepción denominada "Cumplimiento del contrato de 24 de febrero de 2012 por parte de GM COLMOTORES" que enerva la segunda pretensión principal y que fue analizada por el Tribunal en este Laudo, encontrándola probada.

En igual sentido, las excepciones denominadas "Inexistencia de abuso del derecho por parte de GM COLMOTORES" y "Buena fe de GM COLMOTORES" que enervan la pretensión subsidiaria a la segunda pretensión principal y que fueron analizadas por el Tribunal, encontrándolas probadas.

5.2 **TACHA DE UN TESTIGO**

5.2.1 **Tacha de la testigo Luz Ángela Isaza Alba.**

La Convocante formuló tacha de sospecha a la testigo Luz Ángela Isaza Alba, aduciendo ser funcionaria de la Convocada. El Tribunal, mediante Auto No. 24 de 3 de agosto de 2016[207], indicó que en el Laudo resolvería sobre la tacha.

En desarrollo del testimonio, quedó probado que la testigo se encuentra vinculada a la Convocada desde el año 2013 y que, en el momento de rendir el testimonio, ocupaba el cargo de Gerente de Comunicaciones de GM.

El artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, sustituido por el artículo 211 del Código General del Proceso, dispone que cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas, y dispone que la tacha debe formularse con expresión de las razones en las que se funda y que el juez analizará el testimonio en el momento de fallar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

Sobre el valor probatorio de un testigo sospechoso, la Corte Suprema de Justicia[208] ha indicado que:

> *"La ley no impide que se reciba la declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquél por el que deben pasar las declaraciones de personas libres de sospecha.*
>
> *Cuando existe un motivo de sospecha respecto del testigo, se pone en duda, que esté diciendo la verdad al declarar; se desconfía de su relato o de que sus respuestas corresponden a la realidad de lo que ocurrió; se supone que en él pesa*

[207] Cuaderno de Pruebas No. 20, folio 225.
[208] Sentencia Corte Suprema de Justicia de fecha 8 de junio de 1982, citada en la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2006 de la Corte Constitucional, Expediente D-6219.

> *más su propio interés en determinado sentido que prestar su colaboración a la justicia para esclarecer los hechos debatidos. El valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se halla contrarrestado por la suposición de que sus afirmaciones sean no verídicas y por consiguiente, por sí solas, jamás pueden producir certeza en el juez".*

En el mismo sentido, la Corte Constitucional[209] ha indicado que:

> "*Conforme a la doctrina constitucional el juez no tiene facultad para abstenerse de valorar un testimonio que considere sospechoso. En su lugar, debe efectuar una práctica más rigurosa del mismo y una evaluación detallada de cada una de las afirmaciones que lo compongan. En conclusión el juez, como director del proceso, debe asumir la responsabilidad de valorar bajo parámetros objetivos todas las pruebas allegadas a la investigación. Solo puede descartar aquellas respecto de las cuales compruebe su ilegalidad o que se han allegado indebida o inoportunamente y, en todo caso, cualquiera que se haya obtenido con la vulneración del debido proceso"*

Así las cosas, la consecuencia que se deriva de la formulación de la tacha por alguna de las partes es que, al momento de fallar o de resolver la controversia, el juez debe analizar el testimonio que ha sido tachado, "de acuerdo con las circunstancias de cada caso". Esa circunstancia implica que no existe una obligación de 'resolver' acerca de la sospecha, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la tacha por inhabilidad. En caso de sospecha, lo que se impone es un análisis más riguroso del testimonio cuestionado, a fin de que se examine con mayor severidad y en consideración de los motivos que le generan desconfianza a quien formula la tacha.

En el presente caso, el Tribunal encuentra que está demostrado el vínculo laboral que une a la deponente, Luz Ángela Isaza Alba, con GM; sin embargo de ello, es decir, a pesar del manto de sospecha que dicha relación pudiere generar en la declaración de la testigo, no se advierte interés alguno de ella en beneficiar con su testimonio la posición jurídica de la Convocada, pues su versión, sometida al tamiz de la sana critica, se muestra libre, espontánea y ausente cualquier sesgo de parcialidad enderezado a favorecer los intereses de la Convocada, razón por la cual el Tribunal apreciará su testimonio dentro de la rigurosidad que impone la sospecha de parcialidad y la sana critica.

