

CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

LAUDO ARBITRAL

AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.

VS.

TODOMOTOS OB S.A.S.

RADICADO No. 2021 A 0022

Contenido

I. ANTECEDENTES	5
Integración y actuaciones del Tribunal.....	5
La demanda principal reformada	11
Pronunciamiento sobre los hechos, las pretensiones y el juramento estimatorio frente a la demanda principal reformada.....	14
El traslado de la contestación de la demanda inicial reformada y de la objeción al juramento estimatorio	15
La demanda de reconvención subsanada.....	15
Contestación a la demanda de reconvención subsanada.....	22
El traslado de la contestación de la demanda de reconvención.....	25
Las pruebas	25
Pruebas documentales.....	25
Interrogatorio de parte y declaración de la propia parte	26
Exhibición de documentos	26
Prueba por Informe.....	27
Dictámenes periciales de parte.....	27
Testimonios.....	28
Pruebas desistidas.....	28
Prueba trasladada	29
Los alegatos de conclusión	29
II. PRESUPUESTOS PROCESALES Y MATERIALES.....	30
Pacto arbitral, jurisdicción y competencia	30
Integración del Tribunal, capacidad de los Árbitros, deber de información, impedimentos y recusaciones.....	33
Término de duración del proceso y suspensiones	34
III. ASPECTOS PROBATORIOS Y PROCESALES DE PREVIA CONSIDERACIÓN	35
3.1 SOBRE LAS PRUEBAS PRACTICADAS EN EL PROCESO Y LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS MISMAS.	35
1.1.1. PRUEBA DOCUMENTAL.....	35
1.1.2. PRUEBA TESTIMONIAL	36
1.1.3. INTERROGATORIOS DE PARTE Y DECLARACIÓN DE LA PROPIA PARTE	38
1.1.4. DICTÁMENES PERICIALES	38
1.1.5 PRUEBA TRASLADADA.....	53
3.2 VALORACIÓN DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES.....	54

IV. ANÁLISIS DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA, SU CONTESTACIÓN, DEMANDA DE RECONVENCIÓN SUBSANADA, SU CONTESTACIÓN Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEA EL LITIGIO – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL - MOTIVOS DE LA DECISIÓN... 55

4.1 LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA INICIAL REFORMADA.....	55
4.2. POSICIÓN DE LA PARTE CONVOCADA RESPECTO DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA	62
4.3 LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA.....	62
4.4 POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA EN RECONVENCIÓN RESPECTO DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	70
4.5 LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE DEBE ANALIZAR EL TRIBUNAL ARBITRAL	72
4.6 LA RELACIÓN CONTRACTUAL DE LAS PARTES SOBRE LA QUE TIENE COMPETENCIA EL TRIBUNAL ARBITRAL	75
4.7 CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE EL CONTRATO, SU NATURALEZA, SU OBJETO Y LOS PRINCIPIOS QUE LO RIGEN	80
4.8 CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE EL CONTENIDO PREDISPUESTO DEL CONTRATO, SU INTERPRETACIÓN Y LA SIMULACIÓN DEL CONTRATO, ASÍ COMO LA NULIDAD Y LA INEFICACIA DE CIERTAS ESTIPULACIONES	133
4.9. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES QUE TODOMOTOS LE IMPUTA A AUTEKO	155
4.10 CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO Y SUS EFECTOS	167
V . JURAMENTO ESTIMATORIO	207
VI. MEDIDAS CAUTELARES	210
VII. COSTAS	211
VIII. DECISIÓN.....	213
I. Pretensiones declarativas relativas a la época de celebración y terminación del contrato objeto de controversia	213
II. Pretensiones declarativas relativas a la naturaleza jurídica del contrato objeto de controversia y a la eficacia, en sentido general, de sus estipulaciones	214
III. Pretensiones declarativas relativas a los incumplimientos contractuales que las partes se imputan recíprocamente.....	216
IV. Pretensiones declarativas relativas a la terminación unilateral del contrato objeto de la controversia y a la indemnización de perjuicios correlativa.....	216
V. Pretensiones de condena relativas a la cesantía comercial reclamada por TODOMOTOS OB S.A.S.....	217

VI. Pretensiones de condena relativas a la indemnización de perjuicios a favor de AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.....	217
VII. Sobre las demás excepciones de mérito propuestas por las partes	218
VIII. Juramento estimatorio, medidas cautelares y costas.....	218
IX. Aspectos administrativos	219

TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR
AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. EN CONTRA DE TODOMOTOS OB S.A.S.

Radicado No. 2021 A 0022

LAUDO ARBITRAL

Medellín, siete (7) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la Ley para el efecto, procede el Tribunal Arbitral integrado por los abogados Mateo Peláez García, Arturo Solarte Rodríguez y Hernando Herrera Mercado, con la secretaría de Sara Elena Agudelo Duque, a proferir por decisión unánime y en derecho, el Laudo que pone fin a este trámite y resuelve las controversias contractuales surgidas entre **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.** (en adelante “AUTECO”, la “Demandante”, la “Convocante”, la “Demandada en reconvencción” o la “Convocada en reconvencción”), y **TODOMOTOS OB S.A.S.** (en adelante “TODOMOTOS”, la “Demandada”, la “Convocada”, la “Demandante en Reconvencción” o la “Convocante en reconvencción”).

I. ANTECEDENTES

Integración y actuaciones del Tribunal

1. Este trámite se inició con una demanda presentada por AUTECO en contra de TODOMOTOS el 29 de marzo de 2021¹.
2. El 28 de abril de 2021, las partes de común acuerdo designaron como Árbitros a los doctores Mateo Peláez García, Hernando Herrera Mercado y Arturo Solarte Rodríguez², quienes fueron notificados en el momento correspondiente y aceptaron en la debida oportunidad.
3. El 31 de mayo de 2021 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal³ en la que se nombró como presidente al doctor Mateo Peláez García, se nombró secretaria quien se posesionó en la audiencia; mediante **Auto No. 1** el Tribunal se declaró legalmente instalado, fijó el lugar de funcionamiento y Secretaría, y reconoció personería a los apoderados de las partes.

¹ 2021 A 0022 DEMANDA ARBITRAL

² 2021 A 0022 ACTA DE REUNIÓN DE NOMBRAMIENTO 28 DE ABRIL 2021

³ 2021 A 0022 ACTA DE AUDIENCIA DE INSTALACION 31 DE MAYO DE 2021

Adicionalmente, mediante **Auto No. 2** proferido en la misma oportunidad, el Tribunal admitió la demanda y ordenó la notificación del auto admisorio y el correspondiente traslado a la Demandada.

4. La Convocada se notificó del auto admisorio el 31 de mayo de 2021⁴ e interpuso recurso de reposición en la correspondiente oportunidad, el cual fue resuelto negativamente por el Tribunal el 23 de junio de 2021 mediante el **Auto No. 3**⁵.

5. El 22 de julio de 2021, encontrándose dentro de la oportunidad establecida en la ley, la Convocada contestó la demanda⁶ y adicionalmente formuló demanda de reconvencción⁷.

6. El 29 de julio de 2021 la Convocante describió el traslado de las excepciones y se pronunció sobre las objeciones al juramento estimatorio⁸.

7. En **Auto No. 4** de 6 de agosto de 2021, el Tribunal admitió la demanda de reconvencción y ordenó correr el correspondiente traslado.

8. El 11 de agosto de 2021 la Convocante presentó recurso de reposición contra el **Auto No. 4** referido a la admisión de la demanda de reconvencción⁹. El 18 de agosto de 2021 la Convocada describió el traslado del recurso¹⁰. Mediante **Auto No. 5** de 8 de septiembre de 2021, el Tribunal repuso la decisión, inadmitió la demanda de reconvencción y le concedió a la Convocada el término de cinco (5) días para subsanar.

9. El 15 de septiembre de 2021 la parte Convocada presentó la subsanación. Mediante **Auto No. 6** del 21 de septiembre de 2021 el Tribunal admitió la demanda de reconvencción subsanada y ordenó correr el traslado.

10. El 19 de octubre de 2021 la Convocante, estando dentro del término correspondiente, presentó la contestación a la demanda de reconvencción. El 28 de octubre de 2021 la Convocada describió el traslado de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio.

⁴ 2021 A 0022 EMAIL Y ANEXOS NOTIFICACIÓN DEL AUTO ADMISORIO 31 MAY 2021

⁵ 2021 A 0022 AUTO NUM 3 23 JUN 2021

⁶ 2021 A 0022 CONTESTACION DE DEMANDA PRINCIPAL 22 JUL 2021

⁷ 2021 A 0022 DEMANDA DE RECONVENCIÓN 22 JUL 2021

⁸ 2021 A 0022 DESCORRE TRASLADO DE EXCEPCIONES 29 JUL 2021

⁹ 2021 A 0022 RECURSO REP AUTO 4 -11 AGOS 2021

¹⁰ 2021 A 0022 DESCORRE TRASLADO RECUR AUTO 4- 18 AGOST 2021

11. En **Auto No. 7** del 22 de noviembre de 2021, el Tribunal fijó el 10 de diciembre de 2021 para celebrar la audiencia de conciliación.

12. El 9 de diciembre de 2021 la Convocante presentó reforma de la demanda inicial¹¹, la cual fue admitida por el Tribunal mediante **Auto No. 8** proferido el 15 de diciembre de 2021, en el que además se ordenó el correspondiente traslado.

13. El 20 de diciembre de 2021 la Convocada interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio, el cual fue resuelto negativamente por el Tribunal mediante **Auto No. 9** del 12 de enero de 2022.

14. El 26 de enero de 2022, el apoderado de la Convocada presentó contestación a la reforma de la demanda dentro del término legal. El 2 de febrero de 2022, la Convocante recorrió el traslado de las excepciones y de la objeción al juramento estimatorio frente a la reforma de la demanda.

15. Mediante **Auto No. 10** del 16 de febrero de 2022 el Tribunal citó a audiencia de conciliación y fijación de gastos y honorarios para el 3 de marzo de 2022 a las 02:30 p.m. En ese mismo Auto concedió 5 días hábiles a TODOMOTOS, para que precisara la naturaleza del dictamen solicitado en la contestación de la demanda y en la reforma, e indicara qué calidades tendría el profesional que rendiría el informe.

16. Mediante **Auto No. 11** el Tribunal concedió a las partes el término de tres meses para que aportaran todos los dictámenes anunciados por ellas en los momentos procesales correspondientes.

17. Con la presentación de la demanda inicial, la Convocante presentó solicitud de medidas cautelares. Mediante **Auto No. 12** del 23 de febrero de 2022, el Tribunal requirió a la parte demandante para que en el término de tres (3) días hábiles informara si ratificaba la solicitud de medidas cautelares. Con los suficientes elementos de juicio para resolver, mediante **Auto No. 15** del 23 de marzo de 2022 el Tribunal decretó las siguientes medidas cautelares:

“SEGUNDO: Una vez prestada la caución, ordenar la inscripción de la demanda presentada por AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. en contra de TODOMOTOS OB S.A.S. en el registro mercantil de la sociedad TODOMOTOS OB S.A.S.

¹¹ 2021 A 0022 REFORMA DEMANDA PRINCIPAL 9 DIC 2021.

“TERCERO: Una vez prestada la caución, ordenar la inscripción de la demanda presentada por AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. en contra de TODOMOTOS OB S.A.S. en el registro automotor de los siguientes vehículos, propiedad de TODOMOTOS OB S.A.S:

PLACA	MARCA	LINEA	SERVICIO	MODELO	OT
HWN256	TOYOTA	HILUX	Particular	2015	DIR TTOYTTE BUCARAMANGA
755ACB	BAJAJ	RE 205D	Particular	2013	INST MCPAL TTOYTTE EL BANCO
558ACB	BAJAJ	RE 205D	Particular	2014	INST MCPAL TTOYTTE EL BANCO
DLC91B	BAJAJ	BOXER TEC	Particular	2007	INS MCPAL DE TYTO DE COROZAL
KKQ441	TOYOTA	HILUX	Particular	2014	U TEC CONT/VIG/ REG TTOYTTE SANTA MART
QAU41E	KYMC	KYMC TWIST	Particular	2019	INST MCPAL TTOYTTE EL BANCO

“CUARTO: Una vez prestada la caución, oficiarle a la Cámara de Comercio de Santa Marta para El Magdalena, y al organismo de tránsito correspondiente, por el medio más expedito, para que proceda de conformidad con lo ordenado en el presente auto.

18. El 3 de marzo de 2022 se llevó a cabo la audiencia de conciliación propia del proceso arbitral, oportunidad en la que no se logró un acuerdo conciliatorio. Mediante **Auto No. 13** el Tribunal dispuso declarar fracasada la etapa de conciliación y, por lo tanto, mediante **Auto No. 14** fijó las sumas correspondientes a los gastos y honorarios del proceso, montos que fueron oportunamente pagados por las partes.

19. El 28 de abril de 2022 se dio inicio a la Primera Audiencia de Trámite, oportunidad en la que, previo cumplimiento de las etapas establecidas en la Ley, mediante **Auto No. 16** el Tribunal se declaró competente para conocer de las controversias plasmadas en la demanda principal reformada, en la demanda de reconvención subsanada y en sus respectivas contestaciones, con excepción de la Vigésima Segunda Pretensión Principal de la demanda de reconvención subsanada.

20. Dicha decisión fue objeto de recurso de reposición formulado por la Convocante, el cual fue resuelto en esa misma fecha mediante **Auto No. 17**, en el que se confirmó la decisión referida a la competencia del Tribunal. Mediante **Auto No. 18** proferido en la misma audiencia, el Tribunal decretó la práctica de las pruebas. Mediante **Auto No. 19** se suspendió la audiencia en tanto se encontraba pendiente la entrega de los dictámenes periciales.

21. El 23 de mayo de 2022, las partes presentaron los correspondientes dictámenes. Mediante **Auto No. 20** del 31 de mayo de 2022, el Tribunal concedió a la Demandante el término de dos (2) meses para que aportara un dictamen de contradicción respecto del dictamen pericial contable presentado por TODOMOTOS.

22. Mediante **Auto No. 21** del 2 de junio de 2022 se fijó el calendario procesal. Mediante **Auto No. 22** de la misma fecha, se suspendió el término del proceso por solicitud de los apoderados entre el 3 de junio de 2022 hasta el 21 de agosto de 2022, ambas fechas inclusive.

23. Por solicitudes de las partes, mediante **Auto No. 23** se suspendió el proceso entre el 22 de agosto y 26 de septiembre de 2022 (ambas fechas inclusive); mediante **Auto No. 24** entre el 28 de septiembre de 2022 y 31 de octubre de 2022 (ambas fechas inclusive); mediante **Auto No. 25** entre el 01 de noviembre de 2022 y 30 de noviembre de 2022 (ambas fechas inclusive); y mediante **Auto No. 26** entre el 01 de diciembre de 2022 y el 13 de enero de 2023 (ambas fechas inclusive).

24. Mediante **Auto No. 27** del 18 de enero de 2023, el Tribunal accedió a la prórroga del proceso solicitada por ambas partes, quedando el término con una duración de diez (10) meses.

25. Mediante **Auto No. 28** del 19 de enero de 2023, el Tribunal accedió a la solicitud de las partes de prorrogar los términos procesales vigentes y que se encontraban en curso al 16 de enero de 2023. Por lo anterior, se prorrogaron hasta el 23 de febrero de la misma anualidad.

26. Mediante **Auto No. 29** del 29 de marzo de 2023, el Tribunal puso en conocimiento de las partes la ampliación del deber de información del doctor Hernando Herrera Mercado, corrió traslado a las partes por el término de tres días para que se pronunciaran si a bien lo tenían sobre la prueba por informe presentada por Distrifer, la Cámara de Comercio de Santa Marta, Creditodo, Servimax y Todomóvil. De igual forma de los documentos exhibidos por Creditodo, Distrifer, y Todomóvil. En el mismo Auto requirió a las partes para que en el término de tres (3) días se pronunciaran sobre las observaciones realizadas por la otra, frente a la exhibición de documentos. Concedió a la Convocada el término de cinco (5) días para que aportara algunos documentos decretados para su exhibición. Finalmente, fijó fechas para la práctica de los interrogatorios de parte y de la declaración de la propia parte.

27. El 10 de abril de 2023, los apoderados presentaron memorial conjunto informando al Tribunal las estipulaciones probatorias que acordaron. El 27 de abril los apoderados presentaron los documentos pendientes de exhibir acordados en el mencionado memorial.

28. Mediante **Auto No. 30** del 3 de mayo de 2023, el Tribunal puso en conocimiento de las partes una nueva ampliación al deber de información del doctor Hernando Herrera Mercado, tuvo como prueba todos los documentos exhibidos hasta la fecha por ambas

partes y terceros y los documentos incorporados mediante memorial conjunto de las partes del 10 de abril de 2023, tuvo por desistidas todas las observaciones realizadas por los apoderados en memoriales del 22 de febrero de 2023 frente a la exhibición de documentos, excepto las dispuestas en el memorial conjunto del 10 de abril de 2023, incorporó al expediente los documentos aportados por ambas partes el 27 de abril de 2023 y los puso en conocimiento por el término de tres (3) días, aceptó el desistimiento de todos los testigos solicitados por ambas partes a excepción de uno por cada una, decretó el traslado de toda la prueba testimonial practicada en el proceso arbitral surtido entre AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. y SERVIMAX MOTOS OB S.A.S., adelantado en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín, y fijó fechas para la práctica de las pruebas pendientes.

29. El 11 de mayo de 2023 se practicaron los interrogatorios de parte de la Convocante y de la Convocada, y la declaración de la propia parte solicitada por AUTEKO¹².

30. Mediante **Auto No. 31** del 11 de mayo de 2023, por solicitud de la Convocada y disponibilidad de la Convocante, fue reprogramado el calendario para la práctica de las pruebas.

31. El 23 de mayo de 2023 el perito Jorge Arango Velasco rindió declaración sobre el contenido del dictamen pericial comercial que elaboró, aportado por la Convocada. Mediante **Auto No. 32** proferido en la misma diligencia se reprogramó la fecha de las siguientes audiencias por solicitud de ambos apoderados.

32. El 25 de mayo de 2023 la perito Gloria Zady Correa Palacio rindió declaración sobre el contenido del dictamen pericial contable de su autoría, aportado por la Convocada. Mediante **Auto No. 33** proferido en la diligencia, el Tribunal corrió traslado a las partes por el término de 5 días, de la tabla en Excel contenida en el numeral 3 de la página 9 de su dictamen respecto de la cual la perito advirtió algunos errores y señaló que eran de tipo formal, mas no de cálculo. Mediante **Auto No. 34** proferido en la misma diligencia, se fijó fecha para recibir la declaración del perito Carlos Eduardo Jaimes Jaimes.

33. El 14 de junio de 2023 se llevó a cabo audiencia de práctica de testimonios en la que se escuchó al testigo Jesús Enrique Quintero Restrepo, solicitado por la Convocante.

34. El 7 de julio de 2023 se llevó a cabo audiencia de práctica de testimonios en la que se escuchó al testigo de la parte Convocada, Jorge Villarreal. En esa misma diligencia, mediante **Auto No. 35** el Tribunal acogió la solicitud de los apoderados de prorrogar el término del proceso hasta el 15 de diciembre de 2023, y programó fecha para la

¹² 26. 2021 A 0022 AUDIENCIA DE PRUEBAS 11 DE MAYO

audiencia de alegatos. Mediante **Auto No. 36** el Tribunal incorporó al expediente el documento presentado por el testigo durante la declaración y se corrió traslado a los apoderados por el término de tres (3) días. Los apoderados se pronunciaron en el término correspondiente.

35. Mediante **Auto No. 37** del 18 de julio de 2023, por dificultades en la agenda se reprogramó la fecha de la audiencia de alegatos para el 25 de agosto de 2023 a las 9:30 a.m.

36. El 24 de julio de 2023 se llevó a cabo la audiencia en la que se escuchó al perito Carlos Eduardo Jaimes Jaimes, quien elaboró el Dictamen pericial financiero aportado por la Convocante y el Dictamen pericial de contradicción aportado también por la Convocante frente a la experticia elaborada por la perito Gloria Zady Correa Palacio.

37. Mediante **Auto No. 38** del 18 de agosto de 2023 el Tribunal determinó que no había vicios dentro del proceso que configuraran nulidades u otras irregularidades, y declaró cerrada la etapa probatoria. Ninguno de los apoderados interpuso recursos.

38. El 25 de agosto de 2023 se llevó a cabo la audiencia de alegatos de conclusión. Mediante **Auto No. 39** proferido en la audiencia, se fijó el 7 de noviembre de 2023 para llevar a cabo la audiencia de laudo arbitral.

39. El 24 de octubre de 2023, mediante **Auto No. 40**, el Tribunal reprogramó la audiencia de laudo para el 28 de noviembre de 2023 a las 4 p.m.

40. El 28 de noviembre de 2023, mediante **Auto No. 41**, el Tribunal accedió a la solicitud de los representantes legales de las partes de prorrogar el término del proceso hasta el 31 de diciembre de 2023 y reprogramó la audiencia de laudo para el 7 de diciembre de 2023 a las 4:00 p.m.

La demanda principal reformada

La Convocante ha solicitado al Tribunal que en el Laudo se efectúen las declaraciones y condenas que se transcriben a continuación:

(1) “Primera Declarativa: *Que se declare que el Contrato celebrado entre AUTECO y TODOMOTOS el 3 de marzo de 2010 corresponde, de acuerdo con sus estipulaciones contractuales, la voluntad de las partes y su ejecución a un Contratode Concesión comercial para la venta de motocicletas ensambladas por AUTECO, sus repuestos y accesorios para su posterior reventa por TODOMOTOS.*

(2) “Segunda Declarativa: Que se declare que la relación contractual entre las Partes inició el 3 de marzo de 2010 (fecha de celebración del Contrato de Concesión) y culminó el 24 de diciembre de 2020 (fecha de la terminación unilateral del Contrato por parte de TODOMOTOS).

(3) “Tercera Declarativa: Que se declare que la ejecución práctica que las Partes dieron al Contrato de Concesión entre el 3 de marzo de 2010 y el 24 de diciembre de 2020 corresponde a una concesión comercial bajo un esquema de venta para la reventa sin que medie encargo por expresa disposición del Contrato de Concesión.

(4) “Cuarta Declarativa: Que se declare que, de conformidad con lo establecido en la Cláusula Primera, Segunda y Tercera del Contrato de Concesión, TODOMOTOS, en su condición de Concesionario, se obligó a comprar los productos objeto del Contrato de Concesión para revenderlos al público por su cuenta y riesgo y sin que medie encargo de conformidad con lo expresamente previsto en el Contrato de Concesión.

(5) “Quinta Declarativa: Que se declare que, de conformidad con lo establecido en la Cláusula Décima del Contrato de Concesión, el Contrato no constituyó ningún tipo de encargo por parte de AUTEKO frente a TODOMOTOS por expresa disposición de las partes.

(6) “Sexta Declarativa: Que se declare que TODOMOTOS no tenía la facultad alguna, como tampoco el contrato previa (sic) condición alguna que permitiera a TODOMOTOS pronunciar la terminación unilateral del Contrato de Concesión, por lo que TODOMOTOS se sustrajo arbitrariamente de sus obligaciones al declararlo terminado unilateralmente e incumpléndolo de manera definitiva.

“Subsidiaria a la Sexta Declarativa: Que se declare que TODOMOTOS, de mala fe, terminó unilateralmente y sin justa causa el Contrato de Concesión, invocando supuestos inexistentes e inaplicables para ello, en claro incumplimiento del Contrato de Concesión.

(7) “Séptima Declarativa: Que como consecuencia de la prosperidad de la Pretensión Sexta Declarativa, se declare que TODOMOTOS incumplió el Contrato al terminarlo unilateralmente sin estar facultado para ello.

“Subsidiaria a la Séptima Declarativa: Que como consecuencia de la prosperidad de la Pretensión Subsidiaria a la Sexta Declarativa, se declare que TODOMOTOS incumplió el Contrato al terminarlo unilateralmente y sin justa

causa, invocando supuestos inexistentes e inaplicables para ello.

(8) “Octava Declarativa: Que se declare que TODOMOTOS incumplió el Contrato de Concesión al sustraerse de su obligación de comprar los productos comercializados por AUTEKO y revenderlos al público en las condiciones previstas en el Contrato de Concesión.

(9) “Novena Declarativa: Que se declare que TODOMOTOS incumplió el Contrato de Concesión al proceder a comprar directa o indirectamente a otros proveedores nacionales o extranjeros, los productos de que trata el Contrato de Concesión en contravención de lo dispuesto en la Cláusula Décima Sexta del Contrato de Concesión y sin respetar el espacio temporal de dos (2) años contemplado en dicha estipulación contractual a partir de la terminación del Contrato de Concesión.

(10) “Décima Declarativa: Que se declare que TODOMOTOS obró de mala fe al terminar unilateralmente el Contrato de Concesión, sin justa causa, para posteriormente vender productos de la marca Bajaj por conducto de su sociedad vinculada DISTRIFER S.A.S.

(11) “Décima Primera Declarativa: Que como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones anteriores, se declare que TODOMOTOS es responsable por los perjuicios causados a AUTEKO como consecuencia del incumplimiento contractual, al terminar de manera unilateral y sin facultades contractuales o legales para ello, el Contrato de Concesión.

(12) “Décima Segunda de Condena: Que como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones anteriores, se declare que TODOMOTOS se encuentra obligada a indemnizar los perjuicios causados a AUTEKO así:

(i) MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS VEINTISIETE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS (COP \$1.657.527.786) correspondiente al margen de utilidad que AUTEKO habría de recibir por la venta de motocicletas distribuidas por AUTEKO a través del Contrato de Concesión, hasta marzo de 2023, fecha en la cual dicho Contrato terminaría de manera normal.

(ii) DOSCIENTOS VEINTITRÉS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS VEINTITRÉS PESOS (COP\$223.877.923) correspondiente al margen de utilidad que AUTEKO habría de recibir por la venta de repuestos y productos distribuidos por AUTEKO a través del Contrato

de Concesión hasta marzo de 2023, fecha en la cual dicho Contrato terminaría de manera normal.

(13) *“Décima Tercera de Condena: Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión anterior, se condene a TODOMOTOS a pagar a AUTEKO la suma de MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS NUEVE PESOS (COP \$1.881.405.709) con ocasión de los perjuicios causados a AUTEKO o aquella que en mayor valor resulte probada en el proceso, debidamente actualizadas a la fecha del correspondiente Laudo Arbitral que ponga fin al proceso.*

(14) *“Décima Cuarta de Condena: Que como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones declarativas anteriores, se condene a TODOMOTOS al pago de la pena pactada en la Cláusula Décima Octava del Contrato de Concesión, correspondiente a 200 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, la cual asciende a la fecha de presentación de esta Demanda a CIENTO OCHENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS CINCO MIL DOSCIENTOS PESOS (COP \$181.705.200) sin perjuicio de las demás indemnizaciones que son solicitadas en las pretensiones anteriores, debidamente actualizada a la fecha del correspondiente Laudo Arbitral que ponga fin al proceso.*

(15) *“Décima Quinta de Condena: Que se condene a TODOMOTOS al pago de intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley sobre las sumas que sean reconocidas en el Laudo Arbitral de no mediar el pago correspondiente dentro de los cinco (5) días siguientes a su ejecutoria.*

(16) *“Décima Sexta de Condena: Que se condene a TODOMOTOS al pago de las costas y agencias en derecho que demanda el Proceso”.*

Pronunciamiento sobre los hechos, las pretensiones y el juramento estimatorio frente a la demanda principal reformada

La Convocada contestó oportunamente la demanda inicial reformada pronunciándose expresamente sobre los hechos, aceptando como ciertos algunos y negando los demás. Adicionalmente, se opuso a la totalidad de pretensiones, objetó el juramento estimatorio y solicitó la aplicación de la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso.

En la contestación de la demanda inicial reformada la Convocada formuló las siguientes excepciones:

“4.1 EL CONTRATO QUE RIGE LA RELACIÓN ENTRE LAS PARTES, ES UN CONTRATO NOMINADO DE AGENCIA COMERCIAL O, CUANDO MENOS, UNA AGENCIA DE HECHO.

“4.2 EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.

“4.3 INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO ALGUNO POR PARTE DE TODOMOTOS EN RELACIÓN CON EL CONTRATO SUSCRITO CON AUTECO.

“4.4 EL DAÑO ALEGADO ES PURAMENTE HIPOTÉTICO.

“4.5 NO PUEDE ATECO DESCONOCER SUS PROPIOS ACTOS. – VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET.

“4.6 NULIDAD DE CIERTAS CLÁUSULAS POR SER ABUSIVAS.

“4.7 EXCEPTIO DOLI.

“4.8 COMPENSACIÓN

“4.9 EXCEPCIÓN GENÉRICA”.

El traslado de la contestación de la demanda inicial reformada y de la objeción al juramento estimatorio

La Demandante, al descorrer el traslado de excepciones y objeciones al juramento estimatorio, presentó argumentos y se opuso al decreto de algunos medios de prueba de la Convocada, además de solicitar la práctica de medios de prueba adicionales.

La demanda de reconvención subsanada

La Convocante en Reconvención ha solicitado al Tribunal que en el Laudo se efectúen las declaraciones y condenas contenidas en las siguientes pretensiones, para efectos de lo cual se precisa que el Tribunal se declaró sin competencia para conocer de la Vigésima Segunda Pretensión Principal¹³:

I. “Sobre la naturaleza de la relación contractual:

¹³ 2021 A 0022 PRIMERA AUDIENCIA DE TRAMITE - 28.4.2022

“Primera Pretensión Principal. - Que se declare que entre AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTEKO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.) y TODOMOTOS OB S.A.S. (anteriormente TODOMOTOS LTDA.) existió una relación contractual entre el 1 de abril de 2005 y el 4 de marzo de 2021.

“Segunda Pretensión Principal. – Que se declare que la relación contractual existente entre AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTEKO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.) y TODOMOTOS OB S.A.S. (anteriormente TODOMOTOS LTDA.), a la que se refiere la Primera Pretensión Principal, correspondió a una relación jurídica contractual de agencia comercial.

“Primera Pretensión Subsidiaria de la Segunda Pretensión Principal. – Que, en subsidio de la Segunda Pretensión Principal, se declare que entre AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTEKO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.) y TODOMOTOS OB S.A.S. (anteriormente TODOMOTOS LTDA.) existió una agencia comercial de hecho para la comercialización y promoción de motocicletas ensambladas por AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. – AUTEKO-, sus repuestos y accesorios, instrumentada desde el 1 de abril de 2005.

“Segunda Pretensión Subsidiaria de la Segunda Pretensión Principal. – Que, en subsidio de la pretensión anterior, se declare que el denominado Contrato de Concesión Comercial para la Venta de Motocicletas Ensambladas por AUTEKO, sus repuestos y accesorios, fechado el 4 de marzo de 2010, es un contrato relativamente simulado.

“Pretensión Consecuencial de la Segunda Pretensión Subsidiaria de la Segunda Pretensión Principal. – Que se declare que el denominado Contrato de Concesión Comercial para la Venta de Motocicletas Ensambladas por AUTEKO, sus repuestos y accesorios, fechado el 4 de marzo de 2010, correspondió, en la realidad jurídica y material, a un contrato de agencia comercial.

“Tercera Pretensión Subsidiaria de la Segunda Pretensión Principal. – Que, en subsidio de las pretensiones anteriores, se declare que el denominado Contrato de Concesión Comercial para la Venta de Motocicletas Ensambladas por AUTEKO, sus repuestos y accesorios, fechado el 4 de marzo de 2010, coexistió o concurrió con una relación contractual de agencia comercial entre AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTEKO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.) y TODOMOTOS OB S.A.S. (anteriormente TODOMOTOS LTDA).

II. Sobre la eficacia de ciertas estipulaciones contractuales:

“Tercera Pretensión Principal.- Que se declare que las estipulaciones del denominado Contrato de Concesión Comercial para la Venta de Motocicletas Ensambladas por AUTEKO, sus repuestos y accesorios, fechado el 4 de marzo de 2010, fueron predispuestas, dictadas y/o extendidas por AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTEKO-.

“Cuarta Pretensión Principal.- Que se declare que las cláusulas ambiguas del denominado Contrato de Concesión Comercial para la Venta de Motocicletas Ensambladas por AUTEKO, sus repuestos y accesorios, fechado el 4 de marzo de 2010, deben interpretarse a favor de TODOMOTOS OB S.A.S.

“Quinta Pretensión Principal.- Que se declare que la compra para la reventa a la que se refiere el denominado Contrato de Concesión Comercial para la Venta de Motocicletas Ensambladas por AUTEKO, sus repuestos y accesorios, fechado el 4 de marzo de 2010, es un acto jurídico relativamente simulado.

“Pretensión Consecuencial de la Quinta Pretensión Principal.- Que se declare que la compra para la reventa a la que se refiere el denominado Contrato de Concesión Comercial para la Venta de Motocicletas Ensambladas por AUTEKO, sus repuestos y accesorios, fechado el 4 de marzo de 2010, constituyó, en realidad, un depósito en consignación de mercancías hecho por AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTEKO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.), a favor de TODOMOTOS OB S.A.S. (anteriormente TODOMOTOS LTDA).

“Sexta Pretensión Principal.- Que se declare que cualquier estipulación contractual incluida en el denominado Contrato de Concesión Comercial para la Venta de Motocicletas Ensambladas por AUTEKO, sus repuestos y accesorios, fechado el 4 de marzo de 2010, que tenga por objeto o como efecto calificar la relación jurídica existente entre AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTEKO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.) y TODOMOTOS OB S.A.S. (anteriormente TODOMOTOS LTDA) como una relación diferente de una agencia comercial es nula, de nulidad absoluta.

“Pretensión Subsidiaria de la Sexta Pretensión Principal.- Que se reconozcan los presupuestos de la ineficacia de pleno derecho frente a cualquier estipulación contractual incluida en el denominado Contrato de Concesión Comercial para la Venta de Motocicletas Ensambladas por AUTEKO, sus

repuestos y accesorios, fechado el 4 de marzo de 2010, que tenga por objeto o como efecto calificar la relación jurídica existente entre AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTECO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.) y TODOMOTOS OBS.A.S. (anteriormente TODOMOTOS LTDA) como una relación diferente de una agencia comercial.

“Séptima Pretensión Principal.- Que se declare que el apartado de la Cláusula Décima Sexta del Contrato de Concesión Comercial para la Venta de Motocicletas Ensambladas por AUTEKO, sus repuestos y accesorios, fechado el 4 de marzo de 2010, que dice ‘El Concesionario se obliga a no comprar directa ni indirectamente a otros proveedores, nacionales o extranjeros, los productos de que trata el presente contrato, ni otros similares, conductas éstas que permanecerán en plena vigencia durante todo el tiempo de duración del contrato y hasta por dos (2) años más, a partir de la terminación del mismo’, es nula, de nulidad absoluta.

“Pretensión Subsidiaria de la Séptima Pretensión Principal.- Que se reconozcan los presupuestos de la ineficacia de pleno derecho del apartado de la Cláusula Décima Sexta del Contrato de Concesión Comercial para la Venta de Motocicletas Ensambladas por AUTEKO, sus repuestos y accesorios, fechado el 4 de marzo de 2010, que dice ‘El Concesionario se obliga a no comprar directa ni indirectamente a otros proveedores, nacionales o extranjeros, los productos de que trata el presente contrato, ni otros similares, conductas éstas que permanecerán en plena vigencia durante todo el tiempo de duración del contrato y hasta por dos (2) años más, a partir de la terminación del mismo’.

“Octava Pretensión Principal.- Que se declare que la cláusula décima octava del Contrato de Concesión Comercial para la Venta de Motocicletas Ensambladas por AUTEKO, sus repuestos y accesorios, fechado el 4 de marzo de 2010, es nula, de nulidad absoluta.

“Pretensión Subsidiaria de la Octava Pretensión Principal.- Que se reconozcan los presupuestos de la ineficacia de pleno derecho de la cláusula décima octava del Contrato de Concesión Comercial para la Venta de Motocicletas Ensambladas por AUTEKO, sus repuestos y accesorios, fechado el 4 de marzo de 2010

III. **Sobre el incumplimiento de ciertas obligaciones contractuales:**

“Novena Pretensión Principal.- Que se declare que AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTECO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.) incumplió el parágrafo de la Cláusula Décima Sexta del denominado Contrato de Concesión Comercial para la Venta de Motocicletas Ensambladas por AUTECO, sus repuestos y accesorios, fechado el 4 de marzo de 2010.

“Décima Pretensión Principal.- Que se declare que AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTECO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.) incumplió la Cláusula Vigésima del denominado Contrato de Concesión Comercial para la Venta de Motocicletas Ensambladas por AUTECO, sus repuestos y accesorios, fechado el 4 de marzo de 2010.

“Décima Primera Pretensión Principal.- Que se declare que AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTECO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.) incumplió la Cláusula Segunda del denominado Contrato de Concesión Comercial para la Venta de Motocicletas Ensambladas por AUTECO, sus repuestos y accesorios, fechado el 4 de marzo de 2010.

“Décima Segunda Pretensión Principal.- Que se declare que AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTECO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.) incumplió la Cláusula Tercera del denominado Contrato de Concesión Comercial para la Venta de Motocicletas Ensambladas por AUTECO, sus repuestos y accesorios, fechado el 4 de marzo de 2010.

“Décima Tercera Pretensión Principal.- Que se declare que AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTECO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.) incumplió los deberes secundarios de conducta que la buena fe imponía en la ejecución del denominado Contrato de Concesión Comercial para la Venta de Motocicletas Ensambladas por AUTECO, sus repuestos y accesorios, fechado el 4 de marzo de 2010.

IV. Sobre la terminación de la relación contractual de agencia comercial:

“Décima Cuarta Pretensión Principal.- Que se declare que el 4 de marzo de 2021 terminó la relación jurídica de agencia comercial existente entre AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTECO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.) y TODOMOTOS OB S.A.S. (anteriormente TODOMOTOS LTDA).

“Décima Quinta Pretensión Principal.- Que se declare que la terminación a la que se refiere la pretensión anterior sobrevino por razones imputables a AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTECO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.).

“Décima Sexta Pretensión Principal.- Que se declare que AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTECO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.) es civilmente responsable por los daños derivados de la terminación de la relación jurídica contractual existente entre AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTECO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.) y TODOMOTOS OB S.A.S. (anteriormente TODOMOTOS LTDA).

V. Sobre las pretensiones de condena:

“Décima Séptima Pretensión Principal.- Que como consecuencia de la terminación de la relación contractual de agencia comercial se condene a pagar a AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTECO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.), a favor de TODOMOTOS OB S.A.S. (anteriormente TODOMOTOS LTDA), dentro de los cinco días hábiles siguientes a la ejecutoria de la decisión que ponga fin al proceso, la suma de CUATRO MIL CIENTO OCHENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTIOCHO PESOS (\$4.181.894.528) a título de la cesantía comercial a la que se refiere el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio.

“Pretensión subsidiaria a la Décima Séptima Pretensión Principal.- Que, en subsidio de la pretensión anterior y como consecuencia de la terminación de la relación contractual de agencia comercial, se condene a pagar a AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTECO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.), a favor de TODOMOTOS OB S.A.S. (anteriormente TODOMOTOS LTDA), dentro de los cinco días hábiles siguientes a la ejecutoria de la decisión que ponga fin al proceso, la suma que se pruebe en el proceso a título de la cesantía comercial a la que se refiere el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio.

“Décima Octava Pretensión Principal.- Que sobre las condenas a las que se refiere la pretensión anterior, se ordene el pago de intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida, calculada desde la fecha de terminación de la relación contractual entre AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTECO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.) y TODOMOTOS OB S.A.S.

(anteriormente TODOMOTOS LTDA), y hasta la fecha de presentación de la demanda, por la suma de QUINIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL PESOS (\$575.298.000).

“Décima Novena Pretensión Principal.- Que sobre las condenas a las que se refiere la pretensión Décima Séptima, se ordene el pago de intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida, calculada desde el día siguiente a la presentación de la demanda y hasta la fecha de pago efectivo.

“Vigésima Pretensión Principal.- Que como consecuencia de la responsabilidad civil de AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTECO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.), se le condene a pagar, a favor de TODOMOTOS OB S.A.S. (anteriormente TODOMOTOS LTDA), dentro de los cinco días hábiles siguientes a la ejecutoria de la decisión que ponga fin al proceso, la reparación integral de los perjuicios sufridos por TODOMOTOS OB S.A.S. (anteriormente TODOMOTOS LTDA)., discriminados así:

20.1 A título de daño emergente, incluyendo la corrección monetaria y el interés puro civil causados desde la fecha de terminación de la relación contractual entre AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTECO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.) y TODOMOTOS OB S.A.S. (anteriormente TODOMOTOS LTDA) y hasta la fecha de presentación de la demanda, la suma de CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES UN MIL TRESCIENTOS VEINTISIETE PESOS (\$484.001.327), conforme a la liquidación contenida en el juramento estimatorio.

20.2 A título de lucro cesante, incluyendo la corrección monetaria y el interés puro civil causados desde la fecha del perjuicio y hasta la fecha de presentación de la demanda, la suma de MIL CIENTO NOVENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS DIECIOCHO PESOS (\$1.192.308.518), de conformidad con la liquidación realizada en el juramento estimatorio.

“Pretensión subsidiaria a la Vigésima Pretensión Principal.- Que, en subsidio de la pretensión anterior, se condene a pagar a AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. – AUTECO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.), a favor de TODOMOTOS OB S.A.S. (anteriormente TODOMOTOS LTDA), dentro de los cinco días hábiles siguientes a la ejecutoria de la decisión que ponga fin al proceso, la suma que se pruebe en el proceso a título de reparación integral de los perjuicios sufridos por TODOMOTOS OB S.A.S. como consecuencia de la terminación de la relación contractual.

“Vigésima Primera Pretensión Principal.- *Que sobre las condenas a las que se refiere la pretensión anterior, se aplique la corrección monetaria conforme al Índice de Precios al Consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, desde el día siguiente a la fecha de presentación de la demanda y hasta la fecha del pago efectivo.*

“Vigésima Segunda Pretensión Principal.- *Que sobre las condenas a las que se refiere la Pretensión Décima Sexta, se aplique el interés puro civil de seis por ciento (6%) anual, calculado desde el día siguiente a la fecha de presentación de la demanda y hasta la fecha del pago efectivo.*

VI. Pretensiones finales:

“Vigésima Segunda Pretensión Principal.- *Que se ordene a AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTECO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.), la cancelación del gravamen hipotecario instrumentado mediante las siguientes escrituras públicas:*

- 1. Escritura Pública 058 del 19 de abril de 2007, otorgada ante la Notaría Única de San Sebastián de Buenavista.*
- 2. Escritura Pública 059 del 19 de abril de 2007, otorgada ante la Notaría Única de San Sebastián de Buenavista.*
- 3. Escritura Pública 060 del 19 de abril de 2007, otorgada ante la Notaría Única de San Sebastián de Buenavista.*

Vigésima Tercera Pretensión Principal.- *Que se condene en costas a AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. –AUTECO- (anteriormente AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.)”.*

Contestación a la demanda de reconvención subsanada

La Convocada en Reconvención contestó oportunamente la demanda de reconvención subsanada pronunciándose expresamente sobre los hechos, aceptando como ciertos algunos, otros parcialmente, y negando los demás. Adicionalmente, se opuso a la totalidad de las pretensiones y objetó el juramento estimatorio.

En la contestación de la demanda de reconvención subsanada se formularon las siguientes excepciones¹⁴:

¹⁴ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 207 a 222.

“A. EL H TRIBUNAL ARBITRAL NO ES COMPETENTE PARA PRONUNCIARSE SOBRE UNA RELACIÓN ENTRE LAS PARTES PREVIA A 2010, POR CUANTO LA CLÁUSULA COMPROMISORIA DELIMITÓ DICHA COMPETENCIA ÚNICAMENTE PARA DIRIMIR CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON LA EXISTENCIA, INTERPRETACIÓN, DESARROLLO O TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN Y NINGUNO OTRO.127

“B. EL H. TRIBUNAL NO TIENE LA COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA SUPUESTA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE AGENCIAMIENTO DE HECHO ENTRE LAS PARTES, EN TANTO DICHA SITUACIÓN ES AJENA AL CONTRATO DE CONCESIÓN Y, POR ENDE, NO SE ENCUENTRA COBIJADA POR LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

“C. FALTA DE COMPETENCIA DEL H. TRIBUNAL PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA SUPUESTA SIMULACIÓN – NO EXISTE CONTRATO DE CONSIGNACIÓN ALGUNO NI PACTO ARBITRAL REFERIDO, INCOPORADO O POR REFERENCIA APLICABLE A UN CONTRATO DE DEPÓSITO EN CONSIGNACIÓN.

“D. FALTA DE COMPETENCIA DEL H. TRIBUNAL PARA PRONUNCIARSE SOBRE UNA SUPUESTA COEXISTENCIA DE UN SUPUESTO CONTRATO DE AGENCIA

“E. INEXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE AGENCIA COMERCIAL ENTRE AUTEKO Y TODOMOTOS DESDE 2005

“F. INEXISTENCIA DE UNA AGENCIA DE HECHO ENTRE AUTEKO Y TODOMOTOS

“G. INEXISTENCIA DE SIMULACIÓN ALGUNA – EL CONTRATO SIEMPRE CORRESPONDIÓ A UN CONTRATO DE CONCESIÓN

“H. EL CONTRATO CELEBRADO Y EJECUTADO CORRESPONDE A UNA CONCESIÓN Y NO A UNA AGENCIA

“I. EL CONTRATO DE CONCESIÓN NO COEXISTIÓ NI CONCURRIÓ CON UNA RELACIÓN CONTRACTUAL DE AGENCIA COMERCIAL

“J. EL CONTRATO CORRESPONDE A UNA CONCESIÓN EN SU REDACCIÓN Y EN SU EJECUCIÓN

“K. EL CONTRATO DE CONCESIÓN SE EJECUTÓ BAJO UN ESQUEMA DE VENTA PARA LA REVENTA Y NO BAJO UN DEPÓSITO EN CONSIGNACIÓN

“L. EL CONTRATO SUSCRITO EN 2010 POR AUTEKO Y TODOMOTOS ES UN ÚNICO CONTRATO

“M. EL CONTRATO FUE CONOCIDO, VALORADO Y CELEBRADO LIBREMENTE SIN NINGÚN TIPO DE FALTA DE CLARIDAD, VICIO, U OTRA ANOMALÍA.

“N. INEXISTENCIA DE ESTIPULACIONES AMBIGUAS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN

“O. INEXISTENCIA DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA

“P. INEXISTENCIA DE INEFICACIA DE LA CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA

“Q. VIGENCIA, VALIDEZ Y EFICACIA DE LA CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA

“R. INEXISTENCIA DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA

“S. INEXISTENCIA DE INEFICACIA DE LA CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA

“T. VIGENCIA, VALIDEZ Y EFICACIA DE LA CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA

“U. INEXISTENCIA DE NULIDAD DE LAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES QUE CALIFIQUEN EL CONTRATO DE CONCESIÓN O QUE EXCLUYAN LA CALIFICACIÓN DE UNA AGENCIA

“V. INEXISTENCIA DE INEFICACIA DE LAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES DIFERENTES A UNA AGENCIA

“W. VIGENCIA, VALIDEZ Y EFICACIA DE TODAS LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

“X. AUTEKO DIO CUMPLIMIENTO ABSOLUTO AL CONTRATO DE CONCESIÓN

“Y. BUENA FE DE AUTEKO – MALA FE DE TODOMOTOS, QUIEN TERMINÓ EL CONTRATO UNILATERALMENTE Y SIN JUSTA CAUSA PARA POSTERIORMENTE, MEDIANTE UNA SOCIEDAD VINCULADA, VENDER PRODUCTOS CUYA DISTRIBUCIÓN LE ESTABA VEDADA DE CONFORMIDAD CON LA CLÁUSULA

DÉCIMA SEXTA – INCUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA DEL CONTRATO

“Z. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

“AA. INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

“BB. TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS – TODOMOTOS DESCONOCE SU EJECUCIÓN CONTRACTUAL A LO LARGO DE 10 AÑOS

“CC. NADIE PUEDE ALEGAR EN SU FAVOR SU PROPIA CULPA – TODOMOTOS NO PUEDE PRETENDER RECONOCIMIENTOS POR CONCEPTO DE LUCRO CESANTE Y DAÑO EMERGENTE CUANDO FUE ELLA QUIEN TERMINÓ UNILATERALMENTE EL CONTRATO DE CONCESIÓN CON INCUMPLIMIENTO

“DD. NO SE CONFIGURA RESPONSABILIDAD ALGUNA DE AUTEKO

“EE. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR

“FF. TODOMOTOS NO TIENE DERECHO A RECIBIR CESANTÍA COMERCIAL ALGUNA EN CUANTO NO EXISTIÓ RELACIÓN DE AGENCIA

“GG. TODOMOTOS NO SE ENCUENTRA LEGITIMADO PARA PERSEGUIR UNA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS – SOLO PUEDE HACERLO QUIEN HA CUMPLIDO

“HH. INEXISTENCIA DE UNA PRESTACIÓN O CESANTÍA COMERCIAL – INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR”.

El traslado de la contestación de la demanda de reconvención

La Demandada, al pronunciarse sobre las excepciones y objeciones al juramento estimatorio respecto de la demanda de reconvención subsanada, presentó argumentos, se opuso al decreto de medios de prueba y solicitó la práctica de medios de prueba adicionales.

Las pruebas

Pruebas documentales

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una correspondiera, los documentos aportados por las partes en las oportunidades procesales establecidas en la ley.

Interrogatorio de parte y declaración de la propia parte

El 11 de mayo de 2023 se practicaron los interrogatorios de parte de la Convocante y de la Convocada y la declaración de la propia parte solicitada por AUTECO¹⁵. Fueron rendidos por Claudia Garcés Acero y Luis Segundo Hernández Amador.

Exhibición de documentos

- El 25 de agosto de 2022, Todomovil Visal S.A.S. envió por medios electrónicos los documentos correspondientes a la prueba de exhibición decretada por el Tribunal en el numeral 8.2.3. del **Auto No. 18** del 28 de abril de 2022.
- El 24 de agosto de 2022 la sociedad Distrifer S.A.S se opuso a la exhibición de documentos alegando reserva legal de lo solicitado por el Tribunal en los puntos 7 y 8.1.1. del **Auto No. 18** del 28 de abril de 2022.
- El 25 de agosto de 2022 la sociedad Creditodo VS S.A.S se opuso a la exhibición alegando reserva legal sobre algunos de los documentos solicitados por el Tribunal en el punto 8.1.1. del **Auto No. 18** del 28 de abril de 2022.
- El 28 de agosto de 2022, la Convocada presentó documentos vía correo electrónico en virtud de la orden de exhibición, puntos 6.1.1., 6.1.2. y 6.1.3. del **Auto No. 18** del 28 de abril de 2022.
- El 27 de septiembre de 2022, la Convocante presentó documentos vía correo electrónico en virtud de la orden de exhibición, puntos 6.2.1., 6.6.2., 6.2.3. del **Auto No. 18** del 28 de abril de 2022.
- El 27 de abril de 2023, los apoderados presentaron los documentos pendientes de exhibir acordados mediante memorial del 10 de abril de 2023.
- Mediante **Auto No. 30** del 3 de mayo de 2023, el Tribunal accedió a la estipulación probatoria de las partes¹⁶, y en consecuencia decidió tener como prueba todos los documentos exhibidos hasta la fecha por ambas partes y por terceros, tuvo por desistidas

¹⁵ 26. 2021 A 0022 AUDIENCIA DE PRUEBAS 11 DE MAYO

¹⁶ AUTECO v TODOMOTOS Estipulación probatoria 10 ABR 2023

todas las observaciones realizadas por los apoderados en memoriales del 22 de febrero de 2023, excepto las dispuestas en el memorial conjunto del 10 de abril de 2023, e incorporó al expediente los documentos aportados en el memorial conjunto, consistentes en los Estados Financieros de DISTRIFER para los años 2019, 2020 y 2021.

Prueba por Informe

- El 17 de mayo de 2022, la Cámara de Comercio de Santa Marta se pronunció y presentó documentos vía correo electrónico en virtud de la orden dispuesta en el numeral 8.1.1. del **Auto No. 18** del 28 de abril de 2022, por el que se decretó la prueba por informe acompañada de exhibición de documentos.
- El 13 de junio de 2022, Distrifer S.A.S dio respuesta a lo dispuesto en el punto 8.1.1. del **Auto No. 18** del 28 de abril de 2022, por el cual se decretó la prueba por informe acompañada de exhibición de documentos.
- El 13 de junio de 2022, Creditodo VS S.A.S dio respuesta a lo dispuesto en el punto 8.1.1. del **Auto No. 18** del 28 de abril de 2022, por el cual se decretó la prueba por informe acompañada de exhibición de documentos.
- El 13 de junio de 2022, Servimax Motos OB S.A.S dio respuesta a lo dispuesto en el punto 8.2.1. del **Auto No. 18** del 28 de abril de 2022 por el cual se decretó la prueba por informe.
- El 15 de junio de 2022, Todomovil Visal S.A.S dio respuesta a lo dispuesto en el punto 8.2.3. del **Auto No. 18** del 28 de abril de 2022 por el cual se decretó la prueba por informe acompañada de exhibición de documentos.

Dictámenes periciales de parte

Se decretaron como prueba los siguientes dictámenes periciales:

Dictámenes periciales principales

1) Dictamen pericial financiero aportado por la Convocante, elaborado por el perito Carlos Eduardo Jaimes Jaimes, quien rindió declaración sobre el contenido de la experticia el 24 de julio de 2023.

La Convocada, con fundamento en lo previsto en el artículo 235 del Código General del Proceso, solicitó al Tribunal que niegue efectos al dictamen pericial elaborado por el perito Carlos Eduardo Jaimes Jaimes, por considerar que estaría incurso en un

27

impedimento conforme a lo establecido en las causales 7 y 12 del artículo 141 del Código General del Proceso.

2) Dictamen pericial contable aportado por la Convocada, elaborado por la perito Gloria Zady Correa Palacio, quien rindió declaración sobre el contenido de la experticia el 25 de mayo de 2023.

3) Dictamen pericial comercial aportado por la Convocada, elaborado por el perito Jorge Arango Velasco, quien rindió declaración sobre el contenido de la experticia el 23 de mayo de 2023.

Dictamen pericial de contradicción

4) Dictamen pericial de contradicción aportado por la Convocante, rendido por el perito Carlos Eduardo Jaimes Jaimes¹⁷, frente a la experticia elaborada por la perito Gloria Zady Correa Palacio. El perito rindió declaración sobre el contenido de su dictamen el 24 de julio de 2023.

La Convocada, con fundamento en lo previsto en el artículo 235 del Código General del Proceso, solicitó al Tribunal que niegue efectos al dictamen pericial elaborado por el perito Carlos Eduardo Jaimes Jaimes, por considerar que estaría incurso en un impedimento conforme a lo establecido en las causales 7 y 12 del artículo 141 del Código General del Proceso.

Testimonios

Se recibieron los testimonios de las personas que se indican a continuación, en las fechas que se señalan:

- 14 de junio de 2023 (Acta del 14 de junio de 2023): Jesús Enrique Quintero Restrepo.
- 7 de julio de 2023 (Acta del 7 de julio de 2023): Jorge Villareal.

Pruebas desistidas

El 10 de abril de 2023, los apoderados de las partes realizaron estipulaciones probatorias, entre las cuales estuvo el desistimiento de algunas pruebas:

Sobre el desistimiento de la exhibición de documentos:

¹⁷ Cuaderno de Pruebas No. 5 – Folios 245 a 300.

Mediante **Auto No. 30** del 3 de mayo de 2023, de conformidad con lo solicitado por las partes, el Tribunal decidió tener por desistidas todas las observaciones realizadas por los apoderados en memoriales del 22 de febrero de 2023 frente a la exhibición de documentos, excepto las señaladas en el memorial conjunto del 10 de abril de 2023.

Sobre el desistimiento de la declaración de terceros:

Mediante **Auto No. 30** del 3 de mayo de 2023, el Tribunal decidió aceptar el desistimiento de todos los testigos solicitados por ambas partes, a excepción de uno por cada una.

Prueba trasladada

Mediante **Auto No. 30** del 3 de mayo de 2023, por solicitud conjunta de las partes¹⁸, el Tribunal decretó el traslado de toda la prueba testimonial practicada en el proceso arbitral surtido entre AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. y SERVIMAX MOTOS OB S.A.S., adelantado en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín, e identificado con el número de radicado 2021 A 0021. El 16 de mayo de 2023 fueron recibidos por secretaría los videos y transcripciones de la prueba testimonial surtida en el mencionado proceso¹⁹. Fueron puestos en conocimiento de las partes, sin que hubieran realizado manifestaciones sobre los mismos.

Los testimonios trasladados fueron los de los señores: José Rojas López, Raúl Botero Botero, Alejandro Gómez Montoya, Cristi Rojas Bordeth, Jesús Enrique Quintero Restrepo, Jefferson de Jesús Joleanez Buelvas, Alejandro Cadavid Aroca, Cesar Augusto Uribe Muñoz, Jorge Antonio Villareal González. Alberto Mario Pasella Dávila, Cindy Alejandra Villareal Ardila, José Fernando Bacca Padilla y Andrés Felipe Alonso.

En el proceso arbitral 2021 A 0021 durante la oportunidad correspondiente, fueron formuladas tachas respecto de la imparcialidad de los testigos Alejandro Gómez Montoya, Cristi Rojas Bordeth, Jefferson de Jesús Joleanez Buelvas, Jorge Antonio Villareal González y José Fernando Bacca.

Los alegatos de conclusión

En audiencia celebrada el 25 de agosto de 2023 las partes presentaron sus alegatos de conclusión de manera oral y aportaron los correspondientes escritos en los que sus argumentos se desarrollan.

¹⁸ AUTECO v TODOMOTOS Estipulación probatoria 10 ABR 2023

¹⁹ Respuesta OFICIO NUM 18. 16 MAY 2023

Los anteriores documentos fueron incorporados al expediente.

II. PRESUPUESTOS PROCESALES Y MATERIALES

El Tribunal encuentra que los presupuestos procesales para decidir de fondo la controversia se encuentran satisfechos. Al respecto se observa, en primer término, que ambas partes del litigio son capaces. La existencia y representación legal de las sociedades como personas jurídicas se encuentran acreditadas en debida forma.

Por lo anterior, las personas intervinientes en el proceso tienen capacidad para ser parte y para comparecer al proceso, actuando a través de apoderados judiciales.

Pacto arbitral, jurisdicción y competencia

El Tribunal arbitral es competente para resolver el litigio puesto a su consideración, al tratarse de una controversia que involucra asuntos de libre disposición, y que queda comprendida dentro de la cláusula compromisoria incorporada en el negocio jurídico celebrado entre AUTEKO y TODOMOTOS el 3 de marzo de 2010, en cuya cláusula Vigésima Primera se acordó el siguiente pacto arbitral:

“Cualquier diferencia que llegare a surgir entre las partes en sus relaciones comerciales será, en lo posible, resuelta entre ellas amistosamente. Sin embargo, las controversias surgidas entre las partes por razón de la existencia, interpretación, desarrollo o terminación de este contrato, que no pudiera dirimirse directamente entre ellas, se someterán a la decisión de un Tribunal de Arbitramento que funcionará en Medellín, en la Cámara de Comercio de dicha ciudad. El tribunal estará conformado por tres (3) árbitros, nombrados de común acuerdo por las partes. En caso de no ser posible tal acuerdo entre las partes, los árbitros serán designados por el premencionado Centro, por el sistema de sorteo de entre sus listas. Así mismo, el hecho de que alguna de las partes no asista a la reunión para el nombramiento de árbitros, se entenderá como una negativa de ésta para lograr un acuerdo en el nombramiento y será el Centro quien realice dicho nombramiento a través de sorteo entre sus listas. El procedimiento será el indicado por la normatividad vigente sobre la materia, además, el fallo será en derecho. El lugar de funcionamiento del Tribunal será las instalaciones del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. El costo del arbitramento lo pagará la parte cuyas pretensiones no sean aceptadas por el Tribunal, pero si el laudo arbitral favoreciera

parcialmente a ambas partes, el mismo tribunal designará la proporción en que cada una de ellas deba cubrir el costo del arbitramento. En lo no previsto en esta cláusula se aplicarán las normas legales vigentes sobre la materia. Esta cláusula no será aplicable a los conflictos que se generen por el incumplimiento del pago de las facturas, para lo cual las partes acuerdan expresamente que excluyen de la cláusula arbitral el cobro ejecutivo de las facturas emitidas por AUTECO, las cuales se someterán al proceso ejecutivo ante la jurisdicción civil. En consecuencia, el CONCESIONARIO renuncia a plantear la excepción de falta de jurisdicción o cláusula compromisoria en el proceso ejecutivo que se adelante en su contrato por parte de AUTECO o el tenedor de las facturas.”

El pacto arbitral invocado reúne los requisitos de existencia y validez previstos por la ley, sin que se haya aducido o acreditado algún vicio en su celebración.

En relación con la competencia del Tribunal para dirimir las diferencias planteadas por las partes y de las que se ha dado cuenta anteriormente, se reitera lo señalado en la primera audiencia de trámite realizada el 28 de abril de 2022 (**Acta No. 16**), en el sentido de que este panel arbitral es competente para dirimir tales controversias con excepción de la Vigésima Segunda Pretensión Principal de la demanda de reconvenición.

Ahora bien, en la primera audiencia de trámite el Tribunal señaló que en esa etapa procesal era clara su competencia para pronunciarse sobre las pretensiones relativas a la calificación del contrato objeto de la controversia, mientras que respecto de la solicitud de que se declarara la coexistencia de un contrato de concesión y un contrato de agencia y del aspecto relativo a la vigencia temporal del contrato, el Tribunal indicó que abordaría de nuevo dichas aristas de la Litis luego de que se tramitara el proceso.

Sin pretender por parte del Tribunal Arbitral hacer un estudio detenido sobre el pacto arbitral, la cláusula compromisoria y el compromiso, lo cierto es que, como se sabe, la ley 1563 de 2012 establece que el pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, implicando la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces y el mencionado pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria. A su vez, la cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él y el compromiso, podrá constar en cualquier documento, que contenga los nombres de las partes y la indicación de las controversias que se someten al arbitraje.

Por sabido se tiene, tal como lo ha señalado la doctrina, que el pacto arbitral es un negocio jurídico que tiene origen privado, el cual tiene por objeto principal la renuncia a

la prerrogativa de obtener la tutela de jueces y tribunales estatales para la resolución de los conflictos, cuya decisión se desplaza a un particular transitoriamente investido de la función de administrar justicia, para que sea él el competente para resolverlo, vía laudo arbitral.

En cuanto a las modalidades del pacto arbitral se reconocen, como ya se indicó, tanto la cláusula compromisoria como el compromiso. Al respecto señala el profesor JUAN PABLO CÁRDENAS, que *“...la ley reconoce dos formas de pacto arbitral: la cláusula compromisoria y el compromiso. La cláusula compromisoria se caracteriza por ser una estipulación del contrato, por la cual las partes acuerdan someter a arbitraje algunas o todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir por razón del contrato. Por el contrario, el compromiso se caracteriza porque es un acuerdo para someter a arbitraje una controversia ya surgida entre las partes. Esta diferencia es importante en derecho colombiano porque la Ley 1563, regula de forma diferente los requisitos de forma de la cláusula compromisoria y del compromiso...”*²⁰.

Es que mediante la cláusula compromisoria las partes contratantes acuerdan solucionar por medio de un tribunal arbitral las controversias que puedan llegar a tener lugar en un futuro respecto de un contrato determinado, bien sea sobre todos los aspectos del contrato o bien sobre los que las partes mismas determinen.

En el presente asunto, es claro para este Tribunal Arbitral que la cláusula compromisoria fue efectivamente un acuerdo de las partes por medio del cual decidieron que cualquier controversia surgida entre las mismas *“...por razón de **la existencia, interpretación, desarrollo o terminación de este contrato**, que no pudiera dirimirse directamente entre ellas, se someter[ía] a la decisión de un Tribunal de Arbitramento...”* (se destaca). Es decir, decidieron someter a arbitraje sólo lo concerniente al contrato de concesión comercial para la venta de motocicletas ensambladas por AUTEKO, sus repuestos y accesorios, celebrado por escrito entre esta sociedad, por una parte y TODOMOTOS LTDA, hoy TODOMOTOS OB S.A.S., por otra, y esa cláusula compromisoria no tuvo la virtud o el alcance de un compromiso respecto de cualquier controversia anterior o de unas diferencias específicas que hubieran surgido o pudieran surgir entre las partes con ocasión de las relaciones contractuales que ellas hubieran podido sostener desde mediados del primer semestre del año 2005 y el 2 de marzo de 2010.

