

SEÑORES.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA SALA CIVIL

ATC: MP DR JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS.

E. S. D.

REF. PROCESO VERBAL DECLARATIVO. No. 11001310304220160044400

DEMANDANTES: MERCEDES OTALORA SARMIENTO

DEMANDADOS. CUMMINS DE LOS ANDES S.A. Y KENWORTH DE LA MONTAÑA. SAS.

ASUNTO. AMPLIACION RECURSO DE APELACION FALLO.

Como apoderado judicial del - extremo demandante y perjudicado dentro del Proceso de la referencia , al señor Magistrado con el mayor respeto le manifiesto que con el fin de sustentar, ampliar y fundamentar aún más el recurso de APELACION interpuesto en contra de la Sentencia de Primera Instancia procedo a hacerlo de la siguiente manera :

HECHOS.

1o.- La demanda de la referencia fue presentada primeramente y en tiempo ante la Superintendencia de Industria y Comercio, como Verbal de Protección al Consumidor, ley 1480 de 2.011, la cual fue rechazada por competencia, habiéndose enviado para su trámite a los Juzgados Civiles del Circuito , la cual correspondió por reparto al Juzgado 42 Civil del Circuito de esta ciudad , siendo esta inadmitida para su adecuación, Art. 42 numeral 5º. C.G. del P y fue subsanada a su debido tiempo , por tal razón se ADMITIO, habiendo seguido conociendo el Juzgado 43 Civil del Circuito de este mismo distrito.

2o.- Refiere el fallo de primera instancia que mi representada, compradora señora MERCEDES OTALORA SARMIENTO, no hizo en su debido tiempo la reclamación correspondiente por los daños y fallas presentadas por el automotor que nos ocupa, o sea dentro de los (30) treinta días que refiere el art. 932 del C. Co, lo mismo refiere el fallo por no haberse presentado la acción correspondiente en el término que prevé los artículos 934 y 937 de la misma norma , o sea dentro de los del seis (6) meses siguientes al recibo del vehículo. Art, 938 del C. de Co y Art.1923 del C.C; lo cual no es cierto , toda vez que el señor HECTOR EDUARDO ROJAS , persona autorizada por la compradora para retirar el rodante , al dirigirse a conocer el vehículo y ver las pésimas condiciones de presentación en que se encontraba; desde ese momento le reclamó verbalmente al funcionario de KENWORTH DE LA MONTAÑA SAS, sobre los rallones, cojineria con manchas de grasa, sin calefacción, óxidos en varias partes ,entre otras inconsistencias en que se encontraba el automotor, a

lo cual el funcionario le respondió “ **que tranquilo, que el día de la entrega no tendría problemas, que iba a estar lavado , polichado y que la cojinería estaría impecable**”, lo cual no cumplió esta concesionaria porque el día de la entrega, este se encontraba en peores condiciones , con más rallones, puertas que se abrían cuando el vehículo se encontraba en movimiento, poniendo en riesgo la vida del conductor y del acompañante , corriendo el riesgo de dañar otros automotores y sin haberse solucionado los demás daños y lo más grave con un **kilometraje de recorrido de (1.680 KM.)**

3º.- Así mismo la reclamación de estas inconsistencias la compradora señora MERCEDES OTALORA SARMIENTO y el señor HECTOR EDUARDO ROJAS ALVAREZ ,se las hicieron por escrito a la demandada KENWORTH DE LA MONTAÑA SAS y CUMMINS DE LOS ANDES S.A, dentro del término que estipulan los artículos del Código de Comercio y Código Civil ya referidos, tal como se comprueba con **los Derecho de Petición de fecha 3 de Julio de 2.013, o sea 3 días hábiles después de haber recibido el automotor el mencionado señor , el cual lo recibió el 28 de junio de 2.013 ;Derecho de Petición al cual le dio respuesta KENWORTH DE LA MONTAÑA SAS el día 08 de julio de 2.013** reconociendo todas estas inconsistencias, entre estas el de haber tenido el automotor rodando en **Los Carnavales de BARRANQUILLA Y SANTA MARTA.(Ver respuesta al Derecho de Petición referido).**

Luego con fecha **marzo 31 de 2.014** cuando el automotor nuevamente empezó a fallar en el sistema de inyección , la compradora le dio a conocer a KENWORTH DE LA MONTAÑA SAS en tiempo sobre estas fallas, como se confirma con el **Derecho de Petición de esa fecha.**

En vista a que eran reiterativas las fallas del automotor, con fecha **Octubre 29 de 2.014**,LA COMPRADORA le da a conocer nuevamente mediante Derecho de Petición dirigido a **CUMMINS DE LOS ANDES** sobre estas fallas, habiendo dado respuesta esta demandada a este último **con fecha 07 de noviembre de 2.014** , entre otros Derechos de Petición , que por los mismos conceptos y en tiempo les envió la compradora a las hoy demandadas, obrando toda esta documentación al expediente.