5.3 OBJECIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO

El Juramento Estimatorio efectuado por la Convocante en la Demanda fue objetado por la Convocada, por considerarlo, en relación con el daño emergente, que el mismo era inexacto, carente de sustento y sin relación de causalidad con la terminación del Contrato; en relación con el lucro cesante, que su estimación carece de sustento legal y fáctico, y que es exagerada e irreal sin ninguna razonabilidad económica; y en relación con la estimación de la cesantía comercial, que ni en el Juramento Estimatorio ni en la experticia que le sirve de sustento se encuentra cálculo económico alguno que parta de las bases establecidas en el artículo 1324 del Código de Comercio para calcular la cesantía comercial: "comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años" o el "promedio de todo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor".

Con base en estas premisas la Convocada solicita que se impongan a la Convocante las sanciones previstas en el Art. 206 del Código General del Proceso, modificado por el Art. 13 de la Ley 1743 de 2914.

Por su parte, la Convocante arguye que los valores incluidos en el citado Juramento Estimatorio están debidamente estimados y justificados, y en su Alegato de Conclusión agrega que la objeción de la contraparte no puede prosperar, dado que dentro del Proceso no se logró desvirtuar el fundamento de la experticia que sirvió de base a dicho Juramento.

Sobre el alcance del citado Art. 206, aplicable en este punto, en el laudo arbitral NCT Energy Group C.A. c. Alange Corp, de 12 de octubre de 2012, se señaló lo siguiente:

---

[209] Corte Constitucional, sentencia T-1090 del 26 de octubre de 2005, M.P. Clara Inés Vargas, Expediente T-1132315.

"*Del análisis de la norma en cita se tiene, en primer lugar, que ella impone a quien pretenda el reconocimiento de una indemnización el deber de estimar, bajo juramento, el valor pretendido, en forma razonada en la demanda en la que solicita la referida indemnización. El juramento prestado en esa forma será prueba del monto de los perjuicios reclamados, salvo que la parte contra quien se aduce lo objete dentro de la oportunidad señalada en la ley, en este caso, en el traslado de la demanda. En consecuencia, la objeción que formule el demandado tiene como principal efecto enervar el valor probatorio que pueda tener la estimación juramentada del demandante respecto de la «cuantía» de los perjuicios reclamados, mas no impide que se acredite su ocurrencia o realización. En otras palabras, con la referida objeción, el demandado evita que el monto señalado en la demanda constituya, por sí solo, valor probado de los perjuicios reclamados, con lo cual, el juez, en el evento en que haya lugar a determinar la cuantía de la indemnización pedida, por encontrarse acreditados los supuestos necesarios para ello, ha de evaluar y resolver la objeción formulada, de cara a los medios de prueba a su alcance.*

Es de precisar en este punto que el valor probatorio del juramento estimatorio no se refiere a la ocurrencia o causación de los daños, sino exclusivamente al monto de los mismos. De esta suerte, el demandante que presta el juramento estimatorio no está relevado de la carga que sobre él recae de demostrar las circunstancias de hecho y de derecho que constituyan el motivo y el fundamento del perjuicio cuya indemnización demanda.

Por otra parte, la norma bajo estudio señala que el juez podrá ordenar la regulación de los perjuicios reclamados «cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión». Así pues, la facultad del juez para «ordenar la regulación» a la que se refiere la disposición legal puede ejercerse en aquellos casos previstos en la ley, esto es, cuando el juez considere que la estimación hecha por el demandante es «notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión»; no dispone la norma un deber judicial que deba aplicarse en todos los casos, sino cuando ocurran las circunstancias descritas, que se encuentran tipificadas en la ley". [210]

Concluye el Tribunal que, dada la complejidad del asunto sometido a su conocimiento y todo el debate probatorio realizado en el presente trámite arbitral, e independientemente de la no prosperidad de las pretensiones de la Demanda, no se encuentran elementos de juicio que indiquen inequívocamente conducta temeraria alguna que pudiese determinar la aplicación de la sanción prevista en el Art. 206 del Código General del Proceso. Así se decidirá en la parte resolutiva del Laudo la solicitud de la Convocada.