Teniendo en cuenta el marco antes establecido, el Tribunal concluye que tiene competencia para analizar si el contrato celebrado por las partes en contienda incorpora elementos del contrato de concesión y del contrato de agencia comercial o hay una

²⁰ Cárdenas Mejía, Juan Pablo. “Modulo Arbitraje Nacional e Internacional”. Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 2019. Pág. 47.

coexistencia de tales negocios jurídicos, pues el estudio correspondiente se encuentra dentro del marco establecido por las partes en el pacto arbitral, al señalar que el Tribunal podría pronunciarse sobre las diferencias originadas *“por razón de la existencia, interpretación, desarrollo o terminación de este contrato”* (se destaca). Ciertamente la coexistencia de elementos de dos tipos contractuales distintos originada en una manifestación de voluntad inicialmente unitaria, corresponde al ámbito de la interpretación contractual entendida en su sentido amplio (interpretación, calificación e integración del negocio jurídico), así como en lo atinente al *desarrollo* que pudiera tener la relación contractual.

Y en cuanto a la vigencia temporal del contrato que vinculó a los extremos de este litigio, estima el Tribunal que su competencia se refiere específicamente al contrato celebrado por las partes el 3 de marzo de 2010, según adelante se precisará, y no comprende, por tanto, la relación que pudiere haber existido previamente, en su caso. Según ya se ha observado anteriormente, la competencia del Tribunal se desprende del pacto arbitral contenido en la cláusula Vigésima Primera del documento contractual allegado al expediente y del que fueron partes AUTEKO, por un lado, y TODOMOTOS, por el otro, destacándose que la referida cláusula compromisoria hace referencia a las diferencias surgidas de *“este contrato”*.

En consecuencia, el Tribunal declarará probada la excepción denominada *“EL H TRIBUNAL ARBITRAL NO ES COMPETENTE PARA PRONUNCIARSE SOBRE UNA RELACIÓN ENTRE LAS PARTES PREVIA A 2010, POR CUANTO LA CLÁUSULA COMPROMISORIA DELIMITÓ DICHA COMPETENCIA ÚNICAMENTE PARA DIRIMIR CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON LA EXISTENCIA, INTERPRETACIÓN, DESARROLLO O TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN Y NINGUNO OTRO”* propuesta por la Convocada en Reconvención. Y no se le dará prosperidad a las excepciones tituladas *“EL H. TRIBUNAL NO TIENE LA COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA SUPUESTA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE AGENCIAMIENTO DE HECHO ENTRE LAS PARTES, EN TANTO DICHA SITUACIÓN ES AJENA AL CONTRATO DE CONCESIÓN Y, POR ENDE, NO SE ENCUENTRA COBIJADA POR LA CLÁUSULA COMPROMISORIA”*; *“FALTA DE COMPETENCIA DEL H. TRIBUNAL PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA SUPUESTA SIMULACIÓN – NO EXISTE CONTRATO DE CONSIGNACIÓN ALGUNO NI PACTO ARBITRAL REFERIDO, INCOPORADO O POR REFERENCIA APLICABLE A UN CONTRATO DE DEPÓSITO EN CONSIGNACIÓN”* y *“FALTA DE COMPETENCIA DEL H. TRIBUNAL PARA PRONUNCIARSE SOBRE UNA SUPUESTA COEXISTENCIA DE UN SUPUESTO CONTRATO DE AGENCIA”* igualmente propuestas por la Demandada en Reconvención.

Integración del Tribunal, capacidad de los Árbitros, deber de información, impedimentos y recusaciones

Los árbitros designados son ciudadanos colombianos en ejercicio, sin condenas a pena privativa de la libertad ni inhabilitaciones para cargos públicos, y no han sido sancionados con destitución. Además, al tratarse de un litigio que se debe resolver en derecho, cumplen con los requisitos necesarios para ejercer como árbitros en este caso.

Después de que los miembros del Tribunal cumplieron con el deber de información dispuesto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, las partes no expresaron dudas sobre la imparcialidad o independencia de los árbitros, ni expresaron el deseo de reemplazarlos basándose en la información proporcionada. Además, ninguno de los árbitros se declaró impedido ni fue recusado en función de las causales establecidas en el artículo 142 del Código General del Proceso.

Las relaciones jurídicas procesales se constituyeron regularmente y no existe defecto alguno en las actuaciones surtidas que constituya causal de nulidad. Ninguna de las partes durante el proceso puso de presente la existencia de alguna irregularidad o causal de nulidad.

Término de duración del proceso y suspensiones

De conformidad con lo establecido en la Ley 1563 de 2012, y según lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 491 de 2020, el término de duración del proceso era, en principio, de ocho (8) meses y su cómputo inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, es decir el 2 de junio de 2022. Sumados los dos (2) meses prorrogados de mutuo acuerdo por las partes²¹, habría vencido el 2 de abril de 2023.

Sin embargo, atendiendo la solicitud de las partes, se decretaron las suspensiones del término del proceso que se identifican en la tabla que se muestra a continuación, con lo cual dicho término estuvo suspendido por 150 días hábiles.

Acta – Auto	Fechas de suspensión	Días hábiles
Auto No. 22- 2 de junio de 2022	Del 3 de junio al 21 de agosto de 2022 (ambas fechas inclusive)	51
Auto No. 23- 22 de agosto de 2022	Del 22 de agosto al 26 de septiembre de 2022 (ambas fechas inclusive)	26
Auto No. 24 – 28 de septiembre de 2022	Del 28 de septiembre de 2022 al 31 de octubre de 2022 (ambas fechas inclusive)	23
Auto No. 25 – 31 de octubre de 2022	Del 1 de noviembre de 2022 al 30 de noviembre de 2022 (ambas fechas inclusive)	20

²¹ AUTECO PRORROGA TERMINO POR 2 MESES 16 ENE 2023; TODOMOTOS PRORROGA TERMINO PROCESO 16 ENE 2023

Auto No. 26 – 1 de diciembre de 2022	Del 1 de diciembre de 2022 al 13 de enero de 2023 (ambas fechas inclusive)	30
Total días de suspensión		150

Teniendo en cuenta los 150 días hábiles de suspensión, el término del proceso vencía el 15 de noviembre de 2023.

No obstante, las partes solicitaron una prórroga del término del proceso por un mes más, y en consecuencia dispusieron que la duración del trámite se extendiera hasta el 15 de diciembre de 2023, la cual fue aprobada por el Tribunal en **Auto No. 35** del 7 de julio de 2023. Igualmente, las partes acordaron una nueva extensión del término del Tribunal hasta el día 31 de diciembre de 2023, que fue aprobada por el panel arbitral mediante **Auto No. 41** del 28 de noviembre de 2023.

De acuerdo con lo anterior, teniendo en cuenta todas las suspensiones decretadas y las prórrogas mencionadas, el término del proceso vence el 31 de diciembre de 2023.

Por lo anterior, la expedición del presente laudo en la fecha es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

III. ASPECTOS PROBATORIOS Y PROCESALES DE PREVIA CONSIDERACIÓN

3.1 SOBRE LAS PRUEBAS PRACTICADAS EN EL PROCESO Y LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS MISMAS.

En el proceso obran los siguientes medios probatorios: i) documentos emanados de las partes y provenientes de terceros; ii) testimonios; iii) interrogatorios de parte; iv) declaración de la propia parte, y v) dictámenes periciales.

El Tribunal apreciará dichos medios probatorios de conformidad con los criterios de la sana crítica y atendiendo los siguientes parámetros:

1.1.1. PRUEBA DOCUMENTAL

Al proceso se incorporaron documentos provenientes de las partes y de terceros.

Los documentos privados provenientes de las partes fueron aportados en original y en copia, por lo que ambos poseen el mismo valor probatorio, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 245 y 246 del Código General del Proceso; máxime que ninguno

de los escritos presentados en copia es de aquellos respecto de los que la ley exige su aportación en original.

Los documentos provenientes de las partes: i) se presumen auténticos²²; ii) fueron reconocidos de manera expresa o implícita²³ por sus otorgantes; y iii) no fueron tachados ni desconocidos por estos.

Por su parte, los documentos privados allegados al proceso y emanados de terceros fueron igualmente aportados en copia, y son apreciados por este Tribunal de manera plena, de acuerdo con lo previsto en el artículo 262 del Código General del Proceso.

Si bien el Tribunal valora en el Laudo toda la prueba documental incorporada al proceso, hará hincapié en los documentos que se estiman especialmente relevantes para la resolución de la controversia, y a los que se hará referencia explícita en los acápites siguientes.

1.1.2. PRUEBA TESTIMONIAL

Para la valoración de los testimonios el Tribunal tendrá en consideración las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que los testigos conocieron los hechos, su cercanía con el asunto debatido, su coherencia, su espontaneidad, la verosimilitud de su dicho y su correspondencia con el restante material probatorio, todo enmarcado en criterios de sana crítica.

Es de advertir que los testigos que comparecieron al proceso son hábiles para testimoniar, y el Tribunal no advierte de entrada circunstancias relevantes que pudieran afectar su credibilidad o imparcialidad respecto de los hechos relatados, salvo en cuanto concierne al señor Jorge Antonio Villareal González, según adelante se precisará.

En relación con los testimonios que fueron trasladados del proceso 2021 A 0021, se destaca que en dicho trámite fueron formuladas tachas respecto de la imparcialidad de los testigos Alejandro Gómez Montoya, Cristi Rojas Bordeth, Jefferson de Jesús Joleanez Buevas, Jorge Antonio Villareal González y José Fernando Bacca.

²² Código General del Proceso. Artículo 244. “(...) Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso. (...)”.

²³ Código General del Proceso. Artículo 244. “(...) La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos (...)”.

Respecto de la tacha de los testigos el artículo 211 del Código General del Proceso dispone:

“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.

“La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”.

De acuerdo con la jurisprudencia²⁴, la tacha de un testigo no genera la desestimación total de la declaración, sino que conlleva analizarla con mayor cuidado frente a los demás elementos de convicción obrantes en el proceso.

Efectuado por el Tribunal el análisis de los testimonios que fueron trasladados del trámite 2021 A 0021, se considera que no ha de prosperar la tacha de los testigos Alejandro Gómez Montoya, Cristi Rojas Bordeth, Jefferson de Jesús Joleanez Buelvas y José Fernando Bacca, pues, si bien algunos de ellos tenían relaciones cercanas con las partes, o en el caso de la señora Rojas su exposición no tuvo la espontaneidad que correspondía, en general tales deponentes presentaron exposiciones coherentes, precisas y coincidentes con las de los otros testigos, además de que tenían un conocimiento cercano de los hechos debatidos en el proceso.

En relación con la declaración del señor Jorge Antonio Villareal González, si bien su testimonio no fue tachado en este trámite arbitral sino en el proceso 2021 A 0021, el Tribunal considera que, evidentemente, el señor Villareal González tiene un interés directo en este litigio, entre otros aspectos, por ser accionista de TODOMOTOS, haber sido su representante legal, haber estado presente en los aspectos fundamentales de la operación de la Convocada, incluso en las reuniones en las que se tomó la decisión de

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 8 de abril de 2014. Rad No. 68001-23-15-000-2000-03456-01 (29195). C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En esta providencia se precisó que los testigos sospechosos o de oídas *“no pueden ser desechados de plano sino que rigidizan su valoración de cara al restante material probatorio, por cuanto serán examinados con mayor severidad”.*

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de septiembre de 2001. Exp. No. 6624. *La causa de sospecha de un testigo, bien se sabe, no constituye razón para demeritarlo, porque como tiene explicado la Corte, la “sospecha no descalifica de antemano -pues ahora se escucha al sospechoso-, sino que simplemente se mira con cierta aprensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después -acaso lo más prominente- halla respaldo en el conjunto probatorio”.*

terminar la relación contractual con AUTEKO, razones todas estas para considerar que la tacha debe prosperar. No obstante, la tacha no excluirá el testimonio del señor Villareal, pues fue un protagonista excepcional de las relaciones entre la Convocante y la Convocada durante toda su relación comercial y contractual, sino que el mismo será evaluado con mayor rigor como da cuenta el presente Laudo.

1.1.3. INTERROGATORIOS DE PARTE Y DECLARACIÓN DE LA PROPIA PARTE

En el proceso, se llevaron a cabo interrogatorios a los representantes legales de AUTEKO y TODOMOTOS, durante los cuales proporcionaron información acerca de su conocimiento sobre los hechos en disputa. También se llevó a cabo la declaración de la propia parte solicitada por la Convocante.

De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, el interrogatorio de parte es el camino para recaudar la declaración de parte y la confesión.

En general, el dicho de una parte en el proceso solo tiene valor probatorio cuando se puede obtener una confesión del mismo, es decir, cuando admite hechos desfavorables a su posición. Esto se debe a que, según las reglas probatorias vigentes, por lo general, la declaración de cada una de las partes no es suficiente para demostrar los hechos en los que basan sus reclamaciones o defensas²⁵.

En embargo, también la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que las partes pueden rendir declaración a veces como una simple declaración y en otras como confesión:

“(...) las partes pueden rendir su versión sobre los hechos materia de la controversia, algunas veces se tratará de una simple declaración y, en otras ocasiones, de una confesión, lo que, en todo caso, definirá el juez al momento de valorar el relato del interesado, asignándole el mérito correspondiente.”²⁶

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal valorará la declaración de la propia parte, y determinará si de los interrogatorios de parte rendidos en el proceso se puede derivar confesión.

1.1.4. DICTÁMENES PERICIALES

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 14 de noviembre del 2014. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia STC13366-2021 de 7 de octubre de 2021. M.P. Octavio Augusto Tejeiro.

Los dictámenes periciales y las argumentaciones relacionadas con ellos serán evaluadas siguiendo los estándares definidos en el artículo 232 del Código General del Proceso. Esto implica que se considerarán bajo los principios de la sana crítica, prestando atención a la robustez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos.

3.1.4.1 Sobre el Dictamen pericial contable allegado por la Convocada

Se presentó por parte de TODOMOTOS el “dictamen pericial contable relación comercial entre TODOMOTOS OB S.A.S., y AUTOTECNICA COLOMBIANA S.A.S. AUTEKO”, suscrito por la perita GLORIA ZADY CORREA PALACIO, de fecha mayo 2022.

En dicho dictamen a la perita se le hicieron preguntas relacionadas con la “cesantía comercial”, y se le pidió responder la siguiente pregunta “... 1.1. Indique cuál fue el promedio de la remuneración recibida por TODOMOTOS como consecuencia del Contrato de Agencia Comercial suscrito con AUTEKO, durante los años 2018, 2019 y 2020...”.

Para ello, se refirió, en una primera parte de la respuesta, a los ingresos operacionales de TODOMOTOS, así:

“... 1. De la contabilidad de TODOMOTOS., se extractaron las cuentas de ingresos operacionales obtenidos por las ventas de los productos adquiridos a Auteko, durante los años 2017 (desde el 25 de diciembre), 2018, 2019 y 2020 (hasta el 24 de diciembre) ...”, y en efecto discriminó los ingresos operacionales así obtenidos por la compañía en mención, durante los periodos indicados, discriminándolos a través de la siguiente tabla:

CODIGO	CUENTA	VALOR \$			
		2017 (25-31)	2018	2019	2020 (HASTA DIC 24)
413502000	Ventas gravadas 19%		52.480.672,00	16.347.932.244,09	13.158.201.094,20
413502001	Ventas gravadas 19%	647.068.273,00	27.103.346.825,74	13.196.366.629,48	14.122.439,00
413502002	Ventas gravadas 25%		50.292.537,00	29.503.938,00	
413502005	Venta de motos de segunda	0,00	23.331.932,00	2.521.008,00	15.462.187,00
413504001	Servicio de Taller	517.635,00	161.872.993,20	232.775.389,45	233.724.370,00
413506001	Venta de partes y piezas	10.340.437,03	611.861.156,56	864.476.328,41	798.442.438,34
413510001	Venta de lubricantes y aditivos	4.812.000,00	258.149.022,05	237.191.966,33	4.357.887,50
415095001	Otros ingresos Servicios	87.622.254,00	1.537.774.330,80	1.408.227.272,50	508.823.422,00
417501001	Devoluciones rebajas y dctos en vtas de motos		-54.743.206,28	-138.241.175,73	-438.943.198,94
417501002	Devoluciones servicio de taller		-36.275.411,45	-993.735,00	-139.183.991,00
417501003	Devoluciones repuestos	-68.067.023,00	-11.440.188,49	-8.452.909,44	-9.528.885,76
417501004	Devoluciones lubricantes		-32.000,00	-893.795,42	-16.000,00
417501012	Descuento ventas de contado			-10.529.000,00	-177.690.846,00
417501015	Descuento por pronto pago cartera			-6.019.400,00	-130.974.475,97
	TOTAL INGRESOS	682.293.576,03	29.696.618.663,13	32.153.864.760,67	13.836.796.440,37

Posteriormente, en una segunda parte, determinó el costo de venta, esto es, el costo de la mercancía adquirida a AUTEKO, para ser vendida a terceros, así:

“... 2. De la contabilidad de TODOMOTOS., se extractaron las cuentas de Costo de venta correspondiente a las ventas realizadas de los productos comprados a Auteco durante los años 2017 (desde el 25 de diciembre), 2018, 2019 y 2020 (hasta el 24 de diciembre) ...”, y, al igual que en el caso anterior, discriminó los costos de adquisición de la mercancía adquirida a AUTEKO para la posterior venta a sus clientes, discriminándolos a través de la siguiente tabla:

CODIGO	CUENTA	VALOR \$			
		2017 (25-31)	2018	2019	2020 (HASTA DIC 24)
613502001	Venta de vehiculos automotores 16%	588.723.882,00	23.893.137.219,50	25.535.309.877,56	11.025.244.276,90
61352002	Venta de vehiculos automotores 25%			25.417.453,00	
613502005	Ventas motos de segunda			3.363.459,00	16.079.639,00
613502006	Venta de vehiculos automotores 5%				
613504001	Mantenimiento reparac. Lavado de vehicu	6,50		508.557,30	5.348,36
613506001	Venta de partes piezas accesorios de veh	7.757.020,64		674.686.060,80	621.924.320,04
613510001	Venta de lubric aditivos llantas y lujos	3.948.515,44			3.417.544,84
	TOTAL COSTO	600.429.424,58	23.893.137.219,50	26.239.285.407,66	11.666.671.129,14

Y, por último (en cuanto a este punto se refirió el dictamen pericial), y con el fin de discriminar la que consideró la remuneración recibida, indicó lo siguiente:

“... 3. Se obtiene la diferencia entre los ingresos (punto 1) y los costos (punto 2), dando como resultado la remuneración recibida...”, y para el efecto trajo la siguiente tabla en la cual buscaba consolidar la información de los ingresos, restar los costos, para así obtener el margen, trayendo a colación la siguiente tabla:

CODIGO	CUENTA	VALOR \$			
		2017 (25-31)	2018	2019	2020 (HASTA DIC 24)
413502000	Ventas gravadas 19%	270.530.875,00	5.964.706,00	4.453.230.320,20	3.377.272.749,98
413502001	Ventas gravadas 19%		6.747.543.855,34	3.019.238.680,16	
413502005	Venta de motos de segunda		15.921.034,46	13.717.193,00	5.041.177,00
413502006	Ventas gravadas al 5%			2.570.476,00	
413504001	Servicio de Taller		38.144.350,00	65.152.810,00	108.408.072,00
413506001	Venta de partes y piezas	2.133.504,82	80.794.540,64	113.573.165,90	131.130.634,25
413510001	Venta de lubricantes y aditivos	400.000,00	35.094.311,00	34.207.194,00	1.237.457,76
415095001	Otros ingresos Servicios	22.187.643,00	470.550.535,00	428.629.987,00	136.783.088,00
417501000	Devoluciones descuentos y rebajas en ventas de motos		-7.386.555,00	-25.502.536,00	-98.484.019,00
417501001	Devoluciones rebajas y dctos en vtas de motos	-6.887.931,00	-14.458.738,00	-21.354.951,00	
417501002	Devoluciones servicio de taller		-10.434.407,40		-29.769.749,00
417501003	Devoluciones repuestos		-580.603,33	-570.420,30	-1.254.586,67
417501004	Devoluciones lubricantes		-16.000,00	-16.000,00	
417501012	Descuento ventas de contado			-3.324.000,00	-64.683.332,00
417501013	Descuentos otras promociones				-750.000,00
417501014	Devoluciones rebajas y dctos en vtas de motos				-8.065.546,00
417501015	Descuento por pronto pago cartera			-789.400,00	-48.952.675,24
	TOTAL INGRESOS	288.364.091,82	7.361.137.028,71	8.078.762.518,96	3.507.913.271,08
613502001	VENTA DE VEHICULOS AUTOMOTORES 16%	244.953.288,32	5.971.971.177,78	6.473.801.118,30	2.844.109.540,10
613502005	VENTAS MOTOS DE SEGUNDA	-5.720.690,44	10.862.040,44	13.328.434,00	4.287.000,00
613502006	VENTA DE VEHICULOS AUTOMOTORES 5%			2.553.138,00	
613504001	MANTENIMIENTO REPARAC. LAVADO DE VEHICU		114.631,31	38.615,73	2.903,81
613506001	VENTA DE PARTES PIEZAS ACCESORIOS DE VEH	1.582.708,90	62.405.942,93	92.678.874,47	104.205.605,05
613510001	VENTA DE LUBRIC ADITIVOS LLANTAS Y LUJOS	326.858,35	28.797.520,10	29.894.380,00	1.130.303,68
	TOTAL COSTOS	241.142.165,13	6.074.151.312,56	6.612.294.560,50	2.953.735.352,64
	MARGEN	47.221.926,69	1.286.985.716,15	1.466.467.958,46	554.177.918,44

De un simple ejercicio de comparación se puede observar que los datos vertidos en la tabla de la respuesta número tres, no corresponden a los datos contenidos en las tablas uno y dos.

En el ejercicio de contradicción del dictamen, la perito *motu proprio* indicó que había cometido un error y advertido el error por parte del Tribunal Arbitral se le pidió que aclarara o explicara dicha situación. La experta indicó que era un error en la transcripción del cuadro, pero que el cálculo del promedio (punto tratado en el punto cuatro de dicho dictamen, agrega el Tribunal), estaba correcto. Además, pidió autorización para mostrar en audiencia una hoja de trabajo que había hecho cuando advirtió el error. Sobre que explicara el error y diera las aclaraciones correspondientes, los apoderados de las partes no manifestaron reparos, pero sí disintieron de la presentación de la hoja de trabajo a lo cual se opuso el apoderado de la Convocada y que se introdujera ese documento al proceso y, en especial, en esa audiencia.

El Tribunal Arbitral permitió que en audiencia la perito mostrara la hoja de trabajo para que aclarara o explicara el error, pero no como una adición al dictamen. En todo caso, el Tribunal Arbitral permitió que la perita remitiera la Tabla al proceso, dando cinco (5) días para el pronunciamiento respectivo a las partes e, incluso, se precisó que el perito que elaboró el dictamen de contradicción al dictamen de la perita GLORIA ZADY CORREA, podría efectuar los pronunciamientos que considerara procedentes desde sus conocimientos, como en efecto lo hizo y también se pronunció AUTEKO.

A su vez, sobre este pronunciamiento también se manifestó TODOMOTOS y posteriormente AUTEKO.

Sobre el particular el Tribunal Arbitral considera que se dio la oportunidad a las partes de ejercer su derecho de contradicción y defensa y los asuntos atinentes al fondo del dictamen, en cuanto sean pertinentes, si lo son respecto de la solución de fondo de la controversia, serán objeto de análisis, de ser necesario, en las consideraciones sustanciales del laudo.

3.1.4.2 Sobre los dictámenes periciales de carácter contable y financiero allegados por la Convocante.

Antecedentes

En la audiencia de contradicción del dictamen pericial aportado por la Convocante, elaborado por el perito Carlos Eduardo Jaimes Jaimes, realizada el día 24 de julio de 2023, el apoderado judicial de la Convocada pidió la palabra para expresar que conforme al artículo 235 del Código General del Proceso debía existir imparcialidad por parte de los peritos y que, a ese respecto, quería informar al Tribunal que se habían presentado hechos sobrevinientes que no existían en la fecha en la que fue radicado el dictamen del perito Jaimes Jaimes, y que, si bien no pretendía descalificar el dictamen del mencionado

experto, sí quería solicitar al Tribunal que se analizara el hecho que se pondría de presente al valorar el dictamen pericial.

Manifestó el apoderado que, en su concepto, se había configurado de manera sobreviniente respecto del perito Carlos Eduardo Jaimes la causal de recusación establecida en el numeral 7 del artículo 141 del C.G.P. Explicó que en un proceso que no tiene ni tuvo ninguna relación con este trámite arbitral, y en el cual el apoderado de TODOMOTOS también había actuado como apoderado especial en un primer momento y como apoderado general posteriormente, la firma de abogados de la cual él hace parte, DLA Piper Martínez Beltrán Abogados, formuló queja disciplinaria contra el perito Jaimes Jaimes por considerar que se había faltado a la imparcialidad en dicho proceso, y explicó que las razones de dicha queja estaban contenidas en una certificación expedida por un abogado de la mencionada firma, en las que se indicaba, en síntesis, que en aquel trámite judicial que se adelantaba ante la Superintendencia de Sociedades se habían allegado unos correos electrónicos en los que el apoderado de una de las partes le indicaba al perito Jaimes el contenido que debía tener su experticia, tanto en la forma como en el fondo. De igual manera, en el curso del interrogatorio del perito, el apoderado de la Convocante manifestó que se ha configurado la causal prevista en el numeral 12 del artículo 141 del C.G.P., toda vez que el perito rindió un concepto en el caso que se adelanta por parte de AUTEKO contra SERVIMAX, con radicado 2021 A 0021.

En esa misma audiencia, el apoderado de la Convocada aportó una certificación dirigida al Tribunal de un abogado de la firma en la que manifestaba lo siguiente:

“1. Solicité, mediante escrito fechado el 5 de julio de 2023, que se hiciera una verificación de la imparcialidad e idoneidad del perito CARLOS EDUARDO JAIMES, por las experticias rendidas en dicho proceso.

“2. La razón de la solicitud es que tuve conocimiento de sendos correos electrónicos en donde el apoderado de la Parte Demandada le indicaba al perito designado por ella misma, lo que debía incluirse en el dictamen y los ajustes que debían ser realizados a la experticia, en contradicción de la imparcialidad que debe orientar a este tipo de pruebas y del juramento que el propio perito había rendido, en el sentido de que su experticia era imparcial.

“3. Asimismo, en el marco de una audiencia del 5 de julio y en un escrito del 17 de julio de 2023, advertí de las consecuencias disciplinarias que, para el perito y el abogado respectivo, podía tener dicho proceder, solicitando la compulsación de copias respectiva.

“4. A la fecha, la autoridad que conoce del trámite, esto es, la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, decretó sendas pruebas de oficio en relación con la información allegada y se encuentra analizando la petición del suscrito, por la potencial afectación de la imparcialidad del perito.

“5. Debo mencionar, adicionalmente que, en el proceso en cuestión, Sergio Rojas Quiñones ha actuado como apoderado especial y como apoderado general de la Parte Demandante”.

El apoderado de la parte Convocante señaló en la referida audiencia lo siguiente:

“Por supuesto que sí y sin perjuicio de lo que considere en su intervención el perito Jaimes o de lo que indague el tribunal, me opongo (...) a la manifestación respetuosa del doctor Sergio, como quiera que en primer lugar, no se configura causal de recusación alguna, en este caso el auxiliar de la justicia, por los hechos que me permito indicar en este momento.

“El apoderado de TODOMOTOS formula recusación u observación de recusación con fundamento en la causal séptima del artículo 141 del Código General del Proceso, que dice verdaderamente esta causal. Dice que son causales de recusación el haber formulado alguna de las partes, las partes, su representante o apoderado, denuncia penal o disciplinaria contra el juez, léase auxiliar de la justicia su cónyuge o compañero permanente o pariente en primer grado de consanguinidad o civil, antes de iniciarse el proceso o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia y que el denunciante se haya vinculado a la investigación.

“Ninguno de estos supuestos con la propia manifestación del apoderado de la convocada se ha configurado. Lo primero, no hay una formulación de denuncia o queja disciplinaria, lo que hay del dicho propio del apoderado de la convocada es una solicitud que él hizo o que un apoderado de la firma para la que él labora realizó en un proceso distinto para ver si la Superintendencia de Sociedades llegase a considerar la apertura de la investigación. Primer elemento, no hay queja disciplinaria o denuncia de carácter penal.

“Segundo elemento, no es la parte, no es el representante, ni es el apoderado en este proceso quien ha formulado denuncia o queja disciplinaria por hechos ajenos a este proceso antes de iniciarse o después. En dicho del doctor Rojas, queda que un apoderado diferente a él, que no es apoderado de la convocada

en este proceso, habría solicitado en un caso que se encuentra sub júdice la posible compulsa de copias contra el doctor Jaimes, por hechos que tampoco vienen al caso ni están demostrados en este proceso. De manera que el segundo supuesto, es decir que sea la parte del representante o el propio apoderado en el proceso quien la haya formulado; se trata al parecer de un proceso ajeno donde otro abogado habría solicitado por razones no conocidas en este tribunal, tal tipo de tacha o recusación.

“Finalmente, debo poner de presente lo siguiente, y es algo que también la doctrina y la jurisprudencia han abordado en múltiples casos frente a los jueces, ergo aplicable a los auxiliares de la justicia. Y es que el hecho mismo de quejas, reparos, tachas, etcétera, contra quien funge como juez o auxiliar de la justicia en este caso, pues evidentemente no puede bloquear el trabajo de la Administración de Justicia, o al contrario, las causales de recusación por cualquier hecho sobreviniente en el proceso impediría realmente satisfacer el acceso a la Administración de Justicia cuando quiera que una de las partes esté inconforme, o bien con el resultado, o bien con el procedimiento seguido.

(...)

“Con fundamento en esto, le solicito al Tribunal de Arbitramento dos cosas. Negar la solicitud de recusación y previo a verificar los documentos que el doctor Sergio está allegando en razón de la misma, excluirlos del proceso, pues nada tienen que ver con el asunto que se encuentra en trámite, además de no ser pertinentes, conducentes, pues son de un proceso ajeno, donde según el dicho del propio apoderado, la misma Superintendencia no ha tomado ninguna determinación, mal haría otra autoridad jurisdiccional, diferente a la competente que conoce de ese proceso, entrar a hacer algún tipo de manifestación o valoración sobre lo que allí puede o no puede acontecer. Con eso termino mi conclusión y espero, señor presidente, pues se tome la determinación que en derecho corresponda.”

Igualmente, el perito Jaimes intervino en dicha audiencia y manifestó lo que se transcribe seguidamente:

“(...) que todos mis escritos, sustentaciones, documentos y afirmaciones que yo haga en un dictamen pericial tienen todo el soporte, el conocimiento técnico y la buena fe en la forma en que se los voy a demostrar hoy, si me permiten, sustentar mi dictamen pericial y la contradicción.

“Yo fui llamado para rendir un dictamen pericial de contradicción a unas clientes de la compañía del doctor Sergio, realicé un contradictamen contundente que no he sustentado todavía y hay un reparo sobre un correo al cual las accedieron las personas clientes de la firma y hay una denuncia penal que era lo que estaba explicando el doctor Sergio contra esas personas, y básicamente por acceder indebidamente a un computador. El dictamen yo lo entregue, alguien, el abogado respondió autónomamente colocando unas observaciones menores porque en mis escritos nadie puede intervenir, nadie, digamos mi independencia es total, mi honestidad es total y a toda prueba y pues yo lo que diría es que pues obviamente tengo que esperar lo que allí se decida o lo que ocurra en esa disputa familiar que se está llevando a cabo y dirimiendo por parte de la Superintendencia de Sociedades. Eso es básicamente, digamos no hay ninguna falta, digamos, mis escritos son debidamente soportados y todo lo que yo digo allá es cierto y lo comprobaré pues digamos cuando exista la oportunidad correspondiente.”

Con posterioridad, el apoderado de la Convocada allegó el acta de una audiencia de 14 de agosto de 2023, surtida en el proceso que se tramita ante la Superintendencia de Sociedades identificado con radicado 2021-800-00047, en el que DLA Piper Martínez Beltrán Abogados funge como apoderado de la demandante, y en el que el Superintendente Delegado de Procedimientos Mercantiles adoptó, entre otras determinaciones, la de excluir las pruebas periciales aportadas por las partes, entre ellas el dictamen elaborado para ese proceso por el perito Carlos Eduardo Jaimes, así como otras pruebas documentales aportadas a esa actuación.

Respecto del contenido de esa acta, el apoderado de la Convocada mediante memorial indicó que, en su concepto, la decisión de la Superintendencia de Sociedades acreditaba que se había configurado de manera sobreviniente respecto del perito Carlos Eduardo Jaimes la causal de recusación establecida en el numeral 7 del artículo 141 del C.G.P. Explicó que la citada determinación se adoptó por cuanto la firma DLA Piper Martínez Beltrán formuló queja disciplinaria contra el perito Jaimes Jaimes por considerar que se había faltado a la imparcialidad en dicho proceso y que, en virtud de tal solicitud, la citada entidad de supervisión había excluido el dictamen y había ordenado compulsas de copias a la Fiscalía General de la Nación, la Junta Central de Contadores y la Comisión de Disciplina Judicial.

Respecto de las anteriores manifestaciones el apoderado de la parte Convocante expresó mediante memorial que se oponía a que se pretendiera restar valor a las experticias en la medida en que dichos dictámenes fueron presentados el 23 de mayo de 2022 y el 29 de julio de 2022, respectivamente, y que la manifestación del apoderado de la Convocada, atinente a la existencia de una causal de recusación, solo fue presentada

hasta el día de la audiencia de contradicción del dictamen pericial, el 24 de julio de 2023, razón por la cual resulta improcedente en la medida en que las actuaciones de que da cuenta la queja que se plantea tuvieron lugar un año después de la presentación de los dictámenes. Indicó, además, que el acta aportada, correspondiente a una audiencia surtida ante la Superintendencia de Sociedades, no configura una “denuncia penal” o una “queja disciplinaria” presentada por TODOMOTOS o su apoderado contra el Perito Carlos Eduardo Jaimes, a los efectos del artículo 75 del C.G.P. Señaló que para que procediera dicha causal, TODOMOTOS o su apoderado debieron interponer directamente la queja o la denuncia ante la autoridad correspondiente y el recusado debía estar vinculado a la investigación, -sin que aún exista investigación en curso y menos aún se sepa quienes serán vinculados-. E insistió en que esa circunstancia debía haber ocurrido antes de la presentación del medio probatorio, pues, precisamente, esa circunstancia es la que podría hacer nublarse el juicio de quien rinde el dictamen. Indicó también que lo que parece señalar el auto que allega la Convocada, es que ante la Superintendencia de Sociedades se da un debate procesal en donde han excluido los dictámenes procesales de todos quienes ostentan condición de parte en ese proceso verbal para decretar uno de oficio y que las razones de ello actualmente aguardan un recurso de apelación concedido por la misma providencia, sin señalar en forma alguna que haya un hecho probado o controvertido que frente a este arbitraje tenga alguna relevancia, compulsando copias a los organismos competentes.

Destacó que si los hechos son de junio de 2023, cualquier actuación realizada entre el 5 de junio de 2023 y el 14 de agosto de 2023 deviene en el rechazo de plano de la “posible” solicitud de recusación, en los términos del inciso segundo del artículo 142 del C.G.P. Expresó también que el 26 de julio de 2023 el apoderado de TODOMOTOS aportó una solicitud de prórroga del término del proceso, sin realizar mención alguna de los hechos del 5 de junio de 2023, por lo que claramente la “posible” recusación debía ser rechazada de plano, ya que dicha solicitud implicó una renuncia o saneamiento a la posibilidad de recusar.

Consideraciones del Tribunal

El artículo 235 del Código General del Proceso establece lo siguiente:

“El perito desempeñará su labor con objetividad e imparcialidad, y deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes.

“Las partes se abstendrán de aportar dictámenes rendidos por personas en quienes concurre alguna de las causales de recusación establecidas para los jueces. La misma regla deberá observar el juez cuando deba designar perito.

“El juez apreciará el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pudiendo incluso negarle efectos al dictamen cuando existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad.

“En la audiencia las partes y el juez podrán interrogar al perito sobre las circunstancias o razones que puedan comprometer su imparcialidad.

“PARÁGRAFO. No se entenderá que el perito designado por la parte tiene interés directo o indirecto en el proceso por el solo hecho de recibir una retribución proporcional por la elaboración del dictamen. Sin embargo, se prohíbe pactar cualquier remuneración que penda del resultado del litigio”.

Según se puede observar, la disposición anteriormente transcrita establece un deber para las partes, consistente en que ellas deben abstenerse de aportar dictámenes elaborados por personas en quienes concurra alguna causal de recusación. En todo caso, es el juez el que debe apreciar las circunstancias que puedan afectar la imparcialidad del perito, labor en la que, incluso, de presentarse alguna circunstancia que configure una causal de impedimento o recusación, podría negarle efectos al dictamen en los casos en que se vea afectada gravemente la credibilidad del perito.

En el contexto anteriormente señalado es claro para el Tribunal que, ante el planteamiento de la existencia de una causal de impedimento o recusación del Perito, el Tribunal debe valorar dicha circunstancia en el Laudo, con el fin determinar si la ocurrencia de la causal está debidamente acreditada y, en caso afirmativo, determinar de qué forma esa circunstancia afecta el mérito probatorio de la experticia.

Las causales de recusación invocadas por la Convocada son las siguientes:

“7. Haber formulado alguna de las partes, su representante o apoderado, denuncia penal o disciplinaria contra el juez, su cónyuge o compañero permanente, o pariente en primer grado de consanguinidad o civil, antes de iniciarse el proceso o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia, y que el denunciado se halle vinculado a la investigación.”

(...)

“12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo”.

Respecto de la forma de aplicar e interpretar las causales de recusación ha sido reiterada la jurisprudencia nacional en el sentido de que esta ha de ser taxativa, restrictiva y limitativa, y por lo tanto se rechaza la posibilidad de una aplicación analógica o extensiva, tal como lo han señalado las altas cortes y en especial la Corte Suprema de Justicia:

“Para garantizar la independencia e imparcialidad de los jueces en el ejercicio de la función de administrar justicia (artículo 228 Constitución Política), el legislador disciplinó las causales, por las cuales pueden separarse del conocimiento de los asuntos a su cargo, ya por iniciativa propia mediante el impedimento, ora a petición de parte interesada a través de la recusación. A este respecto, por obedecer al orden público (ius cogens), las causales ostentan naturaleza taxativa, restrictiva, limitativa y son de aplicación e interpretación estricta, sin extenderse a situaciones diversas a las tipificadas ni admitir analogía legis o iuris.”²⁷

Sobre la causal séptima de recusación, el doctrinante Henry Sanabria Santos expresa lo siguiente:

“Para que opere esta causal se exige que (i) una de las partes, su representante o apoderado judicial formule denuncia penal o queja disciplinaria en contra del juez, su cónyuge o compañero permanente, en contra de alguno de sus parientes en primer grado de consanguinidad o civil; (ii) que la denuncia penal o disciplinaria se haya formulado antes de iniciarse el proceso o después de iniciado, caso en el cual es necesario que aquella esté referida a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia; (iii) que el denunciado, esto es, el juez, su cónyuge o compañero permanente o algunos de los mencionados parientes se encuentre vinculado a la investigación penal o disciplinaria de acuerdo con las normas procesales que rigen la materia.”

“(…)

“Desde luego, para evitar que los procesos civiles sufran tropiezos en virtud de maniobras temerarias de las partes, el ordenamiento excluye de esta causal las denuncias penales o disciplinarias formuladas luego de iniciado el proceso y por hechos originados o relacionados con el mismo o con la ejecución de la sentencia, pues de no ser así, fácil sería obtener que un juez se declare separado del conocimiento de un proceso mediante la formulación de

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 19 de enero de 2012, expediente 1100131030322002-00083-01.

una denuncia penal o queja disciplinaria en su contra por hechos vinculados con el proceso. Es por ello por lo que la causal solamente opera si la denuncia es anterior al proceso o si, siendo posterior, nada tiene que ver con el mismo.

“Como se indicó, no basta simplemente con la formulación de la denuncia o la interposición de la queja disciplinaria, sino que es necesario, además, que se haya producido formalmente la vinculación del juez a la investigación penal o disciplinaria”.²⁸ (Subrayado del Tribunal).

De igual manera y frente a la causal 12 prevista en el artículo 141 del C.G.P., el referido doctrinante precisa su alcance en los siguientes términos:

“Décima Segunda Causal: “Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo” (num. 12º).

“La primera de las hipótesis que trae esta causal permite que aquel juez que ha dado una opinión, concepto, consejo y, en general, ha expresado por fuera de actuación judicial algún punto de vista en torno al tema debatido en el proceso, sea recusado, pues ello afecta su imparcialidad en la medida en que se parte de la base que al momento de proferir el fallo lo hará en el mismo sentido en que expresó el concepto o consejo, lo cual rompe la imparcialidad necesaria para desatar la controversia.

“Esto implica que los jueces solamente deben expresarse en torno a los temas litigiosos en la sentencia o en los demás actos procesales que de acuerdo con la ley resultan pertinentes y procedentes para tal efecto, puesto que desdice de la majestuosidad de la administración de justicia que el juez se exprese sobre dichos asuntos en escenarios que no son los previstos en la ley para tal menester y que emitan opiniones al respecto o aconsejen a alguna de las partes o demás intervinientes; ello ubica al juez en un posición alejada de la imparcialidad y, por ende, implica que deba ser recusado para que se separe del conocimiento del proceso, pues, además, no hay que olvidar que el numeral 9º del artículo 42 C.G.P. establece que es deber de los jueces ‘Guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos’, deber que se incumple cuando el juez expresa por fuera del escenario judicial adecuado su opinión sobre el debate, conducta que resulta agravada si lo que hace es aconsejar a una de las partes.

²⁸ Sanabria Santos, Henry. *Derecho procesal civil general*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (2021). Págs. 229 y 230.

“Por lo demás, debe recordarse que el numeral 4º del artículo 154 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia prohíbe a los jueces ‘Proporcionar noticias o informes e intervenir en debates de cualquier naturaleza sobre asuntos de la administración de justicia que lleguen a su conocimiento con ocasión del servicio’ y que el numeral 9º les impide ‘Expresar y aún insinuar privadamente su opinión respecto de los asuntos que están llamados a fallar’, razones adicionales que justifican, entonces, que cuando se expresa un concepto o se da un consejo sobre los temas que son objeto del litigio se configure la causal de recusación en comento.

*“Obsérvese que la norma condiciona la configuración de la causal para aquellos casos en que el juez emite la opinión sobre el tema litigioso concreto o da consejo sobre éste por ‘fuera de actuación judicial’, esto es, cuando en esa conducta incurre, por ejemplo, en una reunión social, en un escenario académico, ante un medio de comunicación, etc.”*²⁹ (...)

“La otra hipótesis legalmente contemplada en el numeral 12 del artículo 141 CGP es que el juez haya actuado o intervenido en el proceso como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo, habida cuenta que en estos casos ha expresado un punto de vista o una opinión sobre los temas litigiosos o ha defendido a uno de los extremos de la Litis, lo cual afecta la imparcialidad del juez. El solo hecho de haber figurado como apoderado, representante del ministerio público, testigo o perito hace que, en mi opinión, se configure la causal sin importar si en tal condición actuó o no, es decir, con independencia de si alcanzó o no a realizar algún tipo de actuación procesal, el hecho de haber el juez aparecido en el proceso en alguna de dichas calidades o condiciones, hace que la causal se estructure pues evidencia que ha estado ubicado en alguno de los extremos de la Litis o en una posición procesal que lo aleja de la tranquilidad y objetividad necesaria para dictar sentencia” (la subraya es del Tribunal).

Efectuado el análisis de las circunstancias referidas por el apoderado de la Convocada y enfrentados tales hechos a las causales invocadas, entendidas estas de manera estricta o

²⁹ Al respecto, ha señalado la Corte Suprema de Justicia: *“De la inteligencia de la citada norma se desprende, que el concepto o consejo al que hace referencia, además de versar propiamente sobre las cuestiones materia del litigio debe ser otorgado fuera de las funciones jurisdiccionales, de ninguna manera puede ser el que se produce cuando el juez enfrenta la tarea de aplicar justicia en un caso concreto, pues en tal circunstancia el fallador realiza un raciocinio mucho más complejo en el que incluye el estudio de varios elementos, entre ellos, los jurídicos, políticos, sociales y éticos, sin que puedan estar contaminadas las nuevas decisiones, por las precedentes, porque si se observa desde esa óptica, bien puede separarse de ellas razonadamente, pudiendo cambiarlas (artículo 4º de la Ley 169 de 1896)”*: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto AC2335-2014 del 6 de mayo de 2014, exp. Radicación nº: 08001-31-03-009-2005-00273-01 [esta cita hace parte del texto del profesor Henry Sanabria Santos]

taxativa, considera el Tribunal que no se configuran en el presente asunto los motivos de recusación planteados respecto del perito Carlos Eduardo Jaimes Jaimes.

En efecto, en relación con la causal séptima, el Tribunal no encuentra que se haya formulado denuncia penal, ni queja disciplinaria por parte del apoderado, sea el doctor Sergio Rojas Quiñones o la firma a la que él pertenece, o de la parte, en este caso TODOMOTOS, y tampoco se encuentra acreditado que se haya iniciado un proceso penal, o una actuación disciplinaria³⁰ y la sola compulsa de copias ordenada por la Superintendencia de Sociedades no se ajusta al supuesto que la ley establece para que se configure la causal de recusación. Debe tenerse presente, igualmente, que la disposición exige que el juez recusado, o, en su caso, el auxiliar de la justicia, debe estar “vinculado a la investigación”, aspecto este sobre el cual no existe prueba alguna de que ello haya ocurrido respecto del perito Jaimes Jaimes. Además de lo anterior, en el presente caso la supuesta configuración de la causal de recusación es posterior a la presentación de los dictámenes periciales antes referidos, razón por la cual el Tribunal considera que dicha circunstancia, si bien podría enmarcarse dentro de uno de los supuestos temporales de la norma, no pudo afectar la imparcialidad del perito³¹.

En segundo lugar, en relación con la causal duodécima del artículo 141 del C.G.P., el Tribunal arriba a la misma conclusión, pues que el perito haya rendido previamente una experticia en un trámite arbitral diferente a este, como aquel que vincula a AUTEKO con SERVIMAX (trámite 2021 A 0021), no se subsume en el supuesto de hecho previsto en la ley, toda vez que el “concepto o consejo” debe darse “fuera de actuación judicial” para que se configure la causal de recusación, circunstancia que no se presenta en este caso.

Sobre la imparcialidad de los peritos, el Magistrado Martín Bermúdez Muñoz, en su obra sobre la prueba pericial, realiza las siguientes reflexiones que el Tribunal estima pertinentes e ilustrativas sobre esta particular materia:

“(…)

³⁰ La Corte Suprema de Justicia, en Auto dispuso sobre este punto que: “Sin embargo, la funcionaria no especificó, ni acreditó, que las denuncias presentadas por el abogado Rodríguez Cáceres estuvieran asociadas a eventos distintos a los que se debaten en el juicio de sucesión del causante Rodríguez Hernández. Tampoco existe registro de que la magistrada se encontrara vinculada formalmente a una investigación penal o disciplinaria derivada de esas denuncias”. Auto de 25 de mayo de 2023, AC1406-2023Radicación n.º 11001-02-03-000-2023-01049-00.

³¹ Sobre este punto en Sentencia del Consejo de Estado dispuso sobre la oportunidad de la configuración de dicha causal que: “La causal 7 del artículo 150 del C.P.C., actualmente, prevista en el artículo 141 del C.G.P., hace referencia a dos escenarios. En efecto, la normativa, aplicada al presente caso, se circunscribe a los dos (2) siguientes supuestos fácticos: A la formulación de una denuncia penal o disciplinaria por parte de alguno de los sujetos procesales contra el juez, previa al inicio del asunto puesto a consideración de este último; y a la formulación de una denuncia penal o disciplinaria contra el juez de conocimiento, posterior al inicio del asunto puesto a consideración y ajena al objeto del mismo, siempre que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal (...). Auto de 7 de mayo de dos mil quince (2015). Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00042-00(IMP). M.P. Alberto Yepes Barreiro.

“2. La LEC española dispone que, mientras el perito designado por el juez puede ser recusado y si prospera la recusación debe ser sustituido por otro, el perito de parte puede ser tachado de la misma forma que el testigo y establece que la tacha debe resolverse en la sentencia.

“En esa regulación, la tacha del perito de parte no tiene como propósito impedir que dicho perito rinda el dictamen, o tal prueba [sea excluida] del acervo probatorio: tiene por finalidad imponerle al juez la obligación de valorar el dictamen con especial severidad, en la misma forma que debe hacerlo respecto del testigo tachado de sospechoso (...).³²

“(...)

“1. Si el valor del dictamen de parte depende fundamentalmente de su adecuada fundamentación, de su coherencia, y de la preparación o experiencia del perito que lo rinde, no parece apropiado mantener un instrumento procesal como la tacha, con el simple objeto de que el juez dude de la veracidad de su dicho.³³

“(...)

“En el dictamen de parte, la imparcialidad debe examinarse frente al concepto y no frente al perito: un concepto es imparcial u objetivo cuando es exhaustivo; cuando incluye en su análisis todos los factores que pueden desfavorecer la afirmación de la contraparte y los controvierte, cuando también tiene en cuenta las circunstancias que determinan la disminución de su pretensión patrimonial. Eso es, en realidad, lo que permite que el dictamen convenza al juez de la afirmación que pretende probarse con el mismo. (...) ³⁴

“(...)

“3. El valor del dictamen pericial de parte depende de que el mismo cumpla determinadas condiciones o requisitos objetivos tendientes a mostrar que es idóneo para acreditar las afirmaciones de la parte que lo aporta; de que se encuentre sustentado en pruebas que obren en el expediente; de que esté precedido de un procedimiento rigurosamente adelantado; de que sus conclusiones se adecuen al estado del arte en la materia; y de que dichas conclusiones estén debidamente justificadas en las consideraciones. El valor

³² Bermúdez Muñoz, Martín. Del dictamen judicial al dictamen de parte. Segunda Edición Legis (2016). Pág. 126.

³³ Op. Cit. Pág. 134.

³⁴ Op. Cit. Pág. 134.

del dictamen también depende de las condiciones de idoneidad del perito, relativas a su formación profesional y a su experiencia, en el área de la ciencia que es materia del dictamen. (...)

“(...)

“4. Cuando la ley hace referencia a la imparcialidad del perito de parte, se está refiriendo más a la imparcialidad o a la objetividad del dictamen y a la necesidad de que este cumpla el requisito de exhaustividad y examen de todas las alternativas de respuesta”³⁵.

De conformidad con las anteriores consideraciones, al no configurarse las causales de recusación invocadas por la Convocada, el Tribunal valorará en el presente Laudo las experticias presentadas por el perito Carlos Eduardo Jaimes Jaimes con el rigor que exige la sana crítica, advirtiendo, en todo caso, que no encontró en su contenido, ni en lo que declaró en la audiencia de contradicción, evidencia alguna de que sus conceptos no sean objetivos o que se hubiere inclinado de manera caprichosa o injustificada a favor o en contra de una de las partes del proceso. Los dictámenes periciales están debidamente fundamentados y soportados, no solo en la contabilidad de AUTEKO sino también en la de TODOMOTOS, lo que conduce a que el Tribunal haya de valorarlos para efectos de adoptar las decisiones que corresponda.

1.1.5 PRUEBA TRASLADADA

De acuerdo con el artículo 174 del Código General del Proceso, las pruebas trasladadas de otro proceso serán apreciadas sin más formalidades siempre que en el proceso de origen se hubieran practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella, o haya habido contradicción de la prueba en el proceso de destino. La valoración de las pruebas trasladadas y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan.

De acuerdo con la Corte Constitucional:

“(...) la valoración de una prueba trasladada depende del ejercicio del derecho de contradicción que se hubiese surtido sobre la misma, ya sea en el proceso de origen o en el que se traslada, pues solo cuando tal derecho esté plenamente garantizado el juez se encuentra autorizado para considerar la prueba de que se trate sin ningún trámite adicional.

³⁵ Op. Cit. Págs. 134 y 135.

“Así, puede el juez valorar la prueba trasladada sin necesidad de ponerla a disposición de las partes para que la contradigan cuando (i) la misma fue solicitada por las dos en el proceso al que se traslada (demandante y demandado), o a instancia de una de ellas pero con la adhesión o coadyuvancia de la otra, pues en estos casos, aun cuando una de esas partes no hubiese participado en el proceso de origen, la jurisprudencia ha entendido que tanto demandante como demandado conocen el contenido de tal prueba; o (ii) la prueba trasladada es solicitada solo por una de las partes y la parte contra la que se aduce no pudo contradecirla en el proceso de origen, pero esa prueba siempre estuvo visible durante el trámite del proceso al que fue trasladada, es decir, que pudo ejercer su derecho de contradicción. (...)”³⁶.

En el presente caso, ambas partes en el proceso de destino han solicitado el traslado de la prueba testimonial del proceso arbitral 2021 A 0021, así como también han tenido la oportunidad de controvertir la prueba cuando fue puesta en conocimiento su incorporación. Por lo anterior, la prueba testimonial trasladada se valorará de acuerdo con la sana crítica.

3.2 VALORACIÓN DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES

De conformidad con lo establecido en el artículo 280 del Código General del Proceso, el Tribunal considera que no hubo comportamientos temerarios o reprochables de los apoderados o de las partes, de los cuales se puedan derivar consecuencias procesales.

Pese a la complejidad del conflicto, el comportamiento procesal de los apoderados de las partes y de las partes mismas fue ejemplar, sin que pueda encontrar el Tribunal razones de reproche frente a su comportamiento.

³⁶ Sentencia Corte Constitucional T-204 de 2018. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo.

**IV. ANÁLISIS DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA, SU CONTESTACIÓN,
DEMANDA DE RECONVENCIÓN SUBSANADA, SU CONTESTACIÓN Y LOS PROBLEMAS
JURÍDICOS QUE PLANTEA EL LITIGIO – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL - MOTIVOS
DE LA DECISIÓN**

4.1 LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA INICIAL REFORMADA

1. Como ya se indicó al transcribir las pretensiones de la Convocante formuladas en la demanda inicial reformada, AUTECO pretende, en síntesis, que se declare: (i) que el contrato celebrado entre esta y TODOMOTOS corresponde a un contrato de concesión comercial para la venta de motocicletas ensambladas por AUTECO, sus repuestos y accesorios para su posterior reventa por parte de TODOMOTOS; (ii) que la ejecución del mismo correspondió a un contrato de concesión comercial de compra para la reventa; (iii) que la Convocada se obligó a comprar los productos para la reventa por su cuenta y riesgo, sin que se constituyera ningún tipo de encargo por parte de AUTECO a TODOMOTOS; (iv) que el contrato no contemplaba la posibilidad para TODOMOTOS de darlo por terminado unilateralmente, como en efecto lo hizo, lo que constituyó por parte de esta un incumplimiento, además de pretender que se declaren como incumplimientos el hecho de sustraerse de su obligación de comprar productos comercializados por AUTECO y revenderlos al público, así como comprar directamente o indirectamente a otros proveedores nacionales o extranjeros los productos objeto del contrato de concesión en contravención de lo dispuesto y sin respetar el espacio temporal de dos (2) años contemplado en el contrato; (v) que TODOMOTOS obró de mala fe al terminar el contrato unilateralmente sin justa causa para luego vender productos de la marca BAJAJ por conducto de la sociedad vinculada DISTRIFRER S.A.S.; y que, (vi) como consecuencia de lo anterior, se obligue a TODOMOTOS a indemnizarle los perjuicios causados a AUTECO y a pagarle la cláusula penal pactada en el contrato.

2. Las anteriores pretensiones se sustentan, en síntesis, en los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

2.1. El 3 de marzo de 2010, AUTECO y TODOMOTOS celebraron un Contrato de Concesión comercial para la venta de motocicletas importadas o ensambladas por AUTECO, sus repuestos y accesorios (en adelante, el “Contrato de Concesión” o el “Contrato”), en el cual TODOMOTOS actuaba como Concesionario obrando por su cuenta y riesgo, para revender al público tales productos o bienes, comprendiendo el Contrato de Concesión diferentes marcas, como lo fueron BAJAJ, lo son KAWASAKI o KYMCO, así como cualesquiera otras marcas de motocicletas que en el futuro AUTECO importara, ensamblara o distribuyera.

2.2. Señala AUTEKO en su demanda que dicha minuta contractual fue compartida previamente a su celebración con la red de distribuidores, para que la estudiaran en detalle y la remitieran firmada, indicando que por parte de la hoy demandada se firmó el contrato sin mediar salvedad o inconformidad respecto de su clausulado, señalando que eso se mantuvo por una década, hasta que con ocasión de la terminación puso en duda su naturaleza.

2.3. Señala la Convocante en la demanda que el Contrato de Concesión celebrado reviste —tanto en su redacción como en su ejecución— los elementos esenciales de una concesión comercial, toda vez que:

- Existió una adquisición y reventa de productos por parte de TODOMOTOS: el Concesionario efectuaba pedidos periódicos a AUTEKO de productos dependiendo de las necesidades de su mercado. Posteriormente, AUTEKO emitía la correspondiente factura de venta dirigida a TODOMOTOS. Finalmente, TODOMOTOS por su cuenta y riesgo revendía las motocicletas por ella adquiridas a los consumidores finales.
- La utilidad percibida por TODOMOTOS consistió en la diferencia entre el precio de compra a AUTEKO y el de reventa a los consumidores.
- TODOMOTOS ejecutó el Contrato por su propia cuenta y riesgo, donde los riesgos derivados de su operación recaían única y exclusivamente en el concesionario y no se trasladaban al patrimonio de AUTEKO, y por estas mismas razones, el Contrato de Concesión previó que no se configuraría un encargo.
- Subordinación de TODOMOTOS respecto a AUTEKO manifestada en la facultad de supervisión del Concedente: AUTEKO establecía para todos sus Socios Comerciales directrices y lineamientos encaminados a proteger su marca y mantener uniformidad en las prestaciones donde se utilizase la marca AUTEKO.

2.4. Afirma que las partes en el Contrato pactaron, reconocieron y consintieron que era un contrato de concesión, que operaría bajo un esquema de compra para la reventa, estructurado bajo pedidos que efectuaría el Concesionario, con base en los cuales AUTEKO despacharía los productos solicitados y el Concesionario ostentaría el derecho de comprarlos para revenderlos a su clientela, por cuenta y riesgo propios. TODOMOTOS, en su condición de Concesionario, se obligó frente a AUTEKO a revender al público los productos objeto del Contrato, bajo su cuenta y riesgo.

2.5. También se indica que conforme a la cláusula segunda del Contrato (i) los precios unitarios de venta al Concesionario serían determinados en función de las variables del mercado; (ii) el Concesionario podía libremente reducir la cantidad de productos pedidos; y (iii) el Concesionario revendería al público los productos, por su cuenta y riesgo. Así mismo, se establece que AUTECO podría establecer programas de descuentos e incentivos para mejorar la venta de sus productos al Concesionario.

2.6. En la cláusula tercera se dispuso, en síntesis, que el Concesionario reconocía que los consumidores finales eran sus clientes, que convenía en comprar, almacenar y vender por su cuenta y riesgo los modelos que AUTECO le suministrara, debía prestar los servicios postventa, reafirmando con ello, afirma AUTECO, que la clientela pertenecía a TODOMOTOS. Para la prestación de dicho servicio postventa se indica que el Concesionario debía sujetarse y cumplir con las políticas y capacitaciones técnicas, comerciales y administrativas establecidas por AUTECO, manifestación de la facultad de supervisión esencial en los contratos de concesión. Todo lo anterior sin perjuicio de las obligaciones que por disposición legal o regulatoria deben acatar fabricantes, ensambladores e importadores frente a los consumidores.

2.7. En la cláusula cuarta del Contrato se estableció que el Concesionario debía enviar a AUTECO sus pedidos de compra y que los riesgos de transporte o de avería de la mercancía corrían por cuenta del Concesionario, por ser este el propietario de la misma desde el momento en que salía del lugar del despacho; a su vez en la cláusula sexta se dispuso que debía pagar a AUTECO el valor de los productos despachados y los gastos del seguro de transporte; y en la séptima y octava se dispuso que el Concesionario tendría derecho al reconocimiento de un descuento en el valor de la respectiva factura por pronto pago y que las facturas que no fueran pagadas a su vencimiento causarían intereses moratorios en favor de AUTECO. Todo lo anterior evidencia, según la Convocante, que existía una verdadera venta de motocicletas a TODOMOTOS para su posterior reventa por cuenta y riesgo propios.

2.8. Afirma, además, que el Contrato de Concesión se confería sin exclusividad para el Concesionario y bajo la expresa declaración de que no constituía ningún tipo de encargo, como tampoco una relación de representación o gestión en favor de AUTECO, conforme la cláusula décima. Al respecto, indica que dicha estipulación, esto es, la relativa a la inexistencia de un encargo, fue pactada en forma clara, expresa, literal y sin ambigüedad y encontró concordancia con la ejecución del Contrato durante 10 años.

2.9. Se señala que, en la cláusula décima primera, como elemento típico de la concesión, se establecen múltiples facultades de supervisión y direccionamiento en cabeza de AUTECO para proteger su marca —que sería utilizada por su red de “socios comerciales”— con sus obligaciones correlativas en cabeza del concesionario. Tanto así, señala la Convocante, que, a modo de ejemplo, de conformidad con la Cláusula Décima Primera, el Concesionario debía, entre otras obligaciones, cumplir los acuerdos celebrados con AUTECO sobre venta, servicios y condiciones para el manejo comercial y técnico de los productos, leer, difundir y acatar oportunamente las comunicaciones enviadas por AUTECO para su difusión entre el público y hacer dentro del territorio razonable publicidad a los productos suministrados por AUTECO para su reventa.

2.10. También en la cláusula décima primera se estableció un territorio y una exclusividad en favor de AUTECO, elementos comunes a múltiples modalidades de distribución. Señala la Convocante que la cláusula décima segunda, por su parte, indica que el Concesionario no podía devolver motocicletas indiscriminadamente, lo cual confirma que las motocicletas pertenecían a TODOMOTOS y que las contingencias derivadas de la operación de reventa recaían única y exclusivamente en la Demandada.

2.11. Concluye manifestando que es claro que a lo largo del clausulado del Contrato las partes pactaron todos y cada uno de los elementos constitutivos de la figura de concesión comercial, pues: (i) el Contrato tenía por objeto la adquisición y reventa de los productos de AUTECO por parte de TODOMOTOS; (ii) la utilidad del Concesionario derivaba de la diferencia entre el precio de compra a AUTECO y el precio de reventa a los consumidores finales; (iii) TODOMOTOS actuaba por su propia cuenta y riesgo; y (iv) existía una subordinación de TODOMOTOS respecto de AUTECO en desarrollo de su facultad de supervisión.

2.12. Además, sostiene que las partes estipularon en la cláusula décima octava que el incumplimiento de TODOMOTOS de cualquiera de las obligaciones derivadas del mismo daría derecho a AUTECO a exigir a TODOMOTOS la suma correspondiente a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, a título de pena, sin perjuicio de la exigibilidad del cumplimiento de sus obligaciones, y sin perjuicio de la reclamación correspondiente por los perjuicios que tal incumplimiento llegare a casuar.

2.13. Las partes, afirma AUTECO, en ejercicio de su autonomía de la voluntad privada, acordaron la naturaleza del Contrato y la ejecución que del mismo se dio, donde éste correspondió en todo momento a un contrato de concesión, dado que fue la Convocada quien asumió la reventa de las motocicletas bajo su cuenta y riesgo, atendiendo las Cláusulas del Contrato a las cuales se ha hecho referencia.

2.14. En la cláusula décima quinta se dispuso que el Contrato duraría tres años, y en el párrafo se estableció que sería automáticamente prorrogado por un periodo igual al inicialmente pactado en caso de que ninguna de las partes manifestara a la otra por escrito, con una anticipación no menor a tres (3) meses, su intención de darlo por terminado, razón por la cual manifiesta que el Contrato de Concesión principió su ejecución en el año 2010 y se habría prorrogado incluso hasta el 4 de marzo de 2023, de no mediar el incumplimiento de la Convocada con ocasión de la decisión que adoptó de dar por terminado el Contrato.

2.15. En la demanda se refieren una serie de hechos relativos a la propuesta de AUTEKO de migrar a un esquema de agencia comercial y se destaca la negativa de TODOMOTOS frente a la misma.