4º.-Cabe anotar honorable Magistrado, que las oficinas de KENWORTH DE LA MONTAÑA SAS, donde le hicieron firmar al señor HECTOR EDUARDO ROJAS **EL ACTA DE ENTREGA del vehículo**, al sitio o parqueadero Bosconia en el cual se encontraba el automotor, hay una distancia de aproximadamente de 20 cuadras , lo cual hizo que al hacérsele firmar primero el ACTA DE ENTREGA del automotor al nombrado señor y luego ir a retirarlo a tan larga distancia, él no sabía que le iban a entregar el automotor en las pésimas condiciones en que

tuvo que recibirlo y con el kilometraje de 1.680 Km de recorrido, cuando **lo que negocio y compro mi representada fue un vehículo nuevo ,” cero kilómetros”** como dice **“el ACTA DE ENTREGA . “PERO LO QUE SE LE ENTREGO FUE UN AUTOMOTOR DE SEGUNDA y con todos esos imperfectos.**

5º.-La GARANTIA pactada en dichos automotores son dos (2) años para el motor y un año (1) para los demás componentes; es entendido que estos términos empiezan a correr a partir del momento de haber recibido la compradora el automotor; **(28 de junio del 2.013)Art.932 C.Co.)** y no como lo dice en forma presuntamente deshonesto CUMMINS DE LOS ANDES en su respuesta de DERECHO DE PETICION de 07 de Noviembre de 2.014, **que el primer año de estas GARANTIAS se cumplió el 07 de abril de 2.014,** cuando la verdad es que el primer año de estas **Garantías** y en **especial la del MOTOR se cumplía el 28 de junio de 2.014** y por consiguiente el segundo año se cumplía **el 28 de junio de 2.015,** lo que quiere decir, que la acción se presentó ante **la Superintendencia de Industria y Comercio** en el término de ley, con **fecha 24 de abril de 2.015 ,** No habiendo vencido aun la **GARANTIA del motor;** cabe anotar que con respecto al curso de la demanda no hubo interrupción alguna.

6º.-Lo que quiere decir que el Juzgado sentenciador en su fallo también erro al tomar como termino para presentar la acción los seis (6) meses que refieren los Art. 938 del C. de Co y Art.1923 del C.C, olvidándose que estas GARANTIAS son pactadas como ya quedo expuesto a uno (1) y dos (2) años y así mismo lo confeso el representante legal de CUMMINS DE LOS ANDES S.A en su intervención en este proceso.

7º.-Lo demás expuesto por la demandada **CUMMINS DE LOS ANDES S.A,** en su contestación al Derecho de Petición referido, carece de toda veracidad y seriedad , buscando con lo incierto pretender engañar a los compradores de esos automotores y así mismo confundir a la justicia, como está sucediendo en el caso que nos ocupa ,para evadir así la obligación de responder a la compradora por las Garantías del automotor y por consiguiente a la indemnización que debe hacerle a la demandante.

8º.- KEMWORTH DE LA MONTAÑA SAS ,confirma también su mal actuar en esta relación contractual, al decir en el **Acta DE ENTREGA DEL AUTOMOTOR** lo siguiente: **” Dejo constancia de que he recibido a entera satisfacción por parte de KENWORTH DE LA MONTAÑA SAS NIT 800.125.639-5 el siguiente vehículo cero kilómetros ..” (negrillas fuera de texto),** lo que quiere decir inciertamente esta demandada que el automotor, el nombrado señor lo **“ recibió CERO KILOMETROS,”** lo cual es otra gran mentira y por consiguiente una artimaña más

utilizada por esta demandada ,toda vez que el automotor fue recorrido abusivamente por esta concesionaria aquí en el país en varios sitios, entre estos **los Carnavales de Santa Marta y Barranquilla** cuando ya se encontraba negociado y separado por mi representada, como lo confeso el representante de esta demandada en su comunicación del 08 de julio de 2.013 , enviada a mi poderdante, anexa al expediente; pero no es cierto que parte de este kilometraje se ocasiono al trasladarse el automotor desde la fábrica al puerto de embarque en México D.F. para su exportación a Colombia, toda vez que a los otros compradores si les han entregado por esta misma demandada y por Casa Inglesa que es otro distribuidor en nuestro país de automotores KENWORTH, los vehículos **(0) CERO km.**