Adicionalmente el Tribunal observa que no hay mala fe ni temeridad en el comportamiento de la Convocante.

5.4 COSTAS

En el presente caso, al haberse negado la totalidad de las pretensiones de la Demanda, el Tribunal procederá a condenar a la Convocante a pagar a la Convocada el 100% de las costas del presente trámite arbitral.

Las costas se encuentran compuestas por: las expensas, que son los gastos judiciales en que las partes incurrieron para la tramitación del proceso, y las agencias en derecho, que son "los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso" (Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Art. 2º). Ambos rubros, expensas y agencias en derecho, conforman el concepto genérico de costas, que debe tener en cuenta el juez para calcular la respectiva condena.

Para efectos de la fijación de las agencias en derecho el Tribunal tendrá en cuenta para su fijación, la suma correspondiente a uno de los árbitros que asciende a $644.350.000.

En este orden de ideas, el Tribunal procede a liquidar la condena en costas, así:

---

[210] Tribunal de Arbitral de NCT Energy Group C.A. c. Alange Corp. Laudo Arbitral del 12 de octubre de 2012. Árbitros: Luis Salomón Helo Kattah, Presidente, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Luis Hernando Parra Nieto. Ver sentencias C-157 de 2013, C-279 y C-332 de 2013.

Agencias en Derecho	$644.350.000
Honorarios de los árbitros, incluido IVA (50%)	$1.121.169.000
Honorarios del Secretario, incluido IVA (50%)	$186.861.500
Gastos de funcionamiento del Centro de Arbitraje y otros gastos, incluyendo IVA del primer rubro (50%)	$190.661.500
Honorarios del perito Adalid Corp., incluido IVA (50%)	$110.200.000
Gastos pericia Adalid Corp. (50%)	$12.853.101

Total de la Liquidación: Dos Mil Doscientos Sesenta y Seis Millones Noventa y Cinco Mil Ciento Un Pesos ($2.266.095.101).

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida "Otros gastos", se ordenará su devolución si a ello hubiera lugar.

CAPÍTULO SEXTO

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Arbitral constituido para resolver las controversias surgidas entre DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A., parte convocante, y GENERAL MOTORS - COLMOTORES S.A., parte convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y de acuerdo con la habilitación conferida por las partes, con el voto unánime de sus integrantes,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar que no prosperan las pretensiones principales de la demanda reformada, ni las pretensiones subsidiarias y consecuenciales formuladas por la parte convocante, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

SEGUNDO.- Declarar que prosperan las excepciones formuladas por la parte convocada denominadas "Cumplimiento del contrato de 24 de febrero de 2012 por parte de GM COLMOTORES"; "Inexistencia de abuso del derecho por parte de GM COLMOTORES", y "Buena fe de GM COLMOTORES", por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

TERCERO.- Declarar que, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, no se hace pronunciamiento alguno sobre las demás excepciones de mérito formuladas por la parte convocada.

CUARTO.- Condenar, por concepto de costas, a la parte convocante DISTRIBUIDORA LOS COCHES LA SABANA S.A. a pagar a favor de la parte convocada GENERAL MOTORS - COLMOTORES S.A., la suma de Dos Mil Doscientos Sesenta y Seis Millones Noventa y Cinco Mil Ciento Un Pesos ($2.266.095.101) Moneda Corriente, de conformidad con la liquidación realizada en la parte motiva de este laudo.

QUINTO.- Declarar causados los honorarios de los árbitros y del secretario, por lo cual se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, quien deberá proceder a rendir las cuentas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal.

SEXTO.- Disponer que, por Secretaría, se expidan copias auténticas de este Laudo con destino a cada una de las partes con las constancias de ley y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, una vez se encuentre en firme este laudo.

El presente laudo se notificó en audiencia.

ANTONIO JOSÉ NÚÑEZ TRUJILLO
Árbitro-Presidente

JAIME HUMBERTO TOBAR ORDÓÑEZ
Árbitro

JUAN CARO NIETO
Árbitro

CARLOS MAYORCA ESCOBAR
Secretario