2.16. Afirma la Convocante que en 2015 les propuso a diferentes distribuidores de la red en el país, entre ellos la Convocada, estudiar la posibilidad de modificar las modalidades contractuales hasta el momento implementadas, principalmente bajo esquemas de concesión comercial o contratos de consignación en determinados casos, para reemplazarlos por contratos de agencia mercantil. Indica que se adelantaron varias reuniones con aliados comerciales a los cuales se les planteó dicha posibilidad, así como los cambios estructurales que ello suponía a nivel jurídico y comercial, planteándose cambios importantes en torno a la estructura contractual, tales como opciones de enajenación de establecimientos de comercio en favor de AUTEKO, cláusulas relacionadas con la clientela, entre otros aspectos, partiendo el contrato propuesto de una calificación dada por las partes bajo el esquema de una relación de agencia comercial. Precisa que la Convocada se manifestó negativamente al respecto, en la medida en que señalaba que su Contrato de Concesión debía ser considerado desde el inicio de la relación contractual como un contrato de agencia y no como el Contrato de Concesión que celebró, por lo que exigía, afirma, de manera indebida, el pago de la prestación mercantil de que trata el artículo 1324 del Código de Comercio.

2.17. Indica que en contra de la buena fe contractual solo hasta ese momento TODOMOTOS manifestó que su contrato correspondía a una agencia mercantil, y empezó a solicitarle a AUTEKO el tratamiento derivado de tal tipo contractual.

2.18. Adicionalmente, afirma que el 28 de junio de 2019 AUTEKO y TODOMOTOS celebraron el Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión, en virtud del cual modificaron algunas de las estipulaciones consignadas en el Contrato, que ratificaban la naturaleza del negocio jurídico como un Contrato de Concesión, sin que se formulara reparo u objeción alguna por parte de TODOMOTOS.

2.19. Seguidamente, señala que una de las marcas ensambladas y vendidas para reventa en el marco de la relación de concesión por parte de AUTECO a TODOMOTOS era BAJAJ (fabricada en India), indicando los establecimientos de comercio en los cuales se comercializaba.

2.20. Pone de manifiesto la Convocante que por decisión de la sociedad BAJAJ AUTO LTD adoptada en el mes de abril de 2020, el contrato celebrado por esta y AUTECO para ensamblar y distribuir los productos BAJAJ en territorio colombiano terminaría en enero de 2021, siendo una de las marcas que la Convocada compraba para la reventa en el marco del Contrato de Concesión, mas no la única, y reiteró adicionalmente que el Contrato de Concesión preveía en su alcance también la posibilidad de comercializar productos de otras marcas que fueran ensambladas, distribuidas o importadas por AUTECO.

2.21. AUTECO procedió a presentar a su red de distribución, como fue el caso de la Convocada, un plan de transición respecto del portafolio de marcas manejado por AUTECO en la distribución de vehículos, puntualmente motocicletas, presentando a los socios o aliados comerciales un plan de negocio en el que se mantenían las marcas KTM y HUSQVUARNA en el portafolio y se incorporaría la marca TVS.

2.22. Por otra parte, AUTECO manifiesta que el 24 de diciembre de 2020 TODOMOTOS terminó, de manera intempestiva, unilateralmente y sin justa causa el Contrato de Concesión, lo que, afirma, comportó un incumplimiento contractual de parte de ésta. En la comunicación se afirmaba que la terminación era por causas imputables a AUTECO y sin reparar en que el Contrato no contemplaba esa posibilidad.

2.23. Afirma la Convocante que TODOMOTOS señalaba, de mala fe y sin estar facultada para ello, e invocando extemporáneamente discusiones que habían tenido lugar en 2015 y 2016, que su decisión de dar por terminado el Contrato de Concesión tenía lugar ante la negativa de AUTECO de interpretar o calificar el Contrato de Concesión como un contrato de agencia mercantil y no reconocerle, según su interpretación, una prestación mercantil prevista en el ordenamiento jurídico para tal tipo de contrato y no para los contratos de concesión, que, a pesar de ser atípicos, tienen elementos esenciales claramente diferenciables de la agencia, tal como lo ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia.

2.24. Así mismo, manifiesta que el 18 de enero de 2021 AUTEKO recibió de TODOMOTOS en horas de la noche y de manera absolutamente ajena a todo proceder en vigencia del Contrato de Concesión, facturas electrónicas de venta remitidas por TODOMOTOS, en las que, sin soporte legal ni contractual, exigía el pago de diferentes sumas de dinero, correspondientes a cesantías comerciales e indemnización por daños y perjuicios, las cuales fueron rechazadas mediante comunicación del 19 de enero de 2021.

2.25. AUTEKO afirma que TODOMOTOS incurrió en otro incumplimiento, consistente en que retiró de sus establecimientos de comercio los vehículos de marcas distribuidas por AUTEKO para pasar a promocionar y distribuir vehículos, principalmente de la marca BAJAJ, bajo la bandera o marca UMA, nuevo importador y distribuidor de BAJAJ en Colombia, de manera que la hoy demandada empezó a montar puntos de venta de BAJAJ a través de una sociedad con la que sus accionistas tienen vinculación directa, en los puntos donde revendía las motocicletas de AUTEKO, en incumplimiento absoluto de la Cláusula Décima Sexta del Contrato de Concesión y, en todo caso, en un obrar contrario a la buena fe, en desconocimiento de lo señalado en el artículo 871 del Código de Comercio. Estos puntos de venta estaban ubicados en los mismos sitios en los que operaba TODOMOTOS, pero con razones sociales diferentes, lo cual, afirma AUTEKO, evidencia que la terminación unilateral del Contrato de Concesión no fue por supuestos incumplimientos de AUTEKO sino para que la Convocada pudiera disponer de los establecimientos de comercio donde antes revendía motocicletas adquiridas a AUTEKO, a través de terceros, y así vender motocicletas de la marca BAJAJ.

2.26. Afirma a continuación que esta operación se dio a través de la sociedad DISTRIFER y que esta y TODOMOTOS son sociedades vinculadas, en cuanto, afirma la Convocante, fueron constituidas en épocas cercanas y por los mismos socios, destacando la participación del señor Jorge Antonio Villareal, quien actualmente es accionista de TODOMOTOS, ambas sociedades están controladas por el mismo grupo familiar, en donde padres e hijos son accionistas, habiendo ostentado algunos de ellos la representación legal de las sociedades. Concluye señalando que los controlantes de TODOMOTOS y DISTRIFER operan bajo una organización denominada “Organización Villareal Salas”, donde se tiene conocimiento que operan al menos cuatro (4) sociedades: TODOMOTOS, TODOMOTOS OB S.A.S., DISTRIFER S.A.S. y CREDITODO VS S.A.S., para concluir que esto generó definitivamente un incumplimiento contractual de la Convocada, quien desconoció su obligación consagrada en la Cláusula Décima Sexta del Contrato, conforme la cual no podía ni directamente ni a través de terceros, por un periodo de dos años, comprar a otros proveedores, en el lugar donde ejerció la venta para la reventa de las motocicletas adquiridas a AUTEKO. Destaca que esta estipulación tenía como razón de ser salvaguardar el conocimiento compartido por AUTEKO para que la Convocada mejorara sus reventas.

2.27. Señala que a partir de la ilegal terminación del Contrato de Concesión y proyectado al término de duración que estaba en curso, esto es, hasta el 4 de marzo de 2023, se frustró de manera definitiva la adquisición de los vehículos y repuestos distribuidos por AUTECO que TODOMOTOS estaba en obligación de adquirir de AUTECO en los términos, condiciones, periodicidad y conforme a la disponibilidad de AUTECO anunciada desde la presentación del plan de transición.

4.2. POSICIÓN DE LA PARTE CONVOCADA RESPECTO DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA

3. De conformidad con las excepciones formuladas por la Convocada y su contenido, la defensa se sustenta, por una parte, en que el Contrato que en la práctica se ejecutó entre TODOMOTOS y AUTECO, es un contrato típico y nominado de agencia comercial, en virtud del cual TODOMOTOS recibió el encargo de promover y explotar el negocio de AUTECO, de forma independiente y estable, en una zona prefijada del territorio colombiano y que, producto de dicha gestión, se creó una clientela que pertenece a AUTECO.

4. Señala que se encuentran configurados todos y cada uno de los elementos que la normatividad, la jurisprudencia y la doctrina han señalado como requisitos de la agencia mercantil, esto es, independencia del agente, estabilidad y permanencia del mismo, la existencia de un encargo para la promoción y explotación de negocios, y la actuación por cuenta ajena, haciendo un análisis particular de la existencia de otros elementos característicos de la agencia mercantil, de la figura de la compra para la reventa y su relación con la agencia, y que, producto de dicha gestión, se creó una clientela que pertenece a AUTECO, entre otros aspectos. Adicionalmente, señaló que, cuando menos, se estaría frente a una agencia de hecho.

5. Así mismo planteó, entre otras excepciones, la de contrato no cumplido, indicando que la parte incumplida fue AUTECO, por lo cual TODOMOTOS no estaba obligada a preservar el contrato y menos guardar una exclusividad a favor de AUTECO, dado que era esta sociedad la que venía de una situación prolongada de incumplimiento, dado un trato discriminatorio en cuanto planteó a sus distribuidores o socios comerciales firmar un contrato de agencia mercantil renunciando a cualquier derecho que cada “concesionario” hubiese podido tener, y que como TODOMOTOS no firmó dicho contrato se inició en su contra una campaña de discriminación comercial, afirmando la convocada que se les impuso una retribución menor, y se les impidió la apertura de nuevos puntos de ventas, entre otros aspectos.

4.3 LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

6. Como se indicó al transcribir las pretensiones de la demanda de reconvención reformada, la Convocante en Reconvención pretende, en términos generales, que se declare que la relación contractual que se perfeccionó entre ambas sociedades, AUTEKO y TODOMOTOS, existió desde el 1° de abril de 2005 y hasta el 4 de marzo de 2021, y en especial que dicha relación contractual correspondió a un contrato de agencia comercial; en subsidio, que correspondió a una relación de agencia comercial de hecho para la comercialización y promoción de motocicletas ensambladas por AUTEKO, sus repuestos y accesorios, instrumentada desde el 1° de abril de 2005, e, incluso que se declare que el Contrato es relativamente simulado o, también subsidiariamente, que en tal relación coexistieron agencia y concesión.

7. Así mismo, pretende que se declare que las estipulaciones del Contrato, que afirma fue suscrito el 4 de marzo de 2010, fueron predisuestas, dictadas y/o extendidas por AUTEKO, y, en consecuencia, las cláusulas ambiguas deben interpretarse a favor de TODOMOTOS.

8. Igualmente, pretende que se declare que cualquier estipulación contractual que tenga por objeto o como efecto calificar la relación jurídica como una relación diferente a una agencia comercial es nula, de nulidad absoluta, o en su defecto ineficaz.

9. Pretende también la declaratoria de nulidad o en su defecto de ineficacia de pleno derecho de la Cláusula Décima Sexta del Contrato en cuanto señala que *“el Concesionario se obliga a no comprar directa ni indirectamente a otros proveedores, nacionales o extranjeros, los productos de que trata el presente contrato, ni otros similares, conductas éstas que permanecerán en plena vigencia durante todo el tiempo de duración del contrato y hasta por dos (2) años más, a partir de la terminación del mismo”*. Iguales peticiones se formulan respecto de la Cláusula Décima Octava, contentiva de la cláusula penal.

10. Así mismo, solicita que se declare que AUTEKO incumplió las obligaciones derivadas de algunas cláusulas contractuales.

11. En cuanto a la terminación del Contrato pretende, en suma, que se declare que esta sobrevino por razones imputables a AUTEKO, que esta sociedad es civilmente responsable de los daños causados a la Convocante en Reconvención y plantea, por último, pretensiones de condena relacionadas con la cesantía comercial y los perjuicios que afirma le fueron causados.

12. Las anteriores pretensiones se sustentan, en síntesis, en los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

12.1. A partir del año 2005 entre las partes existió una relación que tuvo por objeto la distribución de productos de AUTEKO en la costa atlántica.

12.2. El 4 de marzo de 2010, AUTEKO y TODOMOTOS celebraron un contrato cuyo objeto consistía en la comercialización y promoción de motocicletas de las marcas BAJAJ, KAWASAKI y KYMCO, o cualquiera otra marca de motocicletas ensambladas, importadas o distribuidas por AUTEKO, sus repuestos y accesorios.

12.3. La relación contractual instrumentada con AUTEKO, por virtud del Contrato elaborado por dicha sociedad, tenía varias características particulares, a saber:

- Se originó en un contrato predispuesto por AUTEKO, al que TODOMOTOS solo podía adherirse, sin que fuera posible para esta introducir cambios en el mismo, tal como se evidencia, según lo señala la Convocante en Reconvención, en diferentes correos electrónicos del mes de marzo de 2010, tales como el de Alejandro Jaramillo, Coordinador de Ventas de la Zona Costa Atlántica de AUTEKO, en el que solicitó la copia firmada del Contrato, bajo la instrucción “por favor devolver este contrato firmado y autenticado”; y el correo electrónico del 24 de febrero de 2010 de Juliana Cadavid Ruíz, directora jurídica de AUTEKO, en el que se “amenaza” a los denominados “concesionarios” con que, de no devolver el modelo de contrato firmado, no se podrían continuar enviando despachos para la satisfacción de la clientela de AUTEKO, entre otros correos.
- Mediante el Contrato y en su ejecución, se confería a TODOMOTOS el encargo para la promoción y comercialización de productos ensamblados, importados o distribuidos por AUTEKO.

12.4. Al respecto, señala que el encargo estaba establecido en el texto del Contrato por disposiciones tales como promover, publicitar y vender en el territorio asignado, los productos importados, ensamblados o distribuidos por AUTEKO, que le fueran entregados para el efecto, disponiéndolo así el numeral 3.1. del mismo.

12.5. De igual forma, TODOMOTOS debía tener un inventario suficiente para la comercialización de los repuestos y accesorios entregados por AUTEKO, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula tercera, numeral 3.2; existía una obligación expresa para TODOMOTOS de adelantar la comercialización de los productos entregados por AUTEKO en el territorio que le fuera asignado; se estipularon diversas obligaciones en cabeza de TODOMOTOS, las cuales estaban encaminadas a que ejecutara conductas dirigidas a preservar y estimular la clientela de los productos entregados por AUTEKO, abriendo mercado dentro del territorio asignado; respecto de la publicidad de los productos

suministrados por AUTEKO, existía una obligación en cabeza de TODOMOTOS de adelantar las labores publicitarias en el territorio asignado.

12.6. Se disponía en cabeza de TODOMOTOS la obligación de establecer los sistemas electrónicos e informáticos necesarios para mantener una comunicación permanente e inmediata con AUTEKO, encaminada a que esta última sociedad pudiera controlar la eficiencia con la que TODOMOTOS adelantaba su labor.

12.7. Señala, además, que el encargo se evidenció durante la ejecución del contrato. En tal sentido, AUTEKO adoptó un Manual de Operaciones para la red de Socios Comerciales en el que se establece cómo debe hacerse la comercialización de los productos de AUTEKO en el mercado asignado a cada agente comercial, en el cual se indican aspectos tales como el manejo del inventario, el tratamiento a los clientes, el protocolo de ventas de AUTEKO, el modelo de atención de los clientes, el manejo de peticiones, quejas y reclamos, y el manejo o imposición de un inventario mínimo por parte de los socios comerciales.

12.8. Así mismo, afirma que AUTEKO diseñó un software para controlar la rotación de inventarios de sus socios comerciales, que hacía reposiciones automáticas del inventario. Así se hizo a través de las plataformas Progres y RPM que aseguraban esta rotación de inventario, entre otras razones, para que AUTEKO pudiera preservar su cuota de mercado. AUTEKO realizaba auditoría al cumplimiento del Manual de Operaciones.

12.9. El documento denominado “Protocolo y Lineamientos Digitales para la Red de Socios Comerciales de Autotécnica Colombiana S.A.S.” les indica a los agentes comerciales cómo hacer la promoción de los productos de AUTEKO en los medios digitales.

12.10. Indica la Convocante en Reconvención que AUTEKO fijaba también los precios a los que debían venderse los productos al público y que, si bien en el Contrato se hace referencia a precios sugeridos, la realidad es que AUTEKO prefijaba los valores y los márgenes mediante listas que eran de obligatorio acatamiento por los denominados “socios comerciales”, citando diversos documentos que darían cuenta de lo anterior.

12.11. Se regulaban también los uniformes con los cuales debía atenderse a la clientela, que estaban identificados con la marca AUTEKO, además de que dicha marca siempre figuraba en los elementos distintivos del personal de TODOMOTOS.

12.12. Señala que la entrega de los productos al consumidor final era, asimismo, instruida por AUTEKO a TODOMOTOS, en el marco del encargo para la promoción conferido, como dan cuenta, afirma, el documento denominado Instructivo Creación y

Gestión Actas de Entrega, a través del cual se indicaba cómo se debían entregar los productos y emitir las actas de entrega. Actas de entrega que eran originadas a través del software denominado IMPULSA, un ecosistema de servicios tecnológicos creado y administrado por AUTEKO, entre otras razones, para efectos de gestionar los Negocios, Pedidos, Tareas, Flujos, Encuestas, PQRs y las Actas de Entrega.

12.13. IMPULSA transmitía toda la información de la operación del punto de venta, en tiempo real, a AUTEKO, y le permitía almacenar y administrar las tareas con los clientes. Permitía un control total, como lo indica la propia presentación del ecosistema de servicio IMPULSA.

12.14. En desarrollo del encargo de promoción, AUTEKO también direccionaba y apoyaba las promociones comerciales, por ejemplo, a través de actividades como RODANDO Y AHORRANDO, para posicionarse mejor en el mercado. Para tal efecto, AUTEKO aprobaba diferentes esquemas de promoción para incentivar la rotación de los inventarios como, por ejemplo, bonos de descuento para la adquisición, venta con el valor de la matrícula y el SOAT incluido o pauta puramente publicitaria. El esquema de pago de esas promociones comerciales era definido unilateralmente por AUTEKO en cada caso concreto y usualmente se remuneraba mediante notas crédito a favor de TODOMOTOS. Las promociones debían ser también reportadas mediante el software IMPULSA.

12.15. Señala también que con el propósito de incentivar los resultados y mejorar así la labor de promoción de mercado, AUTEKO implementó un programa denominado Socios del Progreso, un sistema de reconocimientos e incentivos segregado según la consecución de objetivos específicos. Socios del Progreso permitía obtener apoyos en publicidad, apoyo en adecuaciones locativas, bono en dinero (rebate), acompañamiento en el desarrollo e implementación de Gobierno Corporativo, un plan de motivación y fidelización de la fuerza de ventas, asesoría en redes sociales, beneficios legales, y toda una serie de prestaciones según la categoría del socio. Socios del Progreso fue creado por AUTEKO para sus “socios comerciales”, con la finalidad de reconocer y recompensar la labor diaria de la red, promoviendo el crecimiento del negocio a través de contactos, activaciones y ejecuciones.

12.16. Afirma también que la Demandada en Reconvención impartía directrices sobre la forma como debía atenderse el servicio posventa y las tarifas que debían emplearse en el mismo, de modo tal que la regla general era que el esquema de servicio consistía en que el consumidor de AUTEKO usaba los talleres y repuestos comercializados a través de TODOMOTOS, los cuales eran posteriormente recobrados por ésta a la demandada.

12.17. Menciona que a través del ecosistema de servicio denominado IMPULSA, AUTEKO se encargaba de centralizar y controlar todos los aspectos relacionados con el servicio de posventa, incluyendo las garantías, las cuales eran también pagadas por la Demandada en Reconvención, tras haber sido atendidas por los respectivos agentes comerciales. En relación con la atención de garantías, AUTEKO se encargaba también de impartir las directrices asociadas a este tema.

12.18. Afirma que tan evidente era el encargo conferido, que AUTEKO se adentraba en el análisis de negocio de TODOMOTOS, le daba objetivos, indicaba estrategias con las que debían alcanzarse tales objetivos e, inclusive, resultados esperados, como puede apreciarse en el documento Análisis de Negocio de 2020.

- Respecto de la estabilidad del encargo encomendado a TODOMOTOS, la sustenta, entre otros aspectos, en lo siguiente:

12.19. En el Contrato suscrito entre las partes se pactó su duración por tres años contados a partir de la fecha de su suscripción, renovable automáticamente por periodos iguales al inicialmente pactado, procediéndose en la práctica a su renovación automática hasta su terminación, en el año 2020 por razones, indica la Convocante en Reconvención, imputables a AUTEKO.

- La independencia de TODOMOTOS:

12.20. TODOMOTOS mantuvo su independencia jurídica y su estructura orgánica, dado que operó como una persona autónoma de AUTEKO, sin convertirse en una dependencia o un órgano de ésta última sociedad, situación que se declara expresamente en el Contrato.

- La gestión fue ejecutada por cuenta y a favor de AUTEKO:

12.21. Afirma la Demandante en reconvención que la labor de promoción y comercialización de los productos entregados por AUTEKO en el territorio asignado fue desarrollada por cuenta y a favor de esta última sociedad, a pesar de que el Contrato se empeñe en proyectar una realidad contraria, por demás simulada.

12.22. TODOMOTOS debía suministrar a AUTEKO las bases de datos de ventas y la información derivada de la ejecución del Contrato que esta última sociedad solicitara, evidenciando el hecho de que la información relativa a la clientela era de propiedad de AUTEKO.

12.23. TODOMOTOS debía seguir las instrucciones dadas por AUTEKO al momento de interactuar con la clientela que TODOMOTOS creaba a favor de AUTEKO, lo que pone en evidencia que la relación con la clientela era realmente gestionada por AUTEKO.

12.24. TODOMOTOS tenía la obligación de reportar a AUTEKO todas las quejas, peticiones y reclamos que presentaran los clientes respecto de esta última sociedad o de los productos por ella entregados.

12.25. La publicidad debía ser aprobada previamente por AUTEKO, siguiendo lineamientos que establecieran las políticas y los manuales de identificación de marcas establecidos por AUTEKO.

12.26. Además de la obligación de TODOMOTOS de delinear las políticas publicitarias de los productos entregados por AUTEKO de acuerdo con el manual de identificación de marcas, también debía seguir las directrices del Manual de imagen corporativa que era suministrado por AUTEKO.

12.27. Afirma que la labor desarrollada por TODOMOTOS en beneficio de AUTEKO era tan evidente, que el Contrato preveía, para el momento de su terminación, la obligación de TODOMOTOS de remitir a AUTEKO todo el material publicitario alusivo a las marcas representadas por AUTEKO, así como todos los programas de computación, sistemas, manuales o herramientas que esta última sociedad le hubiera suministrado para adelantar el encargo encomendado.

12.28. Así mismo, AUTEKO envió a TODOMOTOS una guía sobre el cliente, visión, misión, principios y valores compartidos, que permite comprender que el beneficio de la labor encargada se dirigía a AUTEKO, de la cual destaca la Convocante en Reconvención, entre otros aspectos, que aquella se veía directamente afectada por la relación que TODOMOTOS adelantara con los clientes del territorio asignado, por lo cual el beneficio de mercado también era percibido por AUTEKO. Este era y es, afirma la Convocante en Reconvención, el beneficiario de la clientela, que se fidelizaba a AUTEKO, al punto que en correos electrónicos del propio AUTEKO se reconoce que la participación de mercado (*marketshare*) pertenece a AUTEKO.

12.29. Mediante el indicador designado bajo las siglas NPS (por Net Promoter Score), AUTEKO medía el nivel de fidelización de los clientes a su marca, lo que es prueba confesa de que la operación beneficiaba a AUTEKO.

12.30. El Manual Interno de Políticas y Procedimientos para el Tratamiento de Datos Personales en calidad de encargado de AUTEKO reconoce que los datos personales de

los consumidores de los productos de AUTEKO son administrados por esta sociedad, que, además, es la titular de los mismos.

12.31. Señala que la labor de los “socios comerciales” se refiere única y exclusivamente a encargados, pero el responsable final es AUTEKO, con lo cual se evidencia que los datos correspondientes a la clientela benefician, en última instancia, a AUTEKO. Reitera que las actas de entrega eran originadas a través del software informático denominado IMPULSA, un ecosistema de servicios tecnológicos creado y administrado por AUTEKO, de las cuales se puede apreciar claramente que la relación que hacia el futuro se crea con el cliente o consumidor, la establece AUTEKO, al punto que el documento incluye el logo de AUTEKO, el tratamiento de datos personales se refiere a esta sociedad y se remite a su página web.

12.32. Afirma que tan claro es que la clientela pertenece a AUTEKO que, para la finalización de la relación comercial, AUTEKO remitió una comunicación a cada uno de los puntos de TODOMOTOS, en cuyo numeral cuarto se indicó expresamente que los interesados, desde la fecha de la finalización y en adelante, debían acudir a AUTEKO para efectos de los servicios posventa y los demás aspectos que llegaran a requerir.

12.33. Afirma que la compra para la reventa era simulada, dado que las facturas emitidas por AUTEKO para la entrega de las mercancías se pagaban a crédito, en plazos de treinta (30), cuarenta y cinco (45) y noventa (90) días, que coincidían con el tiempo necesario para garantizar la rotación del inventario, como funciona en un sistema de depósito en consignación. Señala que AUTEKO, previo acuerdo con TODOMOTOS, permitía la devolución de inventarios que no habían podido ser comercializados por el agente comercial, por diversas razones, refiriendo para ello a un correo electrónico, una nota crédito, una circular de AUTEKO, y finaliza el punto diciendo que a la terminación del Contrato no hubo clientela remitida por TODOMOTOS.

- En cuanto a la conducta asumida por AUTEKO en relación con el cambio de modalidad contractual:

12.34. La Convocante en Reconvención indica que el 14 de enero de 2015, AUTEKO propuso a TODOMOTOS y a toda su red de concesionarios la suscripción de un nuevo contrato, expresamente calificado como de agencia comercial, a pesar de que en la ejecución práctica de la relación comercial no se modificaba ningún aspecto sustancial, afirmando que en la realidad del negocio se trataba de una agencia comercial, en la cual TODOMOTOS promocionaba y comercializaba los vehículos y productos autorizados por AUTEKO, en iguales términos al supuesto contrato de concesión.

12.35. Afirma que para el efecto AUTECO impuso una cláusula de renuncia a cualquier derecho —inclusive a cesantías comerciales— que cada “concesionario” hubiese causado en el pasado. Con esta imposición, afirma, no solamente quedó demostrado que efectivamente existía ya una relación de agencia comercial entre los “concesionarios” y AUTECO —dado que no se puede renunciar a una cesantía comercial que no se ha causado—, sino que se hizo patente, por lo demás, un proceder abusivo en cabeza de la mencionada sociedad, por lo que la demandante en reconvención se abstuvo de suscribir el contrato propuesto, rechazó la renuncia a sus derechos y, por el contrario, decidió mantener su relación jurídica y comercial con AUTECO en virtud del contrato original, razón por la cual, afirma, de manera arbitraria e indiscriminada, AUTECO decidió iniciar una campaña de discriminación comercial en su contra, en abierta contravención de la buena fe contractual y de las prácticas que han de regir la sana, leal y recta competencia, con aspectos tales como imponer una remuneración menor a la otorgada a los concesionarios que suscribieron el contrato de agencia e impedir la apertura de nuevos puntos de venta.

12.36. Las circunstancias anteriormente mencionadas condujeron a TODOMOTOS a dar por terminado el Contrato, por justa causa atribuible a AUTECO, y a reclamar las prestaciones económicas derivadas de dicha terminación.

4.4 POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA EN RECONVENCIÓN RESPECTO DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

13. De conformidad con la transcripción de las excepciones formuladas por la Convocada en Reconvención, que fueron enunciadas en un apartado anterior, así como con su contenido, la posición de la parte Convocante y Demandada en reconvención se puede sintetizar de la siguiente manera, en línea, por lo demás, con la demanda principal reformada, razón por la cual el Tribunal Arbitral se remite a lo indicado en apartado anterior de esta decisión.

14. Señala, en síntesis, la Convocada en Reconvención que la única relación contractual que aparece probada es la relacionada con el Contrato de Concesión, la cual inició el 3 de marzo de 2010 y finalizó el 24 de diciembre de 2020, teniendo en cuenta la terminación unilateral y sin justa causa por parte de TODOMOTOS, la cual provocó la demanda inicial en este Arbitraje. Señala que las relaciones anteriores al mes de marzo de 2010 no correspondieron a una relación de agenciamiento, no le asiste ningún derecho a TODOMOTOS de efectuar reclamaciones al respecto, y el Tribunal no es competente para conocer de estas últimas por no existir pacto arbitral habilitante. No se reúnen los elementos del contrato de agencia pues las partes estipularon que no había un encargo

de AUTECO a TODOMOTOS y que esta actuaba por su propia cuenta y riesgo al comprar los productos ensamblados, o importados por esta y revenderlos a sus clientes.

15. Afirma la Convocada en Reconvención que TODOMOTOS ha pretendido, de mala fe, inventar la existencia de una supuesta relación contractual de agencia comercial, con el exclusivo propósito de intentar justificar la terminación del Contrato de Concesión por fuera de cualquier prerrogativa contractual o legal y, no solo esto, sino que lo hace contrariando su conducta desplegada por más de una década en la ejecución del Contrato de Concesión. Además de afirmar que el Contrato de Concesión suscrito entre las partes no es simulado y que cualquier pretensión relativa a tal situación está prescrita, afirma que la relación contractual de concesión no puede coexistir con una de agencia.

16. Sobre la eficacia o no de las estipulaciones contractuales que en la demanda de reconvención se afirman nulas o ineficaces, afirmó que TODOMOTOS como profesional en la materia conoció desde las reuniones previas a la suscripción del Contrato de Concesión, y al momento de la firma de este, el alcance de todas y cada una de las cláusulas del Contrato, sin que en momento alguno se opusiera o manifestara inconformidad.

17. Respecto de la alegada ambigüedad de algunas cláusulas, señala que no existen tales cláusulas de alcance dudoso, que la regla de interpretación argumentada por TODOMOTOS es residual, y que ni en los hechos, ni en ninguna otra pretensión de la demanda de reconvención alega algún tipo de duda o ambigüedad que demande un ejercicio interpretativo del clausulado del Contrato de Concesión.

18. Reitera que ni el Contrato de Concesión es simulado, ni las compras de TODOMOTOS lo fueron, además de que no existe la voluntad de simular de las partes, ni un acto oculto. En igual sentido se opone a que se declare que el contrato o las operaciones derivadas de él, consistían en un “depósito en consignación”.

19. Reitera en su oposición a las pretensiones que la Convocante en Reconvención: (i) compraba productos a AUTECO para revenderlos; (ii) bajo su propia cuenta y riesgo; (iii) a su propia clientela; (iv) bajo los precios que TODOMOTOS determinaba; (v) la mercancía vendida por AUTECO a la Demandante en Reconvención pasaba a ser de propiedad de esta última, con lo cual se demuestra y desvirtúa por completo la existencia de un supuesto contrato de consignación; (vi) la mercancía que compraba la Demandante en Reconvención para su reventa no era restituida a AUTECO; (vii) la Demandante en Reconvención disponía por completo de la mercancía que le compraba a AUTECO; y (viii) TODOMOTOS obtenía para sí todas las ganancias producto de las reventas que realizaba, desvirtuándose por completo la existencia de un contrato de depósito en consignación y,

además, señala que cualquier acción en relación con la declaratoria de un supuesto acto oculto ya prescribió.

20. Sobre las pretensiones de nulidad o ineficacia de ciertas cláusulas afirma que ninguna de las estipulaciones del Contrato de Concesión celebrado el 3 y no el 4 de marzo de 2010 entre TODOMOTOS y AUTEKO (i) omiten algún requisito o formalidad que las leyes prescriben; (ii) las mismas no fueron estipuladas por personas absolutamente incapaces; y (iii) no tienen objeto ni causa ilícita. Afirma, además, que la Demandante en Reconvención no menciona cuál es la causal de nulidad absoluta que se presenta en este caso o cuáles son las cláusulas cuya nulidad persigue y, en cuanto a las pretensiones de ineficacia, afirma que no se cumplen los presupuestos para que se produzca tal efecto.

21. Manifiesta que AUTEKO cumplió a cabalidad con el Contrato, que el contratante incumplido fue la Demandante en Reconvención al darlo por terminado unilateralmente sin que contractual o legalmente existiera dicha facultad o prerrogativa, inventando la existencia de un supuesto agenciamiento mercantil para desconocer abiertamente el Contrato de Concesión y sustraerse de sus obligaciones.

22. Señala, además, que su representada actuó de buena fe y no existe incumplimiento a ningún deber secundario de conducta y que quien faltó a los deberes de honestidad, lealtad y corrección fue TODOMOTOS por las razones anotadas de dar por terminado el Contrato alegando razones inexistentes. Consecuente con su posición, ya señalada, se opone a todas las pretensiones relativas a la terminación de la relación contractual de agencia comercial, además de lo cual indica que no existe ningún daño o perjuicio que se haya causado a TODOMOTOS y, por las razones anotadas, se opone a las pretensiones de condena.

4.5 LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE DEBE ANALIZAR EL TRIBUNAL ARBITRAL

23. Conforme a la anterior síntesis de las posiciones de las partes, tanto las contenidas en la demanda inicial reformada, como en la de reconvención y sus respectivas contestaciones, posiciones éstas que fueron reiteradas además en los alegatos de conclusión, con el detalle del análisis probatorio que cada parte realiza, observa el Tribunal Arbitral que los problemas jurídicos que debe resolver corresponden a los siguientes aspectos medulares de la controversia:

24. (i) Establecer si, de conformidad con lo planteado por la Convocante, la relación contractual de las partes sobre la que tiene competencia el Tribunal inició el 1º de abril de 2005, o en el mes de marzo de 2010, bien sea el 3 o 4 de marzo, y terminó el 24 de

diciembre de 2020, como lo indica la Convocante, o si finalizó el 4 de marzo de 2021 como lo señala la Convocada.

25. (ii) Determinar si el Contrato que rigió las relaciones comerciales entre las sociedades AUTECO y TODOMOTOS corresponde a un contrato de concesión comercial para la venta de motocicletas ensambladas por AUTECO, sus repuestos y accesorios, como lo afirma la Convocante y Demandada en Reconvención, o si, por el contrario, se trata de un contrato de agencia comercial como lo sostiene la Convocada y Demandante en Reconvención.

25.1. En este punto deberá definir el Tribunal si la relación que vinculó a las partes es una agencia comercial, de derecho o de hecho, e, incluso, si se simuló la celebración de un contrato de agencia con la apariencia de uno de concesión, o si se presentó una concurrencia entre el contrato de concesión comercial y la agencia.

26. (iii) Igualmente, el panel arbitral deberá determinar si las estipulaciones contractuales fueron predispuestas por AUTECO, si existen o no cláusulas ambiguas y si, en consecuencia, las mismas deben ser interpretadas a favor de TODOMOTOS y en contra de AUTECO.

27. Se deberá analizar también si la compra para la reventa es un acto relativamente simulado y si constituía un depósito en consignación de mercancías; y si algunas cláusulas pueden estar viciadas de nulidad absoluta en cuanto pretendan calificar la relación jurídica entre los contratantes como una relación diferente a la agencia comercial, o en su defecto, si tales cláusulas son ineficaces de pleno derecho

28. Asimismo, si la cláusula contractual décimo sexta, en cuanto establece una prohibición al concesionario de comprar directa o indirectamente a otros proveedores nacionales o extranjeros los productos establecidos en el contrato o similares es nula, de nulidad absoluta, o al menos ineficaz.

29. Una vez establecido lo anterior el Tribunal Arbitral estudiará los demás problemas jurídicos que se plantean en las pretensiones de las partes, correspondientes a los siguientes:

30. (iv) Se deberá definir si TODOMOTOS incumplió o no el Contrato al proceder a comprar directa o indirectamente los productos a otros proveedores nacionales o extranjeros en contravención a lo dispuesto en la cláusula décima sexta y sin respetar el espacio temporal de dos años y si, en efecto, TODOMOTOS obró o no de mala fe al terminar el Contrato sin justa causa, para posteriormente vender productos de la marca BAJAJ por conducto de la sociedad vinculada DISTRIFER S.A.S.

31. (v) Establecer si el contrato celebrado entre las partes permitía o no la terminación unilateral por parte de TODOMOTOS y si la determinación adoptada en ese sentido por parte de la Convocada constituye un incumplimiento del mencionado contrato por esta última. El Tribunal deberá analizar si hubo mala fe de TODOMOTOS al terminar el Contrato unilateralmente y sin justa causa.

31.1. A su vez, deberá determinar el Tribunal si AUTEKO incumplió las cláusulas décima sexta, en su parágrafo, vigésima, segunda y tercera, así como si incumplió los deberes secundarios de conducta que la buena fe le imponía en la ejecución del denominado Contrato de Concesión.

31.2. En este punto deberá el Tribunal definir, en caso de que su conclusión sea que el contrato fue de agencia comercial, si TODOMOTOS tiene derecho a la denominada cesantía comercial de que trata el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio y, en caso afirmativo, se deberá determinar el monto de la misma y si es procedente o no el pago de intereses de mora a la tasa máxima legal y a partir de qué momento.

31.3. Así mismo, si se concluye que el contrato terminó el 4 de marzo de 2021 como lo indica la Convocada, se deberá definir si dicha terminación es imputable a AUTEKO, y si esta es civilmente responsable de los daños causados a TODOMOTOS por la terminación del contrato, y, en caso afirmativo el monto de los mismos, y si sobre la suma de los perjuicios, de prosperar dicha pretensión, es procedente o no la aplicación de la corrección monetaria y desde qué época, y si sobre la suma así liquidada o determinada es procedente aplicar el interés puro del 6% anual, y desde que época en caso de prosperar.

31.4. Por el contrario, si prosperan todas o algunas de las pretensiones de la demanda inicial reformada, el Tribunal deberá determinar si TODOMOTOS es responsable por los perjuicios causados a AUTEKO como consecuencia del incumplimiento contractual que le imputa, al terminar de manera unilateral el Contrato de Concesión sin facultades contractuales o legales para ello y, en caso de prosperar dicha pretensión, deberá determinar el Tribunal Arbitral el monto de tales perjuicios, así como si debe proceder o no el pago de la cláusula penal pactada en el Contrato (para efectos de lo cual deberá estudiar su validez), y el monto de la misma, si es procedente o no el pago de intereses de mora a la tasa máxima permitida por la ley y desde que momento, así como si procede o no el pago de costas y agencias en derecho.

32. De llegar a determinar el Tribunal la prosperidad total o parcial de las pretensiones de la demanda inicial o de las de la demanda de reconvención, deberá estudiar a su vez, si la oposición de la parte contraria y en especial si todas o algunas de las excepciones de

fondo esgrimidas, tienen la virtud de impedir, extinguir o modificar las pretensiones cuya eventual prosperidad decida el Tribunal. Dado que, si no llegare a prosperar ninguna pretensión de la Convocante o de la Convocada reconviniendo no sería necesario estudiar, por supuesto, las excepciones, así como la consideración de una eventual prosperidad de las pretensiones, todas o algunas, no releva al Tribunal de estudiar las excepciones en el orden lógico de la sentencia.

4.6 LA RELACIÓN CONTRACTUAL DE LAS PARTES SOBRE LA QUE TIENE COMPETENCIA EL TRIBUNAL ARBITRAL

33. Como se planteó con anterioridad, un primer problema jurídico que debía resolver el Tribunal Arbitral concernía a determinar cuál es la relación contractual de las partes sobre la que tiene competencia, aspecto sobre el cual ya se adoptó la determinación correspondiente, sin perjuicio de lo cual para la adecuada delimitación de las decisiones del Tribunal, corresponde ahora precisar si dicha relación inició el 1º de abril de 2005, o en el mes de marzo de 2010, bien sea el 3 o 4 de marzo, y si terminó el 24 de diciembre de 2020, como lo indica la Convocante, o si finalizó el 4 de marzo de 2021 como lo señala la Convocada.

34. Para el efecto de determinar lo anterior, el Tribunal Arbitral debe tener tres puntos en consideración, a saber (i) establecer desde cuándo iniciaron las relaciones comerciales entre las partes, (ii) determinar cuándo se celebró el contrato de concesión comercial para la venta de motocicletas ensambladas por AUTEKO, sus repuestos y accesorios y (iii) por último, establecer la fecha en que la relación contractual habría terminado.

35. Evaluado el material probatorio, el Tribunal concluye que las relaciones de negocios entre las partes iniciaron en el año 2005, a través de la sociedad TODOMOTOS LTDA, la cual ha tenido algunas reformas sociales y actualmente se denomina TODOMOTOS OB S.A.S., dado que así lo indican los representantes legales de las partes y diferentes testigos del inicio de las relaciones comerciales de las mismas.

36. El señor Raúl Botero Botero, protagonista excepcional en el inicio de las relaciones comerciales entre las partes, por cuanto hizo el vínculo entre el señor JORGE ANTONIO VILLAREAL GONZÁLEZ, a su vez socio de las sociedades TODOMOTOS y SERVIMAX, y AUTEKO, manifestó que dicha relación inició en el año 2005, a través de estas sociedades, esto es, tanto SERVIMAX como TODOMOTOS.

37. A su vez, el señor Jorge Villareal, hizo referencia a la forma como él y sus hermanos iniciaron la comercialización de motos como subdistribuidores de las empresas del señor RAUL BOTERO BOTERO entre el año 2004 y principios del año 2005, a través de la

empresa TODOMOTOS OB S.A.S., todo referido a motos importadas o ensambladas por AUTEKO, sociedad aquella a través de la cual él y sus socios le vendieron una participación a los señores RAÚL y MILTON BOTERO, y abrieron establecimientos de comercio en poblaciones como San Sebastián, Guamal, Mompox Bolívar, Santa Ana, El Banco Magdalena, entre otras. Posteriormente constituyeron la sociedad SERVIMAX para atender otras poblaciones, tales como, Fundación, El Difícil, Bosconia, Aracataca.

38. Adicional a ello señala que entre 2004 y 2005 quedaron como accionistas de dichas sociedades él y su hermano RAFAEL JOSÉ SALAS GONZÁLEZ, y los señores RÁUL y MILTON BOTERO, en partes iguales del 25% cada uno de ellos. El señor JORGE VILLARREAL afirma que a la fecha de su declaración sigue siendo socio de SERVIMAX y de TODOMOTOS, así como su hermano RAFAEL y el señor MILTON BOTERO, mientras que el señor RAÚL BOTERO ya no es socio de dicha sociedad. Señala que en toda esa etapa inicial él era el gerente de ambas sociedades y que tenía un gerente comercial que se llama ALBERTO PASELLA.

39. Ahora bien, sobre el proceso de firma del contrato pluricitado, del material probatorio allegado al proceso se desprende lo siguiente:

40. El representante legal de TODOMOTOS en su declaración indicó que en cuanto a la firma del contrato de concesión “... Sí. Había que hacerlo de esa manera. Pero bueno, quisiera hacer una precisión con respecto a esta pregunta y a todos los presentes. La relación comercial entre Auteco y Todomotós no empezó en 2010, empezó desde el 2005. Esa relación inicia en el 2005. Ya se ha mencionado que los socios de esa sociedad que eran Don Jorge, Don Raúl Botero. Don Jorge Villareal y Don Raúl Botero, Don Rafael Salas y Don Milton Botero, iniciaron una relación comercial desde el 2005 con Auteco que estuvo vigente hasta el año 2010. Perdón, 2020, la relación comercial. En el 2010 es que se formaliza esa relación comercial a través de un contrato. Entonces creo que es pertinente aclarar ese punto. ...”.

41. El señor Jorge Villareal, en la declaración rendida en el trámite arbitral 2021 A 0021, que fue debidamente trasladada a este proceso, afirmó lo siguiente sobre la firma del Contrato:

“... en marzo del 2010, por cierto, yo iba viajando de San Sebastián para recorrer los almacenes acá de la zona fra[n]ca..., de la zona bananera, perdón, de la zona bananera, cuando me llama Fernel... antes de Alberto Pasella tenía otro gerente comercial, en esa época era Fernel Díaz, que me ayudaba en la parte comercial; me llama y me dice, ‘don Jorge, venga, nos tienen parado el despacho de motos porque TODOMOTOS y Servimax no han firmado un contrato que mandaron desde hace rato’, yo le digo ‘Fernel vega, a mí no me

ha llegado ningún contrato’, me dice ‘sí, patrón, llámese al jefe...’; el jefe de esa zona era Alejandro Jaramillo creo que es, Alejandro Jaramillo en esa época. Yo llamo a Alejandro Jaramillo y me dice ‘Jorge sí, efectivamente, hay un contrato que firmar, que AUTECO le ha mandado a todos los socios’, y le dije, ‘venga, pero Alejo, a mí no me ha llegado nada’. Alejo me dice ‘bueno listo, te lo voy a reenviar’. Él me reenvía el contrato, y yo llego al Copey, lo leo someramente, el contrato, llamo a Alejandro Jaramillo, ‘venga, Alejandro, pero es que este contrato me toca leerlo con más detalle’, me dice ‘sí, Jorge, no hay problema, puedes tomarte todo el tiempo que leas, pero eso sí, el despacho de motos está paralizado, no te puedo despachar motos porque si no... hasta que firmes el contrato’. En esa época, pleno crecimiento, los almacenes sin motos nosotros todavía, los almacenes solos, llamé a Milton y a don Raúl, que tenían otras sociedades, y les dije ‘don Milton, (...) acá, yo no (...) no sabía de este contrato que me llegó, lo leo someramente, ¿qué hago? No me despachan motos si no...’; don Raúl me dice ‘Jorge, eso hay que firmarlo tal como está ahí porque no se le puede cambiar ni una coma, ya nosotros también pasamos por las demás empresas y nos tocó firmarlo, todos nos tocó firmarlo para que haya despacho; el que no lo firme no le despachan y pues se acaba el negocio’. Entonces me tocó firmar el contrato y mandárselo, en esa época creo que se lo mandé hasta por fax, y después físicamente a AUTECO, en esa época no había internet todavía sino era todo por fax...”.

42. De las declaraciones anteriormente transcritas, en lo pertinente, se desprende que entre AUTECO y TODOMOTOS habría existido una relación comercial desde el año 2005, sobre la cual el Tribunal no se pronunciará porque no se enmarca dentro de su competencia. Sin embargo, de ellas también se desprende que el Contrato que es objeto de la presente controversia se celebró en marzo del año 2010.

43. En cuanto a la fecha concreta de suscripción del Contrato, para el Tribunal es claro que tuvo lugar el 3 de marzo de 2010, pues en esa oportunidad fue firmado por el representante legal de TODOMOTOS, como consta en la diligencia de reconocimiento de texto y autenticación de firma en la Notaría Única del Círculo de El Copey del departamento de Cesar.

44. Adicionalmente, aunque en el documento aportado por las partes no consta la firma de AUTECO, la Convocante ha reconocido su contenido y en la demanda inicial reformada expresamente sostiene que el acuerdo de voluntades que en él se recoge se celebró el 3 de marzo de 2010, pues así lo señala tanto en la pretensión primera declarativa como en el hecho 4 que le sirve de fundamento, afirmación que no fue controvertida por

TODOMOTOS al contestarlo, más allá de que la Convocada discuta el proceso de negociación de los términos contractuales y la naturaleza jurídica del mismo.

45. El Tribunal Arbitral reitera, entonces, que su competencia está referida al contrato escrito celebrado entre las partes y concerniente a los asuntos sometidos a su consideración por ambas partes, y únicamente respecto las controversias inherentes a aquel y por diferencias suscitadas a partir del 3 de marzo de 2010.

46. Por otra parte, en relación con la fecha de terminación del Contrato de Concesión encuentra el Tribunal Arbitral lo siguiente:

47. El 24 de diciembre de 2020 TODOMOTOS le remitió una comunicación a AUTEKO en la que, previas las razones que allí se aducen, manifestó su decisión de dar por terminado unilateralmente, por causas que imputa a AUTEKO, el contrato de concesión comercial para la venta de motocicletas ensambladas por AUTEKO, sus repuestos y accesorios. En la mencionada misiva se señala, expresa e inequívocamente, que la fecha efectiva de terminación era el 24 de diciembre de ese año, sin perjuicio de señalar, en la misma comunicación, un plan de desmonte de la operación con el fin de no generar traumatismos en los usuarios, para el que propuso un cronograma que se extendería hasta el 24 de marzo de 2021. En dicha comunicación se señalan otras consideraciones que no son objeto de análisis en este aparte del Laudo.

48. La mencionada comunicación fue contestada el día 30 de diciembre del mismo año por parte de AUTEKO, en la que acusa el recibo de la carta de terminación unilateral del Contrato, manifiesta que no está de acuerdo con las consideraciones contenidas en las mismas y advierte que se acoge al sistema de solución de controversias pactado por las partes.

49. De ahí en adelante las partes se cruzan diversas comunicaciones. En misiva de fecha 31 de diciembre del año 2020 de TODOMOTOS, dirigida a AUTEKO, con consideraciones sobre el mecanismo de solución de controversias y la referencia a una reunión para el nombramiento de árbitros, entre otros aspectos. A su vez, AUTEKO envía, el 5 de enero de 2021, nuevamente una comunicación a AUTEKO, referida a aspectos tales como los mecanismos de solución de controversias pactados y el nombramiento de árbitros. A su vez, TODOMOTOS, mediante comunicación de 7 de enero de 2021, se refirió no a la fecha de terminación del Contrato sino al mecanismo de solución de controversias y al nombramiento de árbitros, entre otros aspectos, comunicación que, a su vez, fue contestada por AUTEKO el día 12 de enero del año 2021 mediante escrito en el que no se hicieron manifestaciones propiamente dichas sobre la fecha de terminación del Contrato, existiendo una réplica a dicha comunicación del mismo día 12 de enero y en igual sentido se remite otra comunicación de AUTEKO el día 19 de enero del mismo año.

50. En adelante, TOMOTODOS remitió facturas a través de las cuales se pretendía cobrar una cesantía comercial y los perjuicios reclamados con ocasión de la terminación del Contrato y estas fueron respondidas con su rechazo por parte de AUTEKO.

51. Ahora bien, el 4 de febrero de 2021 AUTEKO remitió una comunicación a TODOMOTOS sobre la finalización de las relaciones comerciales, y en la que manifiesta el propósito de formalizar los pasos a seguir con ocasión de la terminación de las relaciones comerciales y de facilitar las actividades de soporte de revisión, reparación y/o mano de obra de los vehículos.

52. En dicha misiva se hace referencia a que se estima razonable para el cierre de la operación y del uso de elementos relacionados con la imagen de AUTEKO, el término de un (1) mes contado a partir de la fecha de recepción de esa comunicación. Haciendo referencia a la posibilidad de acceso a los sistemas correspondientes, y la habilitación al distribuidor para atender las solicitudes pertinentes, debiendo a partir de ese momento finalizar el desmonte progresivo de la operación y demás elementos correspondientes y que, una vez superado el plazo antes mencionado, estaría a disposición de los interesados, acudir ante los centros de servicios autorizados por AUTEKO conforme publicación en la respectiva página web. Así mismo, se señala que hasta el agotamiento de los inventarios que tuvieran en stock, AUTEKO estaría en libertad de disponer de tales bienes de su propiedad.

53. También se encuentran otras comunicaciones del 19 de febrero de 2021 remitidas por AUTEKO a determinados establecimientos de TODOMOTOS, tales como los puntos de venta de EL BANCO, LA LUCHA, CIENEGA y FONSECA, entre otros, en las cuales aquella reitera que el Contrato surtió efectos hasta el 24 de diciembre de 2020, fecha en la cual TODOMOTOS notificó a AUTEKO la decisión de darlo por terminado.

54. El 24 de febrero de 2021 TODOMOTOS remitió una comunicación a AUTEKO en la que señala que tendría, con base en las comunicaciones anteriores, el día 19 de marzo de 2021 como fecha para el desmonte de las operaciones.

55. Finalmente, el 15 de marzo del año 2021 AUTEKO envía una comunicación a TODOMOTOS expresando el desacuerdo con los términos de su última carta y precisando que, desde la óptica de AUTEKO, las comunicaciones fueron dirigidas a los Centros de Servicios Autorizados, "*...los cuales se encargan de facilitar las actividades de soporte de revisión, reparación y/o mano de obra de nuestros vehículos...*".

56. En ese orden de ideas, efectuada por el Tribunal la valoración de las comunicaciones cruzadas entre las partes con ocasión de la terminación del Contrato, se concluye que la

decisión de terminación en forma unilateral por TODOMOTOS se hizo efectiva el día 24 de diciembre de 2020, más allá de que, con posterioridad a dicha fecha, se hayan cruzado las partes diversas comunicaciones relativas al entendimiento de lo que seguiría con ocasión de esa terminación, sobre aspectos tales como el mecanismo de resolución de las disputas, la selección de los árbitros, el cobro de las pretendidas cesantía comercial y la indemnización por la terminación del Contrato, y sobre todo el plan de desmonte de las operaciones dado que en unas actividades como las realizadas por las sociedades involucradas en este litigio, es normal y entendible que las operaciones no se pueden paralizar de manera inmediata, en especial, por cuanto se tendrían que desmontar letreros, publicidad, entre otras, y, sobre todo, definir la prestación de servicios de revisión, reparación, mano de obra, atención de garantías a los consumidores, fecha que, entiende el Tribunal, fue la que se discutió como un término adicional para la definitiva liquidación del Contrato, sin que con esto se entienda como una extensión o ampliación de la fecha de terminación unilateral fijada por TODOMOTOS.

57. Como consecuencia del análisis anteriormente realizado, el Tribunal concluye que prospera la pretensión segunda declarativa de la demanda inicial reformada y que, respecto de la pretensión primera principal de la demanda de reconvención subsanada, el Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre la existencia de una relación contractual entre AUTEKO y TODOMOTOS entre el 1º de abril de 2005 y el 2 de marzo de 2010, mientras que se negará dicha pretensión en cuanto a la fecha de terminación del Contrato, pues este hecho ocurrió el 24 de diciembre de 2020 y no el 4 de marzo de 2021.

4.7 CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE EL CONTRATO, SU NATURALEZA, SU OBJETO Y LOS PRINCIPIOS QUE LO RIGEN

58. En este punto procederá el Tribunal Arbitral a analizar si el contrato que rigió las relaciones comerciales entre las sociedades AUTEKO y SERVIMAX, corresponde a un contrato de concesión comercial para la venta de motocicletas ensambladas por AUTEKO, sus repuestos y accesorios, como lo afirma la Convocante y Demandada en Reconvención, o si, por el contrario, se trata de un contrato de agencia comercial como lo sostiene la Convocada y Demandante en Reconvención.

59. En este punto deberá definir el Tribunal si la relación que vinculó a las partes es una agencia comercial, de derecho o, de hecho, si se simuló la celebración de un contrato de agencia con la apariencia de uno de concesión, e, incluso, si se presentó una concurrencia entre el contrato de concesión comercial y la agencia.

4.7.1 NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO

4.7.1.1 Precisión Preliminar – Reiteración de la competencia del Tribunal para resolver lo relativo a la naturaleza del Contrato

60. Como bien se encuentra acreditado en este proceso, el pacto arbitral que dio origen al mismo está contenido en el denominado “Contrato de Concesión” suscrito entre las partes que integran los extremos procesales enfrentados en el trámite; de lo anterior se colige indefectiblemente que la competencia que ha derivado el presente tribunal de arbitramento, para resolver en derecho los asuntos reclamados por ambas partes, está condicionada a lo que, sobre el particular, se haya podido estipular en ese contrato y en la cláusula arbitral que derivó en la constitución de este Tribunal.

61. En ese orden de ideas, quiere reiterar este panel arbitral que resulta material y jurídicamente imposible tratar de extender los efectos de ese pacto arbitral en concreto, a situaciones no comprendidas o relacionadas con ese específico negocio jurídico, es decir, circunstancias ajenas al denominado “Contrato de Concesión”.

62. Ahora bien, que ello sea así, como en efecto lo es, no ha de significar de ninguna manera que el Tribunal encuentre impedimento u obstáculo para analizar si el negocio jurídico que contiene el pacto arbitral, según lo expuesto por los extremos procesales, tiene una connotación o naturaleza distinta a la que, en apariencia o por cuenta de la denominación que quisieron darle las partes al momento de su firma y suscripción, pudiera realmente llegar a tener.

63. Todo lo antes señalado quiere decir que, dado que en el presente trámite se ha suscitado una controversia acerca de la naturaleza del negocio jurídico que es fuente y origen de las prestaciones demandadas, es claro que el Tribunal cuenta con plenas atribuciones y competencia para revisar si el Contrato, además de ser válido, produjo efectos en la esfera jurídica y fáctica querida por las partes que lo suscribieron.

64. En ese contexto, este panel arbitral encuentra plenamente justificado y allanado el camino para verificar, en derecho y conforme al acervo probatorio arrimado al trámite, las características particulares del negocio jurídico que es objeto de la controversia, y, sobre todo, el alcance de las estipulaciones que fueron incorporadas en él, especialmente en cuanto que aquellas den cuenta (o estén relacionadas con) el acuerdo que las mismas lograron materializar frente al objeto contractual que querían efectivamente realizar y llevar a cabo.

65. Establecido lo anterior, y entendiendo que lo antes mencionado comporta la reiteración de la declaración de competencia efectuada en etapa anterior y en las consideraciones efectuadas en un aparte previo de esta decisión, pasa el Tribunal a revisar el contenido del citado Contrato, y a determinar si los acuerdos y las demás

estipulaciones incorporadas en él, en paralelo con la conducta desplegada por las partes durante su curso y cumplimiento, pueden dar cuenta o fe de una realidad distinta a la que, por lo menos nominalmente, fue establecida por las partes suscriptoras del mentado negocio jurídico contractual.

4.7.1.2 Los elementos esenciales del contrato – Art. 1501 del Código Civil

66. De tiempo atrás la Corte Suprema de Justicia, atendiendo el precepto normativo contenido en el artículo 1501 del Código Civil, ha reconocido que la calificación que pudiere llegar a tener un determinado contrato o negocio jurídico, más que obedecer a la denominación asignada por las partes en el momento de su suscripción, responde al hecho mismo de la verificación objetiva de ciertos elementos específicos que, por resultar estructurales y/o de su esencia, lo determinan y lo distinguen de cualquier otro tipo o modalidad de convención.

67. Así, en sentencia SC328 del 14 de diciembre de 2005³⁷, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria señaló lo siguiente:

*“(...) Desde luego que para abatir su juicio al respecto no bastaba afirmar que el contrato suscrito fue de agencia comercial, porque así se le designó en el documento otorgado unos meses después para clausurarlo, puesto que **lo que le da fisonomía a un negocio jurídico no es la denominación que le asignen las partes, sino los elementos que le confieren una determinada estructura negocial, típica o atípica y la función económica que pretenden cumplir los contratantes. Los pactos, tiene dicho la Corte, ‘no tienen la calidad con que los designan los contratantes, sino la que realmente les corresponde, según sus características legales’ (G.J. t. L, pág. 27) (...)”** (se destaca).*

68. En el contexto antes señalado, esa misma doctrina jurisprudencial (en decisiones más recientes y que complementan las anteriores), ha dejado ver que la norma en mención se ocupó de distinguir tres tipos de elementos que se encuentran o pueden encontrarse presentes en los acuerdos contractuales: los esenciales, los naturales y los meramente accidentales; seguidamente concluyó que la calificación de cada convención en particular sólo puede ubicarse en función de la necesaria presencia de los denominados “elementos esenciales”, que, ciertamente, se distinguen y diferencian de los accidentales y naturales.

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC328-2005 de 14 de diciembre de 2005. M.P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

69. Así, en sentencia SC5230-2021 de 25 de noviembre de 2021³⁸, la alta Corte indicó lo siguiente:

*“(...) Como se sabe, en el universo de los contratos es posible distinguir tres tipos de elementos: los esenciales, naturales y los accidentales (art. 1501 C.C.). Desde luego, **la impronta o calificación de cada convención solamente puede recibirse o hallarse en aquellos elementos esenciales.** Así, por ejemplo, en cuanto al mandato, ha de identificarse como rasgo esencial la gestión de actos jurídicos por cuenta ajena: ‘el mandatario es un intermediario que actúa en interés o cuenta ajena’ (...)” (se destaca).*

70. Visto lo anterior, resulta claro que la revisión y el análisis que ahora emprende el Tribunal con el propósito de determinar la verdadera naturaleza del vínculo jurídico que unió a las partes que se encuentran en contienda, supone la necesaria verificación y comprobación de la presencia de esos elementos [esenciales] en el negocio jurídico aludido. Es del caso señalar anticipadamente que la ausencia de uno cualquiera de ellos denotará, como es apenas lógico y evidente, que el negocio jurídico en ciernes no pueda tener la calificación que la parte quisiera darle, o, mejor aún, que derive en una distinta a la que posiblemente aquella quiso atribuirle, o creyó que pudiera llegar a tener.

71. Sin lugar a dudas, para este panel arbitral, la principal diferencia que enfrenta a las partes y, a su vez, las distancia conceptualmente dentro del presente trámite arbitral, atañe a la naturaleza del contrato celebrado por ellas. Así, mientras que la Convocante asegura haber celebrado y ejecutado un contrato atípico de concesión, la Convocada y Demandante en Reconvencción, por su parte, afirma haber suscrito un contrato completamente diferente, el cual encasilla dentro de la denominación típica de “agencia comercial”.

72. Dado, pues, que no existe coincidencia entre las partes respecto a la naturaleza del contrato celebrado, y en el entendido de que es por virtud del reclamo de la Convocada – Demandante en Reconvencción que se pone en entredicho la calidad y/o connotación jurídica del citado negocio, pasa a continuación el Tribunal a verificar si, a pesar de la calificación o denominación que le asignaron las partes a ese acuerdo convencional (y por cuenta de la cual se nominó como contrato de concesión), éste último pudo haber consistido o derivado en un negocio jurídico completamente distinto, en concreto, en un contrato de agencia comercial.

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC 5230 de 25 de noviembre de 2021. M.P.: Francisco Ternera Barrios.

73. Para los efectos antes señalados, y volviendo sobre los lineamientos básicos contemplados en el artículo 1501 del Código Civil, el Tribunal hará un breve repaso de los elementos que, según lo tiene establecido la jurisprudencia civil, se encuentran presentes en este tipo de contrato (el de agencia comercial) y determinan su respectiva estructura y esencia.

4.7.1.3 Los elementos esenciales del contrato de agencia comercial

74. Como ya se dijo anteriormente, el contrato de agencia comercial encuentra su regulación normativa a partir del artículo 1317 del Código de Comercio. Esta disposición, junto con las demás que integran el Capítulo V, se encuentra incorporada en el Título XIII de ese mismo cuerpo normativo, dedicado a regular las diferentes formas del *Mandato Comercial*. El anterior referente normativo, de entrada, exige poner de presente los siguientes aspectos:

75. (i) La regulación del contrato de agencia comercial en Colombia data del año 1971, y, como bien lo ha registrado nuestra jurisprudencia de tiempo atrás, es el resultado (quizá un poco tardío para nuestro país) del reconocimiento de las dinámicas y pautas propias de un mercado que condujo a los comerciantes y empresarios, a convenir mecanismos de colaboración y distribución que les permitiesen comercializar sus bienes o servicios en ámbitos territoriales más amplios, y a través de terceros intermediarios que pudiesen ayudar a cerrar esas brechas geográficas y conquistar esos nuevos mercados.

75.1. Sobre el particular, en fallo de 18 de abril de 2018, la Corte Suprema de Justicia indicó lo siguiente:

“(...) 3.2.2. El auge de la industria y la economía ha llevado a los comerciantes a ampliar su radio de acción, allende, a lugares donde surgen necesidades de los bienes o servicios que ofertan, mediante distintos modos de intermediación (...).

“Los mecanismos de distribución de los empresarios, buscados para comercializar sus productos, se justifican ante las dificultades para hacerlo en forma directa o a través de dependientes, debidas a las distancias entre los centros de producción y de consumo, o a la demanda en regiones apartadas, resultando antieconómico frente a los costos implicados (traslados, planta física, trabajadores, publicidad, asesoría, en fin), amén de inconveniente, en cuanto nada garantizaría obtener las ventas esperadas.

“En esas circunstancias, a los empresarios les conviene descargar la masificación de sus bienes o servicios en otros comerciantes organizados, igual con intereses económicos (...).

“3.2.3. La agencia comercial, precisamente cual ha sido anunciado, es una de las manifestaciones de colaboración empresarial y de conquista de mercados (...)”³⁹.

75.2. En otra providencia posterior, enseñó igualmente la Corte que:

“(...) 4.2. La distribución y gestión de bienes y servicios, es cierto, se manifiestan a través de diferentes relaciones mercantiles. Se destacan los acuerdos de corretaje; la representación de firmas; los depósitos de mercaderías; los convenios de consignación; y los contratos de suministro, agencia comercial, concesión y franquicia.

“Galvano Francesco, ubica como contratos para la circulación y promoción de negocios: el corretaje, la agencia, la concesión de venta, la reventa, el franchising y la comisión [GALGANO, Francesco. Derecho Comercial. El Empresario. Volumen I, 3ª Edición. Bogotá: Temis, 1999, pp.277-281. Traducción: Jorge Guerrero.]

“Lo importante, se trata de mecanismos buscados por los empresarios para comercializar sus productos que se justifican ante las dificultades para hacerlo directamente o por conducto de dependientes. Aunque esas formas de relación comparten elementos comunes, cada una tiene rasgos característicos que las diferencian de las demás”⁴⁰ (se destaca).

76. (ii) Los presupuestos que determinan la configuración típica de esta modalidad de convención, que sirven precisamente para distinguirla de cualquier otra, surgen, por una parte, de la definición que provee el artículo 1317 ya citado, y, de la otra, de los artículos 1322 y 1324 del estatuto mercantil, que establecen los aspectos relativos a la retribución y a las modalidades de la agencia.

76.1. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 26 de noviembre de 2021, precisó lo siguiente:

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC1121-2018 de 18 de abril de 2018. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC2498-2021 de 23 de junio de 2021. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

“(...) Suficientemente constante, difundida y pacífica ha sido la doctrina de la Corte en los últimos cuarenta años, conforme a la cual, los requisitos esenciales que deben concurrir para la existencia de una agencia comercial son: (i) el encargo que el empresario hace a un agente para promover o explotar sus negocios, (ii) la independencia y estabilidad de la labor, (iii) su remuneración y (iv) la actuación por «cuenta ajena.

“Los dos primeros presupuestos surgen diáfanos de la definición que proporciona el artículo 1317 del Código de Comercio; el tercero de los artículos 1322 y 1324 idem que contemplan la retribución y sus modalidades; y el último de la necesaria observación que los riesgos y beneficios de la tarea encomendada repercuten directamente en el patrimonio del empresario y no en el del agente”⁴¹.

76.2. Y en una decisión posterior, igualmente reiteró lo siguiente:

“(...) 1. La ‘agencia comercial’ como contrato típico en la legislación nacional tiene su génesis en la expedición del Decreto 410 de 1971, por el cual se expidió el Código de Comercio, que en sus artículos 1317 a 1331 desarrolló la figura y delimitó sus elementos estructurales, como lo resaltó la Corte en las dos SC de 2 de diciembre de 1980 (...).

“Tal conceptualización se ha mantenido casi incólume hasta la actualidad, salvo por las necesarias precisiones que la Corporación ha estimado necesarias al abordar las disímiles temáticas que surgen de cada caso práctico, sin que ello conlleve a giros abruptos o pronunciamientos contradictorios sobre la materia, para terminar siendo todos complementarios en la comprensión de lo que se requiere para establecer la existencia de un contrato de «agencia comercial» (...)”⁴².

77. (iii) La figura jurídica de la agencia mercantil está indefectiblemente ligada a la del *Mandato Comercial*, bien porque desde el punto de vista normativo su regulación está incorporada dentro del mismo capítulo que disciplina esta última modalidad de convención, ora porque en cuanto a su contenido material comparte sus características generales.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC5252-2021 de 26 de noviembre de 2021. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC5683-2021 de 16 de diciembre de 2021. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

77.1. Así lo ha dejado ver la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la siguiente providencia:

“(...) 3.- La agencia comercial se encuentra regulada en el Capítulo V del Título XIII del Libro Cuarto del Código de Comercio intitulado “Del mandato” y, en líneas generales, su definición se adecúa a la que de este contrato trae el artículo 1262 ídem, en la medida que resulta indiscutible que el agente “se obliga a celebrar o ejecutar” una pluralidad de “actos de comercio por cuenta de otra” persona. Por consiguiente, tanto orgánicamente, es decir, por el lugar que ocupa en la estructura del compendio mercantil, como conceptualmente, por su contenido material, abrevia en las características generales del contrato de mandato (...)”⁴³.

78. Hechas las anteriores precisiones conceptuales, que ambientan el presente ejercicio analítico, y resultan de interés para delimitar la manera como la jurisprudencia nacional ha tratado esta materia desde hace más de 40 años, pasa ahora el tribunal de arbitramento a esbozar, de forma muy sintética por demás, los elementos que a juicio de esa misma doctrina jurisprudencial determinan que una convención en particular derive en la modalidad de contrato típico denominado “agencia comercial”.

79. Previo a ello conviene destacar que, indistintamente de que el contrato sea fruto de un acuerdo expreso de las partes, o que devenga de un comportamiento o conducta que hayan desplegado las mismas, lo que resulta necesario para que se predique la existencia del mentado negocio jurídico (agencia comercial), no es otra cosa distinta a que los elementos que se enunciarán a continuación se hallen presentes en la relación o vínculo jurídico generado.

80. Se zanja así, y de forma definitiva, cualquier tipo de discusión respecto a la posibilidad de que la agencia comercial sólo pueda sobrevenir como consecuencia de la consolidación de un acuerdo expreso de voluntades en torno a ese particular, pues, como atrás se ha dicho, **es la concurrencia de los elementos esenciales del negocio lo que determina, en definitiva y de manera objetiva, que el convenio tenga esa específica connotación y/o naturaleza** (se resalta y subraya).

81. De esta manera lo ha dejado ver la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SC1121-2018⁴⁴, providencia ésta en la que sostuvo lo siguiente:

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC3712-2021 de 25 de agosto de 2021. M.P.: Octavio Augusto Tejeiro Duque.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC1121-2018 de 18 de abril de 2018. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

“(...) 3.2.4. La agencia puede ser voluntaria por acuerdo expreso de voluntades o simplemente de hecho. El artículo 1331 del Código de Comercio establece que ‘[a] la agencia de hecho se le aplicarán las normas del presente capítulo’, esto es, las que regulan bajo una concepción voluntarista, el contrato de agencia comercial.

“En ese contexto, siguiendo el tenor de la disposición transcrita, igualmente lo dicho para la agencia expresamente consensuada es predicable de la agencia comercial de hecho, porque así una relación de esa misma naturaleza haya sido fruto de un consentimiento recíproco, para la configuración de una u otra, al decir de esta Corte, ‘resulta indistinto que sea o no de hecho’. (CSJ. Casación Civil. Sentencia de 10 de septiembre de 2013, expediente 00333.)”.

82. En el mismo sentido, en sentencia de 16 diciembre de 2021 (SC5683-2021) se señaló siguiente:

“(...) Todos los fallos de la Corporación sobre el tema concuerdan en que el éxito de las reclamaciones judiciales relacionadas con la existencia del contrato de agencia comercial, ya sea porque así lo convinieron expresamente las partes mediante estipulaciones escritas, independientemente de la denominación que le hubieran dado y sin que para evidenciarlo sea necesario solicitar la simulación de aquellos con los que se busca disfrazarlo, o si es el producto de un comportamiento permanente que da lugar a la configuración de una agencia de hecho, depende de que se demuestre la confluencia de los elementos constitutivos extraídos del artículo 1317 del Código de Comercio y que como se memoró en SC3712-2021, al reiterar lo expresado en SC2407-2020 y SC4858-2020, consisten en (i) un encargo de promover o explotar negocios, (ii) independencia y estabilidad del agente, (iii) remuneración del agente y (iv) actuación por cuenta ajena (...)”⁴⁵.

1.1.4.1.1. Encargo de promover o explotar negocios

83. Como se precisó en algunos apartes anteriores, las dinámicas expansionistas del mercado dieron lugar a que los empresarios (productores de bienes y servicios) buscaran nuevas alternativas para penetrar y conquistar nuevos mercados. En ese contexto, la agencia comercial, como también otras modalidades de distribución e intermediación (*v.gr.* concesión mercantil), se erigieron como herramientas idóneas para “descargar la

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC5683-2021 de 16 de diciembre de 2021. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

masificación de sus bienes o servicios en otros comerciantes organizados, igual con intereses económicos” (SC1121-2018).

84. Surge así el primer elemento esencial del contrato de agencia comercial, el cual supone, en el escenario jurídico y fáctico, la materialización de una prestación de hacer consistente en llevar a cabo diversas actividades tendientes a impulsar, promocionar o explotar los negocios de otro sujeto distinto, esto es, negocios ajenos y pertenecientes a otro comerciante o empresario que, usualmente, tiene la calidad de fabricante o productor.

85. En los términos antes descritos, la gestión de promoción supone desde el posicionamiento de un producto o la ampliación de su mercado, como, también, el desarrollo de labores tendientes a acreditar una determinada marca, conquistar o reconquistar un espacio comercial, etc.

86. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha precisado el alcance del citado elemento esencial de la siguiente forma:

“(...) el agente (...), con su propia organización, desempeña una actividad encaminada a conquistar clientela, conservar la existente, ampliar o reconquistar un mercado, en beneficio de otro comerciante, que le ha encargado al primero el desempeño de esa labor. De esta suerte, en el desempeño de su función contractual, el agente puede no solo relacionar al empresario con clientes o consumidores de sus productos, sino inclusive actuar como su representante, como fabricante o como distribuidor, pero en uno y otro evento estas actividades del agente tienen que estar inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios del empresario (...)”⁴⁶.

87. Cabe decir que ha sido tal el despliegue analítico de la Corte en torno a esta específica materia que, incluso, se ha llegado a decantar el citado elemento esencial al punto de identificar aquellas actividades que se realizan en el contexto de la fase preparatoria de los negocios (y se les ha calificado como pertenecientes al ámbito de la promoción), como también aquellas que, perteneciendo a la órbita de la gestión de explotación, tienen incidencia en la fase de su perfeccionamiento.

88. Sobre este particular, en sentencia de 21 de julio de 2020, la Corte Suprema de Justicia indicó:

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 31 de octubre de 1995. Exp. No. 4701. M.P. Pedro Lafont Pianetta.

“(...) Del contrato de agencia surge para el agente una típica prestación de hacer, caracterizada como promoción y explotación de negocios ajenos, procurando por esa vía la progresión del mercado del empresario. Ello explica el especial tratamiento que dio el legislador al contrato [en] estudio, en tanto que la labor del agente debe redundar –al menos idealmente– en un beneficio directo al empresario, que extiende sus efectos aún después de finalizado el vínculo entre aquel y este.

“La tarea del agente está orientada a acreditar una marca, conquistar una clientela y ampliar las oportunidades de venta de los bienes o servicios que provea el agenciado, a través de un conjunto de actividades – v.gr. elaboración de bases de datos de clientes, estudio de las condiciones de mercado, confección de piezas publicitarias, programación de jornadas de demostración, atención en la postventa, etc.– que pueden ubicarse en la fase de preparación del negocio (promoción), o en la de su perfeccionamiento (explotación), pero que siempre persiguen ganar un mercado para el empresario (...)”⁴⁷.

89. En otra sentencia reciente también se hizo referencia a este elemento esencial, en los siguientes términos:

“(...) ii) Se promueven o explotan negocios de un empresario, «lo que supone una ingente actividad dirigida -en un comienzo- a la conquista de los mercados y de la potencial clientela» (CSJ SC, 28 Feb. 2005, Rad. 7504). En efecto, “su objeto es comprensivo de diversas actividades de promoción y explotación, incluyendo la apertura de mercados, el mantenimiento de los existentes o la reconquista de los que se encuentran en decadencia, siempre que se efectúen por cuenta y riesgo del agenciado” (CSJ SC, 11 Nov. 2020, Rad. n.º 11001-31-03-041-2013-00191-01)”⁴⁸.

4.7.1.3.2 Independencia y estabilidad del agente

90. El segundo elemento característico de la agencia comercial atañe a la necesaria individualización de los sujetos que se interrelacionan a partir del encuentro y vínculo contractual, y por cuenta de la cual se da por hecho y entendido que cada uno de ellos tiene la identidad y autonomía suficientes para conducir su propio negocio y operación,

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC2407-2020 de 21 de julio de 2020. M.P. Luis Alfonso Rico Puerta.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC5230-2021 de 25 de noviembre de 2021. M.P. Francisco Ternera Barrios.

esto es, valiéndose de su propia organización y, sobre todo, sin la injerencia o interferencia del otro.

91. De igual forma el elemento en mención plantea, en términos de la H. Corte Suprema de Justicia, la necesidad de que la actividad desplegada por cuenta del citado negocio jurídico tenga una vocación de permanencia en el tiempo, a fin de que el intermediario o agente pueda realizar el propósito y fin querido, cual es la promoción y explotación del negocio concreto del empresario agenciado.

92. Cabe decir que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en indicar que la independencia debe estar presente en la relación agente – empresario, lo que excluye las relaciones en las que la subordinación, el control o la sujeción de un sujeto a otro sean distintivas o características. Sin embargo, la necesaria independencia del agente comercial no supone de ninguna forma la imposibilidad de que el empresario imparta ciertas directrices o pautas al agente, pues es igualmente de la esencia de este tipo de negocios jurídicos que aquel (el empresario) esté legitimado e interesado en el resultado de la gestión, y, concretamente, en la obtención de los réditos (beneficios) que le generaría la buena y oportuna promoción y explotación de su negocio en otras latitudes y escenarios comerciales.

93. Así lo ha reconocido la Corte en múltiples ocasiones, al indicar lo siguiente:

“(...) El empresario no es del todo ajeno a la forma como se lleva a cabo la promoción de sus mercancías, pudiendo hacer sugerencias y recomendaciones, que deberá tomar en cuenta el agente, para un adecuado mercadeo, máxime cuando el productor o comerciante a mayor escala es quien conoce las virtudes, ventajas y riesgos del bien ofertado en el medio, con mayor razón si de ello dependen las consecuencias económicas adversas o favorables que asume”⁴⁹.

94. En un sentido similar, la misma Corporación sostuvo lo siguiente:

“(...) Lo primero significa que el referido comerciante ejerce su actividad valiéndose de una organización distinta a la del agenciado, de modo que cuente con una estructura organizativa propia (oficinas, establecimientos de comercio, empleados, etc.), y desarrolle y ejecute el contrato autónomamente. Sin embargo, la emancipación del agente en el ejercicio de su misión contractual puede no ser absoluta, pues la misma naturaleza del

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil. Sentencia de 10 de septiembre de 2013. Exp. No. 1100131030222005-00333-01. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

encargo exige que aquel se plegue a ciertas pautas o directrices fijadas por el empresario (...), como es frecuente en materia de identidad corporativa, requerimientos de transporte y almacenamiento de productos, políticas de atención al cliente, entre otros supuestos.

“La segunda particularidad, a su turno, está ligada a la propia función económica de la agencia comercial, que exige la extensión en el tiempo del lazo contractual, tanto para que el agente pueda cumplir adecuadamente su misión, como para que pueda recuperar la inversión que supone diseñar una organización independiente (...)”⁵⁰ (se destaca).

95. Finalmente, en decisiones recientes, que, por supuesto, compaginan plenamente con esa misma línea jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia indicó que:

“(...) Las características de independencia y permanencia, aludidas en la norma, suponen en el agente, para dichos propósitos, dueño de una empresa organizada, en todo caso, distinta a la establecida por el agenciado a efectos de sortear los procesos fabril o mercantil. En el manejo de una y otra industria, por lo tanto, no puede haber interferencias o injerencias recíprocas de ninguna índole (...).

“La autonomía empresarial indicada, sin embargo, no se predica, stricto sensu, del objeto preciso y directo de la agencia comercial, como es el “encargo” de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio patrio, porque cuando el intermediador así actúa ante el público consumidor, lo hace por cuenta de un tercero, en los términos del transcrito artículo 1317 del Código de Comercio (...).

“Por esto, al ejecutar el distribuidor actividades de promoción o explotación a nombre del empresario, tenga o no su representación, la intervención de este último en dichos campos se justifica. La razón de ser de la intromisión estriba en que los riesgos económicos del encargo que el agenciado ha confiado, verbi gratia, la pérdida o daños de los productos, o las alzas o bajas de los precios, repercuten directamente en su patrimonio (...)”⁵¹.

4.7.1.3.3 Remuneración del agente

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil. Sentencia SCSC2407-2020 de 21 de julio de 2020. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC1121-2018 del 18 de abril de 2018. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

96. El tercer elemento característico, distintivo y determinante del contrato típico de agencia comercial, que emerge del contenido literal de los artículos 1322 y 1324 del Código de Comercio, corresponde al derecho o la prerrogativa que tiene el agente de percibir una determinada contraprestación económica, por cuenta de la labor de intermediación que sea desempeñada. En virtud de este elemento, se tiene que el contrato es oneroso y, por tanto, el derecho a derivar u obtener un determinado beneficio económico, indistintamente de cómo se materialice (es decir, de la forma que adopte), se torna en requisito *sine qua non* para que pueda predicarse la existencia de este tipo de convención.

97. Es del caso insistir en este momento, como así lo ha hecho la H. Corte Suprema de Justicia, que la contraprestación económica que se pacte a favor del agente puede adoptar cualquier forma, y de allí que no necesariamente exista una única manera de obtener dicha remuneración.

98. Valga en ese sentido traer a colación la sentencia SC2407-2021 ya citada, en la cual el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria precisó lo siguiente:

*“(...) (iii) Remuneración del agente: A voces del artículo 1322 ejusdem, ‘el agente **tendrá derecho a su remuneración**, aunque el negocio no se lleve a efectos por causas imputables al empresario, o cuando éste lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio’.*

“De lo expuesto se sigue que el contrato de agencia comercial es de naturaleza onerosa, debiéndose precisar que el estipendio que corresponda puede adoptar diversas formas, algunas de ellas comunes a otros negocios jurídicos de intermediación; por consiguiente, no existe un modo de remuneración específico (comisión, prima de éxito, descuento, etc.) que pueda entenderse como un rasgo distintivo del contrato de agencia, con respecto a las restantes convenciones (...)” (se destaca).

99. En idéntico sentido, y en sentencia SC2498-2021, la Corte Suprema de Justicia aludió a ese mismo elemento de la siguiente forma:

“(...) 4.3.3. El beneficio económico también es otro elemento distintivo de la agencia. Los agentes lo derivan de la “comisión, regalía o utilidad” establecidas (artículo 1324 del Código de Comercio. Siempre se encuentra a cargo de los empresarios agenciados, así éstos ejecuten el negocio en el

territorio asignado resulte fallido por causas a ellos imputables, o desistido de común acuerdo (artículo 1322, ibídem)”⁵².

100. Es del caso también mencionar nuevamente la sentencia SC5230-2021, en la cual, recogiendo algunas citas jurisprudenciales anteriores, se hizo referencia a dicha contraprestación económica, así:

“(…) iii) Remuneración del agente: es un contrato bilateral y oneroso. Ahora bien, «el estipendio que corresponda puede adoptar diversas formas, algunas de ellas comunes a otros negocios jurídicos de intermediación; por consiguiente, no existe un modo de remuneración específico (comisión, prima de éxito, descuento, etc.) que pueda entenderse como un rasgo distintivo del contrato de agencia, con respecto a las restantes convenciones» (CSJ SC, 21 Jul. 2020, Rad. n.º 2010-00450-01 y 11 Nov. 2020, Rad. n.º 11001-31-03-041-2013-00191-01)”.

4.7.1.3.4 Actuación por cuenta ajena

101. Finalmente, la jurisprudencia ha definido como elemento característico e individualizador de la agencia comercial, el hecho y la circunstancia de que el sujeto que desarrolla y lleva a cabo la gestión de intermediación y promoción del negocio, actúe por cuenta de un tercero, y, por consiguiente, para favorecer directamente los negocios de dicho tercero (empresario – productor – fabricante – etc.).

102. Sin duda alguna, este elemento es el más significativo y determinante de aquellos que han sido establecidos por la jurisprudencia como esenciales de la agencia comercial, amén de la circunstancia de que permite distinguir plenamente tal convención de otras modalidades de intermediación y distribución, que, con algunas particularidades, comparten algunos de los demás elementos y características descritos en apartes anteriores de este laudo.

103. En otras palabras, este elemento es el que le da una verdadera identidad al contrato de agencia comercial, y, por tanto, confirmada su ausencia dentro de la relación y vínculo contractual surgido entre las partes, no habrá posibilidad de darle la calificación y naturaleza aludida (agencia comercial); claro es igualmente que, verificado que el negocio y vínculo contractual no tiene tal connotación jurídica (por la falta del citado elemento), devendrá como consecuencia inmediata la imposibilidad de predicar de aquel los derechos y prerrogativas que legalmente se han establecido a favor del intermediario,

⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC2498-2021 de 23 de junio de 2021. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

entre ellos el consecuente reconocimiento y pago de las prestaciones a las que alude el artículo 1324 del Código de Comercio.

104. Así lo ha dejado en claro la Corte Suprema de Justicia, entre muchas otras, en la sentencia SC2407-2020, al indicar que:

“(...) La actuación ‘por cuenta ajena’, que suele considerarse como el elemento diferencial de la agencia mercantil con relación a otros contratos con los que comparte rasgos definitorios (sobre todo el de distribución), consiste fundamentalmente en que las principales utilidades, riesgos y costos de la operación radican en cabeza del empresario, lo cual explica que la clientela le pertenezca, una vez finalizado el agenciamiento.

“Lo dicho no significa que al agente le sea indiferente la suerte del negocio, porque, como se expresó previamente, la onerosidad de la agencia mercantil impone que este obtenga beneficios por la ejecución de su tarea, y estos, de ordinario, tendrán relación directamente proporcional con el éxito de la gestión; sino que, eventos como la rotación de mercancías, su pérdida o deterioro fortuito, o el impago de los bienes o servicios vendidos a crédito, habrán de gravitar, por vía general sobre el empresario (...)”⁵³.

105. Ahora bien, en este punto del análisis resulta pertinente mencionar que el citado elemento, tal y como lo ha reseñado suficientemente la jurisprudencia, encuentra su realización plena a partir de la verificación de las siguientes circunstancias de hecho: (i) el agente, a diferencia de otros intermediarios, no compra los bienes para su posterior reventa; en ese orden de ideas, en la agencia comercial no debe operar una transferencia jurídica de los bienes a ser promovidos, y, por tanto, no se verifica mutación alguna en la titularidad del derecho de dominio sobre los mismos; (ii) el impacto del éxito o fracaso de la encomienda se manifiesta primordialmente en los estados financieros del agenciado; es decir, el beneficio o detrimento de la operación o del negocio que se encomienda al agente, recae exclusivamente sobre el patrimonio del empresario. Como consecuencia de lo anterior, quien actúa por cuenta y riesgo propio (y no por cuenta ajena), asume directamente las contingencias de la operación, entre otras, *“el deterioro o pérdida de los bienes, la inestabilidad de los precios, la insolvencia de los clientes o en no pago de las mercancías”* (SC1121-2018).

106. En relación con el primer aspecto mencionado, en virtud del cual se tiene que la *“actuación por cuenta ajena”* es incompatible con el hecho de que el intermediario

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC2407-2020 de 21 de julio de 2020. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

adquiera bienes para revenderlos posteriormente, la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

“(...) Pero lo que definitivamente no resulta admisible en el escenario propuesto, por desdibujar la figura principal, es que adquiera el productor esos bienes y los revenda en pos de su ganancia, porque en tal caso no está actuando por cuenta ajena sino, todo lo contrario, propia.

“Por supuesto que el agente debe recibir una retribución, que en los términos del artículo 1324 ibídem puede consistir en una regalía, comisión o utilidad, pero independientemente de cómo se llame, lo cierto es que ese estipendio no puede entenderse ligado exclusivamente a la distribución o como resultado inmediato de la misma, sino como integrante del todo al que accede.

“En ese sentido, la ‘utilidad’ a que tiene derecho simplemente puede ser entendida como el interés o fruto que se saca de algo, que no es otra cosa que la ingente labor de promoción y explotación encomendada, sin que por lo tanto resulte de recibo la interpretación que, al definirla como la diferencia entre los precios de adquisición y de reventa, pretende implantar esa posibilidad en el seno de la agencia, desconociendo, se reitera, que en tal circunstancia la desfigura porque el promotor ya no obra para el fabricante sino para sí mismo (...)”⁵⁴.

107. Por su parte, en cuanto tiene que ver con el hecho de que en la agencia comercial el impacto o fracaso del encargo se evidencie en la contabilidad y los estados financieros del empresario (que no del agente), repercutiendo particularmente en el patrimonio de aquél, la Corte igualmente, en sede de casación, ha sido enfática en precisar, según ya se ha señalado, que *“(...) [l]a actuación ‘por cuenta ajena’ consiste fundamentalmente en que las principales utilidades, riesgos y costos de la operación radican en cabeza del empresario (...)”* (SC2407-2020).

108. Posteriormente, en otra decisión en la que se resolvió un asunto de similar alcance, la Corte Suprema de Justicia indicó lo siguiente:

“(...) Se trata, desde luego, de un elemento esencial del contrato agencia mercantil -y de todo mandato, como ya se indicó-. Esto es, la actividad del agente -promover o explotar un negocio- produce sus efectos económicos

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC5252-2021 de 26 de noviembre de 2021. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

sobre un patrimonio ajeno: el patrimonio del principal, agenciado o empresario.

“Es, sin duda, ‘una característica relevante, habida cuenta que permite diferenciarlo de otros acuerdos negociales, como el suministro y la concesión, en los que el suministrado y el concesionario actúan en nombre y por cuenta propia, razón por la cual la clientela obtenida al cabo de su esfuerzo le pertenece, y son ellos quienes asumen los riesgos del negocio, de manera que no devengan remuneración alguna, entre otras cosas, porque las utilidades derivadas de la reventa les pertenece’ (CSJ SC, 15 Dic 2006, Rad. No. 1992-09211-01).

“En efecto, ‘los efectos económicos de esa gestión (de agencia) repercuten directamente en el patrimonio del agenciado, viéndose favorecido o afectado por los resultados que arroje; además de que la clientela pasa a ser suya, pues, la labor es de enlace únicamente’, de tal modo que ‘el impacto del éxito o fracaso de la encomienda se patentiza primordialmente en los estados financieros del agenciado, mientras que por sus labores de conexión aquel (el agente) recibe una remuneración preestablecida’ (CSJ SC., 24 Jun. 2012, Rad. N.º 1998-21524-01).

“En una palabra, ‘[n]o son intereses propios, entonces, los que se gestionan» (CSJ SC13208-2015, 30 sep.) (SC 2407-2020 de 21 jul. Rad. N.º 11001-31-03-023-2010-00450-01). Es decir, aquel que «distribuye artículos que ha adquirido en propiedad, no obstante que fueron fabricados por otro, al realizar su venta en una determinada zona no ejecuta actividad de agente comercial, sino de simple vendedor o distribuidor de productos propios’ (G.J. 2407, pp. 250 y ss.)”⁵⁵.

4.7.1.4 La ausencia de los elementos esenciales de la agencia mercantil en el caso concreto

109. Vista la teoría jurisprudencial en torno a la materia, y definido, entonces, que para considerar acreditada la existencia de un contrato de agencia comercial en el ordenamiento jurídico colombiano resulta perentorio que la relación y el vínculo surgidos entre las partes revelen la presencia de los cuatro rasgos esenciales antes descritos, pasa ahora el Tribunal a analizar los aspectos relativos a la prueba de tales elementos, en el

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC5230-2021 de 25 de noviembre de 2021. M.P. Francisco Ternera Barrios.

contexto del trámite arbitral que acá se surtió y que finaliza definitivamente con este laudo.

110. Al margen de la claridad de las estipulaciones incorporadas en el denominado “Contrato de Concesión”, y abstracción hecha de la denominación que asignaron las partes a ese acuerdo y convención en particular, encuentra este panel arbitral que la conducta desplegada por aquellas a lo largo de la relación y vínculo jurídico que las unió, terminó definiendo y confirmando el tipo de contrato o convención que dichas partes inicialmente habían acordado, y que, al final, se materializó.

111. En efecto, si bien las cláusulas incorporadas en el contrato aludido muestran a todas luces rasgos distintivos de una serie de estipulaciones dirigidas a moldear prestaciones, derechos y condiciones típicas y propias de un contrato de concesión⁵⁶, fue la conducta y el desenvolvimiento de las partes a lo largo y extenso de la relación contractual, lo que finalmente terminó concretando la verdadera naturaleza del acuerdo convencional logrado por aquellas.

112. Quiere decir lo anterior que, descontado el valor que ciertamente tuvieron tales estipulaciones contractuales, la convicción de este Tribunal, que lo lleva a concluir que el contrato celebrado entre aquellas fue de concesión mercantil y no de agencia, se fundó principalmente a partir de la prueba de circunstancias de hecho que revelaron una clara relación de intermediación y distribución, en la que TODOMOTOS actuó por su propia cuenta y riesgo, y no por cuenta del empresario, convocante en este trámite, mediante la adquisición de productos para revenderlos en el mercado, y en la que, además, AUTEKO tuvo una relevante injerencia en las actividades de la sociedad aquí Convocada y Convocante en Reconvencción, en los más variados aspectos de la actividad de comercialización de los productos de aquella, toda vez que debía ajustar su conducta a

⁵⁶ Como, por ejemplo, la cláusula primera, en cuyo inciso segundo se estipula de forma explícita que: “(...) el CONCESIONARIO ostentará el derecho de comprar para revender los mismos a su propia clientela, por su propia cuenta y riesgo, en consideración a las fluctuaciones del mercado en tales productos y habida consideración de que cuenta con las capacidades económicas, logísticas y físicas adecuadas para explotar la concesión no exclusiva que se le otorga en virtud del presente contrato”; o aquella otra en la que se indica que: “(...) 2.2. El CONCESIONARIO revenderá al público los productos, por su cuenta y riesgo, de acuerdo con las condiciones del mercado, teniendo en cuenta 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 procedimientos que el ordenamiento jurídico considera como infracciones a las normas relativas a la promoción de la competencia y las prácticas comerciales restrictivas.”; finalmente, la cláusula 3.1. en la cual se indica que: “(...) El CONCESIONARIO reconoce que sus clientes – consumidores finales – esperan contar con una cantidad y una variedad razonable de inventario de vehículos de modelos que están siendo ensamblados por AUTEKO. En consecuencia EL CONCESIONARIO conviene que comprar, almacenar y vender, por su cuenta y riesgo, condicionado a cualquier restricción de suministro, todos los modelos suministrados por AUTEKO, de sus varias marcas, exceptuando los modelos o productos que Auteco comercialice o venda por otros canales de distribución (...)”

las determinaciones que, de manera uniforme para toda su red de distribución, le impartiera la sociedad concedente.

113. Con respecto a este mismo particular, sea este el momento indicado para memorar lo siguiente:

114. (i) Dentro del plenario obra prueba documental que acredita que las partes, pasados nueve años de haber suscrito y ejecutado el Contrato de Concesión que es objeto de revisión en este trámite, confluyeron en la necesidad de incorporar algunas modificaciones al citado negocio jurídico. Por cuenta de lo anterior vino a tener lugar la celebración del Otrosí de fecha 28 de junio de 2019, documento éste que dejó ver, con absoluta claridad, el convencimiento que por aquel entonces tuvieron las partes con respecto, no solo al tipo de convención y contrato que habían celebrado y estaban ejecutando, sino, también, el que querían seguir cumpliendo después de celebrado el mentado otrosí modificatorio.

114.1. Cabe decir en ese sentido que, pudiendo en aquel momento no haber firmado el Otrosí mencionado, la Convocada se plegó a continuar con el citado negocio jurídico, y, por cuenta de lo anterior, los elementos estructurales y definitorios de la convención que habían celebrado desde el año 2010 (en particular, los atinentes a que la citada sociedad actuaba por cuenta propia y compraba bienes para su posterior reventa) se mantuvieron incólumes.

114.2. Es pertinente precisar que, si bien es cierto que a través del denominado “GRUPO BOTERO”, el representante legal de la época de SERVIMAX y TODOMOTOS, señor Jorge Villareal, planteó discusiones en relación con la denominada cesantía comercial, e incluso TODOMOTOS citó a AUTEKO con una de las empresas del GRUPO BOTERO, “MI MOTO”, a un trámite de conciliación en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con pretensiones relativas al eventual reconocimiento y pago de una cesantía comercial, lo cierto es que no se llegó a ninguna conciliación. Adicionalmente, los medios de prueba dan cuenta de diferentes discusiones y eventuales propuestas con el fin de zanjar las diferencias sobre la naturaleza del Contrato y la causación o no de las prestaciones e indemnizaciones de que trata el artículo 1324 del Código de Comercio, también es lo cierto y concreto que, por una parte, no se tiene por parte de AUTEKO una aceptación a que el contrato suscrito fuera de agencia mercantil, ni se puede derivar del hecho de entrar en negociaciones para tratar de solucionar un eventual conflicto, la aceptación de la posición de la contraparte, y, por la otra, como ya se señaló, que se firmó el Otrosí mencionado reiterándose que el contrato que unía a las partes era un contrato de concesión.

115. (ii) En este trámite arbitral se acreditó fehacientemente que, hasta que decidió dar por finalizado unilateralmente el Contrato, la Convocada siempre compró los bienes a AUTECO y contabilizó dichas compras como definitivas; lo propio hizo la citada compañía AUTECO, en tanto las ventas de sus productos se materializaron a través de facturas de compraventa que, además de haber sido aceptadas por TODOMOTOS, fueron pagadas en su totalidad.

116. En línea con lo antes expuesto, y como así se pudo acreditar a través de la prueba pericial contable emitida por el perito Carlos Eduardo Jaimes⁵⁷, la realidad económica del contrato dejó ver la claridad con la que ambas partes manejaron contablemente las operaciones que derivaron del negocio jurídico celebrado; una de estas realidades apuntó a señalar que los vehículos, partes, accesorios, etc. que fueron entregados por AUTECO a TODOMOTOS nunca se suministraron a título de consignación, sino como una venta real y efectiva, con las consecuencias que en el plano no sólo jurídico, sino de sus riesgos, aquella comportaba.

117. Tan cierto fue lo anterior, esto es, que en este caso operó una venta efectiva de los productos (y no una consignación de los mismos), que: (i) los despachos efectuados por AUTECO, al tenor de lo estipulado en la cláusula sexta y novena del Contrato, estuvieron respaldados no sólo en las correspondientes facturas, sino, también, en otros instrumentos de crédito (garantías) expedidos por el adquirente de los bienes y deudor del importe de tales facturas⁵⁸; (ii) en aquellos eventos en los que TODOMOTOS pagó las facturas de venta emitidas de contado, obtuvo los descuentos por pronto pago; en igual sentido cuando el pago se realizó a destiempo, se generaron los correspondientes intereses de mora convenidos contractualmente; (iii) todos los bienes recibidos y adquiridos de AUTECO fueron incorporados en el inventario de TODOMOTOS, y la disposición de los mismos se realizó en función de sus propios procesos de gestión, comercialización y ventas; y (iv) la Convocada nunca procedió con la devolución de los inventarios que tenía en su poder, en el momento en el que decidió optar por la terminación anticipada del Contrato⁵⁹; es más, a través del dictamen pericial rendido por

⁵⁷ Expediente digital 2021 A 0022. DICTÁMENES. AUTECO. DICTAMEN FINANCIERO CARLOS EDUARDO JAIMES. Dictamen Pericial CEJJ. Pág. 51.

⁵⁸ Al respecto, y sin perjuicio de lo que ya resolvió el Tribunal al momento de pronunciarse con respecto a su competencia, resultó claro (según la prueba documental que fue arrimada al expediente), que para respaldar algunas de las compras efectuadas por la sociedad TODOMOTOS, sus accionistas tuvieron a bien emitir ciertas garantías hipotecarias. Este tipo de instrumentos sirvieron para ilustrar al Tribunal con respecto a la manera como las partes, según lo acordado en el contrato tantas veces enunciado, garantizaban el cumplimiento de la prestación de pago, surgida a cargo de aquella sociedad (TODOMOTOS), por cuenta de la adquisición definitiva de los vehículos y repuestos suministrados por AUTECO.

⁵⁹ Como se indicará más adelante, el perito contable y financiero informó que, con corte al 31 de diciembre de 2020, la sociedad TODOMOTOS contaba con un inventario de bienes que ascendía a \$1.112.211.000, valor éste que, en una suma equivalente a \$669.347.000, correspondía a motocicletas; esta evidencia, contrastada con la declaración del representante legal de la citada sociedad (rendida el 11 de mayo de

el citado perito Jaimes se pudo evidenciar que, si bien se presentaron algunos casos esporádicos de devolución de inventarios, dichas devoluciones no alcanzaron a representar ni siquiera el uno por ciento (1%) de la totalidad de los productos vendidos, y más que obedecer a la aplicación de algún acuerdo en torno al presunto agenciamiento o a un contrato de depósito en consignación, se generaron por fallas en los productos despachados.

118. A propósito de este último aspecto, valga citar a continuación el siguiente extracto del dictamen rendido por el citado perito contable y financiero:

«(...) Los anteriores cuadros muestran que, conforme a la contabilidad de AUTECO, tan solo el 0,64% de las ventas tuvieron devoluciones de producto por parte de TODOMOTOS.

“Lo anterior reitera que las ventas de motocicletas, accesorios y repuestos, realizadas por AUTECO a TODOMOTOS durante los años 2010 a 2020, fueron totalmente definitivas desde la fecha de facturación y entrega y las devoluciones fueron mínimas. Un hecho relevante sobre las devoluciones y la propiedad de los vehículos está representado por el destino que tuvo el Inventario de motocicletas, repuestos y accesorios que registraba TODOMOTOS en la contabilidad al 24 de diciembre de 2020, lo cual explico más adelante”.

119. En igual sentido, sea oportuno en este punto traer a colación otros extractos del citado dictamen pericial, en los cuales el experto contable y financiero evidencia las circunstancias económicas, operacionales y contables antes mencionadas, así:

“(…) Todas las ventas de motocicletas, repuestos y accesorios realizadas por AUTECO a TODOMOTOS, fueron consignadas en facturas de venta expedidas por la primera sociedad a la segunda, desde el 3 de marzo de 2010 al 24 de diciembre de 2020, en desarrollo del Contrato de Concesión Comercial suscrito entre las partes.

“En efecto las facturas de venta expedidas por AUTECO a la compañía TODOMOTOS, fueron operaciones definitivas de enajenación en las que se trasladó la propiedad del bien, respondían a pedidos específicos y no tenían condiciones u observaciones de que se tratara de mercancías en consignación

2023), da cuenta del hecho antes mencionado, esto es, que al momento de la terminación unilateral del contrato, la totalidad de vehículos fueron vendidos por TODOMOTOS.

o que pudiesen ser devueltas en caso de que no se pudieran vender a terceros por parte de TODOMOTOS. (...).

“(...) Revisada la contabilidad de AUTEKO, manifiesto que sus libros no registran ninguna nota crédito ni cualquier otro documento que represente una devolución de Inventarios (motocicletas, repuestos o accesorios), por parte de TODOMOTOS, desde el 25 de diciembre de 2020, hasta la fecha de emisión de este dictamen pericial.

“En la contabilidad de AUTEKO, tampoco existen facturas de venta a TODOMOTOS durante el año 2021, y tan solo se produjo una nota crédito por un descuento en accesorios por valor de \$ 410.783. (...)” (se destaca).

120. Más adelante, y al responder uno de los interrogantes planteados por la Convocante, el perito precisó lo siguiente:

“(...) TODOMOTOS, registró estas compras en la cuenta contable del Plan Único de Cuentas (PUC), bajo el código 1435 INVENTARIOS, contabilizando una obligación con PROVEDORES NACIONALES cuenta con código PUC 2205.

“Las sumas que se registraron por TODOMOTOS como compras de Inventarios y que incluían los costos de transporte, permanecían en esta cuenta de los Activos de la compañía, hasta el momento que estos eran revendidos a personas naturales y jurídicas. (...)”

“La contabilización que realiza TODOMOTOS, de los bienes adquiridos en la cuenta Inventarios, es el reconocimiento de la propiedad suya de las motocicletas, repuestos y accesorios y que las compras que realizó a AUTEKO son definitivas y no se trata de activos en consignación o en depósito.

“Reitero que la contabilidad de mercancía en consignación antes y después de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), implica la contabilización de movimiento del Inventario, tanto del Consignatario como del Consignante, y el ingreso por la venta para el Consignante tan solo cuando lo adquiera el consumidor final.

“No hay el más mínimo asomo de que la contabilidad de TODOMOTOS o AUTEKO hayan reconocido, en sus registros contables y en las facturas que ambas emitieron, que las operaciones que realizaron durante la vigencia del Contrato de Concesión, fuesen de Inventarios en Consignación. Si lo hubiesen hecho, TODOMOTOS habría utilizado antes de las NIIF Cuentas de Orden para

el registro del inventario que recibía en consignación y al aplicar estas normas, cuentas de control en el Estado de Situación Financiera, pero lo que hizo fue reconocer como propios los productos que le facturaba AUTECO, tal como correspondía. (...)” (se destaca).

121. Y más adelante indicó en su dictamen:

“... Todas las facturas emitidas por AUTECO a TODOMOTOS, que suman los valores ya presentados, fueron contabilizadas por AUTECO, como ventas definitivas, conforme a la dinámica contable ya expuesta. Lo anterior quiere decir que los vehículos fueron retirados del Inventario de AUTECO, desde la fecha de facturación a TODOMOTOS.

“Desde el punto de vista financiero y contable, la entrega de mercancía en consignación es un contrato o acuerdo en el que un proveedor entrega a otro denominado consignatario unos bienes para que sean vendidos por este a un consumidor final, caso en el cual cuando el proveedor entrega la mercancía no está realizando una venta y no existe un retiro del inventario.

“La técnica contable y sus normas que la regulan, establecen claramente que, si se trata de ventas de mercancía en consignación al no estarse efectuando una venta, no puede reconocerse como ingreso y lo que debe hacerse es efectuar contablemente como mecanismo de control, un traslado de inventario de una bodega o almacén a otro. Esto quiere decir un cambio de sitio del Inventario de Mercancías ya que estos no estarán en la bodega del proveedor, sino en la bodega del consignatario.

“Todos los registros de las facturas emitidas por AUTECO a TODOMOTOS, por los años 2010 a 2020, se hicieron a la cuenta de Ventas, es decir conforme a la contabilidad de AUTECO, fueron reconocidas como ventas definitivas, desarrollándose en los registros y libros contables lo acordado contractualmente por las partes (...).

“(...) Ni la contabilidad de TODOMOTOS ni la de AUTECO reconocieron, en sus registros contables ni en las facturas que ambas emitieron, que las operaciones que realizaron durante la vigencia del Contrato de Concesión fuesen de Inventarios en Consignación. Si lo hubiesen hecho, TODOMOTOS habría utilizado antes de las NIIF Cuentas de Orden para el registro del inventario que recibía en consignación y al aplicar estas normas internacionales, cuentas de control en el Estado de Situación Financiera, pero

lo que hizo fue reconocer como propios los productos que le facturaba AUTECO. Esto también esta (sic) demostrado más adelante.

“Las compras de motocicletas, repuestos y accesorios que TODOMOTOS, le realizó a AUTECO, durante el período marzo 3 de 2010 a diciembre 24 de 2020, por valor de CIENTO SETENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y UN MIL NOVENTA Y CINCO PESOS, (\$178.353.471.095) fueron registradas en su cuenta de Activos denominada INVENTARIOS, es decir como un activo propio (...).”

122. Finalmente, concluyó que, *“(...) conforme a todo lo anterior y revisada la contabilidad de TODOMOTOS por los años 2010 a 2020, concluyo que conforme a la técnica contable esta compañía no registró compras en calidad de depósito. Todas las compras fueron registradas en su contabilidad como inventarios propios (...).”*

123. En síntesis, quedó claro para este Tribunal que, lejos de haber recibido a título de consignación los citados bienes, la Convocada los recibió a título de venta, los incorporó en su respectivo patrimonio de acuerdo con sus propias políticas contables, y asumió todos los riesgos o contingencias que pudiera llegar a reportar la operación, entre ellas la imposibilidad de revenderlos a su cliente final; de hecho, en su misma política contable estableció la manera de manejar estos últimos riesgos, esto es, los de naturaleza comercial.

124. Se pudo evidenciar, entonces, que todas las ventas efectuadas por AUTECO (que se soportaban con la expedición de las facturas, e iban acompañadas de la entrega física y material de los vehículos) comportaron directamente en la contabilidad de TODOMOTOS la consecuente incorporación de los bienes en su propia cuenta de inventarios, quedando a partir de ese momento trasladados todos los riesgos relacionados con la futura venta de los mismos; esto, como así lo reconoció el citado perito en su dictamen, se tradujo en que la eventual imposibilidad de vender los bienes a su cliente final (o el pago extemporáneo de los mismos) nunca supuso o representó para TODOMOTOS el derecho o prerrogativa de condicionar el pago de las facturas emitidas, como tampoco que, existiendo un inventario sin haber sido enajenado, éste último pudiese ser devuelto al vendedor inicial (AUTECO).

125. De esta forma lo concluyó el perito en su dictamen contable y financiero, al responder el interrogante No. 11 del cuestionario formulado por la Convocante, así:

“(...) Como explique en la respuesta a la pregunta N°3, la compañía registraba su facturación a TODOMOTOS en la cuenta contable 1305 ‘Cuentas por Cobrar’.

“Por su parte las motocicletas, repuestos y accesorios adquiridos por TODOMOTOS, consignados en las facturas emitidas entre el 3 de marzo de 2010 y el 24 de diciembre de 2020, fueron registradas a la cuenta 1435 ‘Inventarios’ y como contrapartida la cuenta 2205 ‘Proveedores Nacionales’.

“Por tratarse de una venta y compra definitiva para ambas partes y conforme a las normas contables lo que para AUTECO era una cuenta por cobrar, para TODOMOTOS era una cuenta por pagar. Lo que para AUTECO era una venta para TODOMOTOS era una compra.

“Los pagos de estas facturas, los realizó TODOMOTOS a AUTECO, en la dinámica operaciones que se sucedieron durante el período durante el cual estuvo el contrato en ejecución. Al 31 de diciembre de 2020, la contabilidad de TODOMOTOS, presentaba que, a ese corte, esta compañía no le adeudaba suma alguna ni a AUTECO ni a ninguno de los demás proveedores. A continuación, presento una imagen del libro auxiliar de la cuenta contable por pagar a proveedores (...).”

126. En igual sentido, al responder el interrogante No. 30, en los siguientes términos:

“Las cuentas por cobrar comerciales de TODOMOTOS, como lo explique al señalar la dinámica contable por la facturación que esta compañía realizó a los consumidores finales, surgen de la venta, definiciones de financiación, entrega de garantías y luego de los productos vendidos motocicletas, repuestos y accesorios.

“Las políticas contables que han regido la contabilidad de TODOMOTOS, por el período comprendido entre los años 2010 a 2020, reconocen que los riesgos propios de la cartera con clientes le corresponden a la compañía. Lo revela explícitamente en las notas a los Estados Financieros de cada año y lo hace de la siguiente manera (...).

“(...) Como se puede apreciar de esta política contable adoptada, TODOMOTOS asume la totalidad del riesgo de deterioro del activo representado en las cuentas por cobrar comerciales, desde el momento en el que hay evidencia de que el total o parte del valor no se va a recaudar o se está deteriorando. (...).”

127. Resulta pertinente precisar que, en el dictamen de carácter contable presentado por la Convocada, la perito Gloria Zady Correa, al responder la pregunta atinente a la

dinámica contable con la que TODOMOTOS registraba los ingresos producto de la venta de motocicletas y repuestos de AUTEKO, señaló lo siguiente, que resulta coincidente con lo expresado por el perito Jaimes:

*“La dinámica contable era que en el momento de la venta se emitía factura al comprador y se registraba como ingreso operacional contra la cuenta por cobrar al cliente; posteriormente se registraba el costo de venta contra la salida de inventarios de cada uno de los productos vendidos”.*⁶⁰

128. Quedó esclarecido en ese mismo orden de ideas que la operación de compraventa que se verificó entre dichas partes, durante toda la existencia del vínculo jurídico, terminó consolidando la idea y convicción de que la Convocada nunca obraba por encargo o por cuenta de la Convocante, pues de haberlo hecho su conducta hubiese estado dirigida a rendirle cuentas de la gestión desplegada, cosa que tampoco realizó en ningún momento de la relación contractual aludida.

129. Pero la anterior conclusión tiene sustento probatorio no solo en las pruebas ya analizadas, sino en otras tales como las declaraciones de las partes y de algunos testigos solicitados y decretados a instancia de una y otra parte, así:

130. La representante legal de AUTEKO indicó, sobre el funcionamiento de la relación comercial, lo siguiente:

“... APODERADO PARTE CONVOCADA: Gracias. Pregunta número 3. Diga cómo es cierto, sí o no que con independencia de la categoría, concesionarios o agentes, los socios comerciales operan de la misma manera frente a la comercialización de motos ensambladas por AUTEKO.

*“06:27 PARTE CONVOCANTE: Es cierto Doctor Sergio. Y en este punto quiero manifestar algo. Y es que en efecto en ambos contratos se utiliza un esquema de venta para la reventa. Es decir, los socios comerciales acuden a AUTEKO para comprarnos unos productos que nosotros previamente importamos y ensamblamos y posteriormente estos socios comerciales hacen una reventa de esos productos”*⁶¹.

⁶⁰ Cita número 52: Expediente digital 2021 A 0022. DICTÁMENES. TODOMOTOS. DICTAMEN PERICIAL CONTABLE TODOMOTOS. DICTAMEN PERICIAL CONTABLE TODOMOTOS. GLORIA ZADY 23 MAY 2022 Pág. 26.

⁶¹ Expedite digital 2021 A 0022. 22. AUDIENCIA INTERROGATORIOS DE PARTE 11 MAYO 2023. TRP_2021 A 0022 AUDIENCIA PRUEBAS 11 DE MAYO 2023.

131. Ahora el representante legal de TODOMOTOS al contestar una pregunta que se le hizo por el apoderado de la Convocante, indicó lo siguiente:

“APODERADO PARTE CONVOCANTE: Mi pregunta número 1 es la siguiente.

“Diga como es cierto, sí o no que de acuerdo con el contrato de concesión celebrado por AUTEKO y Todo Motos entre el año 2010 y hasta la finalización en el año 2020, Todos Motos derivó como ingreso propio el margen entre el precio de compra de los productos adquiridos a AUTEKO y el precio de venta al público como tal.

“PARTE CONVOCADA: Sí. Sí es cierto. El margen de utilidad que nosotros ganábamos de la motocicleta, salía del precio enviado por AUTEKO Vs el precio que nosotros vendíamos al público”⁶².

132. Y más adelante indicó lo siguiente:

“APODERADO PARTE CONVOCANTE: Muchas gracias. Formulo segunda pregunta Presidente. Segunda pregunta.

“Diga como es cierto, sí o no, que de conformidad con la contabilidad y estados financieros de Todo Motos, desde el 3 de marzo del 2010 y hasta el 24 de diciembre de 2020, los pagos de las facturas emitidas por AUTEKO por concepto de compra de vehículos y productos de que trata el contrato de concesión debían realizarse por Todo Motos con independencia de la venta de tales productos a los clientes finales de Todo Motos.

“PARTE CONVOCADA: Sí. Había que hacerlo de esa manera. Pero bueno, quisiera hacer una precisión (...).

“Y con respecto a lo otro. Sí, las ventas que nosotros realizábamos se facturaban al público de AUTEKO en general a través de como dije inicialmente, los precios que enviaba usualmente AUTEKO o periódicamente AUTEKO y se vendían con ese precio al cliente final y se facturaba a los clientes finales...”.

133. Entonces, más allá de las consideraciones jurídicas o personales que pudieran plantear los representantes legales en sus declaraciones, en línea cada una de ellas con

⁶² Expedite digital 2021 A 0022. 22. AUDIENCIA INTERROGATORIOS DE PARTE 11 MAYO 2023. TRP_2021 A 0022 AUDIENCIA PRUEBAS 11 DE MAYO 2023.

las posiciones sostenidas por las sociedades que representan, especialmente en cuanto se refiere al representante legal de TODOMOTOS, lo cierto y lo concreto es que ambas declaraciones, a instancia de parte, son coincidentes en afirmar y aceptar que la operación entre una y otra sociedad era de compraventa y posterior reventa por parte de la convocada a los terceros o clientes finales, como, por lo demás, considera el Tribunal no puede ser de otra manera, esto es, que la operación era la indicada, pues que de eso da cuenta toda la prueba contractual, contable y tributaria (facturas) obrante en el proceso.

134. Adicionalmente lo referido fue confirmado por algunos de los testigos en la medida en que se les preguntó por el tema y en cuanto tenían o tuvieron alguna injerencia sobre el mismo, así por ejemplo:

135. El testigo Jorge Antonio Villareal González, fundador y accionista de la sociedad, representante legal de la misma por largo tiempo, partícipe de excepción del negocio, dijo en la declaración que fue trasladada a este proceso sobre la relación comercial entre las sociedades lo siguiente:

“EL DECLARANTE: El negocio siempre ha sido vender motos, vender repuestos y vender servicio, lo que ha cambiado es la forma de hacerlo, o más que todo, los programas que AUTEKO ha utilizado; antes lo hacíamos todo manual, todo iba manual, después llegó el Excel, todo se hacía con Excel y por fax y después pues llegó el internet, ya AUTEKO utilizaba varios programas para eso, que yo recuerde los programas que tenía AUTEKO, tenía Progres, RMP, tenía Impacta, Impulsa, -Fiori (no es clara la palabra)-, Ruta AUTEKO (...) muchos (...), AUTEKO tenía muchos programas durante toda su trayectoria que ha ido cambiando de acuerdo a la evolución del negocio, pero el negocio siempre ha sido vender motos, vender repuestos y vender servicio (...). Efectivamente, nosotros comprábamos... AUTEKO nos despachaba unas motos y nosotros se la vendíamos al cliente final (...) Después de que firmamos el contrato sigue siendo lo mismo, comprábamos motos, AUTEKO nos despachaba unas motos y nosotros las vendíamos (...).”

136. Así mismo, en su testimonio rendido en este trámite arbitral, indicó, sobre el funcionamiento de la operación entre las dos sociedades que *“(...) el negocio siempre ha sido el mismo, digamos que una compra para reventa paradójica o muy particular, siempre he dicho, donde le decía que nos llevaba un cupo, nos daban plazos...”*. Posteriormente precisó que *“(...) sí, AUTEKO nos facturaba, acá pues teníamos un RP, que era el CU, entraban a la parte de inventario y esas motos pues quedaban en nuestro RP, inclusive había otras motos que ellos nos mandaban a consignación que eran muy poquitas, pero nos mandaban a consignación, esas motos si no entraban en nuestros*

inventarios, ellas no las mandaban solamente con la llave, sin el empadronamiento, eran motos de media gama, KAWASAKI y DUKE; entonces esas motos las ponían en las salas principales como Valledupar, Bucaramanga, Santa Marta, si venía un cliente y estaba interesado en esas motos, nosotros le decíamos ‘venga mire allá hay un cliente me voy a vender esta KAWASAKI 350, factúramela’, nos la facturaban, nos mandaban el empadronamiento y ahí si entraban a nuestro inventario doctor (...)”. Y explicó que salía del inventario de TODOMOTOS “...Cuando llegaba un cliente a buscar una moto AUTEKO, nosotros pues la vendíamos, ya cuando se facturaba, salía en nuestro inventario doctor (...)” y “(...)Sí, cuando la moto llegaba a nuestro almacén, nuestros asesores revisaban que la moto llegara en buen estado, que no estuviera rayada, que llegara con la batería, con todos los implementos, si todo estaba bien, firmábamos la factura y ahí ingresaban la moto al inventario de TODOMOTOS y SERVIMAX (...)”.

4.7.1.5. La existencia de un contrato de concesión mercantil en el caso concreto y sus diferencias con el contrato de agencia mercantil

137. Acreditado en los términos anteriores que, en el presente caso, no existió un contrato de agencia mercantil (ni tampoco una agencia de hecho) entre AUTEKO y TODOMOTOS, procede el Tribunal a examinar si, como lo sostiene la Convocante, el Contrato objeto de controversia es, en realidad, un negocio jurídico atípico de concesión mercantil. Para estos efectos, este panel arbitral estima pertinente contrastar este último con el de la agencia mercantil anteriormente estudiado en detalle.

138. Al respecto, y reiterando lo que ya se indicó en otros apartes anteriores de esta misma providencia, no existe duda de que el contrato de concesión y el contrato de agencia comercial son especies y tipologías representativas del género convencional denominado “Contratos de Distribución y/o Cooperación”, a través de los cuales se busca fomentar la colaboración empresarial, y, si se nos admite la expresión, derribar algunas de las barreras naturales que se generan por cuenta de las distancias y espacios territoriales⁶³; en virtud de lo anterior, es claro que ambas modalidades de convención comparten algunos de sus elementos esenciales, cuestión que, en modo alguno, ha de suponer que se desnaturalice la esencia o identidad de cada convención en particular.

139. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia ya citada (SC112-2018), indicó lo siguiente:

⁶³ Sobre este particular, en sentencia SC1121-2018, la Corte Suprema de Justicia indicó: “(...) Los mecanismos de distribución de los empresarios, buscados para comercializar sus productos, se justifican ante las dificultades para hacerlo en forma directa o a través de dependientes, debidas a las distancias entre los centros de producción y de consumo, o a la demanda en regiones apartadas, resultando antieconómico frente a los costos implicados (traslados, planta física, trabajadores, publicidad, asesoría, en fin), amén de inconveniente, en cuanto nada garantizaría obtener las ventas esperadas(...)

“(...) 3.2.34. En definitiva, el contrato de agencia mercantil, aun cuando tiene una identidad propia, tiene elementos que lo asimilan con otros muy afines. La doctrina extranjera, particularmente española, argentina e italiana, y en fallos de esta Sala, han destacado, algunas similitudes y diferencias relevantes: (...)” (se destaca).

140. Es así como, por ejemplo, y dentro de las similitudes que pueden existir entre una y otra modalidad de convención (esto es, entre el contrato de concesión y el de agencia mercantil), se destacan la independencia del intermediario, la permanencia de la relación jurídica, y su naturaleza onerosa.

141. Así lo ha dejado ver la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al señalar lo siguiente:

“(...) En punto a sus semejanzas, suelen destacarse: (i) se desarrollan por comerciantes independientes, sin subordinación jurídica a un tercero en virtud del contrato; (ii) en ambos se dispone de una organización empresarial permanente que, por cuenta y riesgo propios, está al servicio de un tercero para dar salida a sus productos; (iii) con el tercero se crea una relación que no se extingue con la realización de uno o más negocios determinadas (sic), sino que continúa por un tiempo, generalmente prolongado; (iv) ambos desarrollan actividades dentro de una zona y ramo de comercio determinados; (v) los contratos se desenvuelven bajo la égida de la confianza, son intuitu personae, en razón de la propia especialidad profesional y experiencia mercantil (...)”⁶⁴.

142. Ahora bien, que puedan existir ciertas similitudes entre ambos mecanismos de distribución, como los denomina la Corte Suprema de Justicia, no tiene porqué significar que una cosa se confunda con la otra, o, peor aún, que sea posible derivar de esa específica circunstancia la desnaturalización del contrato celebrado, o su transformación en uno distinto.

143. A fuerza de parecer repetitivo, se tiene que en este trámite arbitral quedó plenamente demostrado que la realidad económica de la relación surgida entre AUTEKO y TODOMOTOS se ajusta a una relación de concesión comercial, que se hizo patente a través de conductas tales como: (i) comprar las motocicletas para revenderlas posteriormente; (ii) llevar un inventario de las mismas como activos propios; (iii) la

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC1121-2018 de 18 de abril de 2018. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

injerencia permanente de AUTEKO en la labor de comercialización de TODOMOTOS para efectos de establecer unas pautas uniformes en las actividades de su red de distribución, tanto en la venta como en la post venta; (iv) la asunción de los riesgos de la cartera por parte de TODOMOTOS; y, finalmente, (iv) no devolver el inventario de motocicletas a la finalización del contrato.

144. En ese orden de ideas, que eventualmente el intermediario (TODOMOTOS) cuente con su propia organización, con independencia y autonomía jurídicas para desarrollar el negocio de intermediación con una personería jurídica propia (como en efecto ocurrió); que haya recibido una recompensa económica (lucro) por cuenta de la promoción y comercialización de los bienes adquiridos (la cual obtuvo como consecuencia de la reventa de los mismos); o que el empresario le haya facilitado algunas herramientas para contabilizar las ventas por aquella efectuada; etc., no son circunstancias que tengan que significar que todo ello sea consecuencia de haber obrado como agente de AUTEKO, pues, probado igualmente está que tales elementos también se encuentran presentes en los contratos de concesión en los que tienen marcada relevancia, y de allí que alguna semejanza entre ambas modalidades de convención pueda existir.

145. Sumado a lo anterior, circunstancias tales como el que TODOMOTOS haya comprado las motocicletas a AUTEKO, las haya incorporado y registrado contablemente en sus inventarios, las haya revendido al consumidor final, y haya percibido por esa venta su rédito o utilidad propia (que no compartió en modo alguno con AUTEKO), son pruebas de los hechos y la realidad económica que dieron lugar a confirmar que, más allá de la denominación que las partes le dieron a esa convención, el vínculo jurídico que las unió fue, en efecto, un contrato de concesión.

146. En todo caso, es indiscutible que el contrato de concesión, como otros acuerdos de distribución e intermediación que son utilizados frecuentemente en el mercado y tráfico comercial, guarda similitudes, aunque también evidentes diferencias, con el denominado contrato de agencia comercial.

147. Para efectos de determinar tales similitudes y diferencias resulta pertinente detenerse en las características que identifican al contrato de concesión, para luego compararlo con la agencia mercantil. En materia arbitral se ha indicado que los elementos esenciales del contrato de concesión son los siguientes:

“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 (...).

“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., deben 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 (...) (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, (...)”⁶⁵.

148. La circunstancia de que se presenten algunas semejanzas y similitudes entre ambos acuerdos convencionales es la que ha generado, de cierta manera, que los contratos en mención sean confundidos en algunas ocasiones, o, mejor aún, que las partes que los suscriben crean encontrarse sujetas a una modalidad de contrato (como el de agencia

⁶⁵ Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación Tribunal arbitral de DISTRIBUIDORA LOS CHOCES DE LA SABANA v. G.M. COLMOTORES S.A.S. Laudo arbitral de 30 de agosto de 2016.

comercial), cuando en realidad lo que ejecutan es otra cosa completamente distinta (en este caso concreto, un contrato de concesión).

149. Del mismo modo, es la existencia de esas diferencias notables entre una y otra modalidad de convención lo que, en definitiva, posibilita la identificación e individualización de cada una de estas formas de distribución comercial.

150. En ese sentido, y a propósito de tales diferencias que, se insiste, sirven para distinguir el contrato de concesión de cualquier otro (en particular, del de agencia comercial), bien resulta útil en este momento citar las siguientes:

151. (a) El concesionario, a diferencia del agente, no desarrolla la función o labor de promoción de los productos o mercadería del empresario (fabricante – comercializador), con la finalidad de abrir o conquistar un determinado mercado en beneficio de este, sino que lo hace para su propio provecho o utilidad, entre otras razones, porque con la adquisición y compra efectiva de los bienes por parte del concesionario, se traslada completamente el riesgo económico de la operación a éste último; en otras palabras, el concesionario asume y soporta los riesgos económicos de la explotación comercial, de tal suerte que se hace titular de las utilidades o pérdidas que se puedan generar, con ocasión de la reventa de dichos productos al consumidor final.

152. En ese orden de ideas, es claro entonces que el concesionario, si bien promueve y explota el mismo ramo de los negocios a los que se dedica el empresario (v.gr, el sector automotriz), dicha promoción no se realiza en función de un eventual encargo o mandato que le haya conferido este último a aquel, para beneficio del empresario concedente.

153. Así lo ha hecho precisado la Corte Suprema de Justicia, al indicar lo siguiente:

“(...) La tarea del agente está orientada a acreditar una marca, conquistar una clientela y ampliar las oportunidades de venta de los bienes o servicios que provea el agenciado, a través de un conjunto de actividades -v.gr. elaboración de bases de datos de clientes, estudio de las condiciones de mercado, confección de piezas publicitarias, programación de jornadas de demostración, atención en la posventa, etc.- que pueden ubicarse en la fase de preparación del negocio (promoción), o en la de su perfeccionamiento (explotación), pero que siempre persiguen ganar un mercado para el empresario.

“Ello es trascendente porque en otros negocios de intermediación -diferentes a la agencia- se promocionan bienes o servicios del productor primario, pero con finalidades distintas a la reseñada; así, el franquiciante, exclusivamente

*para su beneficio, publicita la marca y productos del franquiciado, tal y como lo hace el concesionario de vehículos con la marca de los que vende, por citar tan solo dos ejemplos (...)*⁶⁶ (se destaca).

154. (b) Mientras que en la agencia comercial el agente requiere de la aplicación de recursos del empresario en su fase de comercialización, en la concesión el concesionario desarrolla esa misma labor de mercadeo (la de los bienes adquiridos) a través de su propia empresa y capacidad operativa. Por cuenta de lo anterior, a través de la concesión, el empresario logra “concentrar”, sin mayor inversión, una red comercial permanente que le permite llegar a territorios o mercados más amplios.

155. (c) En la concesión, el lucro o el beneficio del extremo contractual que ha de intermediar en la comercialización de los bienes está dado en función de la diferencia existente entre el valor de compra de los bienes al fabricante / empresario, y el valor de reventa definitiva al consumidor final de los mismos. Por su parte, en la agencia comercial ese mismo lucro se manifiesta, regularmente, a través del reconocimiento de un porcentaje de comisión sobre el valor de venta final de los bienes entregados para la explotación del negocio.

156. (d) Finalmente, existe una diferencia relevante entre estas dos modalidades de convención, que se manifiesta a través del mismo documento contractual objeto de estudio por el Tribunal, y que atañe a la posibilidad que tiene el concedente de ejercer un control e injerencia sobre la manera como se deben comercializar los productos o servicios por parte del concesionario. Así, en el contrato de concesión se fijan normas detalladas y condiciones estrictas en relación con su desarrollo y terminación, haciendo que sea prácticamente un contrato de adhesión, o, como lo ha llamado la jurisprudencia, “contrato reglamento”; esta circunstancia, en términos de esa misma jurisprudencia, da lugar a entender que, en la práctica, se suscite una especie de subordinación económica y técnica que, claramente, no se halla presente en la modalidad de convención denominada “agencia comercial”.

157. A propósito de esa jurisprudencia, resulta de suma utilidad citar los siguientes apartes de la sentencia SC1121-2018, en los cuales el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria sintetizó los aspectos definitorios y diferenciales de los contratos de concesión y agencia comercial, de la siguiente manera:

“(...) 3.2.3.4.3. Con la concesión, se diferencia, desde el punto de vista jurídico y práctico: (i) corrientemente el agente no cumple la función de vender sino

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC2407-2020 de 21 de julio de 2020. M.P. Luis Alfonso Rico Puerta.

solo la de promover, de manera tal que la vinculación jurídica del comprador se establece por regla general con el proponente, quien soporta el riesgo económico de la explotación, mientras que el concesionario compra, a nombre propio, la mercadería para revenderla, quedando vinculado jurídicamente con el comprador; (ii) Comúnmente, la agencia requiere de la aplicación de los recursos del proveedor a la fase de la comercialización, y la concesión, por el contrario, permite alcanzar un cierto poder directivo y de control de recursos ajenos, mediante el cual el fabricante llega a organizar y dirigir una red comercial, sin el menester de concentrar, en la misma, parte de su capacidad de inversión; (iii) el agente actúa en una zona de exclusividad, vale decir, sin la concurrencia, en ella, del fabricante o distribuidor, mientras que el concesionario no siempre es exclusivo; (iv) el lucro del concesionario se encuentra en la diferencia entre el precio de compra al fabricante o distribuidor y el precio de reventa al consumidor, en tanto, en la agencia la retribución generalmente se hace con un porcentaje de comisión sobre el valor de venta del artículo; y (v) si bien el agente y el concesionario desarrollan su actividad con independencia y autonomía, lo cierto es que la concesión suele instrumentarse en un contrato de adhesión, o en un contrato reglamento en el que se le fijan al concesionario normas muy detalladas y condiciones muy estrictas sobre el desarrollo y cese de su relación contractual, a tal punto que en la práctica el concesionario se halla sometido a la voluntad del concedente, no por dependencia jurídica pero sí por subordinación económica y técnica (...)"⁶⁷.

158. Ahora bien, respecto de lo que fue probado en este proceso, y en punto a la caracterización de esta modalidad de contrato en particular (esto es, la de concesión), pasa ahora el Tribunal a hacer algunas precisiones puntuales que refuerzan el argumento que se ha expuesto en líneas anteriores, y en virtud del cual se tiene por descontado que el contrato celebrado y finalmente ejecutado por AUTEKO y TODOMOTOS fue, en efecto, un contrato de concesión y no uno de agencia comercial.

159. La primera prueba deviene del texto mismo del documento que fue suscrito entre las citadas partes contractuales, instrumento éste en donde se aprecia, sin lugar a hesitación alguna, el entendimiento que aquellas tuvieron con respecto al alcance del negocio jurídico que habría de ser ejecutado, y, por encima de todo, su avenencia frente a las prestaciones que recíprocamente habrían de emanar del mismo.

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC1121-2018 de 18 de abril de 2018. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

160. Sobra en ese sentido hacer mayores disquisiciones con respecto al particular, e igualmente bastan las reflexiones efectuadas en un aparte anterior de este mismo laudo, en virtud de las cuales se indicó que, más allá de la nominación propia de ese acuerdo convencional (que es evidente y palmaria), lo que resultó verdaderamente significativo para el tribunal de arbitramento fue la conducta que, a partir de esas estipulaciones contractuales, desplegaron ambas partes durante la trayectoria del citado negocio jurídico.

161. En ese sentido, las cláusulas primera, segunda y tercera se convirtieron ciertamente en la evidencia fundamental del acuerdo explícito de las partes con respecto a la intención de llevar a cabo una labor de distribución de los vehículos, partes y demás accesorios comercializados por AUTEKO, negocio éste que, pudiéndose haber basado en cualquier otro esquema de distribución existente en el mercado, decidió formalizarse en un modelo de concesión.

162. Además de lo anterior, y como también se ha dicho extensamente en este laudo, la conducta desplegada por las partes a continuación de la firma del contrato (y que se extendió por algo más de una década) fue determinante para que, al final, se terminara de evidenciar la realización del ánimo e intención manifiesta en esas cláusulas contractuales.

163. Así, y a título de meramente enunciativo, se pudo determinar fehacientemente en este proceso arbitral que:

164. (a) Durante toda la relación jurídica y comercial existente entre ambas partes, TODOMOTOS estuvo adquiriendo en forma definitiva los productos comercializados por AUTEKO. Esta circunstancia, como se dijo anteriormente, fue revelada a partir del análisis técnico de las contabilidades de ambas compañías (adelantado por el perito Jaimes), examen éste a partir del cual se pudo evidenciar la existencia de operaciones típicas de compraventa (entre TODOMOTOS y AUTEKO), e igualmente movimientos ulteriores de reventa de esa misma mercadería, efectuados por parte de TODOMOTOS y sus clientes y/o consumidores finales.

165. A este mismo respecto cabe decir que, en la diferencia de los precios de compra y reventa estuvo dada la utilidad o lucro que TODOMOTOS obtuvo del negocio jurídico en cuestión, situación de suyo suficiente para concluir que, además de no haberse estipulado nada al respecto (y sólo venir a ser alegado ahora con ocasión de este proceso arbitral), tampoco TODOMOTOS reportó o requirió a AUTEKO la necesidad de obtener una remuneración o comisión por cuenta de las ventas de tales mercaderías.

166. De igual forma, suficientemente reveladora es la información que proporcionó el citado perito en su dictamen, luego de haber examinado las facturas de venta contabilizadas por la sociedad TODOMOTOS, frente a cada una de las ventas realizadas a sus clientes finales.

167. Así, en el citado dictamen pericial, el perito Jaimes señaló lo siguiente:

“(...) Las anteriores facturas de venta y todas las que me fueron aportadas, demuestran que la operación comercial la realiza TODOMOTOS, a las personas compradoras, de manera directa, sin que se consigne alguna anotación de que se trata de la venta por cuenta de AUTECO. Además se consigna la anotación de las consecuencias que tendría el comprador en caso que no pague la factura o entre en mora. (...)” (se destaca).

168. (b) Los aspectos atinentes a las estrategias de mercadeo y publicidad de AUTECO, unidas al esquema de precios sugeridos por AUTECO a TODOMOTOS, el uso de Manuales de Fachada y de Vitrinismo, Manuales de Marca en general, pautas para el Manejo de Uniforme del personal, Manual de Operaciones, el uso de plataformas o sistemas de software, tales como, POWER BI, entre otros aspectos, además de contar con el pleno respaldo contractual, se dieron en el marco de un modelo de colaboración en el que se pretendió y logró – finalmente – asegurar el funcionamiento de la red de comercialización, y, consecuentemente, beneficiar el esquema de mercadeo de los productos adquiridos por TODOMOTOS.

169. Cabe decir en ese sentido que este tipo de manifestaciones, en modo alguno mutaron la esencia del contrato de concesión celebrado a uno de agencia comercial como lo pretende la Convocada al indicar que serían la demostración de la actuación por cuenta de otro, y, más por el contrario, fueron una muestra fehaciente del interés mutuo (esto es, de AUTECO y TODOMOTOS) de enfilarse todas las capacidades existentes para preservar la integridad de la marca, y conquistar de una mejor manera el mercado de vehículos ya mencionado, para efectos de lo cual el concesionario ajustó su comportamiento a las precisas instrucciones que el concedente le suministró.

170. De esta manera lo ha reconocido plenamente la H. Corte Suprema de Justicia, al indicar lo siguiente:

“(...) Las operaciones de compra y de reventa, sin embargo, igual como acontece en la agencia, no excluyen la participación de los empresarios. En publicidad (avisos en locales, camisetas, regalos, etc.). En mercadeo (mediante incentivos, garantías, en fin). En materia de restricciones,

imponiéndolas, en salvaguarda de los derechos materiales e intangibles ínsitos en el proceso de distribución.

“Se trata de pautas u orientaciones de los empresarios a los comercializadores en la cadena producción-distribución, cambio y consumo. En sentir de la doctrina especializada, “pueden comprender la disminución de algunas potestades (...), como la de estipular precios y cantidades, la de diseñar una estrategia propia de mercadeo e, inclusive, en algunos eventos, la restricción de anunciarse con signos distintivos propios (...)”⁶⁸ (se destaca).

171. Respecto de la injerencia de AUTEKO en relación con la actividad de TODOMOTOS, para efectos de garantizar la uniformidad en las labores de su red de distribución y con el propósito de proteger su marca, son indicativos algunos medios de prueba obrantes en el proceso.

172. Respecto de temas de publicidad y mercadeo, el testigo José Ignacio Rojas precisó que el socio comercial podía desarrollar estrategias de publicidad autónomamente pero que también lo podía concertar con AUTEKO, compartiendo el costo de dicha estrategia, como puede ser, por ejemplo, dar un bono de una suma determinada, pero que esto no era para compensar el margen bruto del distribuidor sino una estrategia para vender más⁶⁹.

173. Respecto de los precios de venta al público final se tienen, entre otros, los siguientes medios de prueba:

173.1. El testigo Jorge Villareal indicó sobre el precio de venta al público que, si bien había una lista de precio sugerida, ellos no podían hacer cambios en esos precios porque entre otros tenían que ponerlos físicamente en las motos, pero lo que ellos sí podían hacer era con las matrículas de las motos dar un apoyo al comprador, buscando precios especiales de matrículas con las oficinas de tránsito locales.

173.2. A su vez, el testigo José Ignacio Rojas López, cuyo testimonio fue solicitado por AUTEKO, indicó que ellos le sugerían un precio de venta al distribuidor, pero que no se lo pueden imponer y que es común que los socios comerciales vendan por debajo del precio sugerido. También explicó que el margen para el distribuidor está dado por la diferencia entre el precio de venta al público o cliente final por parte del socio comercial y el precio en que este le compra a AUTEKO.

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC2498-2021 de 23 de junio de 2021. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona.

⁶⁹ Expediente digital. 2021 A 0022. 24. PRUEBA TRASLADADA 16 MAYO 2023.DECLARACIÓN JOSÉ IGNACIO ROJAS LÓPEZ.

173.3. El testigo Alejandro Gómez Montoya, quien a juicio del Tribunal Arbitral fue bastante claro sobre la dinámica de precio de venta al público, precisó que AUTEKO sugería un precio de venta al público, pero no lo podía imponer por temas que podrían estar regulados por el derecho de consumo, y que el distribuidor o socio comercial puede vender a un precio menor si así lo considera, teniendo por supuesto un menor ingreso o subir un poco el precio, generando un mayor ingreso pero verse en una situación de tener precios por encima del mercado, así:

“(...) desde el área financiera de AUTEKO definen una lista de precios sugeridos al público que bien pueden tener como base los precios FOB de importación y en algunos casos direccionados por la casa matriz respectiva, precios sugeridos que contemplan un margen de distribución estándar para cualquier socio comercial de la empresa, indicando que el mismo es similar para los productos que se distribuyen y para los socios comerciales, y señaló que, de ahí en adelante, el socio comercial tiene libre potestad de si quiere ganar más o ganar menos; porque ellos (AUTEKO) no pueden ... por temas de ‘Industria y Comercio’ no puedo regular precios, ¿cierto?, cada socio es libre de dar el descuento que quiera dar, incluso, personalmente vivo una..., un enredo con eso, porque, algunos distribuidores dan tanto descuento que me generan una competencia interna de precios que termina es en conflictos entre ellos mismos, entonces, de ahí para allá ya es lo que ellos quieran ganar, y a veces digo más porque si es un modelo que se está vendiendo bien, está rotando bien y hay poco en el mercado, a veces pueden subirle un poco el precio de venta al público; también ha pasado. Entonces, básicamente es así como se compone; se define un precio sugerido a público que se informa mensualmente al socio comercial y el socio comercial vende y obtiene una rentabilidad al final de cuentas (...)”⁷⁰.

173.4. También es importante precisar que a este testigo se le puso de presente el documento identificado como “7.1.52 Circular AUTEKO SAS No. 002-20 del 3 de febrero de 2020, con correo remitido de AUTEKO de la misma fecha”, documento que contiene, entre otros, un correo electrónico con el asunto referido de precios sugeridos al público AUTEKO – FEBRERO 2020 y, en efecto, se anexa la CIRCULAR AUTEKO S.A.S. No. 002-20, con la lista de precios sugeridos de venta al público que regiría a partir del 1 de febrero de 2020, y la mixtura de modelos disponibles. También se pide que se ajuste el material POP con los nuevos precios.

⁷⁰ Expediente digital. 2021 A 0022. 24. PRUEBA TRASLADADA 16 MAYO 2023. DECLARACIÓN DEL SEÑOR ALEJANDRO GÓMEZ MONTOYA.

173.5. Debe anotar el Tribunal que, además de este correo y esta circular, también se adjuntaron otros correos y otras circulares con precios sugeridos de venta al público, con diferentes vigencias temporales y todas en un sentido igual o similar al documento que le fuera puesto de presente al testigo.

173.6. Dichos documentos contienen, por una parte, los correos electrónicos remisorios de los precios sugeridos de venta al público, y se adjunta la circular respectiva, dirigida por igual a todos los socios comerciales, se indica que se debe actualizar el material POP, se indica que los precios sugeridos son iguales a los precios publicados en la página WEB, y se anexa el listado de los modelos de motos por categoría, el precio sugerido de venta al público, impuestos incluidos, anterior a la circular respectiva, y el nuevo valor, impuestos incluidos en ambas listas, más la discriminación del porcentaje del IVA, además de discriminar, en otro listado, la marca, el modelo y el color disponibles.

173.7. El testigo explicó la razón por la cual, si el precio era sugerido al público, se le pedía a los socios comerciales actualizar el material POP (en los puntos de compra, agrega el Tribunal Arbitral), afirmando que si se cambia el precio sugerido a público este debe estar actualizados en los puntos de venta.

173.8. Refiriéndose a los diferentes Manuales establecidos por AUTEKO, el testigo Jorge Villareal González también se refirió al Manual de Operaciones para la red de socios comerciales de AUTEKO, manual que, agrega el Tribunal, regula por parte de AUTEKO aspectos tales como: las categorías de los socios comerciales en función del volumen de ventas, la política de inventarios, y dentro de esta el abastecimiento del mismo, el inventario base, al concepto de RPM “Reposición permanente de motos”, el inventario mínimo y la administración y control del mismo; los procesos logísticos de pedidos, reposiciones, despacho de productos y entrega al socio comercial, la devolución de vehículos cuando fuere del caso, el reporte de las garantías, entrega y alistamiento al usuario; protocolo de atención y servicio al cliente; el proceso de alistamiento y entrega al cliente, servicio técnico, el manejo de peticiones, quejas y reclamos (PQR); manual de exhibición de marca, protocolos de vestuario y protocolos digitales.

173.9. En tal sentido, obran en el expediente manuales tales como el de operaciones, el de *layout* (sobre la disposición o presentación de los locales), el de diseño de los locales o puntos de venta, entre otros, a través de los cuales AUTEKO manejaba diferentes aspectos de su relación comercial con sus diferentes socios comerciales.

173.10. Respecto de la utilización del aplicativo POWER BI, resultó ilustrativo para el Tribunal Arbitral el testimonio del señor José Ignacio Rojas López, quien precisó que, como su nombre lo indica, es un instructivo para acceder a la herramienta POWER BI, la que explicó el testigo es una licencia de MICROSOFT para analizar datos e información,

para que los administradores puedan tomar mejores decisiones. Afirmó que parte de los socios comerciales de AUTECO “(...) no son muy versados en la administración moderna de negocios y tampoco contaban con información suficiente para tomar mejores decisiones, lo que hacíamos, o lo que pretendíamos con Power BI, era publicarles a ellos información de su interés, de cómo se estaban comportando sus regiones o las zonas en donde ellos actúan, a través de la información muy valiosa que tiene el RUNT y le facilita a las ensambladoras de motos, carros y a cualquier persona que quiera acceder a ella, era un tratamiento de esta información para que ellos, como nuestros representantes en esas regiones, pudieran tomar mejores decisiones y entendieran qué estaba pasando con el mercado, si Yamaha está vendiendo más de un modelo o si (...), no sé, si Suzuki está creciendo más allá de lo que ellos pueden crecer, empiecen a tomar decisiones y empezamos a desarrollar acciones conjuntas para mantener la competitividad. Power BI es una herramienta de negocios que nosotros quisimos obsequiarle a la red, lastimosamente no muchos la usan, hoy todavía es de uso interno diario nuestro, pero era básicamente para ayudarles a tomar mejores decisiones de mercado (...)”.

173.11. Por otra parte, hubo coincidencia entre varios testigos en señalar que los diferentes socios comerciales manejaban los mismos manuales de operaciones, los mismos indicadores de MARKET SHARE, NET PROMOTER SCORE, los mismos manuales de vitrinismo y protocolos de ventas y los sistemas de incentivos a las ventas.

173.12. Todo lo anterior, contrario a la posición asumida por Convocada y Convocante en Reconvención, refuerza lo ya afirmado por el Tribunal en cuanto a que los aspectos atinentes a las estrategias de mercadeo y publicidad de AUTECO, unidas al esquema de precios sugeridos a TODOMOTOS (pudiendo tener el socio comercial un cierto movimiento sobre los precios sugeridos), contaban con pleno respaldo contractual, se dieron en el marco de un modelo de colaboración que aseguró el funcionamiento de la red de comercialización, y benefició el esquema de mercadeo de los productos adquiridos por TODOMOTOS para su reventa, además de lo cual no mutaron en modo alguno la esencia del contrato de concesión y no son, por ello, indicativos de haberse celebrado un contrato de agencia comercial sino, precisamente, un contrato de concesión que le permite al concedente ejercer control e injerencia respecto del concesionario y sobre la manera como se deben comercializar los productos o servicios, en el contexto de lo que la jurisprudencia civil ha denominado una “subordinación económica y técnica”.

174. Para finalizar, corresponde analizar los alegatos planteados por la Convocada, relacionados con la configuración aparente del contrato de agencia comercial, a partir de circunstancias tales como que las entregas de los vehículos se hubiesen efectuado a través de un aplicativo suministrado por AUTECO (IMPULSA), o que las garantías de las motocicletas también hubiesen corrido por cuenta de la citada sociedad AUTECO;

queriendo con ello el reclamante (TODOMOTOS) propiciar una convicción acerca del hecho de que el negocio de reventa era del interés exclusivo del empresario (AUTECO), y que, por ende, la labor de intermediación que aquel realizaba era por cuenta y riesgo de tal empresario.

175. Al respecto, el Tribunal considera pertinente volver sobre un concepto expuesto en líneas anteriores en este mismo laudo, por cuenta del cual se tiene plenamente sentado por la jurisprudencia civil que la autonomía e independencia del intermediario (aún en los casos en los que se evidencie la existencia de un contrato de agencia comercial), no supone de ninguna manera que el empresario (interesado en la labor de comercialización de sus productos) se encuentre impedido de establecer pautas o directrices, que, en su gran mayoría, están estrictamente dirigidas a proporcionar una mejor atención al cliente y/o consumidor final. Es más, esta particular forma de injerencia es característica del contrato de concesión, según ya se ha reseñado con detalle.

176. Al respecto resulta pertinente hacer referencia a un antecedente arbitral relativo al contrato de concesión, en el que, citando al Profesor Osvaldo Marzorati, se destacó la siguiente característica de los contratos de concesión:

“Control. No se trata de una subordinación jurídica, sino de la posibilidad de reglamentación y vigilancia por el concedente. El autor cita como ejemplo de aspectos reglamentarios los siguientes: precios, descuentos, mercancía a utilizar, utilización de emblemas o insignias del concedente, cantidad y vestimenta del personal, aclaración en los comprobantes y material publicitarios de que el servicio está en concesión, multas, sistemas de control de los ingresos, auditorías, utilización de sistemas uniformes de contabilidad y publicidad”⁷¹.

177. En ese orden de ideas, resulta indiscutible que los aspectos meramente operativos relacionados con la manera como se organizó y consolidó la información relativa a cada una de las operaciones de compraventa llevadas a cabo por TODOMOTOS, y que suponía la utilización del aplicativo tecnológico facilitado por AUTECO (IMPULSA), simplemente constituyó un elemento accidental dentro de la relación jurídica y comercial surgida entre las partes, que no comportó en modo alguno mutar la naturaleza misma del contrato y convención lograda entre aquellas.

178. Para decirlo de otra manera, el hecho de que la sociedad TODOMOTOS se hubiese valido de ese aplicativo, entendido éste como una herramienta proporcionada por el

⁷¹ Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal arbitral de SUPERCAR LTDA. v. SOCIEDAD DE FABRICACIÓN DE AUTOMOVILES S.A. SOFASA S.A. Laudo de 31 de marzo de 1998.

empresario para facilitar la contabilización de la información comercial y de garantías al consumidor, no puede suponer de ninguna forma que, por sí solo, este hecho represente que se esté verificando que tal compañía actuaba por cuenta de quien proporcionó la citada herramienta, esto es, AUTECO.

179. En el mismo sentido, los aspectos relacionados con las garantías y el proceso de matrícula de los vehículos, además de ser plenamente conocidos por TODOMOTOS y tener sustento en la ley, sólo fueron situaciones concretas dirigidas a facilitar la comercialización de los bienes, y a mejorar la experiencia del cliente final al adquirir los vehículos vendidos finalmente por TODOMOTOS.

180. Con respecto a este particular es del caso señalar que: (i) la expedición de las garantías, como bien lo tiene establecido la ley, es solidaria y por cuenta de ello debe ser ofrecida por todos aquellos que intervienen en la cadena de distribución del bien enajenado (art. 10, Ley 1480 de 2011); y (ii) ningún sentido práctico tendría (en el ámbito de la comercialización de bienes automotores) propiciar un doble gasto y erogación en la labor de promoción y distribución de tales bienes, cuando la ley tiene establecido que cada operación de transferencia da lugar a un registro y/o matrícula individual.

181. Desde ese punto de vista, y como comercializador de este tipo de bienes (vehículos), TODOMOTOS tenía absoluta claridad de que la compra que realizaba a AUTECO no comportaría el consecuente registro vehicular a su favor, entre otras cosas, porque no era su intención adquirir esos vehículos para tenerlos y usarlos, sino, por el contrario y como se ha dicho antes, revenderlos a un cliente o consumidor final; si hubiese sido de otra manera lo lógico y evidente habría sido que TODOMOTOS exigiera, en cada operación, el traspaso inmediato de todos los vehículos adquiridos.

182. Con el fin de reforzar los argumentos antes expuestos, hace propias en este punto el Tribunal de arbitramento, las reflexiones formuladas dentro del trámite arbitral que se constituyó para dirimir las diferencias surgidas entre AUTONAL S.A. y SOFASA S.A.⁷², así:

“(...) La responsabilidad solidaria de Autonal frente a los consumidores, no se desprende entonces de un encargo que se le haya hecho para ser adelantado por cuenta de Sofasa, sino de una obligación que cualquier intermediario, distribuidor, agente o concesionario tiene por mandato legal. Por lo tanto, la actuación de Autonal frente a los adquirentes de los vehículos, dado su papel de vendedor en la cadena de responsabilidad frente a los consumidores en materia de atención de garantías por defectos o mal funcionamiento, es

⁷² Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal arbitral de SOCIEDAD DE FABRICACIÓN DE AUTOMOTORES S.A. - SOFASA S.A. v. AUTOMOTORA NACIONAL S.A. - AUTONAL S.A. Laudo arbitral de 25 de abril de 2017.

insuficiente para, con base en ella, concluir que hay actuación por cuenta ajena derivada de un encargo contractual. Insiste el Tribunal, tal actuación y responsabilidad de cualquier manera habría tenido lugar por mandato legal, independientemente del vínculo jurídico del proveedor respecto del productor. La fuente legal de la responsabilidad de los proveedores, frente a los consumidores, salvo en lo que hace a la solidaridad con los productores, estaba concebida desde el anterior estatuto del consumidor (Decreto 3466 de 1982) (...).

“En atención a que según el régimen legal colombiano, el vendedor no tiene necesariamente que ser propietario de la cosa vendida, nada impedía que (i) Autonal, comprara vehículos nuevos a Sofasa, sin que se hiciera un “traspaso” de la propiedad a su nombre; (ii) que estos vehículos fueran luego vendidos por Autonal a los clientes finales y (iii) que la propiedad de los mismos se radicara directamente en cabeza de tales clientes por el procedimiento administrativo de matrícula (...).”

183. Sobre los aspectos tratados se tienen algunos medios de prueba que refuerzan la conclusión del Tribunal sobre este aspecto:

183.1. El testigo Jorge Antonio Villareal González, en la declaración que rindió en el trámite 2021 A 0021 y que fue debidamente trasladada a este proceso, se pronunció sobre el tema, así:

“(...) EL DECLARANTE: (...) antes lo hacíamos todo manual, todo iba manual, después llegó el Excel, todo se hacía con Excel y por fax y después pues llegó el internet, ya AUTEKO utilizaba varios programas para eso, que yo recuerde los programas que tenía AUTEKO, tenía Progres, RMP, tenía Impacta, Impulsa, -Fiori ... Ruta AUTEKO, (...) muchos (...), AUTEKO tenía muchos programas durante toda su trayectoria que ha ido cambiando de acuerdo a la evolución del negocio, pero el negocio siempre ha sido vender motos, vender repuestos y vender servicio (...). Efectivamente, nosotros comprábamos... AUTEKO nos despachaba unas motos y nosotros se la vendíamos al cliente final (...). Después de que firmamos el contrato sigue siendo lo mismo, comprábamos motos, AUTEKO nos despachaba unas motos y nosotros las vendíamos (...).”

183.2. A su vez, el testigo José Ignacio Rojas López, empleado de AUTEKO y quien al momento de declarar ostentaba la condición de Director Comercial y de Mercadeo de dicha compañía desde el año 2017, por lo que tuvo un contacto más cercano con las sociedades SERVIMAX y TODOMOTOS, indicó sobre la herramienta IMPULSA que era una

herramienta de AUTECO para el manejo de las garantías y la relación con los talleres, el pago de mano de obra, el pago de las mismas garantías y es el sistema a través del cual se comunican con todos los talleres de Colombia.

183.3. El señor Alejandro Gómez Montoya, también empleado de AUTECO, y quien a partir del año 2018 inició su interacción con SERVIMAX y TODOMOTOS al ser nombrado gerente comercial para la Regional Norte, que incluye desde Antioquia, Chocó y va hasta La Guajira, sobre el tema de IMPULSA manifestó que, si bien no estaba dentro de sus funciones directas, conocía la herramienta y por medio de esta se busca registrar todo el tema de actas de entrega, revisiones y garantías. Principalmente con temas de servicios postventa, se registra el usuario, se *“... carga la información del acta de entrega del usuario, para poderle hacer trazabilidad de la garantía a los vehículos, puesto que siempre que se vende un vehículo debe quedar un registro; ese registro, pues, contempla información habeas data, que por ley y por regulación, lo tenemos que manejar, y esa información queda plasmada allí, y haciendo, pues, relevancia de que esta información que queda plasmada allí para temas de garantías, revisiones y demás, es lo que, pues, normalmente se maneja para temas de usuario, y que pasa no solamente en nuestra industria, pues, de motos, sino también de carros, así como cuando uno lleva el carro a una revisión. La herramienta, lo que buscaba o lo que busca finalmente es facilitarle el procedimiento porque en el pasado había muchas herramientas, no hablaban, las bases de datos no hablaban, y lo que se hizo fue integrarla en una sola, que en este caso es Impulsa. Tiene varios módulos, el más grande y el principal es el de revisiones, garantías y actas de entrega, registrando información relativa al usuario, el acta de entrega, a la garantía del vehículo (...)”*.

183.4. Adicional a lo anterior, el testigo Alejandro Gómez Montoya precisó que AUTECO disponía de la información en IMPULSA sobre el acta de entrega y el seguimiento de la garantía, pero que el contacto directo con el cliente y con su historial crediticio correspondía a una relación de SERVIMAX y TODOMOTOS (o del socio comercial en general), pero que AUTECO a *“(...) ese cliente no lo tocamos, no tenemos acceso a él, entonces, pues, finalmente, quien queda con la base de datos de clientes es el socio comercial (...)”*.

184. Para culminar este aparte debe hacer referencia el Tribunal al planteamiento realizado por la Convocada en el sentido de que AUTECO, en su relación con los socios comerciales que optaron por acogerse a la celebración del contrato de agencia mercantil, sostenía una relación comercial y de negocios igual o similar a la que esa misma sociedad ostentaba con los socios comerciales que mantuvieron el contrato de concesión, para con ese fundamento sustentar sus pretensiones relativas a que el contrato celebrado por las partes fue una agencia comercial o, cuando menos, que se presentó una coexistencia de contratos, el de concesión y el de agencia.

185. En efecto, quedó establecido probatoriamente que los dos modelos de negocio sostenidos por AUTECO con sus socios comerciales, tanto bajo la modalidad de la celebración de un contrato escrito de agencia comercial, como un contrato escrito de concesión comercial para la venta de los vehículos, compartían en su operación distintos elementos que podrían conducir a que existiera semejanza o similitud en su ejecución. Así, por ejemplo, en ambos contratos el distribuidor compraba los vehículos (repuestos y accesorios) a AUTECO, y esta le presentaba una factura cambiaria de compraventa al distribuidor como soporte de la operación comercial, con un plazo de pago. Por su parte, el distribuidor ingresaba en su inventario el producto respectivo, y lo vendía al consumidor final. Además de ello se manejaban criterios semejantes respecto de los inventarios, el manejo de bases de datos, el manejo de los mismos instructivos y manuales o los mismos lineamientos, entendiéndose que estos venían dados, en muchos casos, por las casas matrices internacionales productoras de las motos que AUTECO importa o ensambla, el uso del sistema o plataforma IMPULSA, los Manuales de fachada y de vitrinismo, de marca en general, de manejo de uniformes, el uso de indicadores como lo es el NET PROMOTER SCORE, entre otros aspectos.

186. Son varios los medios de prueba que apuntan en tal sentido, tanto pruebas documentales, los interrogatorios de parte, testimonios, e incluso en el dictamen pericial de parte aportado por la Convocada denominado Dictamen pericial sobre la comparación, en términos comerciales y financieros, de la relación entre (i) TODOMOVIL VISAL SAS y AUTECO MOBILITY SAS y (ii) TODOMOTOS y AUTECO, en el que se analiza este punto, poniendo de presente que en todo caso se compara la actividad de una empresa diferente a la Convocante y Convocada en Reconvención.

187. Se señala, por lo demás, en algunos de los medios de prueba, que existe una diferencia relevante entre las mencionadas relaciones de concesión y agencia, y es que aquellos socios comerciales o distribuidores que celebraron contratos de agencia mercantil pactaron una cláusula contractual contentiva de un derecho de preferencia para aquellos casos en los cuales el socio comercial pretendiera transferir a cualquier título o modalidad su establecimiento de comercio, caso en el cual debería ofrecerlo en primer lugar a AUTECO, para que esta sociedad pudiera determinar a que otro socio comercial le pudiera interesar dicho establecimiento (véase la cláusula décima cuarta segundo párrafo de la minuta de contrato de agencia mercantil propuesto a TODOMOTOS).

188. Evaluados los anteriores medios de prueba, debe señalar el Tribunal, en primer lugar, que, por supuesto, no tiene competencia para pronunciarse de forma alguna respecto de las relaciones contractuales y de negocios sostenidas por AUTECO con otros

de los denominados socios comerciales, ni emitir concepto sobre las particularidades de estas.

189. No obstante, en efecto en el expediente obra la minuta contractual propuesta por AUTECO a TODOMOTOS, para la celebración de un contrato escrito denominado de AGENCIA COMERCIAL PARA LA PROMOCIÓN, MERCADEO Y COMERCIALIZACIÓN DE VEHÍCULOS Y PRODUCTOS DE AUTECO. Así mismo, obran en el expediente, como ya se dijo, medios de prueba que dan cuenta que en diversos aspectos la operación del negocio era coincidente, por lo que el Tribunal no puede omitir analizar estos planteamientos.

190. Del análisis conjunto de los distintos medios de prueba obrantes en el expediente y anteriormente examinados, y teniendo en cuenta las posiciones de las partes a través de sus diferentes escritos, reitera este panel su conclusión, en este caso concreto, en cuanto a que el tipo de contrato suscrito y especialmente la actividad de negocios que rigió en la práctica las relaciones comerciales entre AUTECO y TODOMOTOS, correspondieron a un verdadero contrato de concesión para la distribución y no a un contrato de agencia mercantil para efectos de la distribución. En efecto, se insiste en que el Contrato: (i) tuvo por objeto la adquisición y reventa de los productos del concedente, lo mismo que la prestación de servicios relacionados con éstos; (ii) la remuneración del concesionario correspondía al margen o utilidad bruta, esto es, a la diferencia entre el costo de la mercancía adquirida (es decir, el valor por el cual se compraba esa mercancía a AUTECO), frente al ingreso generado por la venta a los clientes finales; (iii) la mercancía se incorporaba en el inventario de TODOMOTOS a título de compra a AUTECO, y se registraba en su contabilidad como propia (como por lo demás debía ser); (iv) el concesionario obtenía ingresos también por actividades accesorias y complementarias de la venta al cliente final propiamente dicha, tales como servicios de reparación en algunos casos, ventas a crédito directo del concesionario al cliente final con la obtención de intereses de plazo y eventualmente de mora por dicha financiación, con el registro de la correspondiente garantía mobiliaria a favor del concesionario, el apoyo de financiación en entidades financieras o de crédito, bien relacionadas con las empresas concesionarias en el caso particular o bien ajenas a ellas, pero que al financiar las ventas permitían aumentar el monto de las mismas; y la negociación de vehículos usados; y (v) hubo subordinación "*económica y técnica*" del concesionario respecto del concedente, (y de este a su vez de las casas matrices productoras de las motocicletas comercializadas) al realizar operaciones de distribución de marcas de renombre en el sector en cuestión, sujetándose, como en efecto lo estaba el concesionario, en mayor o menor medida, a condiciones de exhibición de los productos, de disposición de los locales comerciales, del entrenamiento del personal comercial y técnico, a las características de la publicidad del concesionario, sus sistemas informáticos, la sugerencia de precios, siendo, como se dijo, la intensidad de la supervisión respecto del concesionario por parte de concedente un atributo propio de esta relación contractual y un factor de diferenciación con la

resultante de la agencia comercial. Todo lo anterior conduce a ratificar la conclusión del Tribunal en el sentido de que el contrato celebrado entre las partes y sometido a su consideración es un contrato de concesión.

191. Por ende, el hecho de que AUTEKO haya celebrado con otros distribuidores contratos que denominó de “agencia mercantil” y que en efecto la operación sea similar a la que se despliega con aquellos con los que tiene o tenía contratos de concesión, no implica que el contrato que es objeto de controversia entre AUTEKO y TODOMOTOS sea de agencia mercantil, pues, se repite, las características del negocio jurídico ejecutado por las partes de este trámite arbitral corresponden a las del contrato de concesión mercantil, sin que pretenda el Tribunal en este laudo calificar esos otros contratos en cuanto a su naturaleza jurídica, pues no es, en esta ocasión, su función.

4.7.1.6. La ausencia de simulación relativa respecto del negocio jurídico celebrado y ejecutado por las partes

192. Por otra parte, en cuanto a la pretensión subsidiaria de la segunda principal de la demanda de reconvención subsanada, en la que la Convocada solicita que se declare que el contrato celebrado entre las partes es relativamente simulado, debe señalar el Tribunal lo siguiente:

193. La simulación, de manera general, se caracteriza por constituir un acuerdo con una apariencia contractual creada por la intención de las partes, *“revestida de realidad con el entendimiento recíproco, convergente y homogéneo de las partes, y aun cuando, por su virtud, se imita la celebración de un acto dispositivo de intereses no celebrado (simulación absoluta) o diferente del estipulado en cuanto al tipo negocial, su contenido, su función o las partes (simulación relativa), tiene entidad real, fáctica y jurídica, obligando a los contratantes al tenor del compromiso simulado, único, prevalente y vinculante respecto a éstos”*⁷³.

194. Sobre el alcance de la simulación, la jurisprudencia civil ha explicado lo siguiente:

“Según el Diccionario de la Lengua Española, el verbo transitivo simular denota ‘representar algo, fingiendo o imitando lo que no es’. A diferencia del que oculta de los demás una situación existente (quien disimula), el simulador pretende provocar en los demás la ilusión contraria: hacer aparecer como cierto, a los ojos de extraños, un hecho que es irreal. La simulación, en la esfera de los contratos, supone que los extremos de un negocio jurídico

⁷³ Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación, Tribunal Arbitral de RICARDO SICARD CARRILLO, RICARDO ENRIQUE CARRILLO ESCOVAR Y AMPARO CARRILLO ESCOVAR v. JULIANA ANDREA BARRERA. Laudo del 25 de abril de 2019.

bilateral (o plurilateral), concertadamente, hagan una declaración de voluntad fingida, con el propósito de mostrarla frente a otros como su verdadera intención. Esa discordancia entre la voluntad y su exteriorización implica que, para los contratantes –sabedores de la farsa– la declaración (i) no está orientada a producir efectos reales (simulación absoluta), o (ii) simplemente disfraza un acuerdo subyacente con el ropaje de una tipología o configuración negocial distinta (simulación relativa)”⁷⁴.

195. Se presenta una simulación, entonces, cuando un negocio jurídico tiene una apariencia contraria a la realidad. Esto puede suceder porque el negocio en realidad no existe —caso de la simulación absoluta— o porque, existiendo, es distinto de como aparece ante terceros —caso de la simulación relativa—. Ahora bien, para que se estructure una simulación, además de que la apariencia del negocio jurídico no sea coincidente la realidad del contrato, es necesario que exista un acuerdo o concierto simulatorio. Así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, con base en precedentes anteriores:

“La simulación, amén de exigir para su estructuración una divergencia entre la manifestación real y la declaración que se hace pública, requiere insoslayablemente del concierto simulatorio entre los partícipes, esto es, de la colaboración de las partes contratantes para la creación del acto aparente (...).

“Esta última exigencia no es de difícil comprensión si se considera que un contrato no puede ser simultáneamente simulado para una de las partes y verdadero para la otra, de manera que si uno de los partícipes oculta al otro que al negociar tiene un propósito diferente del expresado, esto es, si su oculta intención no trasciende su fuero interno, no existe otra cosa que una reserva mental por parte suya (propósito in mente retenti), insuficiente desde luego para afectar la validez de la convención, o para endilgar a la misma efectos diferentes de los acordados con el otro contratante que de buena fe se atuvo a la declaración que se le hizo (...).

“En el punto, ha expresado la Corte cómo ‘no ofrece duda que el proceso simulatorio exige, entonces, la participación conjunta de los contratantes y que, si así no ocurre, se presentaría otra figura, como la reserva mental, que no tiene ninguna trascendencia sobre la validez y fuerza vinculante del negocio jurídico celebrado en esas condiciones (...). Poco interesa que la

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC3589-2020 de 28 de septiembre de 2020. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

simulación sea absoluta o relativa, pues en una y otra se requiere del mencionado acuerdo, comoquiera que la creación de una situación jurídica aparente, distinta de la real, supone necesariamente un concurso de voluntades para el logro de tal fin.

“De suerte que si no hay acuerdo para simular, no hay simulación. El deseo de una de las partes, sin el concurso de la otra de emitir una declaración que no corresponde a la verdad, no pasa de ser, como antes se afirmó, una simple reserva mental, fenómeno distinto a la simulación (G.J. t. CLXXX, Cas. Civ., sent. de enero 29 de 1985, pág. 25)’ (CSJ SC, 16 dic. 2003, rad. 7593; reiterada en CSJ SC SC4829-2021, 2 nov.)”⁷⁵.

196. Del aparte jurisprudencial anteriormente transcrito se desprende que, para que exista realmente una simulación, es necesario que ambas partes hayan participado en la creación del negocio simulado, en el sentido de que hayan convenido crear una apariencia de contrato sabiendo que su acuerdo interno es diferente. Ambos contratantes deben tener la intención de simular. De no ser así, se estaría en presencia de una reserva mental.

197. Ahora bien, como se señaló en párrafos precedentes, la simulación puede ser absoluta o relativa. En la simulación absoluta, *“el interés de las partes se concentra primordialmente en crear, sin voluntad negocial alguna, la ficción contenida en la declaración ostensible”*⁷⁶. Por su parte, en la simulación relativa la voluntad de las partes está encaminada a la producción de efectos jurídicos, pero la declaración externa no es un verdadero reflejo del negocio jurídico que interna y privadamente desean celebrar los contratantes. Sobre esta modalidad de simulación y sus efectos, la doctrina ha señalado lo siguiente:

“En la simulación relativa las partes, en cambio, sí quieren realizar y ejecutar un acto jurídico, De esta manera, puesta a un lado la declaración de voluntad aparente y ostensible, aflora el consentimiento cierto y real y con él un acto jurídico con todos sus elementos constitutivos que vincula a los simulantes, pues entre ellos ha de producir la plenitud de sus efectos.

“Así pues, si lo que se ha ocultado es la naturaleza misma del acto deseado – como cuando se dice vender pero se pretende donar-, una vez conocida la voluntad verdadera de las partes, estas quedarán obligadas según la

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC1960-2022 de 22 de julio de 2022. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

⁷⁶ Suescún Melo Jorge y Suescún Roa Felipe. *De la simulación*. En: Derecho de las obligaciones con propuestas de modernización. Tomo I. Universidad de los Andes. Bogotá. Pág. 507.

naturaleza contractual que corresponda, y las obligaciones del contrato aparente que se hubieren cumplido deberán destruirse retroactivamente.

“Si se han disimulado ciertas condiciones del negocio, por ejemplo, el verdadero precio o la identidad de las partes, deberá primero correrse el velo representado por la declaración mentirosa y entonces los contratantes quedarán vinculados según su voluntad efectiva, de suerte que el deudor estará obligado a pagar el precio real y se dejará a un lado al testaferrero para que el vínculo jurídico se establezca entre los verdaderos interesados.

“Tratándose de los simulantes, es claro que ninguno de ellos puede tratar de ampararse en la declaración aparente para que se le reconozcan derechos en detrimento del otro ni para intentar evadir las obligaciones que le imponen el acto oculto. Bien definido está que las partes en la simulación quedan obligadas según su real voluntad, de manera que entre ellas solo se aplican las estipulaciones que constituyan el acto oculto pero cierto”⁷⁷ (se destaca).

198. Se colige de lo anterior que, de presentarse una simulación relativa, las partes quedarán obligadas según la naturaleza comercial que corresponda a su real intención y a las estipulaciones contractuales realmente acordadas. Ahora bien, para controvertir un negocio simulado, las partes de éste o los terceros afectados deberán hacer uso de la acción de simulación, la cual *“como lo ha reconocido la jurisprudencia y la doctrina, de una acción distinta e independiente de otras acciones, como la pauliana, la de resolución o la de nulidad, que tiene carácter declarativo en la medida en que ‘La sentencia que la acoge declara la falta de eficacia jurídica del acto aparente y la prevalencia de la situación real’ pudiendo cumplir al propio tiempo ‘una función reconstitutiva del patrimonio del deudor en la medida en que la realidad que se pone al descubierto, su constitución, fuera distinta de la que se veía de acuerdo con el acto aparente’”⁷⁸. Una vez impetrada la acción de simulación, le corresponde al juez del contrato establecer si sobre un contrato determinado *“se obró simuladamente, [y] el juzgador debe proceder a investigar, ante todo, la existencia del respectivo acuerdo, para pasar luego a analizar el derecho que asista al actor para promover la respectiva acción, y rematar definiendo, con vista en las pruebas del plenario, si la simulación tuvo lugar o no”⁷⁹.**

⁷⁷ Ibid. P. 524.

⁷⁸ Cámara de Comercio de Bogotá. Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal Arbitral de RICARDO SICARD CARRILLO, RICARDO ENRIQUE CARRILLO ESCOVAR Y AMPARO CARRILLO ESCOVAR V. JULIANA ANDREA BARRERA. Laudo del 25 de abril de 2019.

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de mayo de 2004. M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

199. Ahora bien, en relación con la segunda pretensión subsidiaria de la segunda pretensión principal de la demanda de reconvención y su pretensión consecuencial, en las que se solicita declarar que el Contrato es relativamente simulado y que en realidad corresponde a un contrato de agencia comercial, lo primero que debe señalar el Tribunal es que no se declarará probada la excepción de prescripción extintiva que planteó la Convocada en Reconvención, toda vez que desde que surgió el interés de TODOMOTOS para demandar la existencia de un contrato de agencia comercial, esto es, desde el año 2015, cuando se empezó a discutir entre las partes la naturaleza jurídica de la relación que las vinculaba, no han transcurrido los diez (10) años que exige la prescripción extintiva para su declaración. Precisado lo anterior, debe manifestar el Tribunal que no están llamadas a prosperar las mencionadas pretensiones, no solo porque ni en la demanda, ni en los alegatos de conclusión, ni en el material probatorio allegado al expediente, hay un desarrollo, así sea somero, sobre cuál sería el fundamento para que el Tribunal realice las mencionadas declaraciones, sino porque los medios de prueba a los que se hizo referencia en párrafos anteriores llevan a la conclusión no refutada de que en realidad se celebró un contrato de concesión y no uno de agencia mercantil. Además, no existe prueba alguna en el plenario que permita encontrar acreditado el concierto simulatorio entre AUTEKO y TODOMOTOS dirigido a disfrazar un negocio verdadero detrás de uno aparente.

200. En fin, es del caso insistir que, poco importa que las partes hayan querido darle a un negocio jurídico en particular una determinada denominación, cuando en la práctica y según la realidad fáctica el despliegue de sus respectivas conductas dio lugar a configurar otro negocio jurídico distinto. En un supuesto de tal naturaleza deberá acreditarse que la realidad contractual es diferente de la que corresponda a la denominación que impropia le asignaron las partes. Sobra igualmente redundar sobre algo que ya se mencionó *in extenso* en este mismo laudo, cual es que la falta de uno solo de los elementos distintivos y esenciales de la agencia comercial, es suficiente para que no pueda prosperar el reclamo o pretensión a través de la cual se sugiere tal connotación jurídica.

4.7.1.7 Conclusión sobre la naturaleza jurídica del Contrato

201. Probado está entonces que, en este caso concreto, no se encuentran acreditados los elementos constitutivos de esta modalidad de convenio de distribución (esto es, de agencia comercial), y de allí que todas las excepciones y pretensiones formuladas por la Convocada y Demandante en Reconvención, dirigidas a predicar la existencia de esta particular forma de intermediación comercial, estén llamadas a fracasar.

202. En consecuencia, se declarará no probada la excepción denominada “4.1 EL CONTRATO QUE RIGE LA RELACIÓN ENTRE LAS PARTES, ES UN CONTRATO NOMINADO

DE AGENCIA COMERCIAL O, CUANDO MENOS, UNA AGENCIA DE HECHO” formulada por la Convocada. Por tanto, el Tribunal accederá a declarar la prosperidad de las pretensiones primera declarativa, tercera declarativa, cuarta declarativa y quinta declarativa, todas ellas de la demanda inicial reformada.

203. Por otra parte, se encuentran probadas las siguientes excepciones formuladas por la Convocada en Reconvención: “E. *INEXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE AGENCIA COMERCIAL ENTRE AUTECO Y TODOMOTOS*”, a partir del 3 de marzo de 2010; “F. *INEXISTENCIA DE UNA AGENCIA DE HECHO ENTRE AUTECO Y TODOMOTOS*”; “G. *INEXISTENCIA DE SIMULACIÓN ALGUNA – EL CONTRATO SIEMPRE CORRESPONDIÓ A UN CONTRATO DE CONCESIÓN*”; “H. *EL CONTRATO CELEBRADO Y EJECUTADO CORRESPONDE A UNA CONCESIÓN Y NO A UNA AGENCIA*”; “I. *EL CONTRATO DE CONCESIÓN NO COEXISTIÓ NI CONCURRIÓ CON UNA RELACIÓN CONTRACTUAL DE AGENCIA COMERCIAL*”; “J. *EL CONTRATO CORRESPONDE A UNA CONCESIÓN EN SU REDACCIÓN Y EN SU EJECUCIÓN*”; “K. *EL CONTRATO DE CONCESIÓN SE EJECUTÓ BAJO UN ESQUEMA DE VENTA PARA LA REVENTA Y NO BAJO UN DEPÓSITO EN CONSIGNACIÓN*”; y “L. *EL CONTRATO SUSCRITO EN 2010 POR AUTECO Y TODOMOTOS ES UN ÚNICO CONTRATO*. Se negarán, por tanto, las pretensiones segunda principal, primera subsidiaria de la segunda pretensión principal, segunda subsidiaria de la segunda pretensión principal, consecuencia de la segunda pretensión subsidiaria de la segunda pretensión principal y tercera subsidiaria de la segunda pretensión principal, todas de la demanda de reconvención subsanada.

204. En el mismo sentido, por sustracción de materia, esto es, al no haberse declarado la existencia de un contrato de agencia comercial entre AUTECO y TODOMOTOS, no prosperan las pretensiones décima séptima principal, pretensión subsidiaria a la décima séptima pretensión principal, décima octava pretensión principal, décima novena pretensión principal, todas de condena, propuestas en la demanda de reconvención reformada, y que dependían directamente de dicha declaración. En ese orden de ideas, no es necesario que se profiera declaración sobre las excepciones que buscaban enervar dichas pretensiones.

4.8 CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE EL CONTENIDO PREDISPUERTO DEL CONTRATO, SU INTERPRETACIÓN Y LA SIMULACIÓN DEL CONTRATO, ASÍ COMO LA NULIDAD Y LA INEFICACIA DE CIERTAS ESTIPULACIONES

205. En esta sección del Laudo, el Tribunal deberá determinar si las estipulaciones contractuales fueron predispuestas por AUTECO, si existen o no cláusulas ambiguas y si, en consecuencia, las mismas deben ser interpretadas a favor de TODOMOTOS y en contra de AUTECO. Igualmente, el panel arbitral deberá analizar si la compra para la reventa es

un acto relativamente simulado y si constituía en realidad un depósito en consignación de mercancías; y si algunas cláusulas pueden estar viciadas de nulidad absoluta en cuanto pretendan calificar la relación jurídica entre los contratantes como una relación diferente a la agencia comercial, o en su defecto, si tales cláusulas son ineficaces de pleno derecho.

4.8.1 Posición de las partes

4.8.1.1 Posición de la Convocante en Reconvención

206. En la demanda de reconvención, TODOMOTOS solicita que se declare: (i) que las estipulaciones del Contrato de Concesión fueron predispuestas, dictadas o extendidas por AUTEKO; (ii) que las cláusulas ambiguas del Contrato deben ser interpretadas a favor de TODOMOTOS; (iii) que la compra para la reventa a la que se refiere el Contrato de Concesión es un acto jurídico relativamente simulado y que, como consecuencia de lo anterior, se declare que la compra para la reventa a la que hace referencia el Contrato en realidad corresponde a un depósito en consignación de mercancías hecho por AUTEKO en favor de TODOMOTOS; (iv) que es nula, de nulidad absoluta, cualquier estipulación contractual incluida en el Contrato de Concesión que tenga por objeto o como efecto calificar la relación jurídica existente entre AUTEKO y TODOMOTOS como una relación diferente a una agencia comercial. En subsidio, solicita que se reconozcan los presupuestos de la ineficacia de pleno derecho frente a cualquier estipulación contractual incluida en el Contrato que tenga como objeto o como efecto calificar la relación jurídica como una relación diferente de una agencia comercial; (v) que es nulo, de nulidad absoluta, el apartado de la Cláusula Décima Sexta del Contrato que indica que *“el concesionario se obliga a no comprar directa ni indirectamente a otros proveedores, nacionales o extranjeros, los productos de que trata el presente contrato, ni otros similares, conductas éstas que permanecerán en plena vigencia durante todo el tiempo de duración del contrato y hasta por dos (2) años más, a partir de la terminación del mismo”*. En subsidio, solicita que se reconozcan los presupuestos de la ineficacia de pleno derecho del apartado citado; y (vi) que es nula, de nulidad absoluta, la Cláusula Décima Octava del Contrato. En subsidio, pretende que se reconozcan los presupuestos de la ineficacia de pleno derecho de la Cláusula Décima Octava del Contrato.

207. Como fundamento de sus pretensiones, la Convocante en Reconvención señala que, para la celebración del Contrato, AUTEKO dispuso el texto respectivo, sin que hubiera sido posible para TODOMOTOS introducir cambios. En concepto de TODOMOTOS, esta situación está acreditada por cuanto funcionarios de AUTEKO daban la siguiente instrucción: *“por favor devolver este contrato firmado y autenticado”*; y señalaban, igualmente, que la falta de firma del Contrato tendría como consecuencia que AUTEKO no pudiera seguir despachando los pedidos de los productos materia de la comercialización. Sobre el particular, en los alegatos de conclusión manifiesta la

Convocante en Reconvención que *“el Contrato fue predispuesto, pues TODOMOTOS no pudo realizar cambios al mismo, y fue impuesto, en la medida en que TODOMOTOS debía firmarlo inmediatamente para continuar con su operación”*. Respecto de interpretación de las cláusulas ambiguas en contra del predisponente, la Convocante en Reconvención no identifica cuáles son las estipulaciones que serían equívocas o de difícil comprensión, ni tampoco vuelve sobre el punto en los alegatos de conclusión.

208. Por otra parte, indica de manera puntual en la demanda de reconvención, sin que exista mayor desarrollo en el escrito introductorio ni en los alegatos de cierre, que el Contrato se empeña en proyectar una realidad simulada, pues, aunque allí se indique que las operaciones se hacían por cuenta y riesgo de TODOMOTOS, lo cierto es que se desarrollaban por cuenta y riesgo de AUTECO.

209. Sobre la nulidad de algunas disposiciones contractuales, en los alegatos de conclusión TODOMOTOS arguye que se cumplen los presupuestos necesarios para considerar que AUTECO ostentaba una posición dominante, por cuanto le impuso el Contrato a TODOMOTOS. Como consecuencia de lo anterior, señala que las cláusulas Décima, Décima Sexta y Décima Octava del Contrato deben ser declaradas nulas al ser abusivas. Esto, en la medida en que: (i) califican erróneamente el Contrato y excluyen la posibilidad de que sea una agencia; (ii) imponen solo en cabeza de TODOMOTOS la obligación de no comercializar productos de terceros; y (iii) imponen una sanción a TODOMOTOS sin necesidad de requerimiento en mora. Estas disposiciones, en concepto de la Convocante en Reconvención, son nulas por cuanto está acreditado que: (i) la negociación del Contrato no fue individual y TODOMOTOS no pudo proponer cambio alguno; (ii) lesionan la buena fe negocial de TODOMOTOS; y (iii) generaron un desequilibrio frente a TODOMOTOS.

210. Respecto de la ineficacia de pleno derecho cuya declaración se solicita de manera subsidiaria a algunas de las pretensiones de nulidad absoluta antes reseñadas, no se encuentra desarrollo ni en la demanda de reconvención ni en los alegatos sobre el punto.

4.8.1.2 Posición de la Convocada en Reconvención

211. En la contestación de la demanda de reconvención, AUTECO indicó que el Contrato de Concesión suscrito por las partes fue producto de un proceso que se adelantó mediante reuniones presenciales entre las partes, en las que se puso en conocimiento de TODOMOTOS el clausulado y el alcance del documento. Por lo anterior, señala la Convocada en Reconvención que *“mal podría ahora el Concesionario desconocer el contenido del Contrato y aducir que el mismo fue predispuesto por AUTECO, cuando lo cierto es que TODOMOTOS conoció, valoró y suscribió libremente el Contrato de Concesión”*.

212. Adicionalmente, manifiesta que TODOMOTOS omite señalar cuáles cláusulas del Contrato son ambiguas, por lo cual la Cuarta Pretensión Principal carece de claridad y especificidad. En todo caso, resalta que la regla de interpretación contenida en el artículo 1624 del Código Civil es residual, por lo que su aplicación solo sería procedente si las demás reglas de interpretación no pudieran ser tenidas en cuenta. En ese orden de ideas, manifiesta que, si se llegara a considerar que el contenido del Contrato fue predispuesto, lo cierto es que la regla de interpretación que resultaría aplicable sería la contenida en el artículo 1618 del Código Civil. Destaca sobre este punto que el Contrato carece de disposiciones ambiguas, y que prueba de ello es que fue ejecutado por más de diez (10) años sin que TODOMOTOS manifestara inconformidad alguna con la claridad del clausulado.

213. En lo que respecta a la validez de la Cláusula Décima Sexta, AUTEKO señala que la disposición no es nula, por cuanto *“la señalada cláusula busca proteger el conocimiento que AUTEKO compartía a TODOMOTOS durante la ejecución del Contrato de Concesión, y por ello mismo, las Partes acordaron una exclusividad que no solo no está prohibida bajo la ley colombiana (como lo es la Cláusula Décima Sexta) sino que es usual que la misma sea estipulada en esta clase de contratos, estando en todas formas respaldada tanto por la jurisprudencia arbitral como por las autoridades de competencia en Colombia”*. Además, agrega que, una vez analizado el artículo 1741 del Código Civil, es claro que no se configura ninguna de las causales legalmente establecidas para que exista nulidad absoluta. En todo caso, sostiene que, de entenderse que la cláusula es nula, lo cierto es que el mencionado vicio fue saneado por la ratificación de las partes y por prescripción extraordinaria. Esto, toda vez que *“(i) TODOMOTOS como profesional en la materia celebró el Contrato de Concesión aceptando todas y cada una de las cláusulas (incluyendo la Décima Sexta) y sólo hasta ahora, alega una supuesta nulidad absoluta; y (ii) ya han transcurrido más de 10 años (contados desde marzo de 2010) y sin que la Demandante en Reconvención hubiera presentado acción alguna encaminada a obtener tal declaración”*. Por último, indica que no se presentó argumentación alguna que permita concluir que la citada Cláusula es ineficaz de pleno derecho.

214. Sobre la Cláusula Décima Octava, afirma que esta no es nula. En primer término, destaca que la Convocante en Reconvención no mencionó cuál es la causal por la que considera que la disposición contractual carece de validez. Adicionalmente, precisa que ni la ley ni la jurisprudencia imponen que las cláusulas penales deban ser de doble vía y que la Cláusula Décima Octava se ajusta a los lineamientos del ordenamiento jurídico nacional. Argumenta que no se configura causal alguna de nulidad absoluta y que, en todo caso, de existir, ya estaría saneada en los términos del artículo 1742 del Código Civil. Por último, manifiesta que no se reúnen los presupuestos para que la disposición contractual sea declarada ineficaz.

215. En lo que respecta a las estipulaciones contractuales que califican el negocio jurídico como un contrato de concesión, indica que *“ninguna de las cláusulas del Contrato de Concesión (i) omite algún requisito o formalidad que las leyes prescriben; (ii) fue estipulada por personas absolutamente incapaces; y (iii) contienen objeto y causa ilícita”*. Por consiguiente, no se configura causal alguna de nulidad absoluta. En todo caso, señala que, de existir nulidad, ya estaría saneada en los términos del artículo 1742 del Código Civil. Por último, indica que no se presentó argumentación o fundamento que permita concluir que las Cláusulas referidas son ineficaces.

216. Finalmente, en los alegatos de conclusión la Convocada en Reconvención reiteró sus planteamientos y señaló que *“se demostró plenamente que la solicitud de nulidad absoluta ejercida por la Convocada respecto de ciertas cláusulas del Contrato de Concesión prescribió extintivamente el 3 de marzo de 2020, sin que para dicha fecha la Convocada hubiese realizado reclamación alguna sobre ese punto de manera idónea y oportuna”*.

4.8.2 Consideraciones

217. Abordará inicialmente el Tribunal los aspectos conceptuales relacionados con las pretensiones que son materia de estudio en este acápite, para luego proceder a su análisis y decisión de manera particular.

4.8.2.1 Sobre los contratos de contenido predispuesto

218. La jurisprudencia y la doctrina utilizan el término “contrato de contenido predispuesto” para hacer referencia a aquellos negocios jurídicos cuyo contenido es extendido o elaborado exclusivamente por una de las partes. Se trata, entonces, de una serie de estipulaciones contractuales previamente diseñadas o fijadas por una de las partes.

219. Sobre este tipo de contratación, la doctrina extranjera ha señalado lo siguiente:

“En este sistema de celebración de acuerdos, las partes ya no elaboran conjuntamente el contenido del contrato. Este es predispuesto —total o parcialmente— de manera unilateral por una de ellas y con anticipación a la celebración del acuerdo. Es así como el contrato tradicional, que crea relaciones jurídicas obligacionales producto de un consentimiento libre entre dos o más partes perfectamente identificadas y donde existe la participación

de ambas en la elaboración del contenido contractual, es una forma de contratación excepcional”⁸⁰.

220. En sentido semejante, la doctrina arbitral indica que los “*contratos de contenido predispuesto (...) son todos aquellos contratos cuyo clausulado es extendido por una de las partes. En algunos eventos, la parte contraria a quien ha predispuesto los correspondientes contenidos puede tener algún grado de capacidad de negociación, pero la estructura central del contrato no es modificada en su concepción inicial y permanece sin mayores variaciones*”⁸¹.

221. El concepto de contrato de contenido predispuesto tiene una íntima relación con los contratos perfeccionados por adhesión, en la medida en que este mecanismo de perfeccionamiento de los negocios jurídicos se presenta cuando uno de los contratantes decide aceptar los términos contractuales predispuestos por su contraparte, en la mayoría de los casos, sin que exista posibilidad de introducir modificaciones a los mismos.

222. Al referirse a las características de los contratos de adhesión, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en los siguientes términos:

“Son elementos característicos del contrato de adhesión, a saber: La imposición por una de las partes de la ‘Ley del contrato’; el papel pasivo de una de ellas reducido a la simple aceptación o rechazo de la oferta; la existencia de un formulario tipo; la imposibilidad de discutir las estipulaciones y el hecho de que uno de los contratantes ejerce un ascendente económico o moral que lo lleva a prestar su voluntad, sin discutir”⁸².

223. En consecuencia, los contratos perfeccionados por adhesión se diferencian de los contratos que se celebran luego de una libre discusión de los estipulantes, en la medida en que el contenido de los primeros es, por regla general, decidido unilateralmente por una parte contractualmente más fuerte que su contraparte. Esta posición dominante en la contratación —distinta a la figura de la posición de dominio en el mercado, analizada por el derecho de la competencia—, se refiere a aquellas condiciones jurídico-económicas que se presentan en determinadas situaciones de hecho, que permiten a una de las partes ejercer el control de la relación contractual. No obstante, debe precisarse que, el simple hecho de que exista una posición dominante no implica *per se* que exista

⁸⁰ Soto Coaguila, Carlos Alberto. *La contratación Predispuesta*. Revista Foro Derecho Mercantil. N° 6, ene.-mar de 2005.

⁸¹ Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal arbitral de A KORN ARQUITECTOS S.A.S. v. CÉSAR ANTONIO PÉREZ HEANO Y OTROS. Laudo de 13 de abril de 2021.

⁸² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de mayo de 1974. M.P. Ernesto Escallón Vargas.

un abuso sancionable por el derecho. Así lo ha explicado la doctrina nacional, al analizar las cláusulas impuestas unilateralmente por un contratante:

“Así pues, no todas las condiciones generales ni las cláusulas impuestas por un contratante unilateralmente, ostentan, por sí mismas, la condición de abusivas, que sólo lo serán en la medida en que involucren facultades o atribuciones que, en general, desmejoren la situación del contratante más débil, o que limiten el ejercicio de las acciones para hacer efectivas las prestaciones estipuladas a su favor, o que restrinjan el reconocimiento de las indemnizaciones a que tiene derecho por incumplimiento (...)”⁸³.

224. En el mismo sentido, la doctrina arbitral ha señalado lo siguiente:

“Sin embargo, no puede partirse de prevenciones en virtud de las cuales los contratos por adhesión a contenidos predispuestos o a condiciones generales, necesariamente tienen cláusulas que favorecen injustificadamente al predisponente de las mismas, usualmente el de mayor poder económico o el que detenta una posición de dominio, o que eluden o limitan en grado sumo su responsabilidad. Esa contratación estandarizada ha sido, como se dijo, fruto de la vida moderna, y el derecho debe adaptarse a esas realidades protegiendo los derechos sin prevenciones y el juez debe analizar, en cada caso, la situación propuesta, para lo cual la jurisprudencia se ha detenido a verificar si se mantienen la buena fe y el equilibrio contractual.

“Con esto el Tribunal quiere enfatizar el hecho de que no debe concluirse que por el solo hecho de celebrarse un contrato por adhesión a contenidos predispuestos, se genere una situación de abuso”⁸⁴.

225. Lo anterior significa que, en cada caso concreto, el juez del contrato deberá estudiar las particulares situaciones que rodearon la celebración y ejecución del contrato sometido a su conocimiento, para de esa forma concluir si se presentó, o no, una situación de abuso de una posición contractual dominante o si en el contrato se introdujeron cláusulas que puedan considerarse abusivas, en tanto, obrándose en contra de la buena fe, hayan generado un desequilibrio injustificado entre los contratantes.

⁸³ Santos Ballesteros Jorge. *Instituciones de Responsabilidad Civil*. Tomo II. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá (2004). p.ÁG.116.

⁸⁴ Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal arbitral de PUNTO CELULAR LTDA. v. COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A. Laudo de 23 de febrero de 2007.

226. Ahora bien, clasificar un contrato como de contenido predispuesto tiene una incidencia relevante en la manera en que su clausulado debe ser interpretado. En efecto, el artículo 1624 del Código Civil establece lo siguiente:

“ARTICULO 1624. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

“Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella” (se destaca).

227. Al respecto es pertinente señalar que la interpretación contra el predisponente, o interpretación contra *proferentem*, es uno de los distintos criterios de interpretación de los contratos previstos en el ordenamiento jurídico colombiano, de aplicación ciertamente subsidiaria. Sobre los distintos criterios consagrados en el Código Civil, la jurisprudencia civil ha señalado lo siguiente:

“La interpretación de los contratos es labor que el legislador tiene librada a la autonomía del juzgador. Sin embargo, para que ella se pueda realizar con el mayor acierto, la propia ley dota al juez de una serie de herramientas o directrices llamadas a guiar su tarea con el objetivo de descubrir el verdadero contenido y alcance de las cláusulas contractuales, la real voluntad de las partes contratantes y los fines buscados por ellas al ajustar el negocio, pautas entre las cuales resultan de cardinal importancia, en cuanto interesan para resolver el cargo, aquellas que privilegian la intención de los contratantes, frente a la literalidad de las palabras (artículo 1618 C.C. y el sentido de eficacia de las cláusulas (artículo 1620 ibídem), así como que debe atenderse, de no aparecer voluntad en contrario, la interpretación que mejor se ajuste a la naturaleza del pacto (artículo 1.621 C.C., y la de una apreciación armónica y coordinada de las diversas estipulaciones, consultando la unidad e integralidad del contrato, pues de otra manera fácilmente se llega a su desarticulación”⁸⁵.

228. Frente al criterio de interpretación contenido en el artículo 1624 del Código Civil, lo primero que se debe destacar es que se trata de una regla subsidiaria, pues solamente podrá ser utilizada *“no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación”*. Es decir, sólo debe ser aplicada cuando los parámetros de interpretación

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 7 de mayo de 2002. Exp. No. 6181. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

de que tratan los artículos 1618 a 1623 del Código Civil no son precedentes, porque no generan una convicción suficiente sobre el genuino sentido y alcance de la estipulación. Por esta razón, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que *“otra regla más, resaltada a menudo por su aplicación a veces exagerada en materia de contratos de adhesión, es la que contiene el artículo 1624 del Código Civil, regla meramente subsidiaria que sólo debe aplicarse en la medida en que hayan fracasado los esfuerzos de interpretación realizados con base en las demás reglas contenidas en los artículos 1619 a 1623 del Código Civil”*⁸⁶.

229. Por otro lado, para que proceda esta regla de interpretación, es necesario que se trate de cláusulas *ambiguas*, esto es, equívocas, dudosas u oscuras. Este es un presupuesto necesario para que se habilite la implementación de la regla subsidiaria del artículo 1624 del Código Civil, como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia: *“Constituyendo un negocio jurídico por o de adhesión, donde de ordinario, el contenido está predispuesto por una de las partes, usualmente en su interés o tutela sin ningún o escaso margen relevante de negociación ni posibilidad de variación, modificación o discusión por la otra parte, aun cuando, susceptible de aceptación, no por ello, su contenido es ilícito, vejatorio o abusivo per se, ni el favor pro adherente e interpretatio contra stipulatorem, contra proferentem, actúa de suyo ante la presencia de cláusulas predispuestas, sino en presencia de textos ambiguos y oscuros, faltos de precisión y claridad, en cuyo caso, toda oscuridad, contradicción o ambivalencia se interpreta en contra de quien las redactó y a favor de quien las aceptó”*⁸⁷.

230. Es pertinente destacar que el artículo 1624 del Código Civil contiene dos reglas que son claramente diferenciables. En primer término se establece que, en caso de que no sea posible desentrañar el sentido de una estipulación luego de utilizar las distintas herramientas hermenéuticas establecidas en la ley, se impone una interpretación a favor del deudor si la cláusula contiene una ambigüedad insuperable —esta es la regla general—; en segundo lugar, y como criterio de excepción, el segundo inciso del mencionado artículo 1624 del estatuto civil obliga a realizar una interpretación *contra proferentem* o *contra stipulatorem* en los casos en los que exista una cláusula ambigua y esta ambigüedad provenga de la falta de explicación que ha debido darse por el predisponente cuando la incluyó en el contrato.

231. Sobre la razón de ser de las reglas de interpretación *contra proferentem* o *stipulatorem*, en materia arbitral se ha indicado lo siguiente:

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC-038-2015 de 2 de febrero de 2015. M.P. Margarita Cabello Blanco.

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC-9618-2015. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

“Ahora bien, el segundo inciso contiene una regla dirigida a resolver las diferencias que surjan entre los contratantes cuando se trate específicamente de un contrato de adhesión, es decir, en aquellos casos en que una de las partes tiene un poder de negociación preponderante, que le permite imponer a la otra las condiciones del negocio; o cuando se trate del evento en que una de las partes tuvo la oportunidad de expresar las condiciones en que se llevaría a cabo el acto, pero lo hizo en forma inadecuada o impropia. Nótese que la regla tiene un carácter sancionatorio, pues castiga a la parte que incurre en las ambigüedades, razón por la cual la cláusula dudosa ‘se interpretara contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella’. De ahí que la doctrina señale que ‘el agente que redacta una cláusula debe proceder con el cuidado necesario para que esta no adolezca de ambigüedad, dando para el efecto las explicaciones indispensables para disiparla. Si así no lo hace, incurre en culpa que le acarrea responsabilidad que, para el efecto, se traduce en que dicha ambigüedad se interpreta en contra suya’ (G. Ospina Fernández, E. Ospina Acosta. Teoría General del contrato y del Negocio Jurídico, Editorial Temis, 5ª Edición, Bogotá, 1998. Pág. 411).

“Esta regla será aplicable solo a los contratos de adhesión, pues en los demás eventos, las partes tienen la oportunidad de sugerir correcciones y comentarios al texto del contrato.

“En el mismo sentido se ha precisado: ‘A este respecto cabe señalar que la regla ‘contra proferentem’ contenida en el inciso segundo del artículo 1624 del Código Civil es de naturaleza sancionatoria para quien habiendo redactado las estipulaciones contractuales lo haya hecho de manera ambigua, incompleta o incoherente. Es claro que para que proceda esa sanción una sola de las partes ha debido redactar el texto deficiente, pues si este fuera el producto de la tarea conjunta de los distintos contratantes, no podría resultar penalizado uno solo de ellos. En efecto, si la otra parte también participó en la redacción, o se abstuvo de hacerlo, a pesar de tener la posibilidad efectiva de intervenir, el mal resultado de la elaboración de la cláusula en cuestión también será imputable a esta, bien por acción o por omisión negligente. Bien entendidas las cosas, entonces, la sanción a que nos referimos solo podrá aplicarse dentro del ámbito de los contratos de adhesión, pues solo en este escenario una sola de las partes tiene el poder para imponer el clausulado del contrato. En todos los demás supuestos la otra parte puede sugerir correcciones y complementaciones al texto contractual, lo que impide en esta hipótesis imponer la sanción interpretativa a uno solo de los contratantes’ (Jorge Suescún Melo. Derecho Privado. Estudios de

*Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo II. 2ª edición. Legis S.A. y Universidad de Los Andes. Bogotá. 2003. Pág. 19)*⁸⁸.

232. En síntesis, el Tribunal destaca que las reglas contenidas en el artículo 1624 del Código Civil: (i) son subsidiarias y solo deben ser aplicadas en caso de que los otros parámetros hermenéuticos no resulten suficientes para desentrañar la verdadera intención de los contratantes; (ii) la regla del primer inciso del artículo en mención es una regla general que prevé una interpretación en favor del deudor; y (iii) la regla en contra del predisponente es una disposición excepcional, que solo debe aplicarse en caso de que la ambigüedad sea atribuible a quien extendió la cláusula por no haberla explicado de manera adecuada, debiendo hacerlo.

233. Evaluadas las posiciones de las partes, anteriormente reseñadas, así como el fundamento jurídico que cada una de ellas ha esbozado, el Tribunal, luego de valorar los medios de prueba, considera que el contenido del Contrato de Concesión celebrado el 3 de marzo de 2010 sí fue elaborado o predispuesto por AUTEKO, sin que TODOMOTOS hubiera tenido posibilidad de manifestarse sobre el mismo.

234. Al respecto, el señor Jorge Antonio Villareal González, socio de TODOMOTOS, en la declaración que rindió en el trámite 2021 A 0021 y que fue debidamente trasladada a este proceso, manifestó lo siguiente:

“(...) en marzo del 2010, por cierto, yo iba viajando de San Sebastián para recorrer los almacenes acá de la zona fraca..., de la zona bananera, perdón, de la zona bananera, cuando me llama Fernel... antes de Alberto Pasella tenía otro gerente comercial, en esa época era Fernel Díaz, que me ayudaba en la parte comercial; me llama y me dice, ‘don Jorge, venga, nos tienen parado el despacho de motos porque Todomotot y Servimax no han firmado un contrato que mandaron desde hace rato’, yo le digo ‘Fernel vega, a mí no me ha llegado ningún contrato’, me dice ‘sí, patrón, llámese al jefe...’; el jefe de esa zona era Alejandro Jaramillo creo que es, Alejandro Jaramillo en esa época. Yo llamo a Alejandro Jaramillo y me dice ‘Jorge sí, efectivamente, hay un contrato que firmar, que Auteco le ha mandado a todos los socios’, y le dije, ‘venga, pero Alejo, a mí no me ha llegado nada’. Alejo me dice ‘bueno listo, te lo voy a reenviar’. Él me reenvía el contrato, y yo llego al Copey, lo leo someramente, el contrato, llamo a Alejandro Jaramillo, ‘venga, Alejandro, pero es que este contrato me toca leerlo con más detalle’, me dice ‘sí, Jorge,

⁸⁸ Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal Arbitral de TELECONSORCIO S.A., TELEPREMIER S.A., NEC CORPORATION, NISSHOLWAI CORPORATION, MITSUI & CO. LTD., y SUMITOMO CORPORATION v. EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES, TELECOM EN LIQUIDACIÓN. Laudo del 13 de mayo de 2005.

no hay problema, puedes tomarte todo el tiempo que leas, pero eso sí, el despacho de motos está paralizado, no te puedo despachar motos porque si no... hasta que firmes el contrato'. En esa época, pleno crecimiento, los almacenes sin motos nosotros todavía, los almacenes solos, llamé a Milton y a don Raúl, que tenían otras sociedades, y les dije 'don Milton, (...) acá, yo no (...) no sabía de este contrato que me llegó, lo leo someramente, ¿qué hago? No me despachan motos si no...'; don Raúl me dice 'Jorge, eso hay que firmarlo tal como está ahí porque no se le puede cambiar ni una coma, ya nosotros también pasamos por las demás empresas y nos tocó firmarlo, todos nos tocó firmarlo para que haya despacho; el que no lo firme no le despachan y pues se acaba el negocio'. Entonces me tocó firmar el contrato y mandárselo, en esa época creo que se lo mandé hasta por fax, y después físicamente a Auteco, en esa época no había internet todavía sino era todo por fax (...)'".

235. AUTECO, por su parte, ha manifestado que el Contrato fue remitido en el mes de octubre de 2009 a la red de socios comerciales, para sus comentarios y observaciones, y que, por tanto, TODOMOTOS tuvo tiempo más que suficiente para revisar el contenido y realizar las manifestaciones que considerara pertinentes. Al respecto, la señora Claudia Garcés Acero, representante legal de AUTECO manifestó lo siguiente:

"PARTE CONVOCANTE: Doctor, en esencia pues quien se sentó a elaborarla, escribirle y demás, no le sabría decir. Sin embargo y en efecto pues y aquí quiero aclarar algo, este contrato o estas mesas de conversación y demás que se realizaron fueron el 2009, para este momento pues toda nuestra digamos fuerza comercial y demás se sentó con los socios comerciales para concertar algunos puntos de este contrato y fue en 2010 si no estoy mal finalizando 2009 o iniciando 2010 que se le mandó el documento a Todomototos para que pudiera pues revisar esta versión final y mandarlo firmado. Pero pues en estricto sentido la persona que redactó el documento no le sabría decir Doctor. Lo que sí sé es que fue una construcción conjunta entre nuestras áreas comerciales, jurídicas y los socios comerciales (...)'".

236. No obstante lo anterior, no encuentra el Tribunal evidencia en el expediente en el sentido de que la información sobre los modelos de contrato que serían utilizados por AUTECO en el año 2010 hubiera sido remitida previamente a TODOMOTOS, o que se hubiera presentado el proceso de "construcción conjunta" de los modelos contractuales al que se ha hecho referencia.

237. En consecuencia, el Tribunal concluye que, efectivamente, el Contrato de Concesión celebrado entre AUTECO y TODOMOTOS es un contrato de contenido

predispuesto y, por tanto, se declarará que prospera la tercera pretensión principal de la demanda de reconvención subsanada y, a su vez, que no se encuentra probada la excepción denominada “*M. EL CONTRATO FUE CONOCIDO, VALORADO Y CELEBRADO LIBREMENTE*”, en cuanto al específico punto de la forma de celebración del contrato.

238. Ahora bien, en cuanto al carácter ambiguo de las estipulaciones contractuales y al efecto que persigue la Demandante en Reconvención, en el sentido de que sean interpretadas a favor de TODOMOTOS, o, lo que es igual, en contra de AUTEKO, observa el Tribunal en primer término que no existe en la demanda de reconvención subsanada ni en los alegatos de conclusión de la Convocante en Reconvención mención alguna sobre qué estipulación específica del Contrato es ambigua, por oscura, dudosa o equivoca en cuanto a su sentido y alcance.

239. Esta circunstancia impide al Tribunal hacer una declaración en el sentido solicitado en la Demanda de Reconvención, no solo porque se estaría vulnerando el derecho de defensa de AUTEKO, en cuanto que no tuvo oportunidad de controvertir dicha imputación y demostrar que, por el contrario, las estipulaciones sí eran claras y precisas, sino que, como lo ha señalado la doctrina arbitral arriba citada, el efecto que se persigue, que es la aplicación del segundo inciso del artículo 1624 del Código Civil, tiene un claro tinte sancionatorio, lo que no permite aplicarlo a una situación de hecho difusa e indeterminada.

240. En consecuencia, el Tribunal negará la prosperidad de la pretensión cuarta principal de la demanda de reconvención subsanada y por ende no es necesario considerar las excepciones que buscaban enervar estas pretensiones, entre ellas, la titulada “*N. INEXISTENCIA DE ESTIPULACIONES AMBIGUAS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN*”. Asimismo, negará la prosperidad de la tercera pretensión principal de la demanda de reconvención subsanada.

4.8.2.2 Sobre la simulación relativa

241. Respecto de las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la simulación, el Tribunal se remite a lo analizado a espacio en líneas anteriores con el fin de no redundar en lo expuesto.

4.8.2.3 Sobre la nulidad absoluta

242. De manera general, la nulidad es la sanción que el ordenamiento jurídico impone ante la ausencia de alguno de los requisitos establecidos en la ley para que el negocio jurídico sea válido. En efecto, de conformidad con el artículo 6º del Código Civil, “[l]a sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa: es el bien o el mal que se

deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones. // En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulen en los contratos”.

243. Por otra parte, el artículo 1740 del Código Civil establece cuándo un acto es nulo e indica que la nulidad puede ser de dos clases: nulidad absoluta o nulidad relativa. Sobre el particular, el mencionado artículo señala lo siguiente:

“Artículo 1740. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

“La nulidad puede ser absoluta o relativa”.

244. Seguidamente, el artículo 1741 *Ibidem* señala cuáles son las causales para que se configuren los dos tipos de nulidades:

“Artículo 1741. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

“Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

“Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”.

245. Las dos especies de nulidad a las que se ha hecho alusión están consagradas también en el ordenamiento mercantil, tal y como lo disponen los artículos 899 y 900 del Código de Comercio, con una regulación sustancialmente igual a la del derecho común.

246. De lo anterior se desprende que, para la configuración de la nulidad absoluta, la ley establece taxativamente las siguientes causales: (i) objeto ilícito; (ii) causa ilícita; (iii) omisión de las formalidades previstas para el valor del acto; y (iv) incapacidad absoluta. La omisión de cualquier otro requisito genera nulidad relativa.

247. Como la nulidad es una sanción por la inobservancia de los requisitos legales, dicha consecuencia debe ser declarada judicialmente. Una vez declarada, se generarán los efectos previstos en el artículo 1748 del Código Civil, a saber:

“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

“En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”.

248. Sobre este particular asunto, la jurisprudencia civil ha explicado lo siguiente:

“Declarada judicialmente la nulidad de un contrato, las partes deben ser restituidas de jure al estado anterior, y por tanto, la prestación respectiva, que conduce a que la restitución se verifique se debe también de jure, y procede en ello oficiosamente la justicia sin necesidad de demanda. Tales prestaciones comprenden, además de la devolución de las cosas dadas con ocasión del contrato invalido, sus intereses y frutos, el valor de los gastos y mejoras que se hubieren realizado en ellas, además de las indemnizaciones provenientes de la perdida culposa o deterioro que sufrieran mientras estuvieron en poder de la parte obligada a la restitución”⁸⁹.

249. De lo anterior se colige que, una vez declarada la nulidad de un negocio jurídico, los efectos que de él se derivaron deben retrotraerse. Esto, con la finalidad de que las partes contratantes vuelvan al estado en el que se encontrarían si el negocio jurídico nunca se hubiera celebrado.

250. Finalmente, el artículo 1742 del Código Civil dispone que la nulidad absoluta debe ser declarada por el juez cuando aparezca de manera evidente en el acto o contrato. Señala, que, en todo caso, la nulidad absoluta puede sanearse por la prescripción extraordinaria, o también por la ratificación de las partes siempre que el vicio no haya

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de febrero de 2003. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

sido generado por objeto o causa ilícita. Señala la disposición antes mencionada lo siguiente:

“ARTICULO 1742. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”.

251. Lo anterior significa que la nulidad absoluta puede ser saneada por convalidación, en los casos en los que ella se haya generado por la omisión de una formalidad que conduce a su ineficacia o cuando el acto proviene de la voluntad de una persona con discapacidad absoluta. En el primer escenario, la ratificación exige que la intervención de todos los contratantes para el otorgamiento de la solemnidad faltante.

252. Distinto es el caso de la nulidad absoluta por objeto o causa ilícita, que solo puede ser saneada por la prescripción extraordinaria. Así lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia en la que se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936:

“La prescripción extraordinaria de la acción de nulidad absoluta por el transcurso de 20 años, como ya se dijo, impide que después de vencido ese plazo, las personas que tenían interés legítimo para incoarla lo puedan hacer, quedando de esta manera saneado el vicio de que adolecía el acto o contrato, así éste sea ilícito. Asunto que bien puede regular el legislador dentro de su facultad para reglamentar las relaciones jurídicas y adoptar mecanismos enderezados a solucionar los conflictos que de ellas se deriven, siempre y cuando al hacerlo no contraríe ningún precepto constitucional”⁹⁰.

253. Sobre el particular, se destaca que, mediante el artículo 1º de la Ley 791 de 2002, se redujo el término de las prescripciones “veintenarias”, como “la de saneamiento de nulidades absolutas”, al término de diez (10) años. De esta forma, cualquier nulidad absoluta, sin importar cuál sea la causal que se alegue, quedará saneada por el paso del tiempo: “lo que hace el derecho objetivo al recoger la prescripción extintiva no es otra cosa que asociar consecuencias jurídicas a un fenómeno indiscutible: el efecto psicológico y sociológico que determina el paso del tiempo. Aún los regímenes originados en un hecho

⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-597 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

de fuerza, pugnante con la legitimidad vigente, crean su propio curso de legitimidad, olvidado su origen”⁹¹.

4.8.2.4 Sobre la ineficacia

254. La ineficacia, por su parte, está consagrada en el artículo 897 del Código de Comercio, en virtud del cual *“cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”*.

255. Sobre el origen y los efectos de esta figura jurídica, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha explicado lo siguiente:

“Concerniente a este asunto, es pertinente destacar que aparte del aludido concepto genérico de la ineficacia, el Código de Comercio de 1971 consagró una particular figura que denominó ineficacia de pleno derecho, o simple ineficacia, que además de contemplarla en varias normas específicas (v. g., arts. 110-4, 122, 190, 366, 390, 433, 1203, 1210, 1244, 1613), le fijó sus contornos generales de esta manera: «Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial». Estatutos posteriores, entre los que cabe recordar las leyes 222 de 1995, 226 de 1995 y 1116 de 2006, disciplinan otros eventos de especial ineficacia negocial.

“La adopción de esa nueva ineficacia por el legislador colombiano, para sancionar irregularidades de los actos o negocios jurídicos comerciales, tuvo su fuente irrefutable en el deseo de prever un mecanismo más ágil, que no requiera decisión judicial para ser reconocida, a diferencia de la nulidad (art. 1746 del C.C.). Pudo tener algo de inspiración en comentaristas del Código Civil italiano de 1942, porque en ese ordenamiento, aparte de las nulidades, se previeron formas de ineficacia, cuando «el negocio no produce su normal efecto por algún obstáculo (negativo, o positivo) de carácter extrínseco que lo hace (ipso iure) inidóneo para operar».

“(…)

“En el derecho nacional la concepción de la figura entraña una forma radical de carencia de efectos del negocio de que se trate, de modo que, aparte de las similitudes o diferencias entre los sistemas jurídicos, lo cierto es que según

⁹¹ *Ibíd.*

*las reglas aquí imperantes, la expresión de ineficacia, que antes poseía un significado genérico y comprensivo de las diferentes formas de invalidez o crisis del negocio jurídico, pasó a contemplarse como una forma concreta de fracaso del mismo*⁹².

256. Se colige de lo anterior que la ineficacia, como sanción especial consagrada en el Código de Comercio, supone que el negocio jurídico respectivo carece por completo de efectos, de modo tal que desde el momento de su perfeccionamiento no debe generar consecuencias jurídicas. Se destaca, además, que de la redacción del artículo 897 del Código de Comercio se desprende que la ineficacia de pleno derecho solamente será procedente cuando *“en este Código se exprese que un acto no produce efectos”*. Es decir, es una sanción que solo puede ser aplicada en los casos taxativamente señalados en la ley.

257. Finalmente, se destaca que, ante el silencio del Código de Comercio para regular las consecuencias de la declaratoria de ineficacia de pleno derecho, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que es posible realizar una remisión a las normas del Código Civil que regulan las sanciones contractuales —como la nulidad absoluta—. Sobre este punto, la Corte manifestó:

“Realizada la anterior delimitación temática y volviendo al caso, dable es colegir que el parecer hermenéutico del sentenciador no cayó en desatino de juicio al emplear el artículo 1525 del Código Civil en la ineficacia que reconoció, porque se apoyó en el sistema regulatorio de las sanciones contractuales del derecho privado nacional, del cual puede deducirse que a la ineficacia de pleno derecho dispuesta en el artículo 897 del estatuto mercantil y prevista en normas especiales, bien pueden atribuirse las secuelas propias de la nulidad absoluta, sobre todo cuando su razón legal en un caso concreto, coincida con una causal de esa particular nulidad.

“(…)

“Es que si la ley comercial no trajo ninguna regulación sobre las secuelas de la ineficacia, que es una sanción para privar de efectos los negocios jurídicos, por ciertas anomalías previstas en las normas sobre su creación, tiene cabida el empleo de la ley civil por cuanto se trata de temas que se refieren a su «formación», así como al «modo de extinguirse, anularse o rescindirse».

⁹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC4654-2019 de 30 de octubre de 2019. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

“Ese artículo 822 del estatuto mercantil es el puente que une los dos estatutos, civil y comercial, en las referidas materias concernientes con los actos o negocios jurídicos y obligaciones mercantiles; por lo tanto, es la que hace posible aplicar las reglas de la nulidad absoluta del Código Civil, a la ineficacia, mediante una integración normativa por remisión expresa, y no por analogía”⁹³.

4.8.2.5 Sobre la prescripción extintiva

258. El artículo 2512 del Código Civil se refiere a la prescripción y sus modalidades en los siguientes términos: *“La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. // Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción”*.

259. Teniendo en cuenta ese marco normativo general, puede señalarse que la prescripción extintiva es un modo de extinguir las obligaciones y los derechos correlativos, que opera por el transcurso del tiempo y la inactividad del titular de un derecho que, pudiendo hacerlo efectivo, se abstiene de ejercer las acciones que el ordenamiento le confiere para tal propósito. Está consagrada legislativamente en el artículo 2535 del Código Civil, según el cual *“la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. // Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”*. Por su parte, el numeral décimo del artículo 1625 del Código Civil, al listar los modos de extinción de las obligaciones, consagra allí a la prescripción como una modalidad extintiva de las relaciones jurídicas de carácter personal.

260. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha delimitado la naturaleza y los requisitos de la prescripción extintiva de la siguiente forma:

“La prescripción liberatoria o extintiva de derechos personales es un modo de extinguir los derechos y las acciones a consecuencia del transcurso de un lapso predeterminado en la ley, sin que el titular de esos derechos y acciones los haya ejercido. Su consolidación se supedita a que la acción sea prescriptible, que es la regla general; a que transcurra el tiempo legalmente establecido teniendo en consideración la interrupción y suspensión de que puede ser

⁹³ Ibid.

*objeto; y a que el titular del derecho de acción se abstenga en ese tiempo de ejercer el derecho en la forma legalmente prevenida*⁹⁴.

261. De conformidad con lo anteriormente señalado, es claro que se trata de una institución que tiene como propósito dotar de certeza y de seguridad jurídica a las situaciones de hecho que se mantienen sin modificación durante los periodos de tiempo que establezca el ordenamiento jurídico, con lo que se protege igualmente la confianza de las personas que han basado sus determinaciones en la mencionada estabilidad. Asimismo, la prescripción extintiva sanciona la inactividad del titular de un derecho que, pudiendo exigirlo o hacerlo efectivo, se abstiene de reclamar su efectividad oportunamente. De allí que el hito a partir del cual comienza a correr el término previsto en la ley para el efecto es, por regla general, la época en la que la obligación se hace exigible, pues desde ese momento el titular del derecho se encuentra habilitado para acudir ante la administración de justicia y perseguir su satisfacción.

262. No existe una disposición de carácter general en el Código Civil o en el Código de Comercio que establezca desde cuándo empieza a contarse el plazo de prescripción en las acciones de naturaleza contractual, como las que persiguen, *v.gr.*, la nulidad, la ineficacia o la simulación de un acto o contrato.

263. En relación con la prescripción de la acción para que se declare la nulidad absoluta de un acto o contrato, que el Tribunal entiende extensiva a la ineficacia de pleno derecho, la jurisprudencia ha señalado que, ante el silencio del legislador en la materia, *“es preciso verificar en qué momento el legitimado para invocarla tuvo o debió tener conocimiento de la existencia del acto de cuestionada validez; desde allí surgiría su interés jurídico, la posibilidad de controvertirlo y, por tanto, la carga de enfrentar las consecuencias desfavorables por su inactividad”*⁹⁵. Al respecto, estima el Tribunal que en el supuesto de negocios jurídicos de forma libre como la concesión mercantil o, incluso, *gratia discutione*, de la agencia comercial, la prescripción de las acciones dirigidas a solicitar la nulidad absoluta o la ineficacia de algunas de sus cláusulas, impetradas por alguna de las partes del contrato, debe empezar a contarse a partir de la celebración del respectivo negocio jurídico.

264. Respecto de la acción de simulación, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el *“plazo letal”* de la prescripción extintiva *“no puede contarse desde la fecha de celebración del negocio, sino a partir de un hecho que implique un desconocimiento del derecho o relación jurídica acordada entre las partes*

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC6575-2015 de 28 de mayo de 2015. M.P. Jesús Vall de Rutén Ruíz.

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC279-2021 de 15 de febrero de 2021. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

del convenio”, pues solo desde ese momento surge el interés jurídico del actor. Indicó la Corte al respecto que “[s]i bien los extremos de la relación negocial pueden tener interés en cualquier momento para ejercer la acción de simulación, la concreción de un posible perjuicio y, consecuentemente, el interés para ese ejercicio, acontece cuando una de ellas (o sus causahabientes) pone en riesgo el derecho que subyace en el pacto oculto”⁹⁶.

4.8.2.6 Las acciones dirigidas a que declare la nulidad absoluta o la ineficacia de algunas cláusulas del Contrato celebrado por las partes el 3 de marzo de 2010 están prescritas

265. Con fundamento en los planteamientos anteriormente realizados, este panel arbitral llega a la conclusión de que las acciones dirigidas a que se declare la nulidad absoluta, o en subsidio la ineficacia, de *“cualquier estipulación contractual (...) que tenga por objeto o como efecto calificar la relación jurídica existente”* entre AUTEKO y TODOMOTOS *“como una relación diferente de una agencia comercial”* (pretensiones sexta principal y pretensión subsidiaria de la sexta principal de la Demanda de Reconvención), están prescritas, pues desde la fecha de celebración del contrato, 3 de marzo de 2010, y la fecha de contestación de la demanda inicial y de radicación de la demanda de reconvención, 22 de julio de 2021, transcurrieron más de diez (10) años.

266. En el mismo sentido, las pretensiones dirigidas a que se declare la nulidad absoluta de la cláusula Décima Sexta del Contrato, y en subsidio su ineficacia de pleno derecho, en el aparte relativo a que *“[e]l Concesionario se obliga a no comprar directa ni indirectamente a otros proveedores, nacionales o extranjeros, los productos de que trata el presente contrato, ni otros similares, conductas éstas que permanecerán en plena vigencia durante todo el tiempo de duración del contrato y hasta por dos (2) años más, a partir de la terminación del mismo”* (pretensiones séptima principal y pretensión subsidiaria de la séptima principal de la demanda de reconvención), están prescritas, ya que entre la fecha de celebración del Contrato, 3 de marzo de 2010, y la fecha de contestación de la demanda inicial y de radicación de la demanda de reconvención, 22 de julio de 2021, transcurrieron más de diez (10) años.

267. De igual manera, las pretensiones atinentes a que se declare la nulidad absoluta, o en subsidio la ineficacia de pleno derecho, de la cláusula Décima Octava del Contrato, contentiva de la cláusula penal pactada por las partes, por el carácter unilateral con el que fue establecida o por la renuncia a la constitución en mora, (pretensiones octava principal y pretensión subsidiaria de la octava principal de la Demanda de Reconvención), el Tribunal encuentra que tales pretensiones también están prescritas, pues

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC21801-2017 de 15 de diciembre de 2017. M.P. Margarita Cabello Blanco.

transcurrieron más de diez (10) años desde la fecha de celebración del Contrato, 3 de marzo de 2010, y la fecha de contestación de la demanda inicial y de radicación de la demanda de reconvención, 22 de julio de 2021.

268. Para estos efectos, y de conformidad con lo establecido en el artículo 2513 del Código Civil, en concordancia con el artículo 282 del Código General del Proceso, el Tribunal tiene en cuenta que la Convocada en reconvención propuso la excepción que tituló “Z. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA” (págs. 200 y ss. de la contestación a la demanda de reconvención), con fundamento en que el tiempo transcurrido desde la celebración del Contrato y hasta la presentación de la demanda de reconvención superó el máximo lapso establecido en la ley para la extinción de los derechos y acciones de que se trata.

269. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal declarará probada parcialmente la excepción que la Convocada en Reconvención denominó “Z. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA”, y, por ende, negará la prosperidad a las pretensiones sexta pretensión principal, pretensión subsidiaria de la sexta pretensión principal, séptima pretensión principal, pretensión subsidiaria de la séptima pretensión principal, octava principal y pretensión subsidiaria de la octava pretensión principal.

4.8.2.7 La simulación relativa del Contrato celebrado entre las partes el 3 de marzo de 2010

270. Teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial arriba reseñada sobre el criterio aplicable a la prescripción extintiva de la acción de simulación, el Tribunal considera que, en la tesis expuesta por la Convocante en Reconvención, que alega que el contrato denominado por las partes como de concesión no corresponde a la intención real de los contratantes sino que el vínculo que los unía era en realidad un contrato de agencia comercial, el interés para hacer efectivos los derechos que se derivarían del acto oculto habría surgido cuando TODOMOTOS manifestó expresamente que no lo ligaba con AUTEKO un contrato de concesión sino un negocio jurídico de agencia comercial. Y ese planteamiento de la aquí Convocante en Reconvención se produjo en el año 2015, cuando AUTEKO propuso a su red de socios comerciales que suscribieran contratos de agencia comercial en lugar de los antiguos contratos de concesión que hasta esa época los habían vinculado. Es en esa época cuando TODOMOTOS le indicó a AUTEKO que tenía la calidad de agente comercial y que no estaba dispuesto a renunciar a una cesantía comercial que consideraba causada.

271. De conformidad con las anteriores consideraciones, no se habría materializado respecto de la pretensión de simulación relativa arriba reseñada el fenómeno extintivo de la prescripción, pues no habría transcurrido el plazo de 10 años establecido en la ley para el efecto.

272. No obstante lo anterior, el Tribunal considera que la quinta pretensión principal de la demanda de reconvención y su pretensión consecuencial, en las que se solicita declarar que *“la compra para la reventa”* a la que se refiere el contrato celebrado por las partes el 3 de marzo de 2010 *“es un acto jurídico relativamente simulado”*, que *“constituyó, en realidad, un depósito en consignación de mercancías”* por parte de AUTECO y a favor de TODOMOTOS, no están llamadas a prosperar, no solo porque ni en la demanda, ni en los alegatos de conclusión, ni en el material probatorio allegado al expediente, hay un desarrollo, así sea somero, sobre cuál sería el fundamento para que el Tribunal realice las mencionadas declaraciones, sino porque los medios de prueba a los que se hizo referencia en acápite anterior sobre la contabilización que ambas sociedades realizaban respecto de las operaciones que ellas efectuaban llevan a la conclusión no refutada de que se celebraban compras de productos para la reventa y no depósitos en consignación, y, particularmente, porque no existe prueba alguna en el plenario que permita encontrar acreditado el concierto simulatorio celebrado entre AUTECO y TODOMOTOS dirigido a disfrazar un negocio verdadero detrás de uno aparente.

273. Las anteriores consideraciones conducen a que el Tribunal declare la no prosperidad de la quinta pretensión principal de la demanda de reconvención y su pretensión consecuencial y, en consecuencia, que no sea necesario declarar probada la excepción rotulada *“G. INEXISTENCIA DE SIMULACIÓN ALGUNA – EL CONTRATO SIEMPRE CORRESPONDIÓ A UN CONTRATO DE CONCESIÓN”*, que propuso la Convocada en Reconvención.

4.9. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES QUE TODOMOTOS LE IMPUTA A AUTECO

274. En el presente acápite, procede el Tribunal a resolver las pretensiones formuladas por TODOMOTOS, relativas a los incumplimientos que le imputa a AUTECO (pretensiones novena principal, décima principal, décima primera principal, décima segunda principal y décima tercera principal, todas de la demanda de reconvención subsanada).

4.9.1 Posición de las partes

4.9.1.1. Posición de la Convocante en Reconvención

275. En la demanda de reconvención, TODOMOTOS solicita que se declare que AUTECO incumplió las obligaciones contenidas en las siguientes cláusulas del Contrato: (i) el párrafo de la Cláusula Décima Sexta; (ii) la Cláusula Vigésima; (iii) la Cláusula Segunda; y (iv) la Cláusula Tercera. Adicionalmente, pretende que se declare que la

Convocada en Reconvención incumplió los deberes secundarios de conducta que la buena fe imponía en la ejecución del Contrato.

276. Al pronunciarse sobre las anteriores pretensiones en sus alegatos de conclusión, la Convocante en Reconvención señaló que AUTECO incumplió la obligación contenida en el párrafo de la Cláusula Décima Sexta del Contrato al ofrecerle empleo a funcionarios de TODOMOTOS. Indicó que así quedó probado por medio de las declaraciones extrajudiciales rendidas por Yuris Eduardo Pulido Alcalá y Fredy David Bravo Arévalo y por el testimonio trasladado del señor Jesús Quintero.

277. Adicionalmente, manifestó que *“ante la renuncia de TODOMOTOS de suscribir la renuncia a la cesantía comercial, (AUTECO) inició una campaña de discriminación comercial contra mi mandante, en abierta contravención de la buena fe contractual y de las prácticas que han de regir la sana, leal y recta competencia, lo que constituye un incumplimiento a los deberes secundarios de conducta y al Contrato”*.

4.9.1.2. Posición de la Convocante en Reconvención

278. En la contestación de la demanda de reconvención, AUTECO se opuso a la totalidad de las pretensiones reseñadas en el aparte anterior, señalando que la Convocada en Reconvención cumplió a cabalidad todas las cláusulas del Contrato. Además, agregó que TODOMOTOS no indicó las razones por las cuales consideraba que AUTECO había incumplido las diferentes cláusulas invocadas.

279. Argumentó que AUTECO dio absoluto y pleno cumplimiento al Contrato suscrito con la Convocante en Reconvención y señaló que no existe prueba que demuestre lo contrario. Manifestó que *“la Demandante en Reconvención intenta hacer caer en error al Tribunal Arbitral cuando dispone que AUTECO otorgó tratos discriminatorios a los socios comerciales al no reconocerle a TODOMOTOS la cesantía comercial (a la que no tenía derecho alguno). Y es que la Demandante en Reconvención no aceptó la posibilidad otorgada para migrar a otro esquema contractual si ese era su deseo, sin que lo anterior pueda entenderse como un supuesto trato discriminatorio cuando lo que pretense es que a contratos completamente diferentes y con profundas diferencias le sean reconocidos beneficios y derechos”*. Finalizó señalando que *“es claro que la única parte incumplida en este caso es TODOMOTOS por cuanto (i) terminó el Contrato de Concesión (...) y (ii) de mala fe con conductas reprochables a través de un tercero (DISTRIFER) incumpliendo con lo dispuesto en la cláusula décima sexta del Contrato”*.

280. Por otro lado, indicó que AUTECO actuó siempre con observancia al principio de buena fe, a diferencia de TODOMOTOS, quien actuó de mala fe al terminar el contrato unilateralmente y sin justa causa.

281. Al pronunciarse sobre el particular en los alegatos de conclusión, AUTECO indicó que TODOMOTOS no señaló cuáles deberes de conducta había infringido supuestamente la Convocada en Reconvención, lo que hacía imposible que el Tribunal declarara un incumplimiento en ese sentido. Agregó que TODOMOTOS no demostró en qué consistía la supuesta discriminación con los demás socios comerciales, por lo que no se podía concluir que AUTECO había actuado en contravía del principio de buena fe.

4.9.2. Consideraciones

4.9.2.1. Sobre el incumplimiento del párrafo de la cláusula Décima Sexta del Contrato

282. En primer lugar, en relación con el incumplimiento de la obligación que asumieron ambas partes en el sentido de abstenerse de contratar a los empleados de la otra parte, en el párrafo de la cláusula Décima Sexta del Contrato se pactó lo siguiente:

“PARÁGRAFO: De análoga manera, ambas partes convienen, salvo expreso acuerdo escrito en contrario, en que no emplearán ni directa ni indirectamente, ni ofrecerán empleo a ningún empleado de la contraparte, ni de otro CONCESIONARIO de AUTECO, ni durante la vigencia de este acuerdo, ni después de su terminación, a menos que el empleado en referencia se haya retirado de ese empleo, por lo menos dos (2) años antes de la fecha en que cualquiera de las partes en este contrato le ofrezca un trabajo o lo acepte como su trabajador”.

283. Sobre el particular, TODOMOTOS manifiesta que AUTECO incumplió lo pactado en el párrafo de la cláusula Décima Sexta pues contactó a las siguientes personas para ofrecerles empleo: Yuris Eduardo Pulido Alcalá y Fredy David Bravo Arévalo, quienes en sus declaraciones extrajudiciales⁹⁷ manifestaron lo siguiente:

⁹⁷ Expediente digital 2021 A 0022. 07. ANEXOS DEMANDA DE RECONVENCIÓN SUBSNADA Y RESUELVE RECUR 21 SEP 2021. ANEXOS. 24. DECLARACIONES EXTRAJUDICIALES.

REPUBLICA DE COLOMBIA
Departamento del Magdalena
NOTARIA TERCERA DEL CIRCULO DE SANTA MARTA
CALLE 16 N°. 3 - 83
TELÉFONO 4 38 09 37

ACTA DECLARACIÓN EXTRAPROCESO

En el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta Departamento del Magdalena, República de Colombia, a los Nueve (09) días del mes de Febrero del año dos mil veintiuno (2021), ante mí ROSA VICTORIA CAMPO RODRÍGUEZ, Notaria Tercera del Círculo de Santa Marta. Compareció: YURIS EDUARDO PULIDO ALCALÁ de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1557 de 1989. GENERALES DE LEY: Mi nombre es YURIS EDUARDO PULIDO ALCALÁ, con cuarenta y seis (46) años de edad, de estado civil soltero con unión marital de hecho, me identifico con la cedula de ciudadanía número 85.473.358 de Santa Marta, la dirección de mi residencia es: calle 27 N| 13ª-109 Barrio: Bavaria- SANTA MARTA- de ocupación: Empleado - DECLARACIÓN: declaro bajo la gravedad del juramento y a sabiendas de las implicaciones que acarrea jurar en falso, indicando que mi testimonio versa sobre hechos percibidos directamente por mí lo siguiente: QUE EL DÍA 26 DE ENERO DEL PRESENTE AÑO, A MI NUMERO DE TELÉFONO ME ESCRIBIÓ LA SEÑORITA MELISA BOTERO HIJA DEL SEÑOR MILTON BOTERO, PROPIETARIO DE LA EMPRESA MOTOCICLETAS S.A.S PARA OFRECERME EL CARGO SE ASESOR COMERCIAL POR SUGERENCIAS Y RECOMENDACIÓN DE JESÚS QUINTERO JEFE COMERCIAL DE AUTEKO S.A.S DEL CESAR, MAGDALENA Y GUAJIRA EN UNO DE LOS ALMACENES QUE PRONTO SE ABRIRÁN EN LA CIUDAD DE SANTA MARTA, ME SOLICITO ENVIARLE UNA HOJA DE VIDA A LO CUAL HICE CASO OMISO YA QUE HACE NUEVE AÑOS TRABAJO CON LA EMPRESA TODOMOTOS ENCONTRÁNDOME A GUSTO CON EL EQUIPO DE TRABAJO Y LA ORGANIZACIÓN A LA CUAL PERTENEZCO. No siendo otro el motivo de la presente diligencia, leída por el notario, se termina y firma por quien en ella intervino y por el suscrito Notario. DERECHOS NOTARIALES: \$13.800.00 + IVA: 19% según Resolución 00536 del 22 de Enero de 2021 de Supernotariado. La notaria deja constancia que se le advirtió al usuario de que por la ley anti-trámite esta declaración no podría ser exigible, el usuario insistió en razón a la exigencia de que fue objeto. EL DECLARANTE MANIFIESTA QUE HA LEIDO CON CUIDADO SU DECLARACIÓN Y QUE ES CONSCIENTE QUE LA NOTARÍA NO ACEPTA CAMBIOS DESPUES DE QUE LA DECLARACIÓN SEA FIRMADA POR LOS INTERVINIENTES.

DECLARANTE

NOTARIA TERCERA DEL CIRCULO DE
SANTA MARTA
Declaración Juramentada # : 487991



REPUBLICA DE COLOMBIA
Departamento del Magdalena
NOTARIA TERCERA DEL CIRCULO DE SANTA MARTA
CALLE 16 N°. 3 - 83
TELÉFONO 4 38 09 37

ACTA DECLARACIÓN EXTRAPROCESO

En el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta Departamento del Magdalena, República de Colombia, a los Dos (02) día del mes de Febrero del año dos mil veintiuno (2021), ante mí ROSA VICTORIA CAMPO RODRÍGUEZ, Notaria Tercera del Círculo de Santa Marta. Compareció: FREDY DAVID BRAVO ARÉVALO de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1557 de 1989. GENERALES DE LEY: Mi nombre es FREDY DAVID BRAVO ARÉVALO, con veinticinco (25) años de edad, de estado civil soltero con unión marital de hecho, me identifico con la cedula de ciudadanía número 1.083.000.798 de Santa Marta, la dirección de mi residencia es: MZ 9 casa 210 Barrio: Santa Helena – SANTA MARTA- de ocupación: Coordinador de talleres- DECLARACIÓN: declaro bajo la gravedad del juramento y a sabiendas de las implicaciones que acarrea jurar en falso, indicando que mi testimonio versa sobre hechos percibidos directamente por mí lo siguiente: QUE EN EL MES DE NOVIEMBRE ME LLAMO EL SEÑOR JESÚS QUINTERO JEFE COMERCIAL DE AUTECO S.A.S DE LA ZONA MAGDALENA, CÉSAR Y GUAJIRA Y ME CITO A SU CASA A MI QUE SOY EL JEFE DE TALLERES DE TODOMOTOS Y SERVIMAX PARA QUE HABLÁRAMOS DE UNA PROPUESTA LABORAL DONDE ME OFRECIÓ UN SALARIO DE 1.500.000 CON EL FIN DE QUE TRABAJARA PARA ELLOS EN UN CENTRO DE SERVICIO QUE IVA A FUNCIONAR EN BONDA, DONDE ME MANIFESTÓ QUE ESPERÁRAMOS QUE SE DIERA LA SEPARACIÓN DE LAS MARCAS DE AUTECO CON BAJAJ Y QUE DEBÍA PASAR LA CARTA DE RENUNCIA A TODOMOTOS. AL FINALIZAR EL MISMO MES ME LLAMO QUE SI SIEMPRE ESTABA INTERESADO PARA OBTENER EL CARGO DONDE ME MANIFESTÓ QUE SI QUERÍA ADMINISTRAR EL TALLER CON OTRAS A LAS QUE INICIALMENTE ME OFRECIÓ DONDE SE LLEGABA EL ACUERDO DE EL SALARIO MÍNIMO MÁS EL 70 % DE RENTABILIDAD Y EL 5% DE VENTA POR REPUESTOS. DESPUÉS QUE TODOMOTOS Y SERVIMAX PASARON LA CARTA DE TERMINACIÓN DE CONTRATO CON AUTECO S.A.S ME SIGUIÓ LLAMANDO A FINALES DE DICIEMBRE Y PRINCIPIOS DE ENERO DONDE EN REPETIDAS OCASIONES ME CITO Y LLEGUE ALA CASA DE ÉL, DONDE ME INSISTÍA QUE CUANDO IVA A COMENZAR CON ÉL EN EL CENTRO DE SERVICIO.

No siendo otro el motivo de la presente diligencia, leída por el notario, se termina y firma por quien en ella intervino y por el suscrito Notario. DERECHOS NOTARIALES: \$13.800.00 + IVA: 19% según Resolución 00536 del 22 de Enero de 2021 de Supernotariado.

La notaria deja constancia que se le advirtió al usuario de que por la ley anti-tramite esta declaración no podría ser exigible, el usuario insistió en razón a la exigencia de que fue objeto.

EL DECLARANTE MANIFIESTA QUE HA LEIDO CON CUIDADO SU DECLARACIÓN Y QUE ES CONSCIENTE QUE LA NOTARÍA NO ACEPTA CAMBIOS DESPUES DE QUE LA DECLARACIÓN SEA FIRMADA POR LOS INTERVINIENTES.

DECLARANTE,



284. Sea lo primero manifestar que los elementos de prueba que TODOMOTOS allegó para acreditar el incumplimiento de la cláusula Décima Sexta son dos declaraciones extrajudicio, que, como es suficientemente conocido, se realizan sin la comparecencia de la persona contra la que se aducen, esto es, son pruebas no sometidas a contradicción.

285. Ambos deponentes manifiestan haber sido contactados por AUTECO. Sin embargo, no se encuentra acreditado que la Convocada en Reconvención le hubiera ofrecido directamente empleo al señor Yuris Eduardo Pulido. En efecto, el testigo Jesús Enrique Quintero Restrepo, en el testimonio que rindió en el trámite 2021 A 0021 y que fue debidamente trasladada a este proceso, explicó lo siguiente:

“PREGUNTADO: Muchas gracias. Ahora, refiriéndonos a otro señor que se llama Yuris Eduardo Pulido Alcalá, entiendo usted dice hace un momento que

era compañero suyo de colegio, quisiera preguntarle si usted le hizo algún tipo ofrecimiento laboral o comercial o de alguna otra relación a este señor en el momento en que estas declaraciones refieren.

“CONTESTÓ: Primero que todo, igual que este señor, ya, pues Yuris no era empleado de Todomotos, era empleado de Distrifer y lo llamo y le digo que hay una posible apertura en Santa Marta de un socio comercial, si él estaba interesado en que lo llamara y él me dijo ‘no, que me llamen, que yo escucho propuestas’; solamente esa fue la conversación.

“PREGUNTADO: Ya. ¿Pero era Auteco quien lo quería contratar o -quién lo estaba buscando para contratarlo?

“CONTESTÓ: No (hablan ambos interlocutores al mismo tiempo)-. Era el nuevo socio comercial que al final no entró, porque estaba haciendo una exploración, que era la... Espera un momento, el señor Milton Botero, es socio, que también es socio de Todomotos y Servimax... Motocicletas SAS, se llama la razón social, Motocicletas SAS, era quien estaba buscando una persona para poder trabajar; simplemente lo que yo hice fue conectarlo y decirle, ‘mira, están buscando, están interesados’, y me dijo ‘sí, dile que me llamen’. De ahí en adelante, pues...

“PREGUNTADO: ¿Era para un señor Botero?, para... ¿Quién es ese señor?, - especifíqueme...

“CONTESTÓ: Milton Botero (hablan ambos interlocutores al mismo tiempo)-, es accionista de Motocicletas SAS, de Servimax, de Todomotos.

“PREGUNTADO: Ya. O sea, a usted, si le entiendo bien, le estaban pidiendo una recomendación de una persona con esas características, no para Auteco sino para otra compañía.

“CONTESTÓ: Sí, se llama Motocicletas SAS”⁹⁸.

286. De la declaración del señor Quintero se desprende que el señor Yuris Eduardo Pulido no fue contactado para efectos de ofrecerle trabajo en AUTEKO, sino porque una sociedad distinta (Motocicletas S.A.S.) lo estaba buscando.

⁹⁸ Expediente digital 2021 A 0022. 24. PRUEBA TRASLADADA 16 MAYO 2023. Transcripciones. DECLARACIÓN DEL SEÑOR JESÚS ERNRIQUE QUINTERO RESTREPO – 27 Y 27 DE JULIO.

287. Por su parte, en relación con el señor David Bravo se observa de su declaración que él menciona ser jefe de talleres tanto de TODOMOTOS como de SERVIMAX, pero no es claro con cuál de esas dos sociedades es que tiene vinculación laboral en sentido estricto, pues, aunque se alude a que se terminaría su contrato con la sociedad aquí Convocada, del contexto de la declaración se desprende que prestaba servicios a ambas entidades.

288. Las circunstancias antes mencionadas, particularmente el medio probatorio en el que se fundamenta la reclamación, así como el carácter equívoco de las situaciones planteadas como generadoras del incumplimiento que se analiza, llevan al Tribunal a concluir que la pretensión novena de la demanda de reconversión no está llamada a prosperar.

4.9.2.2. Sobre el incumplimiento de las cláusulas Segunda, Tercera y Vigésima del Contrato

289. De conformidad con lo expuesto en la síntesis de la posición de las partes, TODOMOTOS sostiene que AUTEKO incumplió lo pactado en las cláusulas Segunda, Tercera y Vigésima del Contrato. Sin embargo, en los hechos de la demanda de reconversión nada se menciona al respecto, así como tampoco hay referencia alguna en los alegatos de cierre a los presuntos incumplimientos antes mencionados. Por esa razón, el Tribunal analizará en conjunto las pretensiones décima principal, décima primera principal y décima segunda principal de la reconversión, pues su decisión se fundamenta en idénticas consideraciones.

290. En primer término, según se anticipó, el incumplimiento que la Convocante en Reconversión le atribuye a AUTEKO carece de fundamento fáctico, lo que impide verificar si la Convocada en Reconversión desatendió los deberes de conducta que le eran exigibles, además de que esa ausencia de fundamentación lesiona el derecho de defensa y contradicción de AUTEKO. En efecto, examinada en su integridad la demanda de reconversión subsanada, en conjunto con los alegatos de conclusión de TODOMOTOS, encuentra el Tribunal que la Convocante en Reconversión no indicó: (i) cuál es, en concreto, la obligación de habría sido incumplida, pues las cláusulas que se citan como violadas comprenden múltiples deberes de comportamiento; y (ii) en qué consistió el incumplimiento, es decir, cómo se comportó AUTEKO en relación con la conducta que le era exigible.

291. Aunque lo anterior basta para despachar negativamente las pretensiones décima, décima primera y décima segunda principal de la demanda de reconversión, también encuentra el Tribunal que no obran pruebas en el expediente que den cuenta del incumplimiento de lo pactado en las referidas cláusulas Segunda, Tercera y Vigésima del Contrato, como se explica enseguida.

292. En cuanto a la cláusula Segunda del Contrato, en esta se pactó lo siguiente:

“SEGUNDA: Los precios unitarios de venta al CONCESIONARIO serán determinados libre y unilateralmente por AUTEKO, de acuerdo con las fluctuaciones y las variables macroeconómicas que se presenten en el mercado, para cada uno de los CONCESIONARIOS individualmente.

“2.1. Si hubiere un aumento en el precio de facturación de los productos al CONCESIONARIO, o algún cargo por equipos opcionales o transporte, dicho aumento de aplicará a los pedidos de los productos no entregados ni facturados a la fecha en que el aumento del precio entre en vigor, y será comunicado al CONCESIONARIO. En el caso de que el CONCESIONARIO considere conveniente reducir la cantidad de los productos pedidos, por razón del aumento, podrá libremente hacerlo.

“2.2. El CONCESIONARIO revenderá al público los productos, por su cuenta y riesgo, de acuerdo con las condiciones del mercado, teniendo en cuenta 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 procedimientos que el ordenamiento jurídico considere como infracciones a las normas relativas a la promoción de la competencia y a las prácticas comerciales restrictivas.

“2.3. AUTEKO puede establecer en cualquier momento Programas (s) de Descuentos e Incentivos para mejorar la venta de sus Productos al CONCESIONARIO. En tal caso, AUTEKO comunicará al CONCESIONARIO, por escrito, los descuentos e incentivos y demás información pertinente que pueda requerirse para implementar con éxito, el(los) Programas de Descuentos e Incentivos de Ventas, sugeridos por AUTEKO”.

293. Según se observa, la estipulación antes citada consagra el derecho de AUTEKO a fijar libre y unilateralmente los precios unitarios de venta de los productos a TODOMOTOS, así como la posibilidad de implementar programas de descuentos e incentivos con el propósito de incrementar las ventas. Asimismo, se establece la obligación a cargo de TODOMOTOS de revender los productos al público, por su cuenta y riesgo, en condiciones de mercado. En ese orden de ideas, en principio, la cláusula Segunda del Contrato no establece una obligación específica en cabeza de AUTEKO, por lo que no podría haber un incumplimiento de parte de la Convocada en Reconvención, salvo que, en la fijación de los precios unitarios, AUTEKO hubiera incurrido en alguna

conducta que resultara lesiva de los demás deberes de comportamiento que le imponen tanto el Contrato como el principio de la buena fe contractual. Sin embargo, esto último no solo no fue alegado por TODOMOTOS, sino que tampoco se encuentra acreditado en el proceso. En efecto, la única controversia que se suscitó entre las partes en este trámite arbitral en relación con los precios de venta de AUTEKO a TODOMOTOS se refiere a la presunta imposición de un “margen diferencial discriminatorio”, sobre el que el Tribunal se pronunciará más adelante al estudiar las pretensiones relativas a la terminación unilateral del Contrato. No obstante, se anticipa la conclusión del Tribunal en el sentido de que el margen diferencial no fue “discriminatorio”, por lo que, en relación con ese aspecto particular, AUTEKO no habría incumplido la cláusula Segunda del Contrato. Y, en todo caso, ninguna otra conducta se le reprocha a AUTEKO en relación con lo pactado en la cláusula Segunda. Así las cosas, se negará prosperidad a la pretensión décima primera principal de la demanda de reconvención subsanada.

294. Por su parte, en la cláusula Tercera del Contrato se estipuló lo siguiente:

“TERCERA: OBLIGACIONES SOBRE INVENTARIOS, RESPUESTOS Y SERVICIO POSTVENTA.

“3.1. Inventario de Vehículos.

El CONCESIONARIO reconoce que sus clientes -consumidores finales- esperan contar con una cantidad y una variedad razonable de inventario de vehículos de modelos que estén siendo ensamblados por AUTEKO. En consecuencia, EL CONCESIONARIO conviene en comprar, almacenar y vender, por su cuenta y riesgo, condicionado a cualquier restricción de suministro, todos los modelos suministrados por AUTEKO, de sus varias marcas, exceptuando los modelos o productos que Auteko no comercialice o venda por otros canales de distribución.

“3.2. Repuestos y accesorios.

EL CONCESIONARIO también conviene en mantener un inventario suficiente de repuestos y accesorios originales para las motocicletas AUTEKO (BAJAJ KAWASAKI y KYMCO y cualquier otra marca o producto cuya distribución AUTEKO le conceda en el futuro).

“3.3. Servicio postventa.

“3.3.1. EL CONCESIONARIO será responsable de prestar el servicio de garantía, en las condiciones indicadas por AUTEKO, servicio este que incluye realizar revisiones y reparaciones cubiertas por la garantía, incluyendo los repuestos, para todas las motocicletas vendidas por la red de concesionarios

de la ensambladora, ya sea directamente en sus propios talleres para los CONCESIONARIOS tipo A, B1 y B2, o en convenio con el taller autorizado para tal fin por AUTEKO, para los CONCESIONARIOS tipo C1 y C2, de acuerdo con las definiciones establecidas en el anexo No. 1 de este contrato. También incluye el servicio que deba prestarse a todas las motocicletas de cualquier marca o modelo que AUTEKO venda en desarrollo de este contrato, con posterioridad a la expiración de la garantía, las cuales deben ser atendidas por el CONCESIONARIO, cobrando al dueño de vehículo, las reparaciones y repuestos que se requieran.

“3.3.2. Prestar esmerada atención a las necesidades de sus clientes, haciendo lo posible porque tengan un servicio y suministro de repuestos y accesorios, eficiente, rápido y económico.

“3.3.3. EL CONCESIONARIO deberá contar con las instalaciones físicas adecuadas y el personal debidamente capacitado y herramientas para prestar un óptimo servicio de postventa a los clientes. Para el efecto, deberá sujetarse y cumplir con todas las políticas y capacitaciones técnicas, comerciales y administrativas que aseguren la adecuada prestación del servicio requerida por las marcas y a los requerimientos que en ese sentido le precise AUTEKO.

“3.3.4. EL CONCESIONARIO se obliga a efectuar reparaciones sólo con repuestos originales y bajo los procedimientos técnicos autorizados. No efectuarán modificaciones técnicas a los vehículos que alteren su condición original.

“3.3.5. EL CONCESIONARIO cumplirá con todas las normas de protección al consumidor y las disposiciones de la Superintendencia de Industria y Comercio. Para tal efecto, contará con un sistema de atención de Peticiones, Quejas y Reclamos”.

295. Pues bien, valorada en su integridad la cláusula Tercera antes transcrita, destaca el Tribunal que en ella se establecen las obligaciones a cargo de TODOMOTOS en relación con el manejo de los inventarios de vehículos y de repuestos y accesorios, y con las condiciones para la prestación de los servicios de post venta. Se trata, entonces, de una estipulación contractual de la que únicamente surgen deberes de prestación para la Convocante en Reconvención, sin que se haga referencia alguna a compromisos que se prediquen de AUTEKO. Por lo tanto, además de que la imputación de incumplimiento que formula TODOMOTOS carece de fundamento fáctico y probatorio —pues no se precisó, en concreto, en qué consistió el incumplimiento ni se aportaron medios de convicción que lo acrediten—, tratándose de obligaciones de las que TODOMOTOS es quien ostenta

la calidad de deudor, no es acertado sostener que el acreedor (AUTECO) pudo haber incurrido en un incumplimiento. En consecuencia, se negará prosperidad a la pretensión décima segunda principal de la demanda de reconvención subsanada.

296. Finalmente, en la cláusula Vigésima del Contrato se acordó la confidencialidad de la información de la siguiente forma:

“VIGÉSIMA: Las partes se obligan a mantener confidencialmente la información de la otra parte a que tengan acceso, en virtud del desarrollo del presente contrato de concesión, salvo en el caso de incumplimiento de cualquiera o cualesquiera de las cláusulas aquí pactadas, o en el pago de cualesquiera sumas que el CONCESIONARIO adeude a AUTECO, casos en los cuales ésta podrá divulgar las informaciones que juzgue necesarias, o reportar a las centrales de crédito, cualquier mora en el pago de las obligaciones que el CONCESIONARIO adeude a AUTECO. El incumplimiento de esta cláusula es causa de terminación unilateral del contrato y se extenderá por un periodo de 2 años más, contados a partir de la fecha de terminación del mismo. Adicionalmente con la aceptación de esta cláusula, EL CONCESIONARIO autoriza expresamente a AUTECO para que su información estrictamente personal y comercial, sea consultada o verificada con terceras personas incluyendo los bancos o bases de datos, igualmente para que la misma sea usada y puesta en circulación con fines estrictamente comerciales”.

297. En el caso concreto TODOMOTOS no explicó de qué forma AUTECO habría violado la cláusula de confidencialidad antes transcrita, pues no precisó cuál habría sido la información divulgada por AUTECO ni de qué forma la compartió con terceros (ni quiénes serían esos terceros). Por consiguiente, comoquiera que no se acreditó el incumplimiento de AUTECO, se negará prosperidad a la pretensión décima principal de la demanda de reconvención subsanada.

4.9.2.3. Sobre el incumplimiento de los deberes secundarios de conducta

298. De manera general, TODOMOTOS sostiene que AUTECO violó los deberes secundarios de conducta que la buena fe le imponía en la ejecución del Contrato de Concesión. Esta afirmación, que carece de fundamento fáctico, toda vez que en los hechos que sirven de sustento a los pedimentos de la demanda de reconvención nada se dijo sobre el particular, fue desarrollada por la Convocante en Reconvención en sus alegatos de cierre. En estos, se refirió a las siguientes conductas de AUTECO: (i) el inicio de una presunta campaña de discriminación comercial en contra de TODOMOTOS; (ii) la imposición del Contrato celebrado en marzo de 2010; (iii) la exigencia de una renuncia a la cesantía comercial como condición para la celebración de un nuevo contrato en el año

2015; (iv) la implementación de una remuneración discriminatoria “como forma de retaliación por no haber renunciado a la cesantía comercial”; (v) la prohibición de abrir nuevos puntos para operar; y (vi) la intempestiva ruptura de las negociaciones con TODOMOTOS.

299. Para efectos de resolver si hubo un incumplimiento por parte de AUTEKO de los deberes secundarios de conducta, conviene recordar que, en virtud del principio de la buena fe, consagrado normativamente en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, surgen para las partes en un contrato deberes de comportamiento específicos —además de los deberes de prestación principales— que se integran al contenido del negocio jurídico. Al respecto, la jurisprudencia civil ha explicado lo siguiente:

“(…) es menester tener presente que mientras el artículo 1602 del Código Civil establece que los contratos legalmente celebrados deben ser cumplidos por las partes, el canon 1603 del mismo estatuto dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligan no solamente a lo que las partes hayan pactado expresamente sino también a los que emana de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenece al contrato, regla ésta que igualmente, aunque con matices, se encuentra establecida en el ordenamiento mercantil (art. 871 del C. de Co.).

“Con fundamento en el contexto normativo antes mencionado, la jurisprudencia y la doctrina han destacado que para las personas que intervienen en los contratos surgen deberes jurídicos de diversa naturaleza y alcance, enderezados, por regla general, a la satisfacción del interés de su contraparte negocial. Algunos de ellos corresponden a los denominados deberes de prestación, deberes primarios u obligaciones nucleares, que corresponden a los compromisos medulares o esenciales que el deudor asume para con el acreedor atendiendo lo expresamente pactado o lo que el ordenamiento consagra para el respectivo tipo negocial, y, por otra, los denominados deberes secundarios, accesorios o colaterales de conducta, que se integran al contenido contractual por virtud de la buena fe objetiva (arts. 1603 del C.C. y 871 del C. de Co.), con el fin de que, con fundamento en criterios de corrección, honestidad y probidad, el deudor, a pesar de no haberlo pactado expresamente, realice lo que sea indispensable para la satisfacción y protección del interés del acreedor (v.gr. deberes de reserva,

*seguridad, información, lealtad, consejo o coherencia, entre los más relevantes)*⁹⁹.

300. El incumplimiento de los deberes secundarios de conducta genera como consecuencia principal la indemnización de perjuicios a cargo de la persona que los desatendió y a favor de quien se vio lesionado en sus intereses como consecuencia de su inobservancia. En consecuencia, quien pretenda una indemnización (o cualquier otra consecuencia compatible con la naturaleza de dichos deberes) debe acreditar, entre otros requisitos, (i) que en virtud de la buena fe surgió un determinado deber de comportamiento, y (ii) que este fue incumplido.

301. Pues bien, en el caso concreto TODOMOTOS no señaló cuáles son los deberes secundarios de conducta que surgieron para AUTEKO, ni tampoco la forma en la que fueron inobservados. Esta circunstancia impide al Tribunal acceder a realizar las declaraciones solicitadas, pues al procederse de esa manera se vulneraría el derecho de defensa y contradicción de la Convocada en Reconvención. En todo caso, estima el Tribunal que los reproches a la conducta de AUTEKO no fueron acreditados comoquiera que: (i) no está acreditado que AUTEKO iniciara una campaña de discriminación en contra de TODOMOTOS, según se desarrollará en detalle en el acápite siguiente del Laudo; (ii) aunque se probó que el contrato fue predispuesto en su contenido por AUTEKO, dicha circunstancia no resulta *per se* censurable, salvo que quien ostenta una posición contractual de dominio que le permita redactar unilateralmente un negocio jurídico abuse de aquella, lo que no se demostró respecto de AUTEKO; y (iii) tampoco se acreditaron presiones por parte de AUTEKO para la celebración del nuevo contrato por parte de TODOMOTOS que deban censurarse.

302. Así las cosas, la pretensión décima tercera de la demanda de reconvención reformada no está llamada a prosperar.

4.10 CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO Y SUS EFECTOS

303. En el presente acápite el Tribunal decidirá los siguientes problemas jurídicos: (i) determinar si TODOMOTOS incumplió el Contrato de Concesión al terminarlo unilateralmente mediante comunicación del 24 de diciembre de 2020, porque no contaba con facultad legal o contractual para el efecto, y si, adicionalmente, TODOMOTOS actuó de mala fe, esto es, con el propósito de vender motocicletas de la marca Bajaj a través de una sociedad vinculada; (ii) establecer si la terminación del

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de septiembre de 2013. Exp. No. 11001-3103027-1998-37459-01.

Contrato se encuentra justificada en un incumplimiento contractual de AUTECO, principalmente por aplicar un “margen diferencial discriminatorio” en perjuicio de TODOMOTOS; y (iii) definir si hay lugar a reconocer una indemnización de perjuicios a favor de alguna de las partes como consecuencia de los incumplimientos a los que se refieren los numerales (i) y (ii).

4.10.1. Posición de las partes

4.10.1.1. Posición de la Convocante (y Convocada en Reconvención)

304. De manera general, AUTECO solicita que se declare que TODOMOTOS (i) incumplió el Contrato al terminarlo unilateralmente sin tener facultades para hacerlo, y (ii) actuó de mala fe al adoptar la mencionada determinación sin justa causa y con el propósito de vender los productos de la marca BAJAJ por conducto de su sociedad vinculada DISTRIFER S.A.S. (en adelante, “DISTRIFER”). Como consecuencia de las anteriores declaraciones, la Convocante solicita que se condene a TODOMOTOS a indemnizarle los perjuicios causados por la terminación unilateral (pretensiones sexta declarativa, subsidiaria a la sexta declarativa, séptima declarativa, subsidiaria a la séptima declarativa, décima declarativa, décima primera declarativa, décima segunda de condena, décima tercera de condena, décima cuarta de condena y décima quinta de condena, toda de la demanda inicial reformada).

305. La Convocante fundamenta sus peticiones, en síntesis, en que, mediante comunicación de 24 de diciembre de 2020, *“de manera intempestiva y contraria a derecho, sin estar facultada para ello, sin preaviso o requerimiento previo alguno”*, TODOMOTOS dio por terminado unilateralmente el Contrato. Esta decisión se habría fundamentado en la negativa de AUTECO de calificar el Contrato como uno de agencia comercial y en la falta de reconocimiento de la cesantía comercial a favor de la Convocada. Por su parte, AUTECO se pronunció mediante misiva de 30 de diciembre de 2020, en la que manifestó que no estaba de acuerdo con las consideraciones expuestas por TODOMOTOS, pues partían de una interpretación jurídica equivocada de la relación comercial que vinculaba a las partes. Posteriormente, durante el mes de enero de 2021 entre las partes se cruzaron diversas comunicaciones con el propósito de coordinar lo relativo a la designación de los árbitros que habrían de resolver la controversia relacionada con la terminación del Contrato. En ese mismo mes, TODOMOTOS presentó sendas facturas electrónicas en las que le exigía a AUTECO el pago de diversas sumas de dinero por concepto de *“cesantías comerciales”* e *“indemnización por daños y perjuicios”*, que fueron rechazadas por AUTECO.

306. En el anterior contexto, el 19 de febrero de 2021, AUTECO remitió a los centros de servicio autorizados de servicio de TODOMOTOS una comunicación con el propósito de

formalizar los pasos a seguir para la finalización de las relaciones comerciales. El 24 de febrero de 2021, TODOMOTOS dio respuesta en comunicación en la que expresó que no compartía las manifestaciones de AUTECO en cuanto al carácter injustificado e intempestivo de la terminación, misiva que fue contestada por AUTECO el 15 de marzo de 2021.

307. Por otra parte, en la contestación de la demanda de reconvención subsanada, AUTECO se opuso a la prosperidad de las pretensiones relacionadas con la terminación unilateral del Contrato porque, según lo reiteró, la mencionada terminación se dio sin justa causa y sin que TODOMOTOS tuviera una facultad legal o contractual para el efecto. Por lo tanto, sostuvo que la Convocante en Reconvención no tiene derecho a una indemnización de perjuicios. En particular, AUTECO aludió al margen diferencial, respecto del que explicó que cada modalidad contractual es diferente, y si bien existe un grado de semejanza entre los distintos agentes y concesionarios, este tiene que ver únicamente con la uniformidad de la marca frente al consumidor.

308. AUTECO propuso, entonces, las excepciones de mérito que denominó “X. AUTECO DIO CUMPLIMIENTO ABSOLUTO AL CONTRATO DE CONCESIÓN”, “Y. BUENA FE DE AUTECO – MALA FE DE TODOMOTOS, QUIEN TERMINÓ EL CONTRATO UNILATERALMENTE Y SIN JUSTCA CAUSA PARA POSTERIORMENTE, MEDIANTE UNA SOCIEDAD VINCULADA, VENDER PRODUCTOS CUYA DISTRIBUCIÓN LE ESTABA VEDADA DE CONFORMIDAD CON LA CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA DEL CONTRATO”, “CC. NADIE PUEDE ALEGAR EN SU FAVOR SU PROPIA CULPA – TODOMOTOS NO PUEDE PRETENDER RECONOCIMIENTOS POR CONCEPTO DE LUCRO CESANTE Y DAÑO EMERGENTE CUANDO FUE ELLA QUIEN TERMINÓ UNILATERALMENTE EL CONTRATO DE CONCESIÓN CON INCUMPLIMIENTO”, “DD. NO SE CONFIGURA RESPONSABILIDAD ALGUNA DE AUTECO”, “EE. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR”, “GG. TODOMOTOS NO SE ENCUENTRA LEGITIMADO PARA PERSEGUIR UNA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS – SOLO PUEDE HACERLO QUIEN HA CUMPLIDO”, y “HH. INEXISTENCIA DE UNA PRESTACIÓN O CESANTÍA COMERCIAL – INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR”. En las excepciones enunciadas, AUTECO reiteró que quien habría incumplido el Contrato fue la Convocante en Reconvención al terminarlo unilateralmente sin estar facultada para hacerlo y sin que existiera justa causa para el efecto, pues no existió un trato discriminatorio.

309. Igualmente, AUTECO objetó el juramento estimatorio incorporado en la demanda de reconvención.

310. Por último, en sus alegatos de conclusión AUTECO manifestó que se habría acreditado que “la causa real de la terminación anticipada de TODOMOTOS fue poder trasladar su operación a DISTRIFER para distribuir productos de la marca BAJAJ pero a

través del Grupo UMA, desde el 1° de enero de 2021”, marca que AUTECO había dejado de distribuir en el año 2020. Además, reiteró que la Convocada habría incumplido el Contrato al terminarlo unilateralmente sin estar facultada para ello, de manera intempestiva y sin justa causa, lo que le habría causado un perjuicio que debe ser reparado.

4.10.1.2. Posición de la Convocada (y Convocante en Reconvención)

311. En la contestación a la demanda inicial reformada, TODOMOTOS se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones declarativas y de condena, tanto principales como subsidiarias, porque considera que carecen de sustento fáctico y jurídico. En particular, respecto de las pretensiones relativas a la terminación unilateral del Contrato, precisó que, efectivamente, el 24 de diciembre de 2020 TODOMOTOS le notificó a AUTECO la terminación del Contrato, determinación que se fundamentó en el “*incumplimiento reiterado*” de AUTECO y que dicha decisión, según lo señala la Convocada, no habría sido intempestiva, pues previamente había sido anunciada. Además, señaló que AUTECO no objetó la terminación, sino que le dio eficacia y procedió a desmontar la operación de TODOMOTOS.

312. En ese contexto, la Convocada formuló las siguientes excepciones de mérito denominó “4.2. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO”, “4.3. INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE TODOMOTOS EN RELACIÓN CON EL CONTRATO SUSCRITO CON AUTECO”, “4.4. EL DAÑO ALEGADO ES PURAMENTE HIPOTÉTICO”, y “4.5. NO PUEDE AUTECO DESCONOCER SUS ACTOS PROPIOS. – VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET”. En suma, en los medios de defensa enunciados TODOMOTOS sostiene lo siguiente: (i) que no estaba en la obligación de preservar la relación contractual debido a que AUTECO se encontraba en situación de incumplimiento, entre otras razones, porque le impuso a la Convocada un “*margen diferencial discriminatorio*” en relación con la remuneración reconocida a los demás concesionarios, que tenía como propósito presionar a TODOMOTOS para que renunciara a la cesantía comercial, comportamiento que sería violatorio de los postulados de la buena fe; (ii) que no incumplió el Contrato al darlo por terminado, pues la decisión que adoptó en ese sentido estaba justificada debido al incumplimiento de AUTECO, consistente en el “*trato discriminatorio que impartió a TODOMOTOS por la decisión (...) de no renunciar a la cesantía comercial*”; (iii) que el daño reclamado por AUTECO carece de certeza, pues parte de un supuesto que no es verificable, esto es, el margen de utilidad que la Convocante devengaría por la totalidad de las motos que comercializa; y (iv) que las pretensiones de AUTECO deben ser desestimadas porque son contrarias a su comportamiento anterior en el sentido de haber aceptado la terminación del Contrato.

313. En línea con lo anterior, la Convocada objetó el juramento estimatorio con fundamento, principalmente, en los siguientes argumentos: (i) el perjuicio reclamado es puramente hipotético; (ii) el lucro cesante no está referido a los “*productos agenciados*”, sino a la totalidad de los productos distribuidos por AUTECO; y (iii) en el cálculo del perjuicio futuro no se descontó el interés puro civil del 6%.

314. Adicionalmente, TODOMOTOS presentó demanda de reconvención en la que solicita que se declare que el Contrato terminó por razones imputables a AUTECO, quien sería civilmente responsable de los daños causados por la extinción del vínculo contractual (pretensiones décima quinta principal, décima sexta principal, vigésima principal, subsidiaria a la vigésima principal, vigésima primera principal y vigésima segunda principal, todas de la demanda de reconvención subsanada).

315. De manera general, TODOMOTOS fundamenta sus pretensiones en que, a partir del año 2015, AUTECO les propuso a TODOMOTOS y a su red de concesionarios un nuevo contrato expresamente calificado como “*agencia comercial*”. Para la celebración de dicho negocio jurídico, AUTECO impuso la renuncia a cualquier derecho causado con anterioridad, incluida la cesantía comercial, razón por la que TODOMOTOS se abstuvo de suscribir el contrato propuesto. Como consecuencia de esa negativa, la Convocante en Reconvención sostiene que AUTECO inició una campaña de discriminación comercial en su contra, en contravía de la buena fe contractual y de la sana y leal competencia. La referida campaña de discriminación habría consistido en: (i) imponerle a TODOMOTOS una remuneración inferior a la reconocida a los concesionarios que sí accedieron a suscribir el nuevo contrato; y (ii) impedirle la apertura de nuevos puntos de venta. Adicionalmente, señala que las presiones por parte de AUTECO aumentaron en noviembre de 2020 cuando el presidente de Auteco Mobility S.A.S., sociedad que surgió de la escisión del portafolio de marcas de AUTECO, anunció que, si no se resolvían los temas pendientes entre TODOMOTOS y AUTECO, “*tendría que tomar acciones*”.

316. Lo anterior condujo a que TODOMOTOS terminara el Contrato por justa causa imputable a AUTECO, por lo que considera que tiene derecho al reconocimiento de la cesantía comercial de que trata el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, así como a la reparación integral de los perjuicios derivados del incumplimiento de AUTECO, consistentes en los sobrecostos que generó la terminación del Contrato (daño emergente) y en los ingresos frustrados derivados del margen diferencial aplicado por AUTECO (lucro cesante).

317. Finalmente, en sus alegatos de cierre TODOMOTOS insistió en que la terminación del Contrato es imputable al incumplimiento de AUTECO, quien: (i) le aplicó a TODOMOTOS un margen diferencial discriminatorio para constreñir a la Convocante en Reconvención a renunciar a la cesantía comercial; (ii) le impidió la apertura de nuevos

puntos de venta; (ii) contactó a los empleados de TODOMOTOS para llevarlos a otra operación; y (iv) intempestivamente concluyó las negociaciones que había iniciado con TODOMOTOS para resolver la controversia. En consecuencia, reiteró que AUTEKO es responsable de indemnizarle a TODOMOTOS los perjuicios causados por la terminación del Contrato.

4.10.2. Consideraciones

318. Con el propósito de resolver los interrogantes que se abordan en este acápite, el panel arbitral procederá de la siguiente forma: (i) en primer término, se examinará la excepción “4.5. NO PUEDE AUTEKO DESCONOCER SUS ACTOS PROPIOS. – VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET” propuesta por TODOMOTOS, comoquiera que de ella depende la prosperidad de las pretensiones de la demanda inicial reformada que se estudian en este acápite; (ii) en caso de concluir que el medio de defensa antes mencionado no se encuentra probado, el Tribunal analizará la decisión de terminación unilateral comunicada por TODOMOTOS a AUTEKO mediante misiva de 24 de diciembre de 2020, esto con el propósito de precisar sus fundamentos y su alcance, particularmente en lo que se refiere a la existencia de (a) una facultad unilateral de terminación y (b) una “justa causa” para su ejercicio; (iii) establecido lo anterior, el Tribunal estudiará si alguna de las partes es civilmente responsable por los efectos adversos que haya producido la terminación unilateral del Contrato de Concesión; y (v) en caso afirmativo, se determinará el contenido de la indemnización respectiva.

4.10.2.1 Cuestión previa: ausencia de contradicción de AUTEKO con sus propios actos

319. De manera previa a analizar el mérito de las pretensiones de la demanda inicial reformada relativas al incumplimiento que se le atribuye a TODOMOTOS por la terminación unilateral del Contrato y las consecuencias indemnizatorias que se derivarían de esa circunstancia, el Tribunal debe establecer si la reclamación elevada por AUTEKO vulnera el deber de coherencia que le impone la buena fe contractual, esto es, si los pedimentos de la Convocante son contrarios a su comportamiento anterior, y si, por lo tanto, hay lugar a desestimarlos en aplicación de la denominada “doctrina de los actos propios”.

320. Como es suficientemente conocido, en virtud del principio de la buena fe contractual, consagrado en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, surgen para las partes deberes específicos de comportamiento, entre los que se encuentra el deber de coherencia. En virtud de este deber, a los contratantes se les exige comportarse de forma consistente en la negociación, celebración, ejecución y extinción de su relación negocial, particularmente cuando se trata de actuaciones que

tienen la virtualidad de generar en el otro contratante una expectativa razonable en el sentido de que la conducta inicialmente adoptada se mantendrá inalterada. Al respecto, la doctrina explica que *“una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe y de la necesidad de ejercitar los derechos de buena fe, es la exigencia de un comportamiento coherente. La exigencia de un comportamiento coherente significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella”*¹⁰⁰.

321. Sobre la base del mencionado deber se ha construido la denominada doctrina de los actos propios, que responde al vocablo latín que reza *“venire contra factum proprium non valet”*. De conformidad con esta doctrina, se censura la inobservancia del deber de coherencia, esto es, las conductas contradictorias que lesionan la confianza que un determinado comportamiento inicial legítimamente generó en otro sujeto. Lo anterior significa, entonces, que el proceder anterior de una parte la vincula en relación con sus actos posteriores cuando aquel haya sido objetivamente idóneo para suscitar en su receptor una confianza legítima, salvo que existan motivos que justifiquen una modificación de la conducta, o que la ley o las partes (dentro de los límites de la autonomía privada) autoricen dicha alteración. Así las cosas, una actuación injustificadamente incoherente que vulnere una expectativa razonablemente fundada, *“puede dar origen a consecuencias de diversa naturaleza, tales como la inadmisibilidad o rechazo de la pretensión o excepción que tenga como fundamento el comportamiento contradictorio, o, en su caso, la reparación de los daños causados por la infracción del deber jurídico en esos términos asumido y por la vulneración de los intereses legítimos de aquel cuya confianza se vio defraudada”*.¹⁰¹

322. En relación con el fundamento de la doctrina de los actos propios y los requisitos para su aplicación, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en los siguientes términos:

“5. Las reseñas verificadas, con todo y las variables incorporadas en cada región o normatividad, respecto de las cuales no entra la Corte a establecer categorizaciones o ligeras generalizaciones, ponen de presente la teoría de los actos propios o ‘venire contra factum proprium non valet’, que en definitiva conclusión, puede anunciarse que es la coherencia exigida en el comportamiento de las personas, de tal forma que lo realizado en el pasado, que ha servido, a su vez, como determinante o referente del proceder de otras

¹⁰⁰ Díez-Picazo, Luis. *La doctrina de los propios actos*. Ed. Bosch Casa Editorial. Barcelona (1963). Pág. 142.

¹⁰¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC-10326 de 5 de agosto de 2014.

o que ha alimentado, objetivamente, ciertas expectativas, no pueden ser contrariadas de manera sorpresiva, caprichosa o arbitraria, si con ello trasciende la esfera personal y genera perjuicio a los demás.

“(…)

“Bajo tales parámetros, oportuno resulta asentar que si bien jurisprudencia y la doctrina no son concordantes en cuanto a los requisitos establecidos para considerar si, en estrictez, procede la teoría de los actos propios, la mayoría converge en señalar los siguientes como tales: i) una conducta relevante que genere en la otra persona un grado de confianza legítima sobre la realización o concreción, en el futuro, de unas consecuencias en particular; ii) que, con posterioridad, emerja otra conducta (quizás una pretensión) que contradiga con evidente y objetiva incoherencia, los antecedentes plantados; iii) que la nueva situación presentada tenga trascendencia en lo jurídico y la virtualidad para afectar lo existente; y, iv) que haya identidad entre quienes resultaron involucrados en uno y otro episodio”¹⁰².

323. Es necesario, entonces, que se reúnan los siguientes requisitos para que haya lugar a la aplicación de la doctrina de los actos propios: (i) la existencia de una conducta primigenia jurídicamente relevante, esto es, adecuada para generar en otra persona una confianza legítima en cuanto a que dicho comportamiento se mantendrá; (ii) un comportamiento posterior que injustificadamente contraríe aquella, que vulnere la confianza suscitada; y (iii) la identidad de los sujetos.

324. Precisado el marco jurídico de la doctrina de los actos propios, procede el Tribunal a verificar si AUTEKO inobservó el deber de coherencia al pretender que se declare que TODOMOTOS incumplió el Contrato al terminarlo unilateralmente y reclamar la consecuente indemnización de perjuicios. En particular, teniendo en cuenta los precisos términos en los que TODOMOTOS propuso la excepción que se analiza en este acápite, el panel arbitral examinará si hay una contradicción en el comportamiento de la Convocante porque, según afirma, AUTEKO inicialmente habría aceptado la terminación de Contrato sin objeción y le habría dado efectos.

¹⁰² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de enero de 2011. Exp. No. 11001 3103 025 2001 00457 01. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Sentencia reiterada en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC232-2023 de 1° de septiembre de 2023. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

325. Sobre el particular se encuentra acreditado que, en escrito de 30 de diciembre de 2020¹⁰³, AUTECO dio respuesta a la comunicación de terminación contractual de 24 de diciembre de 2020, en relación con la que señaló lo siguiente:

“De manera respetuosa les informamos que no estamos de acuerdo con las consideraciones expuestas en su comunicación, en cuanto constituyen una equivocada interpretación jurídica de la relación comercial mantenida por las partes en el marco del mencionado contrato de concesión.

“En vista de lo anterior, nos sujetamos a las reglas de solución de conflictos previsto (sic) en el mencionado contrato de concesión”.

326. Las consideraciones a las que se hace referencia en la comunicación antes citada se refieren, como resulta lógico, a los incumplimientos que TODOMOTOS le atribuyó a AUTECO en la carta de 24 de diciembre de 2020 con fundamento en la calificación del Contrato como uno de agencia comercial, correspondientes al *“tratamiento abiertamente discriminatorio”* y a la falta de reconocimiento de su condición de agente comercial. En ese sentido, es evidente que AUTECO no compartió las manifestaciones de TODOMOTOS y expresamente advirtió que se sujetaría a las reglas contractuales de solución de controversias.

327. Luego del pronunciamiento antes citado, entre las partes se cruzaron múltiples comunicaciones¹⁰⁴ que tenían como propósito concertar una reunión para la designación de los árbitros que habrían de resolver las controversias surgidas entre ellas como consecuencia de la decisión unilateral de TODOMOTOS de extinguir el vínculo contractual. De la valoración integral de dichos escritos se desprende que las partes, con ocasión de la decisión de terminación del Contrato adoptada por TODOMOTOS, iniciaron un periodo de negociaciones orientadas a someter cualquier controversia sobre el particular a la decisión de un tribunal arbitral. Esto demuestra, nuevamente, la falta de conformidad de AUTECO con la determinación de TODOMOTOS, pues su comportamiento posterior a la respuesta que dio a la notificación de terminación

¹⁰³ Expediente digital 2021 A 0022. 03. DEMANDA INICIAL. 4. Respuesta 30 de diciembre 2020.

¹⁰⁴ Comunicación de 31 de diciembre de 2020, de TODOMOTOS a AUTECO. Expediente digital 2021 A 0022. 03. DEMANDA INICIAL. 5. Comunicación 31 dic 2020; comunicación de 5 de enero de 2021 de AUTECO a TODOMOTOS. Expediente digital 2021 A 0022. 03. DEMANDA INICIAL. 6. Respuesta 5 enero 2021; comunicación de 7 de enero de 2021, de TODOMOTOS a AUTECO. Expediente digital 2021 A 0022. 03. DEMANDA INICIAL. 7. Comunicación 07 enero 2021; comunicación de 12 de enero de 2021 de AUTECO a TODOMOTOS. Expediente digital 2021 A 0022. 03. DEMANDA INICIAL. 8. Respuesta 12 enero 2021; comunicación de 12 de enero de 2021, de TODOMOTOS a AUTECO. Expediente digital 2021 A 0022. 03. DEMANDA INICIAL. 9. Comunicación 12 enero 2021; y comunicación de 19 de enero de 2021, de AUTECO a TODOMOTOS. Expediente digital 2021 A 0022. 03. DEMANDA INICIAL. 10. Respuesta 19 enero 2021.

consistió en insistir en que se sujetaría a las reglas de solución de conflictos pactadas en el Contrato.

328. Posteriormente, mediante comunicación de 4 de febrero de 2021¹⁰⁵, AUTECO le propuso a TODOMOTOS adelantar, durante un periodo de un mes, un “cierre de la operación” que tenía por finalidad *“formalizar (...) los pasos a seguir con ocasión a la finalización de las relaciones comerciales que se han sostenido hasta el momento, para facilitar las actividades de soporte de revisión, reparación y/o mano de obra”* de los vehículos de AUTECO. La comunicación mencionada fue contestada por TODOMOTOS el 24 de febrero de 2021¹⁰⁶, en la que se hizo referencia a un presunto comportamiento contradictorio de AUTECO quien, según se señala en el escrito de 24 de febrero, solo hasta el 18 de febrero de 2021 habría manifestado que la terminación era injustificada e intempestiva, cuando con anterioridad no había expresado reparo alguno.

329. Apreciadas en conjunto las distintas comunicaciones cruzadas entre las partes luego de la notificación de la terminación del Contrato, el Tribunal concluye que AUTECO no vulneró el deber de coherencia que le impone la buena fe, ni tampoco lesionó expectativa legítima alguna de TODOMOTOS con la reclamación que formuló en la demanda inicial reformada. En efecto, desde que recibió la comunicación de terminación, AUTECO manifestó su intención de acudir a los mecanismos de resolución de controversias previstos en el Contrato, lo que es claramente indicativo de su inconformidad con la decisión y, especialmente, con los fundamentos invocados por TODOMOTOS. Por ese motivo, AUTECO optó por someter sus diferencias con TODOMOTOS a la decisión del juez del contrato.

330. Adicionalmente, la propuesta de “desmante” de la operación no implicaba aceptación o conformidad con la terminación unilateral del Contrato y las razones expresadas por TODOMOTOS como motivo de su decisión, ni tampoco puede entenderse como una renuncia a reclamar más adelante una indemnización de los perjuicios causados por ese comportamiento. En efecto, la parte que considera que se ha visto lesionada por una terminación unilateral que no se ajusta a derecho puede optar por mantener el efecto extintivo de la decisión, no obstante lo cual puede demandar la reparación de los daños que con esa determinación se le hayan ocasionado. En ese sentido, el comportamiento de AUTECO no resultaba idóneo para generar una confianza o expectativa legítima en TODOMOTOS en el sentido de que no se presentarían reclamaciones posteriores por los efectos adversos de la terminación unilateral, pues la conducta de AUTECO no es indicativa de una presunta conformidad con la decisión y sus fundamentos.

¹⁰⁵ Expediente digital 2021 A 0022. 03. DEMANDA INICIAL. 23. Comunicación 04 febrero

¹⁰⁶ Expediente digital 2021 A 0022. 03. DEMANDA INICIAL. 26. Comunicación 24 febrero TODOMOTOS.

331. En los anteriores términos se concluye que la excepción denominada “4.5. NO PUEDE AUTEKO DESCONOCER SUS ACTOS PROPIOS. – VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET” no está probada. En consecuencia, procede el Tribunal a examinar las pretensiones relacionadas con la terminación unilateral del Contrato y sus efectos, planteadas tanto en la demanda inicial reformada como en la demanda de reconvencción subsanada.

4.10.2.2. La decisión de terminación adoptada por TODOMOTOS

332. El 24 de diciembre de 2020, TODOMOTOS le notificó a AUTEKO su decisión de terminar el Contrato de Concesión en los siguientes términos:

“El suscrito, LUIS SEGUNDO HERNANDEZ AMADOR, mayor de edad, obrando en mi condición de representante legal de la sociedad TODOMOTOS OB S.A.S., (TODOMOTOS OB S.A.S. o el ‘Agente’), me dirijo a ustedes tras la comunicación verbal recibida el pasado 17 de diciembre de 2020, en la que AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. – AUTEKO S.A.S. (‘AUTEKO S.A.S.’ o el ‘Empresario’ y, en conjunto con TODOMOTOS OB S.A.S., las ‘Partes’), manifestó que no seguiría adelante ni realizaría propuestas adicionales en el marco de las negociaciones sostenidas con mi representada en los últimos meses, respecto del Contrato denominado como de Concesión Comercial para la Venta de Motocicletas ensambladas por Auteco, sus repuestos y accesorios, suscrito en el año 2005 (el ‘Contrato’).

“Para TODOMOTOS OB S.A.S., es lamentable observar dicha circunstancia porque, tras quince años de relación contractual, esperábamos poder encontrar una solución amigable a las diferencias actualmente existentes entre las Partes y, sobre todo, la prolongada situación de incumplimiento del Contrato en la que ha incurrido AUTEKO S.A.S, consistente, entre otras, en dar un tratamiento abiertamente discriminatorio a TODOMOTOS OB S.A.S, sin reconocer su condición de agente comercial y, lo que es más preocupante, de una forma que puede ser contraria a las prácticas que rigen la recta y leal competencia.

“No obstante, conforme a la última conversación sostenida, es nuestro entendimiento que no ha sido la intención de AUTEKO S.A.S. la de proceder a una concertación, razón por la cual, mediante la presente comunicación nos permitimos ejercitar los remedios que el Contrato prevé frente al incumplimiento del empresario (...).

“II. Terminación del Contrato por causa imputable a AUTECO S.A.S.:

“2.1. Habida cuenta de la reiterada situación de incumplimiento material prolongado de AUTECO S.A.S. y la negativa definitiva a llegar a un acuerdo en relación con el Contrato (notificada en conversación del 17 de diciembre de 2020), desafortunadamente TODOMOTOS OB S.A.S, no tiene más remedio que ejercitar los derechos que le confiere el artículo 870 del Código de Comercio y, en tal virtud, declarar terminado, por causa imputable a AUTECO S.A.S, (sic) el Contrato de Concesión (...).

“2.2. La fecha efectiva de terminación será 24 de diciembre de 2020 (...)”¹⁰⁷.

333. En relación con la comunicación de terminación de 24 de diciembre de 2020, respecto de la que se destacan los apartes antes citados, se observa lo siguiente: (i) que TODOMOTOS ubicó el fundamento de la facultad de terminación ejercida en el artículo 870 del Código de Comercio, sin que se haya hecho referencia a estipulación alguna que le permitiera extinguir el vínculo contractual por incumplimiento de AUTECO; (ii) que expresamente se señaló que la fecha efectiva de terminación sería la misma de la notificación, esto es, el 24 de diciembre de 2020, si bien se propuso un “cronograma de desmonte” que se extendería hasta el 24 de marzo de 2021; y (iii) que, como se explica en detalle en los “antecedentes” de la misiva de terminación, el motivo de la decisión de TODOMOTOS consistió en el presunto incumplimiento de AUTECO de los deberes que le imponía la buena fe contractual y de las reglas que rigen la recta y leal competencia. Esto último, por haberle impuesto AUTECO a TODOMOTOS un margen menor sobre los productos comercializados en comparación con aquel percibido por otros comercializadores “de análogas condiciones”, en relación con los cuales la única diferencia estaría en “la firma de una renuncia a las cesantías comerciales causadas desde el año 2015”, además de no reconocerle a TODOMOTOS su condición de agente comercial.

334. Pues bien, examinada integralmente la determinación adoptada por TODOMOTOS el 24 de diciembre de 2020 en el sentido de terminar el Contrato, encuentra el Tribunal: (i) que la Convocada carecía de una facultad legal o contractual para terminar unilateralmente el Contrato por incumplimiento; y (ii), además, que la “justa causa” alegada como fundamento principal de dicha decisión no se encuentra acreditada. En consecuencia, como se explica en detalle seguidamente, la terminación unilateral del Contrato por parte de TODOMOTOS constituye un incumplimiento contractual que compromete su responsabilidad civil.

¹⁰⁷ Expediente digital 2021 A 0022. 03. DEMANDA INICIAL. 3. Comunicación 24 de diciembre 2020.

4.10.2.2.1. Inexistencia de una facultad legal o contractual de terminación unilateral por incumplimiento

335. En términos generales, en caso de incumplimiento contractual, el acreedor de la prestación que fue desatendida por su deudor puede solicitar el cumplimiento de la obligación respectiva o la resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios, o puede optar por esta última alternativa de manera principal y autónoma. Las prerrogativas enunciadas se encuentran consagradas en los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, según los cuales, en su orden, en *“los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”*; y *“en los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”*.

336. La resolución del contrato por incumplimiento se refiere a la extinción del vínculo contractual por la desatención de una de las partes a los compromisos adquiridos, que se produce con efectos retroactivos, salvo que se trate de contratos de ejecución continuada, periódica o sucesiva, pues en estas hipótesis el efecto extintivo únicamente se produce hacia el futuro. Se trata, entonces, de un mecanismo de disolución de la relación jurídica contractual que vincula a las dos partes y que se fundamenta en una causa precisa: la inobservancia de los deberes de prestación que del contrato surgen para las partes. Lo anterior significa que la resolución implica restarle efectos vinculantes al negocio jurídico por una circunstancia que el derecho censura (el incumplimiento contractual), con la consecuente insatisfacción de los intereses de los contratantes y de la finalidad perseguida por ellos al celebrarlo. Por lo tanto, para la efectividad de esa prerrogativa se exige, además de otros requisitos sustanciales (v. gr. la gravedad del incumplimiento), que la terminación del contrato sea declarada por un juez. Esto, salvo disposición legal que habilite a los contratantes a resolver unilateralmente el acuerdo de voluntades o la existencia de un pacto expreso de las partes en ese sentido —sujeto, en todo caso, a control judicial, tanto en la eficacia de su pacto como en lo que respecta a su ejercicio—.

337. En ese sentido, se destaca que los citados artículos 1546 del estatuto civil y 870 de la codificación mercantil expresamente señalan que, en caso de incumplimiento, el acreedor *“podrá pedir”* la resolución del contrato, lo que significa que necesariamente debe acudir ante la administración de justicia para que sea el juez del contrato el que determine si se reúnen los presupuestos para la prosperidad de una pretensión de esa naturaleza. Lo anterior, se reitera, salvo excepciones legales o convencionales.

338. A este respecto, la jurisprudencia civil ha precisado lo siguiente:

“1. Es regla principalísima, amén que vertebral del derecho contemporáneo de los contratos y de las obligaciones, que aquellos, lato sensu, son ley para las partes y que, por ende, no pueden ser ‘invalidados’ sino por su mutuo asentimiento o por motivos legales. Así, expresa y categóricamente, fue establecido en el artículo 1602 del Código Civil patrio (...).

“La fuerza vinculante que emerge del contrato (pacta sunt servanda), en particular el nacido por la conjunción o convergencia de voluntades individuales (mutuum consensus), imposibilita entonces que una de las partes, motu proprio, derogue la ley negocial -o lex contractu- y, por esa vía, pueda válidamente sustraerse de atender el deber de prestación que le incumbe, propósito que -por regla- sólo puede lograrse por la aquiescencia expresa o tácita de quienes estructuraron primigeniamente la convención (axioma de la intangibilidad in negotio), pues, al fin y al cabo, como de antiguo se ha predicado, nada es tan natural y consecuente de cara a la lógica, como disolver un vínculo de la misma manera como inicialmente se gestó (nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est), esto es, en virtud de la exteriorización de las voluntades coincidentes de los propios cocontratantes (mutuum disensus).

“Bajo este entendimiento, fácil resulta comprender que los negocios jurídicos, por regla general, fenecen por el mutuo disenso de las partes (arts. 1602 y 1625 C.C.); o por la declaración judicial de resolución o de terminación, cuando se acredita el incumplimiento de las obligaciones por uno de los contratantes (arts. 1546 y 1625 nral. 9 C.C. y 870 C. de Co.); o por el pronunciamiento judicial de nulidad absoluta o relativa, fundado en la existencia de una causal concerniente a su invalidez (arts. 1625 nral. 8 y 1740 y ss, ib.). Fuera de estos conocidos supuestos -y de algunos otros expresamente previstos por el legislador (p.ej: tratándose de la aplicación de la teoría de la imprevisión)-, importa acotar, las partes de un contrato, merced a la ratio que lo inspira, deben plegarse al designio negocial expresado ex ante (principio de fidelidad negocial), lo que implica que la solitaria e insular voluntad de una de ellas de apartarse del contenido de las cláusulas que contribuyó a diseñar, o a las que adhirió en señal de aceptación -una de ellas referente a la vigencia del acuerdo respectivo-, es insuficiente y, por contera, anodina para producir el resultado de ponerle fin al contrato -y, de paso,

privar de efectos jurídicos al acuerdo negocial-, e interrumpir su pervivencia espacio-temporal”¹⁰⁸ (se destaca).

339. En oportunidad más reciente, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia reiteró la necesidad de la declaratoria judicial como regla general para la procedencia de la resolución por incumplimiento, de la siguiente forma:

“2.3. En cambio, frente a las otras dos hipótesis -incumplimiento unilateral y recíproco-, ha de reconocerse, por igual, que el contrato subsiste jurídicamente y que, por lo tanto, continúa generando efectos para quienes lo celebraron, de modo que su extinción ha de obtenerse por un medio diferente, claro está, con sujeción a la regla del artículo 1602 del Código Civil, esto es, ‘por causales legales’.

“(…)

*“Como en el supuesto de que ahora se trata, **el incumplimiento unilateral no provoca, por sí solo, la extinción del respectivo contrato**, al punto que hay lugar a la pervivencia del mismo y a buscar su cumplimiento forzado, **es necesario para la desaparición del vínculo negocial, que el contratante cumplidor o que se allanó a satisfacer sus deberes, opte por solicitar a la justicia la resolución del contrato y que, mediante sentencia judicial, se acoja su pedimento**”¹⁰⁹ (se destaca).*

340. De conformidad con las normas y los pronunciamientos jurisprudenciales antes citados, es claro que, por regla general, la resolución del contrato por incumplimiento requiere de declaración judicial. De esa forma se previenen eventuales comportamientos caprichosos o arbitrarios, pues prescindir de la intervención del juez del contrato le permitiría a uno los contratantes —el acreedor de la obligación presuntamente incumplida— calificar el comportamiento de su deudor y extinguir el vínculo con base en esa apreciación. De allí que solo excepcionalmente se les confiera una facultad semejante a los contratantes, ya sea porque, en atención a la naturaleza del negocio jurídico, así lo disponga el legislador, o porque las partes, en ejercicio de su autonomía y dentro de sus límites, lo acuerden.

341. Precisado lo anterior, el Tribunal advierte que, en el presente caso, (i) no existe norma legal que habilite al concesionario a terminar unilateralmente el contrato de

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 14 de diciembre de 2001. Exp. No. 6230. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

¹⁰⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC1662-2019 de 5 de julio de 2019. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

concesión por incumplimiento del concedente, y (ii) tampoco se pactó una facultad unilateral en ese sentido a favor de TODOMOTOS en el Contrato celebrado el 3 de marzo de 2010.

342. En primer término, tratándose de un contrato atípico, no existe una disposición legal que autorice a las partes para darlo por terminado unilateralmente en caso de incumplimiento del otro contratante. En efecto, comoquiera que el contrato de concesión carece de una regulación normativa que le sea propia, en el ordenamiento no está prevista la posibilidad de que uno de los contratantes dé por extinguido el vínculo cuando su contraparte comercial ha desatendido los deberes de prestación a su cargo. En una hipótesis semejante, si el interés del acreedor cuyo derecho de crédito ha sido lesionado consiste en la terminación del negocio jurídico, deberá acudir al juez del contrato en los términos de los citados artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio. Lo anterior, claro está, salvo que las partes, en ejercicio de la autonomía privada y dentro de sus límites, pacten una cláusula de resolución expresa por incumplimiento. En caso contrario, esto es, en ausencia de acuerdo de las partes, la regla será la mencionada con anterioridad: la resolución judicial.

343. Resulta pertinente aclarar, además, que no son aplicables por analogía las normas de otros contratos semejantes al de concesión que sí autorizan la terminación unilateral del contrato por incumplimiento. Es el caso, por ejemplo, del suministro (artículo 973 del Código de Comercio) y de la agencia mercantil (literal “a” de los numerales 1 y 2 del artículo 1325 del Código de Comercio). Si bien la jurisprudencia ha reconocido que, en la disciplina de los contratos atípicos, luego de la aplicación de las cláusulas contractuales y de las normas generales comunes a todas las obligaciones y contratos, por “*un proceso de auto integración*” es posible acudir a “*las del contrato típico con el que guarde alguna semejanza relevante*”¹¹⁰, lo cierto es que la resolución por incumplimiento por decisión de uno solo de los contratantes comporta el ejercicio de una prerrogativa que, en cierta medida, sanciona un comportamiento antijurídico (el incumplimiento), razón por la que no puede aplicarse extensivamente a otros contratos en los que el legislador no ha previsto expresamente dicha facultad.

344. Por otra parte, examinado en su integridad el Contrato de Concesión celebrado entre AUTEKO y TODOMOTOS se observa que en él no se pactó, a favor de TODOMOTOS, una facultad unilateral de terminación por incumplimiento. En efecto, en relación con las formas y las causales de extinción del vínculo contractual, en el Contrato de Concesión únicamente se pactó lo siguiente:

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 22 de octubre de 2001. Exp. No. 5817. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

“DÉCIMA QUINTA: Este contrato durará por tres (3) años. Sin embargo, AUTECO podrá terminar el presente contrato sin necesidad de que exista justa causa alguna, dando aviso por escrito al CONCESIONARIO con un plazo de al menos seis (6) meses de anticipación a la fecha en que el presente contrato dejará de estar en vigor.

“PARÁGRAFO: Este contrato será automáticamente renovado por un periodo igual al inicialmente pactado, en caso de que ninguna de las partes manifieste a la otra por escrito, con una anticipación no menos a tres (3) meses su intención de darlo por terminado.

“(…)

“DÉCIMA SÉPTIMA: Las partes de común acuerdo convienen en que el incumplimiento por el CONCESIONARIO de una o varias de las obligaciones que le impone el presente contrato, constituye una justa causa para que AUTECO lo de (sic) por terminado sin necesidad de requerimiento o constitución en mora alguna y sin que se genere el pago de ninguna indemnización, caso en el cual simplemente dará aviso al CONESIONARIO con 30 días corrientes de anticipación. De igual manera, las partes acuerdan que AUTECO podrá dar por terminado el contrato, en cualquier tiempo y sin que por ello haya lugar a indemnización o reclamo alguno, en el caso de que cambie la propiedad del capital social del CONCESIONARIO total o parcialmente o figuren como socios o accionistas del CONCESIONARIO personas que puedan considerarse indeseables para AUTECO, por tener intereses en la competencia o por cualquier otra razón, tal y como ser incluidos en la lista Clinton, por ejemplo, lo cual constituye igualmente una justa causa de terminación del contrato. Adicionalmente, este contrato podrá ser terminado por AUTECO en cualquier tiempo, sin necesidad de requerimiento o constitución en mora alguna y sin que se genere el pago de ninguna indemnización por las siguientes razones que se consideran igualmente justas causas de terminación: 1) Si, habiendo exigido garantías de cumplimiento de las obligaciones del CONCESIONARIO o mejoras en las que éste hubiere otorgado, el CONCESIONARIO no atendiere a su constitución o mejora dentro de 30 días siguientes a la solicitud de constitución o mejora de tales garantías por parte de AUTECO; 2) Si el CONCESIONARIO no cumple a cabalidad con el procedimiento de compras descrito en la Cláusula Cuarta de este contrato caso en el cual simplemente dará aviso al CONCESIONARIO con 30 días corrientes de anticipación; 3) En caso de que AUTECO cese sus actividades, descontinue la producción o comercialización de motocicletas o si por cualquier razón no se encuentra en condiciones de vender los productos,

caso en el cual simplemente dará aviso al CONCESIONARIO con 30 días corrientes de anticipación.

“PARÁGRAFO PRIMERO: En los casos previstos en este artículo, no se requerirá el aviso con seis meses de antelación para la terminación del contrato a que se refiere la cláusula DÉCIMA SEXTA ut supra. (...)”¹¹¹.

345. De conformidad con lo estipulado en las cláusulas antes transcritas, el Contrato de Concesión podía terminar por los siguientes motivos, además de las causales legales de terminación comunes a todo tipo de negocio jurídico: (i) por vencimiento de su plazo inicial, salvo terminación anticipada por decisión unilateral de AUTEKO que debía ser comunicada con seis (6) meses de antelación; (ii) por vencimiento de su prórroga, caso en el cual la parte interesada debía comunicarle a la otra, con una antelación de tres (3) meses, su intención de dar por terminado el Contrato; (iii) por decisión unilateral de AUTEKO en caso de incumplimiento contractual de TODOMOTOS, para efectos de lo cual AUTEKO debía darle un preaviso de 30 días corrientes; y (v) por decisión unilateral de AUTEKO (a) en caso de cambios en la composición accionaria de TODMOTOS, (b) por falta de otorgamiento o actualización de las garantías de cumplimiento pactadas en el Contrato, (c) por incumplimiento de TODOMOTOS respecto del procedimiento de compras, o (d) por cesación de actividades de AUTEKO.

346. Se encuentra acreditado, entonces, que TODOMOTOS terminó unilateralmente el Contrato sin tener facultad legal o contractual para el efecto, tanto así que, en la comunicación de terminación de 24 de diciembre de 2020, la Convocada invocó el artículo 870 del Código de Comercio como sustento de su decisión. Este comportamiento de TODOMOTOS constituye un incumplimiento contractual, pues comporta una violación al principio de normatividad de los contratos previsto en el artículo 1602 del Código Civil y también implica un desconocimiento de los deberes de conducta derivados de la buena fe contractual, en la medida en que TODOMOTOS pretendió sustraerse del vínculo contractual y de las obligaciones que de él surgieron en cabeza suya, sin estar facultado para hacerlo unilateralmente. No obstante, con el fin de establecer si TODOMOTOS es civilmente responsable por los daños que AUTEKO reclama como consecuencia de la terminación unilateral del Contrato, es necesario verificar si la Convocante también se encontraba en situación de incumplimiento, como lo sostiene TODOMOTOS.

4.10.2.2. Ausencia de una “justa causa” comprobada para la terminación por parte de TODOMOTOS: el presunto margen diferencial “discriminatorio”

¹¹¹ Expediente digital 2021 A 0022. 03. DEMANDA INICIAL. 1. Contrato.

347. Verificada la ausencia de una facultad legal o contractual que habilitara a TODOMOTOS a terminar unilateralmente el Contrato por incumplimiento de AUTEKO, corresponde analizar si, en todo caso, la determinación adoptada por la Convocada estuvo justificada en incumplimientos de AUTEKO debidamente acreditados.

348. Sobre el particular, es importante precisar que, en la comunicación de terminación de 24 de diciembre de 2020, citada *in extenso* en párrafos anteriores, TODOMOTOS manifestó que su decisión estaba motivada por la *“prolongada situación de incumplimiento del Contrato en la que ha incurrido AUTEKO S.A.S., consistente, entre otras, en dar un tratamiento abiertamente discriminatorio a TODOMOTOS OB S.A.S., sin reconocer su condición de agente comercial y, lo que es más preocupante, de una forma que puede ser contraria a las prácticas que rigen la recta y leal competencia”*. Se refirió, entonces, al reconocimiento de un margen menor sobre los productos comercializados por TODOMOTOS en comparación con aquel que le reconocía a *“comercializadores de análogas condiciones”*, tratamiento diferenciado que consideró violatorio de los deberes de conducta que impone la buena fe contractual y de las normas que rigen la recta y leal competencia, *“en particular las prácticas restrictivas de la competencia”*. Es claro, entonces, que, en los términos del escrito de terminación mencionado, los únicos incumplimientos que TODOMOTOS le imputó a AUTEKO fueron (i) la falta de reconocimiento de su calidad de agente comercial y (ii) el establecimiento de un *“margen diferencial discriminatorio”*.

349. En relación con el primero de los reparos, según se explicó en detalle en acápites anteriores de esta providencia, entre AUTEKO y TODOMOTOS se celebró y ejecutó un contrato de concesión mercantil. Por lo tanto, el hecho de que AUTEKO no le reconociera la calidad de agente comercial a TODOMOTOS, así como tampoco las prestaciones que son propias de dicho contrato (*v. gr.* la cesantía comercial), no constituye un incumplimiento contractual ni una *“justa causa”* para la terminación unilateral del Contrato.

350. En cuanto al establecimiento de un *“margen diferencial discriminatorio”*, encuentra el Tribunal que no está acreditado un trato discriminatorio en perjuicio de TODOMOTOS, que pueda ser calificado como un incumplimiento contractual imputable a AUTEKO, que, además, haya configurado una *“justa causa”* para la terminación del Contrato. Lo anterior, toda vez que: (i) se demostró que existe una razón objetiva que explica el tratamiento diferencial entre los distintos *“socios comerciales”*, que corresponde, precisamente, al cambio en el esquema contractual, pues mientras que con TODOMOTOS se mantuvo la relación en los términos del Contrato de Concesión, con otros *“socios comerciales”* se celebró un negocio jurídico distinto de agencia comercial; y (ii), en todo caso, el margen percibido por TODOMOTOS entre los años 2015 y 2020 da cuenta de que, en realidad, no se le impuso uno que resultara discriminatorio por ser

inferior al que percibían los demás “socios comerciales”, pues respecto de algunas motocicletas obtuvo un margen incluso superior a aquel que se le reconoció a quienes suscribieron un contrato de agencia mercantil con AUTEKO.

351. En primer término, para establecer si AUTEKO aplicó un margen diferencial discriminatorio, es necesario acreditar que la Convocante adoptó un comportamiento carente de justificación en ese sentido, es decir, si el tratamiento diferenciado que recibió TODOMOTOS fue arbitrario por carecer de una razón que lo explique.

352. Al respecto encuentra el Tribunal que se demostró la existencia de dos esquemas o tipos de contratos de distribución que dan cuenta de la diferencia en el reconocimiento. El esquema original de vinculación con los socios comerciales era el contrato de concesión, como el celebrado entre AUTEKO y TODOMOTOS. Y, a partir de 2015, la celebración de contratos de “agencia mercantil”, en los que se reconocía mensualmente la cesantía comercial en forma anticipada a la terminación del contrato, porque así lo convinieron los suscriptores de dichos contratos, reconocimiento que se hizo como una suma mensual adicional al margen bruto obtenido por el distribuidor en la venta de sus productos a los clientes finales, lo que explica la diferencia de trato en lo que respecta al valor pagado a los otros “socios comerciales” de AUTEKO.

Encuentra el Tribunal, además, que TODOMOTOS comparó su situación con la de un solo agente en particular: TODOMOVIL VISAL S.A.S. En efecto, se aportó el denominado “contrato de agencia comercial para la promoción, mercadeo y comercialización de vehículos y productos de AUTEKO MOBILITY S.A.S.” suscrito entre TODOMOVIL VISAL S.A.S. y AUTEKO MOBILITY S.A.S.¹¹², que a su vez fue objeto de examen en el dictamen pericial aportado por TODOMOTOS y elaborado por el experto Jorge Arango Velasco¹¹³. Sobre el medio probatorio mencionado, el Tribunal destaca que se refiere a la relación jurídica que vincula a dos personas jurídicas que no son parte del presente trámite arbitral. En ese sentido, no es un parámetro idóneo de comparación el que propone la Convocante en Reconvención, pues para verificar si hay un incumplimiento imputable a AUTEKO no es adecuado contrastar su comportamiento con el de un tercero (v. gr. AUTEKO MOBILITY S.A.S.).

353. Sobre esta temática, en su interrogatorio de parte, la señora Claudia Garcés Acero, representante legal de AUTEKO, declaró lo siguiente:

“08:25 APODERADO PARTE CONVOCADA: Gracias. Pregunta número 5.

¹¹² Expediente digital: 2021 A 0022, 07. ANEXOS DEMANDA DE RECONVENCION SUBSANADA Y RESUELVE RECUR 21 SEP 2021, 2.14.1 CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL PARA LA PROMOCION MERCADEO Y COMERCIALIZACION DE VEHICULOS Y PRODUCTOS DE AUTEKO MOBILITY SAS.

¹¹³ Expediente digital: 2021 A 0022, DICTÁMENES, TODOMOTOS, DICTAMEN PERICIAL COMERCIAL TODOMOTOS, DICTAMEN APORTADO POR CONVOCADO MODELO DE NEGOCIO. JORGE ARANGO 23 MAY 2022.

“Diga cómo es cierto, sí o no que todos los socios comerciales, tanto los denominados concesionarios como los denominados agentes, devengan su utilidad principal de un diferencial entre el precio de compra de la moto a Auteco y su precio de reventa al público.

*“08:48 PARTE CONVOCANTE: Es cierto Doctor Sergio. Digamos que en principio ese es el lineamiento del margen de ambas.... de ambas esquemas contractuales, es decir, el margen si es una diferencia entre el precio de venta a Auteco pues de Auteco al socio comercial y el posterior precio de reventa que el socio le haga a estas clientes o consumidores finales. Sin embargo **en el contrato de agencia, sí podemos encontrar que existe un margen adicional que también depende de este, finalmente de esta reventa que haga el socio comercial a su consumidor final.***

“09:26 APODERADO PARTE CONVOCADA: Gracias. Pregunta número 6. Precisamente en relación con la última parte de su última respuesta.

“Menciona usted que a los agentes se les reconoce un porcentaje adicional de ese margen diferencial producto del precio de compra vs la reventa. Diga cómo es cierto, sí o no que ese valor adicional se paga a los agentes a título de pago anticipado de cesantía comercial.

“09:59 PARTE CONVOCANTE: No es cierto Doctor Sergio como usted lo manifiesta. Creo que no, no voy a entrar a debatir sobre qué dice o qué no dice el contrato de agencia. Sin embargo pues este pago está pactado digamos en relación con esa utilidad bruta. Nosotros le denominamos utilidad bruta a esa diferencia entre el precio de venta de Auteco hacia el socio comercial y el precio de reventa que finalmente es socio comercial le hace a su consumidor final.

*“No es cierto como usted como manifiesta, repito. **Es simplemente un porcentaje adicional que se le paga al socio comercial y que está calculado sobre esa utilidad bruta**”¹¹⁴ (se destaca).*

354. Según se desprende de la declaración antes transcrita, en el año 2015 AUTEKO implementó dos esquemas de negocio distintos con sus “socios comerciales”: los contratos de concesión mercantil y los contratos de agencia. Ya el Tribunal ha analizado

¹¹⁴ Expediente digital 2021 A 0022. 22. AUDIENCIA INTERROGATORIOS DE PARTE 11 MAYO 2023. TRP_2021 A 0022 AUDIENCIA PRUEBAS 11 DE MAYO 2023.

dicha situación. En ese contexto, el margen reconocido a quienes a partir del año 2015 celebraron un contrato de agencia comercial dependía (y depende) de la venta efectiva del producto al consumidor final y consiste, además, en un porcentaje que se calcula sobre la utilidad bruta y que remunera la cesantía comercial.

355. Por otra parte, se observa que TODOMOTOS ha manifestado que, mientras que se le “impuso” un margen del 12%, a los demás “socios comerciales” se les reconocía un margen superior del 14% más un 1% o 1.5% adicional por concepto de cesantía comercial, diferencia en la que radicaría el trato discriminatorio que invocó como justa causa para la terminación del Contrato. Sin embargo, se encuentra probado que el margen de TODOMOTOS era variable y no siempre correspondió al 12%, sino que, incluso, en algunas oportunidades superó el 15%, es decir, igualó o superó el margen que percibían los otros “socios comerciales”.

356. Al respecto, el señor Jorge Antonio Villareal explicó que el “margen” consistía en la diferencia entre el precio de venta al público por parte de TODOMOTOS, que era sugerido y determinado por AUTEKO, y el precio al que AUTEKO le vendía las motocicletas al concesionario. Sobre el particular, precisó que el precio de venta sugerido al público era uniforme para todos los “socios comerciales” y que la diferencia en el tratamiento que recibió TODOMOTOS consistió en que únicamente se le reconoció un 12% de margen, mientras que quienes celebraron un contrato de agencia percibían un margen del 14% más un porcentaje adicional a título de cesantía comercial. En concreto, en la declaración que rindió en el trámite 2021 A 0021 y que fue debidamente trasladada a este proceso, el testigo señaló lo siguiente:

“EL TRIBUNAL, PRESIDENTE: Cuando usted nos dice que el 12% era el margen de utilidad o el 14% eventualmente, si soy impreciso en las palabras me corrige, ¿cómo se concreta ese 12%? Es decir, la diferencia entre el precio de compra que Servimax... ¿la diferencia entre el valor en que Servimax le compraba a Auteco y le vendía al público final era un 12% o qué?, ¿entre esos dos valores o cómo está -compuesto...?”

“EL DECLARANTE: (...) (hablan ambos interlocutores al mismo tiempo)- Auteco manda una lista de precios y nos manda una factura, el precio de venta al consumidor final que manda Auteco con el precio que me manda la factura, da el 12% mientras que los socios comerciales que firmaron el agenciamiento, también le mandan la misma lista de precios, pero a ellos el precio es más barato de la moto, o sea, les da un 14%, esa es la diferencia de entre lo que uno vende y lo que Auteco le despacha a uno.

“(...)”

“EL TRIBUNAL, PRESIDENTE: Pero, a ver, don Jorge, precíseme un tema, la discriminación que usted menciona, estoy tomando sus palabras, dice ‘en precios’, pero ¿era diferente el precio de venta al público sugerido por Auteco para un agente comercial, al precio de venta al público sugerido por Auteco para un concesionario en la misma zona o territorio?

“EL DECLARANTE: -No, doctor, era el mismo precio...

“EL TRIBUNAL, PRESIDENTE: (...) he entendido (hablan ambos interlocutores al mismo tiempo).

“EL DECLARANTE: Es el mismo precio; el precio de venta al público era el mismo, lo único que era (...).

“PREGUNTADO: Doctor Jorge, en la primera sesión que usted tuvo con el doctor Lombana, a usted le preguntaron cuál (...) había sido la causal por la que ustedes decidieron terminar la relación contractual entre Todomotos, Servimax y Auteco, y usted mencionó varias razones, yo capté ‘competencia y discriminación’. Le pregunto, aclárele al Tribunal, ¿fueron ambas razones?, ¿qué fue realmente lo que llevó a que terminaran la relación?

“CONTESTÓ: Bueno, la razón principal, principal, fue diferencial de precio que nos tenía Auteco con los demás socios; adicionalmente estaba lo que yo les dije, nos podíamos hacer otra apertura, y nos cobraba un seguro en el transporte, lo cual, eso nos afectaba el PyG, doctor. Eso es una... Cuando yo hablé de la competencia, hablé fue de la competencia en las salas que había entre Todomovil y Servimax, y más que todo era entre los jefes de Auteco, entre Jesús Quintero, que era, por ejemplo, o José Bacca, y Jean Piere Foliaco y el otro, Valentín Bejarano; era la competencia entre ellos, de pronto no fui claro en ese sentido, competían entre ellos mismos por las salas de Servimax, doctor.

“PREGUNTADO: Cuando usted habla de la discriminación de precios, explíqueme a este Tribunal a qué alude eso de ‘discriminación de precios’, ¿qué significa o qué quiere decir con eso de discriminación de precios?

“CONTESTÓ: O sea que Auteco a nosotros nos daba el 12% de utilidad bruta, y a los socios comerciales que firmaron agencia les daba el 14% más la cesantía comercial, que equivale, no sé, a 1.2 - 1.5, no me acuerdo muy bien, ya estamos hablando casi de un 15% con respecto a..., más un 15% con

respecto a Servimax y Todomot, que era de un 12%, doctor. Hay un diferencial de margen en utilidad bruta de 3%, casi”¹¹⁵ (se destaca).

357. De la declaración antes transcrita se desprende que, entre 2015 y 2020, el margen de utilidad bruta de TODOMOTOS habría sido del 12%, mientras que otros socios comerciales, que celebraron un contrato de agencia, alcanzaban a percibir un margen entre el 14% y el 15%.

358. En contraposición a la afirmación del testigo Jorge Villareal, según la cual el margen de TODOMOTOS parecería haber consistido en un porcentaje constante del 12%, obra en el expediente un cuadro comparativo¹¹⁶ (aportado por TODOMOTOS) de algunas facturas emitidas en los años 2017 y 2018 por parte de otros “socios comerciales” de AUTECO, y de las facturas emitidas por TODOMOTOS en ese mismo periodo y respecto de las mismas motocicletas, según el cual el margen de los otros socios comerciales es constante y asciende al 14%, mientras que el de TODOMOTOS es variable y oscila entre el 11.1% y el 15.1%. En lo que resulta pertinente, el cuadro comparativo mencionado (que se transcribe parcialmente enseguida) contiene la siguiente información:

¹¹⁵ Expediente digital 2021 A 0022. 24. PRUEBA TRASLADADA 16 MAYO 2023. Transcripciones. DECLARACIÓN DEL SEÑOR JORGE ANTONIO VILLAREAL GONZÁLEZ.

¹¹⁶ Expediente digital 2021 A 0022. 04. CONESTACIÓN DEMANDA 22 JUL 2021. 14.1.0 COMPARATIVO PRECIOS CON OTROS CONCESIONARIOS DE AUTECO.

COMPARATIVO				
DIFERENCIAL \$	diferencia %	precio venta sin iva	margin competencia	margin todomot
-6,397	-0.25%	2,940,336	14.0%	13.8%
-5,796	-0.23%	2,940,336	14.0%	13.8%
-6,013	-0.22%	3,108,403	14.0%	13.8%
-6,013	-0.22%	3,108,403	14.0%	13.8%
-8,617	-0.20%	5,125,210	14.0%	13.8%
-153,477	-3.31%	5,209,244	14.0%	11.1%
-8,940	-0.19%	5,209,244	11.2%	11.1%
-7,747	-0.20%	4,452,941	14.0%	13.8%
-7,747	-0.20%	4,452,941	14.0%	13.8%
38,316	0.97%	4,621,008	14.0%	14.8%
-47,736	-1.78%	3,067,227	14.0%	12.4%
-35,243	-1.37%	2,940,336	14.0%	12.8%
-35,243	-1.37%	2,940,336	14.0%	12.8%
-35,243	-1.37%	2,940,336	14.0%	12.8%
-35,243	-1.37%	2,940,336	14.0%	12.8%
-34,894	-1.40%	2,856,303	14.0%	13.8%
-35,844	-1.40%	2,940,336	14.0%	13.8%
-35,246	-1.37%	2,940,336	14.0%	12.8%
-5,796	-0.23%	2,940,336	14.0%	13.8%
-5,796	-0.23%	2,940,336	14.0%	13.8%
-6,121	-0.22%	3,192,437	14.0%	13.8%
30,624	0.96%	3,739,496	14.0%	14.8%
32,956	0.95%	4,075,630	14.0%	14.8%
36,622	0.96%	4,495,798	14.0%	14.8%
46,286	0.75%	7,302,521	14.4%	15.1%
-5,253	-0.24%	2,520,168	14.0%	13.8%
-5,254	-0.24%	2,520,168	14.0%	13.8%
24,385	0.95%	3,024,370	14.0%	14.8%
25,118	0.95%	3,108,403	14.0%	14.8%
25,118	0.95%	3,108,403	14.0%	14.8%
52,976	0.99%	6,301,681	14.0%	14.8%
51,514	0.99%	6,133,613	14.0%	14.8%
52,978	0.99%	6,301,681	14.0%	14.8%
-46,719	-1.45%	3,696,639	14.0%	12.7%
-47,735	-1.45%	3,780,672	14.0%	12.7%
-47,319	-1.47%	3,696,639	14.0%	12.7%
28,916	0.94%	3,612,605	14.0%	14.8%
29,517	0.96%	3,612,605	14.0%	14.8%
27,317	0.95%	3,360,504	14.0%	14.8%
27,317	0.95%	3,360,504	14.0%	14.8%
27,451	0.94%	3,444,538	14.0%	14.8%
-9,541	-0.21%	5,377,311	14.0%	13.8%

359. Asimismo, en el Anexo 3 del dictamen pericial contable elaborado por la perito Gloria Zady Correa¹¹⁷, en el que consta el ejercicio comparativo que realizó la experta para determinar el margen diferencial al que se refieren los numerales 2.9, 2.10 y 2.11, se observa que, entre los años 2015 y 2020, TODOMOTOS percibió un margen variable que, respecto de algunas motocicletas, superó el que se reconoció a los otros agentes. En efecto, según se observa en sus cálculos, en algunos casos el porcentaje del margen diferencial resulta ser igual a cero o negativo, lo que significa que iguala o supera el parámetro utilizado por la experta para la comparación. Así se evidencia, por ejemplo, en relación con las siguientes motocicletas comercializadas en el año 2016 (y lo mismo sucede con otros productos para los distintos años calculados por la perito):

¹¹⁷ Expediente digital 2021 A 0022. DICTÁMENES. TODOMOTOS. DICTAMEN PERICIAL CONTABLE TODOMOTOS. ANEXOS. ANEXO No. 3 Base de datos Diferencial.

VENTAS TODOMOTOS OB S.A.S. AÑO 2016				
motocicletas	Cantidad	venta total	%	DIFERENCIAL MARGEN
KLX 150	14	94.691.381	-0,856%	-810.852
MOTOCARRO MY16 BASICO	166	1.548.391.625	0,000%	0
MOTOCARRO MY16 ESPECIAL	25	250.840.514	0,000%	0
MOTOCARRO MY16 LUJO	12	123.127.587	0,000%	0
MOTOCARRO RE 4S (RE 205D)	1	8.619.828	0,000%	0
MOTOCARRO RE BASICO	120	1.150.093.479	0,000%	0
MOTOCARRO RE BASICO ANIV	8	77.862.070	0,000%	0
MOTOCARRO RE ESPECIAL	24	244.273.758	0,000%	0
MOTOCARRO RE LUJO	10	104.016.382	0,000%	0
PLATINO 100	21	61.304.300	-1,100%	-674.311
PLATINO 110	649	1.883.761.858	-1,100%	-20.720.260
PLATINO 110 ANIVERSARIO	9	26.634.483	-1,100%	-292.963
PULSAR 135 LS	86	332.806.714	1,448%	4.819.869
PULSAR 135 LS PRO	30	118.325.918	1,448%	1.713.654
PULSAR 135 LS PULSARMANIA	13	53.284.482	1,448%	771.692
PULSAR 180	45	207.021.534	-1,138%	-2.355.262
PULSAR 180 UG PRO	24	109.869.827	-1,138%	-1.249.977
PULSAR 200 NS	39	261.296.539	-1,138%	-2.972.743
PULSAR 200 NS PRO	41	284.349.998	-1,138%	-3.235.020
PULSAR 200 NS PULSARMANIA	34	236.375.512	-1,138%	-2.689.219

360. En todo caso, el Tribunal considera relevante destacar que, en su dictamen, la perito Gloria Zady Correa no explicó cuál fue la pauta o el criterio de comparación que utilizó para calcular el margen diferencial, pues tanto en el dictamen como en sus anexos simplemente se relacionan unos porcentajes sin precisar a qué corresponden o cómo se calcularon. No obstante, para el propósito de determinar si AUTEKO fijó un margen “discriminatorio”, basta con evidenciar que el margen diferencial calculado igualó o superó a aquel que se tuvo en cuenta para realizar el ejercicio de contraste entre TODOMOTOS y los demás “socios comerciales” que celebraron contratos de agencia comercial con AUTEKO a partir del año 2015.

361. En consecuencia, de la valoración en conjunto de los distintos medios de convicción antes examinados se concluye que no está acreditado que AUTEKO le hubiera impuesto a TODOMOTOS un margen diferencial discriminatorio, pues (i) el margen bruto obtenido por TODOMOTOS, no tuvo una variación sustancial en el tiempo y permaneció más o menos constante, sin perjuicio de las variaciones propias de todo negocio por las diferencias que se dan entre los precios de venta al público y el costo de la mercancía vendida, pero sin que se observe una política de AUTEKO de disminuir el margen bruto a este socio comercial en particular; (ii) la diferencia en el tratamiento que recibió TODOMOTOS en relación con los demás “socios comerciales” que celebraron contratos de agencia comercial no es arbitraria ni caprichosa, pues, precisamente, se deriva de la celebración del contrato de agencia y del pacto, válido por lo demás, de acogerse a dicho tipo de contrato y convenir entre las partes (entre otras, con el fin de precaver un eventual conflicto), reconocer y pagar, en forma anticipada a la terminación del contrato

y en forma mensual la denominada cesantía comercial y, (iii) en todo caso, no se privó a TODOMOTOS de la posibilidad de obtener un margen semejante al de los agentes comerciales, pues en algunos casos obtuvo un porcentaje igual o superior al que se les reconocía a estos últimos.

362. No está acreditado, entonces, que de manera sistemática AUTEKO le hubiera impuesto a TODOMOTOS un margen “discriminatorio” inferior a aquel que le reconocía a los “socios comerciales” con quienes celebró contratos de agencia comercial.

363. Por último, destaca el Tribunal que en la demanda de reconvención subsanada se hizo referencia a otros incumplimientos que se le atribuyen a AUTEKO para justificar la terminación del Contrato, que no fueron alegados en la comunicación de 24 de diciembre de 2020. Dichos incumplimientos corresponden a los siguientes: (i) la negativa a autorizarle a TODOMOTOS la apertura de nuevos puntos de venta; y (iii) al “constreñimiento” de AUTEKO para la firma del nuevo contrato. Sin embargo, comoquiera que se trata de manifestaciones que no fueron invocadas en la oportunidad en la que se dio por terminado unilateralmente el Contrato, no pueden servir ahora de “justa causa” para la extinción del vínculo, por lo que dichos argumentos novedosos deben descartarse.

4.10.2.3. La presunta “mala fe” de TODOMOTOS en la terminación unilateral

364. Por último, en relación con la terminación unilateral del Contrato por parte de TODOMOTOS, la Convocante señala que la Convocada actuó de mala fe, pues, según afirma, el verdadero móvil de dicha determinación habría consistido en su intención de poder vender productos de la marca Bajaj a través de una sociedad vinculada: DISTRIFER. En similar sentido, AUTEKO solicita que se declare que TODOMOTOS habría incumplido lo pactado en la cláusula Décima Sexta del Contrato al proceder a comprar, directa o indirectamente, de otros proveedores los productos de los que trata el Contrato, en concreto, por haber actuado a través de DISTRIFER para adquirir productos de terceros (pretensión novena declarativa de la demanda inicial reformada).

365. Sobre el particular, obran en el expediente pruebas que dan cuenta: (i) de la existencia de vínculos entre TODOMOTOS y DISTRIFER, pues en la constitución de una y otra compañía figura un mismo accionista, esto es, el señor Jorge Antonio Villareal González¹¹⁸, además de que hay vínculos de parentesco entre los accionistas de una y otra sociedad; y (ii) que, al poco tiempo de terminar el Contrato con AUTEKO, algunos de

¹¹⁸ Expediente digital 2021 A 0022. 11. REFORMA DE LA DEMANDA 9 DIC 2021. 40. Escritura Pública No. 153 del 04 nov 2004 TODOMOTOS; y 41. Escritura Pública No. 50 del 27 de abril de 2004 DISTRIFER.

los establecimientos en los que operaba TODOMOTOS pasaron a ser ocupados por DISTRIFER, sociedad que empezó a comercializar motocicletas de la marca Bajaj que adquiere de UMA.

366. En efecto, la testigo Cindy Alejandra Villareal, representante legal de DISTRIFER, manifestó lo siguiente:

“PREGUNTADA: ‘Marca Honda’. ¿En qué momento empieza la relación comercial con el Grupo UMA, por parte de Distrifer?”

“CONTESTÓ: Con Grupo UMA, Distrifer, nos sentamos con Grupo UMA en el año..., finales de 2020, finales de 2020 me senté con Grupo UMA por el tema, pues, de motocarros. Iniciamos negociación, pues, que culminamos con cierre entre diciembre y enero del 2022, perdón, del 2021. Sí, 2021.

“(...)”

“PREGUNTADA: Perfecto. Quisiera preguntarle por lo siguiente, ¿cuál fue el primer establecimiento que abrió o puso en funcionamiento para distribuir vehículos Bajaj con el Grupo UMA? CONTESTÓ: Con Grupo UMA fue en Barranquilla, en Cordialidad. PREGUNTADA: ¿Eso cuándo ocurrió?”

“CONTESTÓ: ¿Abierto?”

“PREGUNTADA: Sí, señora.

“CONTESTÓ: Empezamos, pues, todo el tema de logística de abrir la sala de ventas en enero del 2021, y abrimos puertas con producto, en operación, finales de enero, mitad de enero, más o menos, el 20 de enero en adelante.

“PREGUNTADA: ¿Dos mil qué?, perdóneme, que se le escuchó un poco entrecortada esa parte.

“CONTESTÓ: 2021. EL TRIBUNAL, PRESIDENTE: Perdóneme, ¿en enero de 2021, dice usted?”

“LA DECLARANTE: Sí, señor.

“(...)”

“PREGUNTADA: ¿Cómo se daba esa situación o cómo ocurre...? La reformulo, ¿cómo encuentra usted interés en ese establecimiento de La Lucha en Santa Marta para, con su emprendimiento Distrifer, entrar en la distribución de vehículos Bajaj con el Grupo UMA?”

“CONTESTÓ: Hubo una estrategia del Grupo UMA cuando llegó a Colombia, primera estrategia era ‘donde estuviera un Auteco, tenía que haber un Bajaj’, con Grupo UMA, entonces, obviamente, con la marca de Grupo UMA buscamos locales muy cerca de la marca Auteco”¹¹⁹.

367. Por su parte, el testigo Jorge Villareal, en la declaración que rindió en el trámite 2021 A 0021 y que fue debidamente trasladada a este proceso, manifestó lo siguiente:

“EL TRIBUNAL, PRESIDENTE: ¿El local donde estaba Todomotos hoy es ocupado..., ese inmueble hoy es ocupado por un establecimiento de comercio de Distrifer...?, le pregunto, esto es pregunta, ¿de Distrifer con la venta de UMA?”

“EL DECLARANTE: Sí, correcto.

“EL TRIBUNAL, PRESIDENTE: Ok. Adelante, doctor Juan Sebastián.

“REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE. PREGUNTADO: Y esta situación, siendo usted con su hermano el propietario del inmueble, ¿ocurrió a los cinco días de haber terminado el contrato de concesión? Y, por favor, explíqueme al Tribunal cómo se dio esta situación en cinco días para empezar a operar otro establecimiento para UMA y Bajaj, como usted mismo ha referido.

“CONTESTÓ: Ah, no, pues, el representante legal nos llamó, nos entregó, él dice ‘ya terminé la relación con Auteco, el 24 de diciembre’, nos entregó eso y a la semana la hija nos llamó, ‘papi, estoy en un proceso de expansión con UMA, tú tienes ese local desocupado, ¿me lo arriendas?’, y doctor, no veo ningún delito en que yo le pueda arrendar a la hija o a otro, si es un local que ya me entregaron, la sociedad Todomotos. No sé si eso es delito o nada”¹²⁰.

¹¹⁹ Expediente digital 2021 A 0022. 24. PRUEBA TRASLADADA 16 MAYO DE 2023. Transcripciones. DECLARACIÓN DE LA SEÑORA CINDY ALEJANDRA VILLAREAL ARDILA.

¹²⁰ Expediente digital 2021 A 0022. 24. PRUEBA TRASLADADA 16 MAYO 2023. Transcripciones. DECLARACIÓN DEL SEÑOR JORGE ANTONIO VILLAREAL GONZÁLEZ.

368. Si bien lo anterior es un indicio de que la terminación del Contrato por parte de TODOMOTOS no habría estado motivada, en realidad, por el presunto incumplimiento que se le imputó a AUTEKO, estima el Tribunal que las pruebas que obran en el expediente no dan cuenta, con suficiente grado de certeza, de una actuación de mala fe de TODOMOTOS. Al respecto es pertinente recordar que, en términos generales, la mala fe consiste en el conocimiento o la conciencia que tiene una persona de estar actuando en forma contraria a derecho, y que se trata de una situación que requiere, por regla, de una demostración fehaciente o contundente, para hacer derivar de ella las consecuencias que el ordenamiento establece. Y a ese respecto este panel arbitral advierte que, con la declaratoria de una presunta mala fe de la Convocada, AUTEKO no persigue una consecuencia específica, pues las pretensiones de condena se fundamentan únicamente en el incumplimiento contractual de TODOMOTOS en los términos antes analizados.

369. Asimismo, no está probada una vinculación tal entre TODOMOTOS y DISTRIFER que permita concluir que, a través de esta última, la Convocada haya desconocido lo pactado en la cláusula Décima Sexta del Contrato en el sentido de adquirir “indirectamente” de otros proveedores distintos a AUTEKO los productos que eran objeto del Contrato.

370. Por consiguiente, concluye el Tribunal que las pretensiones novena y décima declarativa de la demanda inicial reformada no están llamadas a prosperar.

4.10.2.4 La ausencia de incumplimiento de la obligación de comprar los productos comercializados por AUTEKO

371. Ahora bien, en línea con el análisis anterior, es claro que, aunque TODOMOTOS dio por terminado el Contrato sin facultad unilateral que así lo permitiera, AUTEKO optó por reclamar únicamente la indemnización de los perjuicios que le causó dicho comportamiento antijurídico, conservando, en todo caso, el efecto extintivo de la decisión de la Convocada. En ese contexto, observa el Tribunal que AUTEKO solicita que se declare que TODOMOTOS incumplió el Contrato porque se habría sustraído de su obligación de comprar los productos comercializados por AUTEKO y de revenderlos al público (pretensión octava declarativa de la demanda inicial reformada). No obstante, comoquiera que el vínculo contractual se extinguió el 24 de diciembre de 2020, es claro que, a partir de ese momento, cesaron para TODOMOTOS las obligaciones derivadas del Contrato, salvo por aquellas necesarias para la liquidación definitiva del vínculo, por lo que, luego de la fecha mencionada, dejó de ser exigible la obligación que AUTEKO reclama como incumplida. En consecuencia, se negará la pretensión octava declarativa de la demanda inicial reformada.

4.10.2.5. La indemnización de perjuicios por lucro cesante a favor de AUTEKO

372. Verificado el incumplimiento contractual de TODOMOTOS en los términos anteriormente expuestos, se encuentra acreditado que, además, el comportamiento de la Convocada le causó a AUTEKO un perjuicio que debe ser resarcido por aquella, correspondiente al lucro cesante que razonablemente habría podido obtener hasta la finalización del Contrato por vencimiento de su plazo, esto es, hasta el 3 de marzo de 2023.

373. Sobre el particular, conviene recordar que, de manera general, para que surja en cabeza de un sujeto determinado la obligación de reparar los daños que otro ha padecido, particularmente cuando dichos daños han sido causados como consecuencia de la inobservancia de deberes de comportamiento derivados de un vínculo jurídico singular y concreto, es necesario acreditar los siguientes requisitos: *“a.-) el incumplimiento de una obligación preexistente; b.-) el daño sufrido por el acreedor; c.-) un factor de atribución de la responsabilidad, por regla general la culpa; d.-) la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño; e.-) la mora del deudor (artículo 1615 del Código Civil)”*¹²¹.

374. De los presupuestos para la prosperidad de una pretensión indemnizatoria en el marco de una controversia de responsabilidad civil contractual, se destaca el relativo al daño resarcible. Lo anterior, toda vez que la finalidad última que persigue el acreedor que promueve una acción de esa naturaleza es, precisamente, la reparación de los perjuicios sufridos por la inobservancia de los deberes de conducta que le eran exigibles a su deudor.

375. El daño ha sido conceptualizado por la jurisprudencia en los siguientes términos:

“2.1.1. El daño, como el elemento nuclear de la responsabilidad, consiste en el menoscabo que la conducta dañosa del victimario irroga al patrimonio, sentimientos, vida de relación o bienes de especial protección constitucional de la víctima.

“Se trata de «una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la

¹²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 13 de marzo de 2013. Exp. No. 4700131030052006-00045-01. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio» (CSJ, SC10297, 5 ag. 2014, rad. n.º 2003-00660-01; reiterada SC2758, 16 jul. 2018, rad. n.º 1999-00227-01).

“En otras palabras, «es ‘todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad’» (SC16690, 17 nov. 2016, rad. n.º 2000-00196-01)”¹²².

376. Entendido el daño resarcible, igualmente denominado perjuicio, como la consecuencia adversa que un sujeto determinado sufre por la lesión de un interés personal lícito, se destaca, como daño de carácter patrimonial, el lucro cesante. Al respecto, el artículo 1614 del Código Civil establece que este perjuicio consiste en *“la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”*. Se trata, entonces, de la privación de ingresos o ganancias que el sujeto afectado habría percibido si no se hubiera presentado el hecho dañoso imputable al demandado. En ese sentido, ha precisado la jurisprudencia que *“el lucro cesante ha de concretarse en la afectación de un interés lícito del damnificado a percibir una ganancia o provecho, que ya devengaba o que habría obtenido la víctima según el curso normal de las cosas o de las circunstancias del caso concreto (...)”¹²³.*

377. Ahora bien, en los términos de los artículos 16 de la Ley 446 de 1998 y 283 del Código General del Proceso, en la valoración el juez debe atender los principios de reparación integral y equidad, y, además, debe aplicar los criterios técnicos actuariales que correspondan según el caso. En ese contexto general, en lo que respecta al lucro cesante en particular, en la aplicación de los parámetros de valoración antes mencionados es necesario tener en cuenta, además: (i) que se trata de un concepto neto, lo que implica que deben descontarse los costos en los que el demandante habría incurrido para la obtención del provecho que reclama; y (ii) que cuando el lucro cesante se reclama como consecuencia de la terminación de un contrato, es necesario analizar si este se pactó por un término fijo o con una duración indefinida, de lo que dependerá la extensión del periodo indemnizable.

378. En cuanto a lo primero, la jurisprudencia civil ha señalado lo siguiente:

¹²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC282-2021 de 15 de febrero de 2021. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

¹²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de diciembre de 2008. Exp. No. 8001-3103-002-2005-00031-01.

“En ese orden de ideas, las ganancias de un ejercicio están determinadas por todas las transacciones correspondientes a los ingresos generados, menos los costos y gastos causados en un período determinado. Y, justamente, en ese sentido, ese es el lucro cesante a indemnizar.

“Quiérese significar, entonces, que de los ingresos brutos resultantes de la venta de bienes o servicios debe descontarse, entre otros aspectos (como el valor de las devoluciones, rebajas o descuentos concedidos), el monto de los costos y gastos operacionales de administración y ventas, sin olvidar los impuestos a que hay lugar. Por consiguiente, la utilidad de una operación económica se establece a partir de la fijación de los ingresos que reporta, a los que hay que deducir el costo de enajenación y los diversos gastos en los que incurre quien la realiza”¹²⁴.

379. En similar sentido, la doctrina arbitral ha precisado lo siguiente:

“686. Ahora bien, en relación con el lucro o la ganancia frustrada debe tenerse presente que dicha utilidad o provecho debe valorarse como un concepto neto, en el sentido de que no puede considerarse como tal el conjunto de los ingresos que tendría el damnificado con su actividad, sino que dicha partida debe depurarse sustrayendo los gastos o desembolsos que la víctima debería realizar para obtenerlos. Como señala el profesor Díez Picazo, ‘[l]os lucros frustrados deben entenderse como ganancia líquida en aquellos casos en que perjudicado para obtenerlos hubiera tenido que llevar a cabo desembolsos que el evento dañoso hace innecesarios’”¹²⁵.

380. En lo que respecta al segundo de los interrogantes, cuando se trata de contratos a término fijo y la indemnización de perjuicios se reclama como consecuencia de su terminación anticipada, por regla general se ha reconocido que la indemnización del lucro cesante debe extenderse hasta la fecha en la que el contrato habría finalizado por el vencimiento natural de su término¹²⁶.

381. Pues bien, en el caso concreto, a título de lucro cesante, AUTEKO solicita el reconocimiento de los siguientes rubros: (i) el *“margen de utilidad que AUTEKO habría de*

¹²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 14 de noviembre de 2008. Exp. No. 70001 3103 004 1999 00403 01. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

¹²⁵ Cámara de Comercio de Cartagena, Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal arbitral de AIR-E S.A.S. E.S.P. v. UFINET COLOMBIA S.A. Laudo de 16 de junio de 2023.

¹²⁶ Al respecto, ver: Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal arbitral de ASOCIADOS MARÍN VALENCIA S.A. – AMV v. PERENCO COLOMBIA LTD – PERENCO. Laudo de 22 de mayo de 2018; y Cámara de Comercio de Cartagena, Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal arbitral de AIR-E S.A.S. E.S.P. v. UFINET COLOMBIA S.A. Laudo de 16 de junio de 2023.

percibir por concepto de venta de vehículos distribuidos por AUTECO proyectado hasta el mes de marzo de 2023”; y (ii) el “margen de utilidad que AUTECO habría de recibir por concepto de venta de repuestos y productos distribuidos por AUTECO proyectado hasta el mes de marzo de 2023”.

382. En relación con dicho perjuicio, se encuentran acreditados los elementos de la responsabilidad contractual de TODOMOTOS, pues está demostrado: (i) que entre AUTECO y TODOMOTOS existió una relación jurídica previa de carácter contractual, que se concretó en la celebración de un contrato de concesión mercantil; (ii) que TODOMOTOS incumplió el Contrato al terminarlo unilateralmente sin facultad legal o contractual, y sin justa causa comprobada; y (iii) que el comportamiento de TODOMOTOS lesionó el interés de AUTECO involucrado en el Contrato, lo que le causó un perjuicio cierto, personal y directo a la Convocante, consistente en la privación de las utilidades que habría podido obtener hasta la fecha de vencimiento del plazo del Contrato de no haber mediado la decisión unilateral de TODOMOTOS en el sentido de extinguir el vínculo. En efecto, no hay duda de que, si TODOMOTOS no hubiera terminado unilateralmente el Contrato, este se habría extendido hasta el 3 de marzo de 2023, pues se había prorrogado automáticamente de conformidad con lo estipulado en el párrafo de la cláusula décima quinta del Contrato. Asimismo, es evidente que, si el Contrato hubiera continuado vigente hasta esa fecha, AUTECO habría percibido una ganancia por la venta de las motocicletas, los repuestos y los accesorios a TODOMOTOS en los términos pactados en el Contrato.

383. Ahora bien, como prueba de la cuantía de estos perjuicios, la Convocante aportó un dictamen pericial elaborado por el perito Carlos Eduardo Jaimes¹²⁷, quien calculó el margen de utilidad que AUTECO habría percibido entre el 25 de diciembre de 2020 y el 3 de marzo de 2023 por concepto de (i) venta de motocicletas a TODOMOTOS y (ii) venta de repuestos y accesorios a TODOMOTOS. Para esos efectos, según se explica en la experticia, el perito Carlos Eduardo Jaimes examinó tanto los estados financieros de TODOMOTOS con sus notas, como los estados financieros de AUTECO con sus notas.

384. De la valoración integral del dictamen pericial antes mencionado, respecto del cual la Convocada no aportó una experticia de contradicción y en sus alegatos de conclusión tampoco formuló reparo alguno en relación con la metodología y los fundamentos de la estimación del lucro cesante reclamado por AUTECO, el Tribunal encuentra lo siguiente:

384.1. Contrario a lo que afirma la Convocada en la objeción al juramento estimatorio, el perito Carlos Eduardo Jaimes circunscribió la valoración del lucro cesante a “las

¹²⁷ Expediente digital 2021 A 0022. DICTÁMENES. AUTECO. DICTAMEN FINANCIERO CARLOS EDUARDO JAIMES.

operaciones propias del Contrato de Concesión suscrito entre las compañías AUTECO y TODOMOTOS y que estuvo en ejecución desde el 3 de marzo de 2010 al 24 de diciembre de 2020". Es decir, el análisis se limitó a las motocicletas, los repuestos y los accesorios vendidos por AUTECO a TODOMOTOS, y no a los productos comercializados por la Convocante en el mercado en general.

384.2. El perito validó la coincidencia de las cifras correspondientes a los ingresos por ventas a TODOMOTOS, tanto en la contabilidad de AUTECO como en la de TODOMOTOS. Al respecto, precisó que aquellas *"fueron cotejadas con los valores de compras que registr[ó] esta compañía también en su contabilidad, validando su razonabilidad. Las ventas de productos de AUTECO a TODOMOTOS, eran las mismas compras de TODOMOTOS a AUTECO"*. Eso demuestra la solidez de los fundamentos de su análisis, pues tuvo en cuenta los registros y soportes contables de ambas compañías, y verificó que no hubiera contradicciones.

384.3. El margen de utilidad de AUTECO se determinó con base en el valor de las ventas de productos a TODOMOTOS menos el costo de adquisición y ensamble de aquellos. Es decir, el lucro cesante liquidado por el perito Carlos Eduardo Jaimes corresponde a un valor neto, pues descontó los costos y gastos en los que AUTECO habría tenido que incurrir para obtener la utilidad que reclama. En efecto, el experto procedió de la siguiente forma para el cálculo del lucro cesante:

- (i) En primer término, definió los ingresos por venta de motocicletas. Para el efecto, el perito calculó el valor de las ventas netas de motocicletas de AUTECO a TODOMOTOS desde el año 2010 hasta el año 2020 con base en los registros contables respectivos. Establecida dicha suma, tuvo en cuenta las siguientes variables que aplicó a valor de las ventas netas a partir del año 2020: (a) una tasa de decrecimiento de las ventas para el año 2021, correspondiente a un 7.51%; y (b) una tasa de crecimiento proyectada de las ventas para los años 2022 y 2023 aplicada a la base reducida del año 2021.
- (ii) Seguidamente, determinó los ingresos por venta de repuestos y accesorios. Para el efecto, el perito calculó el valor de las ventas netas de repuestos y accesorios de AUTECO a TODOMOTOS desde el año 2010 hasta el año 2020 con base en los registros contables respectivos. Establecida dicha suma, tuvo en cuenta las siguientes variables que aplicó a valor de las ventas netas a partir del año 2020: (a) la relación histórica de las ventas de esos productos respecto de la venta de motocicletas de TODOMOTOS para los años 2017 a 2020, con base en la que estableció un promedio en términos porcentuales; y (b) aplicó el porcentaje obtenido a los ingresos por ventas de repuestos y accesorios.

- (iii) Luego, estableció los costos de ventas. Para el efecto, las variables consideradas y la metodología aplicada fueron las siguientes: (a) identificó las cifras históricas reales de costos de motocicletas, repuestos y accesorios; (b) determinó el promedio para los últimos cuatro (4) años, esto es, desde 2017 hasta 2020, correspondiente al 88.7% para motocicletas y 62.2% para repuestos y accesorios; y (c) aplicó el promedio a las cifras proyectadas de los ingresos a partir del año 2020.
- (iv) Finalmente, cuantificó el margen de utilidad mediante la resta de los costos de ventas a los ingresos proyectados para obtener así la que denominó “utilidad bruta”.

385. El Tribunal considera, entonces, que los cálculos que realizó el perito Carlos Eduardo Jaimes (i) se ajustan a los parámetros jurisprudenciales sobre reparación del lucro cesante, (ii) son razonables y (iii) se encuentran debidamente soportados. En consecuencia, el Tribunal reconocerá el lucro cesante reclamado por AUTEKO en el valor liquidado en la experticia examinada. Este valor será actualizado con base en el Índice de Precios al Consumidor - IPC a partir de la fecha en la que el perito hizo sus cálculos (mayo de 2022) y hasta la fecha del presente laudo, para efectos de lo cual se aplicará el IPC certificado por el DANE para octubre de 2023, que corresponde al último publicado hasta la fecha. Lo anterior, teniendo en cuenta que, además de que AUTEKO así lo solicitó expresamente en sus pretensiones, tratándose de una indemnización de perjuicios hay lugar a indexar las cifras. Y, debido a que se trata de un daño pasado o consolidado, pues se materializó con anterioridad a la fecha de la presente providencia, contrario a lo que afirma la Convocada, no hay lugar a aplicar una tasa de descuento, pues, se insiste, no se trata de un perjuicio futuro.

386. Con base en lo anterior, se condenará a TODOMOTOS al pago de las siguientes sumas de dinero a favor de AUTEKO:

CONCEPTO	VALOR DICTAMEN	FACTOR DE INDEXACIÓN	VALOR CONDENA
Lucro cesante por las utilidades dejadas de percibir por concepto de venta de motocicletas a TODOMOTOS	DOS MIL SESENTA Y SEIS MILLONES CIENTO CATORCE MIL OCHENTA Y NUEVE PESOS (\$2.066.114.089)	IPC inicial (mayo de 2022): 118,70 IPC final (octubre de 2023): 136,45	DOS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES SETENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS

			PESOS (\$2.375.073.862)
Lucro cesante por las utilidades dejadas de percibir por concepto de venta de repuestos y accesorios a TODOMOTOS	DOSCIENTOS QUINCE MILLONES DOSCIENTOS VEINTIOCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$215.228.594).	IPC inicial (mayo de 2022): 118,70 PC final (octubre de 2023): 136,45	DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS TRECE MIL CIENTO CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$247.413.156)

4.10.2.6. El reconocimiento de la cláusula penal a favor de AUTEKO

387. Finalmente, además de la indemnización del lucro cesante, AUTEKO solicita el pago de la cláusula penal pactada en la cláusula décima octava del Contrato, que es del siguiente tenor:

“DÉCIMA OCTAVA: El incumplimiento del CONCESIONARIO de cualquiera o cualesquiera de las obligaciones derivadas del presente contrato, dará derecho a AUTEKO a exigir [el pago] de la suma correspondiente a doscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes (200 smmlv) sin necesidad de requerimiento ni de constitución en mora, derechos éstos a los cuales renuncia EL CONCESIONARIO.

“PARAGRAFO: De acuerdo con lo previsto en el artículo 1.594 del Código Civil Colombiano, expresamente se estipula que por el pago de la pena no se entenderá extinguida la obligación principal, la cual podrá ser exigida separadamente, adicionalmente a la pena, junto con la indemnización de perjuicios”.

388. De la lectura de la cláusula antes citada, respecto de cuya eficacia se pronunció previamente en el Tribunal y que, en todo caso, debe interpretarse para que pudiera ser exigida por cualquiera de las partes¹²⁸, se desprende que la cláusula penal se pactó para que pudiera concurrir con la obligación principal o, en su caso, con la reparación de los daños causados, pues expresamente se señaló que el pago de la pena no extinguiría la obligación principal y que, adicionalmente a la pena, se podría cobrar la indemnización de perjuicios, así como el cumplimiento de la prestación desatendida. Respecto de la renuncia a la que allí se alude al requerimiento previo y a la constitución en mora, estima

¹²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC1570-2018 de 15 de febrero de 2018. M.P. Margarita Cabello Blanco.

el Tribunal que con dicha estipulación no se transgreden los límites de la autonomía privada, pues, como es suficientemente conocido, por regla general las disposiciones sobre responsabilidad contractual no son de orden público, ni el Tribunal encuentra allí una expresión de abuso. En todo caso, *gratia discussione*, debe tenerse presente que la Convocada quedó constituida en mora con la notificación del auto admisorio de la demanda (artículo 94, inc. 2, del Código General del Proceso). Así las cosas, habiéndose comprobado el incumplimiento contractual de TODOMOTOS al dar por terminado unilateralmente el Contrato sin tener la facultad de hacerlo y sin justa causa comprobada, así como la consecuente responsabilidad de la Convocada, hay lugar a imponer el pago de la cláusula penal junto con la indemnización de perjuicios antes reconocida.

389. Al respecto, el artículo 1600 del Código Civil establece que *“no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”*. Por su parte, la jurisprudencia ha señalado lo siguiente en relación con la posibilidad de acumular el cobro de la pena con una indemnización de perjuicios:

“Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato”¹²⁹.

¹²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 23 de mayo de 1996. Exp. No. 4607. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

390. En ese orden de ideas, cuando la cláusula penal se pacta con el propósito de sancionar el incumplimiento o, en caso de retardo, de presionar al deudor para que ejecute la prestación debida, es posible reclamar, además, la indemnización de los perjuicios que el incumplimiento le haya causado al acreedor, siempre que así lo hayan convenido expresamente las partes.

391. Por lo tanto, toda vez que en el presente caso se probó el supuesto de hecho que da lugar al cobro de la cláusula penal y, además, se dejó a salvo la posibilidad de reclamar también la indemnización de perjuicios, se condenará a TODOMOTOS al pago de la suma equivalente doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de AUTEKO. Para efectos de su liquidación, se tiene en cuenta el valor del salario mínimo para el año 2023, correspondiente a UN MILLÓN CIENTO SESENTA MIL PESOS (\$1.160.000), multiplicado por doscientos (200), por lo que la suma adeudada por TODOMOTOS por concepto de cláusula penal asciende a DOSCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES DE PESOS (\$232.000.000).

4.10.2.7 Conclusión

392. Con fundamento en el análisis anterior, concluye el Tribunal que las pretensiones sexta, séptima y décima primera declarativas de la demanda inicial reformada están llamadas a prosperar y así lo declarará, pues está acreditado que TODOMOTOS incumplió el Contrato de Concesión al terminarlo unilateralmente sin facultad legal o contractual para el efecto, y sin que existiera “justa causa” comprobada que así lo permitiera, lo que compromete la responsabilidad civil de TODOMOTOS.

393. En consecuencia, se declararán igualmente prósperas las pretensiones décima segunda, décima tercera, décima cuarta y decima quinta de condena de la demanda inicial reformada. Por su parte, se declarará no probada la excepción de mérito propuesta por TODOMOTOS denominada “4.4 EL DAÑO ALEGADO ES PURAMENTE HIPOTÉTICO”.

394. Por lo tanto, se condenará a TODOMOTOS a pagarle a AUTEKO, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente laudo, las siguientes sumas de dinero:

CONCEPTO	VALOR DICTAMEN	FACTOR DE INDEXACIÓN	VALOR CONDENA
Lucro cesante por las utilidades dejadas de percibir por concepto de	DOS MIL SESENTA Y SEIS MILLONES CIENTO CATORCE MIL OCHENTA Y	IPC inicial (mayo de 2022): 118,70	DOS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES SETENTA

venta de motocicletas a TODOMOTOS	NUEVE PESOS (\$2.066.114.089)	IPC final (octubre de 2023): 136,45	Y TRES MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$2.375.073.862)
Lucro cesante por las utilidades dejadas de percibir por concepto de venta de repuestos y accesorios a TODOMOTOS	DOSCIENTOS QUINCE MILLONES DOSCIENTOS VEINTIOCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$215.228.594).	IPC inicial (mayo de 2022): 118,70 PC final (octubre de 2023): 136,45	DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS TRECE MIL CIENTO CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$247.413.156)
Cláusula penal			DOSCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES DE PESOS (\$232.000.000)

395. Por el contrario, se declarará que no prospera la pretensión décima declarativa de la demanda inicial reformada, pues no se acreditó la mala fe de TODOMOTOS en la terminación unilateral del Contrato.

396. Por su parte, las pretensiones décima quinta principal, décima sexta principal, ni por sustracción de materia, al no prosperar ninguna pretensión de condena las vigésima principal, subsidiaria de la vigésima principal, vigésima primera principal y vigésima segunda principal de la demanda de reconvencción subsanada no están llamadas a prosperar y así lo declarará el Tribunal, pues no se acreditó que la terminación del Contrato hubiera sobrevenido por el incumplimiento que se le imputó a AUTEKO en la comunicación de terminación de 24 de diciembre de 2020. Por lo tanto, AUTEKO no es civilmente responsable por los daños reclamados por TODOMOTOS como consecuencia de ese hecho.

397. Finalmente, comoquiera que las pretensiones de la demanda de reconvencción se desestiman por motivos distintos a los hechos en los que se fundamentan las excepciones de mérito propuestas por AUTEKO, no hay lugar a pronunciarse sobre estas últimas.

V . JURAMENTO ESTIMATORIO

398. El artículo 206 del Código General del Proceso regula lo relativo al juramento estimatorio —como requisito de la demanda y medio de prueba— y sus efectos, en los siguientes términos:

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

“Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

“Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

“<Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

“El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

“El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

“PARÁGRAFO. <Parágrafo modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

“La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

399. De la norma anteriormente transcrita se desprende que quien pretenda el pago de una suma de dinero a título de indemnización, compensación, frutos o mejoras, tiene el deber de estimar razonadamente su cuantía, bajo la gravedad de juramento, en la demanda o en la oportunidad correspondiente para solicitar el reconocimiento respectivo. Se trata, entonces, de un requisito de la demanda que, además, cumple el propósito de servir de medio de prueba del monto reclamado, salvo que su cuantía sea objetada por la parte contraria.

400. Debido a su particular naturaleza, el legislador previó dos sanciones distintas cuando las sumas efectivamente probadas en el proceso sean inferiores a aquellas que fueron objeto de estimación bajo la gravedad de juramento:

400.1. La primera, prevista en el inciso cuarto del artículo 206 del Código General del Proceso, aplicable cuando la cantidad estimada exceda en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada. En ese caso, la sanción consiste en la condena a pagar una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada. Hay lugar, entonces, a esta sanción cuando efectivamente se condena al demandado al pago de una indemnización, de una compensación, de frutos o de mejoras, pero por un valor inferior (en más de un 50%) al que fue inicialmente estimado en la demanda.

400.2. La segunda, contemplada en el parágrafo del referido artículo 206 del estatuto procesal, aplicable a la hipótesis en la que “se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios”. En ese evento, la sanción “equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas”. Así

las cosas, opera cuando se niegan las súplicas de la demanda exclusivamente por falta de demostración de los perjuicios cuya reparación se persigue.

401. Ahora bien, en el presente caso ambas partes persiguieron el reconocimiento de una indemnización de perjuicios a su favor, cuyo monto fue inicialmente cuantificado mediante los correspondientes juramentos estimatorios incorporados tanto en la demanda inicial reformada como en la demanda de reconvención subsanada. Igualmente, ambos juramentos estimatorios fueron oportunamente objetados por la parte contraria. No obstante, las pretensiones indemnizatorias de la Convocante prosperaron en una cifra superior a la estimada (según lo probado en el proceso), mientras que las de la Convocada fueron negadas. Por lo tanto, corresponde examinar si hay lugar a la aplicación de la sanción prevista en el párrafo de citado artículo 206 del Código General del Proceso.

402. Al respecto, aunque la indemnización solicitada por TODOMOTOS en la demanda de reconvención subsanada fue negada, el Tribunal considera pertinente precisar lo siguiente:

402.1. En el párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso se señala que la sanción allí prevista tiene lugar cuando la indemnización reclamada se niegue por *“falta de demostración de los perjuicios”*, lo que, de conformidad con lo establecido en el inciso final de dicha norma, debe ser imputable a la negligencia o temeridad de la parte que realizó la estimación. En ese sentido, la Corte Constitucional ha explicado que *“esta sanción tiene finalidades legítimas, tales como preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas ‘temerarias’ y ‘fabulosas’ en el sistema procesal colombiano”*¹³⁰, de manera que *“si la carga de la prueba no se satisface pese al obrar diligente y esmerado de la parte sobre la cual recae, valga decir, por circunstancias o razones ajenas a su voluntad y que no dependen de ella”*, no puede operar la sanción en comento, habida cuenta de que se vulneraría *“el principio de buena fe y los derechos a acceder a la administración de justicia y a un debido proceso, pues castiga a una persona por un resultado en cuya causación no media culpa alguna de su parte”*¹³¹.

402.2. En la demanda de reconvención subsanada, por concepto de indemnización de perjuicios TODOMOTOS solicitó las siguientes sumas de dinero, que así cuantificó en el juramento estimatorio: (i) \$484.001.327 por concepto de daño emergente por los costos en los que habría incurrido como consecuencia de la terminación anticipada del Contrato, que argumentó que habría sobrevenido por causas imputables a AUTEKO; y (ii)

¹³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-279 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-157 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

\$1.192.308.518 por concepto de lucro cesante, consistente en los ingresos frustrados derivados del presunto “margen diferencial discriminatorio”.

402.3. Las pretensiones declarativas de TODOMOTOS relativas a la reparación de los perjuicios reclamada por la terminación del Contrato fueron negadas toda vez que el Tribunal concluyó que la Convocante en Reconvención (i) carecería de la facultad unilateral de terminación y (ii) que la determinación que adoptó en ese sentido no obedeció a una justa causa comprobada, pues el margen diferencial no fue discriminatorio. En ese orden de ideas, no se probó el primero de los requisitos exigidos para la prosperidad de una pretensión indemnizatoria, esto es, el incumplimiento imputable a AUTEKO. Por lo tanto, las pretensiones de condena necesariamente debían ser despachadas en el mismo sentido, es decir, desfavorablemente.

402.4. Es claro, entonces, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente laudo, que la falta de prosperidad de las pretensiones indemnizatorias de la demanda de reconvención reformada obedeció a causas distintas a la “falta de demostración de los perjuicios”, respecto de la que, además, no hay elemento de juicio alguno que permita concluir que hubo negligencia o temeridad de TODOMOTOS. Por el contrario, fue evidente el esfuerzo probatorio de la Convocante en Reconvención en la acreditación de los daños cuya reparación perseguía.

403. Así las cosas, el Tribunal concluye que no hay lugar a imponerle a TODOMOTOS la sanción de que trata el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso.

VI. MEDIDAS CAUTELARES

Mediante **Auto No 15¹³²** del 23 de marzo de 2022, el Tribunal resolvió lo siguiente:

TERCERO: Una vez prestada la caución, ordenar la inscripción de la demanda presentada por AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. en contra de TODOMOTOS OB S.A.S. en el registro automotor de los siguientes vehículos, propiedad de Todomotob OB S.A.S:

PLACA	MARCA	LINEA	SERVICIO	MODELO	OT
HWN256	TOYOTA	HILUX	Particular	2015	DIR TTOYTTE BUCARAMANGA
755ACB	BAJAJ	RE 205D	Particular	2013	INST MCPAL TTOYTTE EL BANCO
558ACB	BAJAJ	RE 205D	Particular	2014	INST MCPAL TTOYTTE EL BANCO
DLC91B	BAJAJ	BOXER TEC	Particular	2007	INS MCPAL DE TYTO DE COROZAL
KKQ441	TOYOTA	HILUX	Particular	2014	U TEC CONT/VIG/ REG TTOYTTE SANTA MART
QAU41E	KYMCO	KYMCO TWIST	Particular	2019	INST MCPAL TTOYTTE EL BANCO

¹³² Expediente digital: AUTOS, 13. 2021 A 0022 AUTO NUM 15-23 MAR 2022 (1)

El artículo 32 de la Ley 1563 de 2012 establece que el decreto, práctica y levantamiento de las medidas cautelares en el proceso arbitral se someterá a las normas del Código General del Proceso.

Por su parte, el artículo 591 del Código General del Proceso señala que, si la sentencia fuere favorable al demandante, en ella se ordenará su registro y la cancelación de las anotaciones de las transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones al dominio efectuadas después de la inscripción de la demanda, si las hubiere; cumplido lo anterior, se cancelará el registro de esta, sin que se afecte el registro de otras demandas. Así las cosas, el Tribunal procederá de conformidad.

VII. COSTAS

404. Las costas corresponden a los gastos en los que hayan tenido que incurrir las partes con ocasión de la tramitación de un proceso judicial y están conformadas, en los términos del artículo 361 del Código General del Proceso, por *“la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”*. Por su parte, el artículo 365 del Código General del Proceso establece que, para efectos de determinar la condena en costas se deben observar, en lo pertinente, los siguientes parámetros:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...).

“2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

“(...

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. (...).”

405. De la norma antes citada se colige que la parte que resulta vencida en el proceso debe asumir los costos que este demandó, lo que significa que le corresponde reembolsarle a su contraparte las expensas y las agencias en derechos efectivamente causadas.

406. En el caso concreto se observa que la parte que resultó vencida en el proceso fue **TODOMOTOS OB S.A.S.**, toda vez que: (i) salvo por la pretensión tercera principal (que carece de contenido económico), la totalidad de las pretensiones de la demanda de reconvencción subsanada fueron negadas; y (ii), por el contrario, salvo pocas excepciones (las pretensiones octava declarativa, novena declarativa, décima declarativa y décima quinta declarativa de la demanda inicial reformada), las pretensiones de **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.** respecto de **TODOMOTOS OB S.A.S.** prosperaron en lo fundamental, como consecuencia de lo cual **TODOMOTOS OB S.A.S.** será condenada al pago de una indemnización de perjuicios, junto con la cláusula penal pactada en el Contrato.

407. En consecuencia, **TODOMOTOS OB S.A.S.** debe pagarle a **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.**, por concepto de expensas causadas por la tramitación del proceso arbitral, las sumas de dinero correspondientes a los pagos que la Convocante realizó para sufragar los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, así como los gastos de administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín, que responden al siguiente detalle:

CONCEPTO	VALOR (CON IVA)
Honorarios de los tres (3) árbitros	\$344.514.051
Honorarios de la secretaria	\$48.251.268 (no aplica IVA)
Gastos del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín	\$57.419.009
TOTAL	\$450.184.328

408. Así las cosas, estando acreditado que **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.** pagó el cincuenta por ciento (50%) que le correspondía, esto es, la suma de \$225.092.164, se condenará a **TODOMOTOS OB S.A.S.** a reembolsarle dicha cifra.

409. En cuanto a las agencias en derecho, siguiendo los recientes criterios jurisprudenciales en el sentido de que las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura no resultan aplicables a los procesos arbitrales¹³³, el Tribunal considera que,

¹³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Radicación 11001-03-26-000-2022-00131-00 (68550). C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

habiendo sido vencida en juicio la Convocada y Convocante en Reconvención, lo razonable es condenar, por concepto de agencias en derecho, al valor equivalente a los honorarios de un árbitro sin IVA, esto es, la suma de \$96.502.536. Lo anterior, teniendo en cuenta la prosperidad de las pretensiones de la demanda inicial reformada, la falta de prosperidad de las pretensiones de la demanda de reconvención subsanada, la naturaleza de la gestión del apoderado, la duración del trámite y la complejidad del asunto.

410. En conclusión, el valor total de las costas, que comprenden las expensas del proceso y las agencias en derecho, asciende a la suma de TRESCIENTOS VEINTIUN MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS PESOS (\$321.594.700).

VIII. DECISIÓN

Por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, el Tribunal Arbitral conformado para resolver en derecho las controversias suscitadas entre **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.**, como Convocante y Convocada en Reconvención, y **TODOMOTOS OB S.A.S.**, como Convocada y Convocante en Reconvención, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y en desarrollo de la habilitación expresamente otorgada por las partes, con el voto unánime de sus integrantes,

RESUELVE:

I. Pretensiones declarativas relativas a la época de celebración y terminación del contrato objeto de controversia

PRIMERO: Declarar que el 3 de marzo de 2010 **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.** y **TODOMOTOS OB S.A.S.** celebraron el denominado “*CONTRATO DE CONCESIÓN COMERCIAL PARA LA VENTA DE MOTOCICLETAS ENSAMBLADAS POR AUTECO, SUS REPUESTOS Y ACCESORIOS*”, que terminó el 24 de diciembre de 2020. Por lo tanto, prospera la pretensión segunda declarativa de la demanda inicial reformada. Por su parte, se niegan las pretensiones primera principal, en cuanto en esta se solicita que se declare que la relación contractual finalizó el 4 de marzo de 2021, y décima cuarta principal, ambas de la demanda de reconvención subsanada.

SEGUNDO: Declarar que el Tribunal carece parcialmente de competencia para pronunciarse respecto de la pretensión primera principal de la demanda de reconvención

subsanada, en cuanto en esta se solicita que se declare que entre **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.** y **TODOMOTOS OB S.A.S.** existió una relación contractual desde el 1° de abril de 2005. Por lo tanto, se declara probada la excepción de mérito propuesta por **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.** denominada *“El H TRIBUNAL ARBITRAL NO ES COMPETENTE PARA PRONUNCIARSE SOBRE UNA RELACIÓN ENTRE LAS PARTES PREVIA A 2010, POR CUANTO LA CLÁUSULA COMPROMISORIA DELIMITÓ DICHA COMPETENCIA ÚNICAMENTE PARA DIRIMIR CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON LA EXISTENCIA, INTERPRETACIÓN, DESARROLLO O TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN Y NINGUNO OTRO”*.

II. Pretensiones declarativas relativas a la naturaleza jurídica del contrato objeto de controversia y a la eficacia, en sentido general, de sus estipulaciones

TERCERO: Declarar que la relación contractual que vinculó a **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.** y **TODOMOTOS OB S.A.S.** entre el 3 de marzo de 2010 y el 24 de diciembre de 2020 no correspondió a contrato típico de agencia comercial, así como tampoco se configuró una agencia comercial de hecho, ni coexistió o concurrió una relación contractual de agencia comercial con un contrato de concesión entre las partes. Por lo tanto, se niegan las pretensiones segunda principal, primera subsidiaria de la segunda principal, segunda subsidiaria de la segunda principal, consecuencial de la segunda subsidiaria de la segunda principal y tercera subsidiaria de la segunda principal de la demanda de reconvención subsanada.

CUARTO: Declarar que el denominado *“CONTRATO DE CONCESIÓN COMERCIAL PARA LA VENTA DE MOTOCICLETAS ENSAMBLADAS POR AUTEKO, SUS REPUESTOS Y ACCESORIOS”* celebrado el 3 de marzo de 2010 entre **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.** y **TODOMOTOS OB S.A.S.** correspondió a un contrato atípico de concesión mercantil. Por lo tanto, prosperan las pretensiones primera declarativa, tercera declarativa, cuarta declarativa y quinta declarativa de la demanda inicial reformada.

QUINTO: Declarar que las estipulaciones del denominado *“CONTRATO DE CONCESIÓN COMERCIAL PARA LA VENTA DE MOTOCICLETAS ENSAMBLADAS POR AUTEKO, SUS REPUESTOS Y ACCESORIOS”* celebrado el 3 de marzo de 2010 entre **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.** y **TODOMOTOS OB S.A.S.** fueron predispuestas por **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.** Por lo tanto, prospera la pretensión tercera principal de la demanda de reconvención subsanada y se declara no probada la excepción de mérito propuesta por **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.** denominada *“M. EL CONTRATO FUE CONOCIDO, VALORADO Y CELEBRADO LIBREMENTE”*.

SEXTO: Negar, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, la pretensión cuarta principal de la demanda de reconvención subsanada.

SÉPTIMO: Declarar parcialmente probada la excepción propuesta por **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.** denominada “*Z. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA*” en cuanto respecta a la nulidad absoluta y a la ineficacia de pleno de derecho (i) de las estipulaciones del denominado “*CONTRATO DE CONCESIÓN COMERCIAL PARA LA VENTA DE MOTOCICLETAS ENSAMBLADAS POR AUTEKO, SUS REPUESTOS Y ACCESORIOS*” celebrado el 3 de marzo de 2010 entre **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.** y **TODOMOTOS OB S.A.S.**, que tuvieran por objeto o como efecto calificar la relación jurídica entre las partes como una relación distinta a la de agencia comercial, y (ii) de las cláusulas Décima Sexta (parcialmente por las razones expuestas en la parte motiva) y Décima Octava de dicho contrato. Por lo tanto, se niegan las pretensiones sexta principal, subsidiaria de la sexta principal, séptima principal, subsidiaria de la séptima principal, octava principal y subsidiaria de la octava principal de la demanda de reconvención subsanada.

OCTAVO: Negar, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, las pretensiones quinta principal y consecuencial de la quinta principal de la demanda de reconvención subsanada.

NOVENO: Declarar probadas las excepciones de mérito formuladas por **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.** denominadas “*E. INEXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE AGENCIA COMERCIAL ENTRE AUTEKO Y TODOMOTOS*”, a partir del 3 de marzo de 2010; “*F. INEXISTENCIA DE UNA AGENCIA DE HECHO ENTRE AUTEKO Y TODOMOTOS*”; “*G. INEXISTENCIA DE SIMULACIÓN ALGUNA – EL CONTRATO SIEMPRE CORRESPONDIÓ A UN CONTRATO DE CONCESIÓN*”; “*H. EL CONTRATO CELEBRADO Y EJECUTADO CORRESPONDE A UNA CONCESIÓN Y NO A UNA AGENCIA*”; “*I. EL CONTRATO DE CONCESIÓN NO COEXISTIÓ NI CONCURRIÓ CON UNA RELACIÓN CONTRACTUAL DE AGENCIA COMERCIAL*”; “*J. EL CONTRATO CORRESPONDE A UNA CONCESIÓN EN SU REDACCIÓN Y EN SU EJECUCIÓN*”; “*K. EL CONTRATO DE CONCESIÓN SE EJECUTÓ BAJO UN ESQUEMA DE VENTA PARA LA REVENTA Y NO BAJO UN DEPÓSITO EN CONSIGNACIÓN*”; y “*L. EL CONTRATO SUSCRITO EN 2010 POR AUTEKO Y TODOMOTOS ES UN ÚNICO CONTRATO*”.

DÉCIMO: Declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.** denominadas “*B. EL H. TRIBUNAL NO TIENE LA COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA SUPUESTA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE AGENCIAMIENTO DE HECHO ENTRE LAS PARTES, EN TANTO DICHA SITUACIÓN ES AJENA AL CONTRATO DE CONCESIÓN Y, POR ENDE, NO SE ENCUENTRA COBIJADA POR LA CLÁUSULA COMPROMISORIA*”; “*C. FALTA DE COMPETENCIA DEL H. TRIBUNAL PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA SUPUESTA SIMULACIÓN – NO EXISTE CONTRATO DE CONSIGNACIÓN ALGUNO NI PACTO ARBITRAL REFERIDO, INCOPORADO O POR*

REFERENCIA APLICABLE A UN CONTRATO DE DEPÓSITO EN CONSIGNACIÓN”; y “D. FALTA DE COMPETENCIA DEL H. TRIBUNAL PARA PRONUNCIARSE SOBRE UNA SUPUESTA COEXISTENCIA DE UN SUPUESTO CONTRATO DE AGENCIA”.

III. Pretensiones declarativas relativas a los incumplimientos contractuales que las partes se imputan recíprocamente

DÉCIMO PRIMERO: Negar, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, las pretensiones octava declarativa y novena declarativa de la demanda inicial reformada.

DÉCIMO SEGUNDO: Negar, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, las pretensiones novena principal, décima principal, décima primera principal, décima segunda principal y décima tercera principal de la demanda de reconvención subsanada.

IV. Pretensiones declarativas relativas a la terminación unilateral del contrato objeto de la controversia y a la indemnización de perjuicios correlativa

DÉCIMO TERCERO: Declarar no probada la excepción de mérito propuesta por **TODOMOTOS OB S.A.S.** denominada “4.5. NO PUEDE AUTEKO DESCONOCER SUS ACTOS PROPIOS. – VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET”.

DÉCIMO CUARTO: Declarar que **TODOMOTOS OB S.A.S.** incumplió el denominado “*CONTRATO DE CONCESIÓN COMERCIAL PARA LA VENTA DE MOTOCICLETAS ENSAMBLADAS POR AUTEKO, SUS REPUESTOS Y ACCESORIOS*” celebrado el 3 de marzo de 2010 entre **TODOMOTOS OB S.A.S.** y **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.**, al terminarlo unilateralmente el 24 de diciembre de 2020 sin contar con facultad legal o contractual para el efecto y sin justa causa comprobada imputable a **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.** Por lo tanto, prosperan las pretensiones sexta declarativa y séptima declarativa de la demanda inicial reformada. Por su parte, se niegan las pretensiones décima quinta principal y décima sexta principal de la demanda de reconvención subsanada.

DÉCIMO QUINTO: Negar, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, la pretensión décima declarativa de la demanda inicial reformada.

DÉCIMO SEXTO: Declarar que **TODOMOTOS OB S.A.S.** es civilmente responsable por los perjuicios que le causó a **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.** como consecuencia de la terminación unilateral del denominado “*CONTRATO DE CONCESIÓN COMERCIAL PARA LA VENTA DE MOTOCICLETAS ENSAMBLADAS POR AUTEKO, SUS REPUESTOS Y ACCESORIOS*” celebrado entre tales partes el 3 de marzo de 2010, y está obligada a indemnizarle a

AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S. el lucro cesante correspondiente al margen de utilidad que esta última habría percibido por la venta de motocicletas, repuestos y productos desde el 25 de diciembre de 2020 y hasta la fecha de vencimiento del plazo del contrato, esto es, hasta el 3 de marzo de 2023. Por lo tanto, prosperan las pretensiones décima primera declarativa y décima segunda de condena de la demanda inicial reformada, esta última en cuanto a la obligación de **TODOMOTOS OB S.A.S.** de indemnizar los perjuicios causados a **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.**.

DÉCIMO SÉPTIMO: Declarar no probada la excepción de mérito propuesta por **TODOMOTOS OB S.A.S.** denominada “4.4 EL DAÑO ALEGADO ES PURAMENTE HIPOTÉTICO”.

V. Pretensiones de condena relativas a la cesantía comercial reclamada por TODOMOTOS OB S.A.S.

DÉCIMO OCTAVO: Negar, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, las pretensiones décima séptima principal, subsidiaria a la décima séptima principal, décima octava principal y décima novena principal de la demanda de reconversión subsanada.

VI. Pretensiones de condena relativas a la indemnización de perjuicios a favor de AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.

DÉCIMO NOVENO: Condenar a **TODOMOTOS OB S.A.S.** a pagarle a **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.**, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente laudo, las siguientes sumas de dinero:

- (i) Por concepto de lucro cesante por las utilidades dejadas de percibir por concepto de venta de motocicletas, la suma de DOS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES SETENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$2.375.073.862).
- (ii) Por concepto de lucro cesante por las utilidades dejadas de percibir por concepto de venta de repuestos y accesorios, la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS TRECE MIL CIENTO CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$247.413.156).

Por lo tanto, en estos términos prospera la pretensión décima tercera de condena de la demanda inicial reformada.

VIGÉSIMO: Condenar a **TODOMOTOS OB S.A.S.** a pagarle a **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.**, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente laudo, la suma equivalente a DOSCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES del año 2023, esto es, DOSCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES DE PESOS (\$232.000.000), a título de cláusula penal en los términos de la cláusula Décima Octava del denominado *“CONTRATO DE CONCESIÓN COMERCIAL PARA LA VENTA DE MOTOCICLETAS ENSAMBLADAS POR AUTEKO, SUS REPUESTOS Y ACCESORIOS”* celebrado el 3 de marzo de 2010. Por lo tanto, prospera la pretensión décima cuarta de condena de la demanda inicial reformada.

VIGÉSIMO PRIMERO: Las sumas de dinero a las que se refieren las condenas impuestas en los numerales DÉCIMO NOVENO y VIGÉSIMO anteriores causarán intereses de mora a la máxima tasa legal permitida, una vez venza el término de quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente laudo sin que se hayan efectuado los correspondientes pagos.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Negar, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, las pretensiones vigésima principal, subsidiaria a la vigésima principal, vigésima primera principal y vigésima segunda principal (del capítulo *“V. sobre las pretensiones de condena”*) de la demanda de reconvención subsanada.

VII. Sobre las demás excepciones de mérito propuestas por las partes

VIGÉSIMO TERCERO: Declarar que no hay lugar a realizar un pronunciamiento sobre las restantes excepciones de mérito formuladas por **TODOMOTOS OB S.A.S.** al contestar la demanda inicial reformada y por **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.** al contestar la demanda de reconvención subsanada.

VIII. Juramento estimatorio, medidas cautelares y costas

VIGÉSIMO CUARTO: Abstenerse de imponerle a **TODOMOTOS OB S.A.S.** sanción alguna por el juramento estimatorio presentado en la demanda de reconvención subsanada.

VIGÉSIMO QUINTO: Ordenar el registro de este laudo y la cancelación de las anotaciones de las transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones al dominio efectuados después de la inscripción de la demanda, si las hubiere, sin que se afecte el registro de otras demandas, en el registro automotor de los vehículos propiedad de **TODOMOTOS** que a continuación se anuncian. Cumplido el registro del laudo tal como se ordena en precedencia, se deberá cancelar el registro de la demanda.

PLACA	MARCA	LINEA	SERVICIO	MODELO	OT
HWN256	TOYOTA	HILUX	Particular	2015	DIR TTOYTTE BUCARAMANGA
755ACB	BAJAJ	RE 205D	Particular	2013	INST MCPAL TTOYTTE EL BANCO
558ACB	BAJAJ	RE 205D	Particular	2014	INST MCPAL TTOYTTE EL BANCO
DLC91B	BAJAJ	BOXER TEC	Particular	2007	INS MCPAL DE TYTO DE COROZAL
KKQ441	TOYOTA	HILUX	Particular	2014	U TEC CONT/VIG/ REG TTOYTTE SANTA MART
QAU41E	KYMCO	KYMCO TWIST	Particular	2019	INST MCPAL TTOYTTE EL BANCO

VIGÉSIMO SEXTO: Condenar en costas a **TODOMOTOS OB S.A.S.** a favor de **AUTOTÉCNICA COLOMBIANA S.A.S.** por la suma de TRESCIENTOS VEINTIUN MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS PESOS (\$321.594.700), que deberá pagar dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente laudo.

IX. Aspectos administrativos

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Declarar causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, y el IVA correspondiente. En consecuencia, el Presidente del Tribunal procederá a realizar los pagos correspondientes una vez ejecutoriado el presente laudo. Las partes deberán entregarles a los Árbitros y a la Secretaria, en un plazo de treinta (30) días contados a partir de la radicación de la factura correspondiente, los certificados individuales de las retenciones realizadas a cada uno en relación con el cincuenta por ciento (50%) de sus honorarios.

VIGÉSIMO OCTAVO: Decretar el pago de la contribución especial arbitral de que trata el artículo 362 de la Ley 1819 de 2016 que modificó los artículos 17 a 22 de la Ley 1743 de 2014, equivalente al dos por ciento (2%) del valor total de los honorarios pagados a los Árbitros y a la Secretaria, el cual deberá consignarse en la Cuenta del Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia, al día siguiente a la ejecutoria del laudo arbitral o de la providencia que decida sobre su aclaración, corrección o complementación. Para el efecto, el Presidente hará las deducciones y librára las comunicaciones respectivas.

Remítase copia del pago de la contribución especial arbitral al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia para los efectos de información del pago que trata la Ley 1743 de 2014.

VIGESIMO NOVENO: Ordenar la liquidación final de las cuentas del proceso y, si a ello hubiere lugar, la devolución a la parte actora de las sumas no utilizadas de la partida "Gastos de Funcionamiento del Tribunal".

TRIGÉSIMO: Ordenar el archivo del expediente arbitral en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, una vez se encuentre en firme esta providencia.

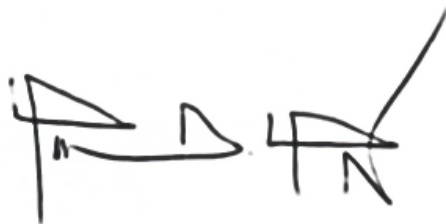
TRIGÉSIMO PRIMERO: Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de Ley y con destino a cada una de las partes.

Esta providencia quedó notificada en audiencia realizada por medios electrónicos y se suscribe con firmas digitalizadas, como lo autoriza la ley.



MATEO PELÁEZ GARCÍA

Presidente



HERNANDO HERRERA MERCADO



ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

La secretaria,



SARA ELENA AGUDELO DUQUE