Con respecto a la venta de los automotores Nuevos, “ el jurista Argentino Luis Moisset de Espanés, en su obra Obligaciones de Genero Fungibilidad y Vicios Redhibitorios.- pág. 182:al referirse a El Genero limitado a los- 0- (CERO) Km” , expone, que **“ aunque no se haya incluido una clausula expresa en el contrato, se refiere tácitamente a vehículos nuevos , sin ningún uso o limitados al indispensable rodamiento de prueba.”** En cuanto a Coches Nuevos. dice :” **No solamente debe tratarse a un coche nuevo no registrado todavía”**, sino a un vehículo que no ha sido usado ; así, por ejemplo los coches que sin tener mas que placas provisorias han integrado la **“flota “ de una planta productora de automotores , no son coches nuevos “** y si modificando su cuenta kilómetros –fueren entregados como tales al cliente , el contrato estaría viciado por el dolo con que actuó la fábrica o el concesionario .” (Negrillas fuera de texto.)

9º.- Para demostrar aún más la presunta mala fe con que actuó KENWORTH DE LA MONTAÑA SAS en esta relación contractual y que el fallador de primera instancia no le imprimió ningún valor probatorio ,es preciso resaltar también, que El **ACTA DE ENTREGA** del automotor referido, elaborada caprichosamente y al antojo de esta demandada y que se le hizo firmar al señor HECTOR EDUARDO ROJAS para poder retirar el vehículo , **esta tiene fecha del 28-06-2.013 y en forma lesiva y dolosa dice: “Dejo constancia que he recibido a entera satisfacción por parte de KENWORTH DE LA MONTAÑA S.A.S NIT 800.125.639-5 el siguiente vehículo Cero Kilómetros...”** ; además la fecha de emisión del **ACTA DE ENTREGA es del 2.012/05/15**, fecha esta que no concuerda en nada con la negociación , pero si con lo manifestado posteriormente por el vendedor señor HERNANDO GOMEZ empleado de esta demandada, quien refirió que este vehículo había sido uno de los tres (3) devueltos por la empresa JOALCO de la flotilla que había adquirido . Lo que quiere decir, que el Juzgado paso por alto al emitir el fallo, todos estos

indebidos comportamientos ejercidos por esta demandada en contra de la compradora inocente e ingenua.

Mi poderdante fue víctima de engaño por parte de esta demandada, al venderle como nuevo un vehículo que utilizaba en **TEST DRIVE** (vehículo de prueba) y por tal razón era imposible que se encontrara **CERO (0) KM**, su estado de conservación era pésimo, lo mismo el funcionamiento de motor y prueba de esto son los 1.680 kilómetros de recorrido, con que fue entregado y las fallas que empezó a presentar al poco tiempo, estas tuvieron su inicio por ese largo kilometraje de recorrido; como así lo acepta la demandada en las respuestas dadas a los Derechos de Petición y además con las fotografías se probó su pésimo estado de presentación en que fue entregado, concluyéndose fácilmente Honorable Magistrado que esta demandada actuó de mala fe y con dolo en contra de la compradora a partir de la entrega del automotor y en todo el término que existió la relación contractual.

10º.- En cuanto a los testigos del extremo demandante que fueron oídos en sus exposiciones, es preciso determinar, que el hecho de haber sido aceptada por el señor Juez la tacha al testimonio del señor HECTOR EDUARDO ROJAS ALVAREZ, esto constituye otro de los desatinos cometidos por el sentenciador de primera instancia, toda vez que debió haberle dado toda la credibilidad y todo el valor probatorio a la exposición del testigo, cuando este tiene todo el conocimiento de la existencia de los hechos que dieron origen a esta acción, como así lo expuso en su intervención, por haber sido el quien vio en el primer momento el pésimo estado de presentación y conservación en que se encontraba el automotor, fue él quien lo recibió en ese mal estado y con ese excesivo kilometraje, cuando fue entregado por la concesionaria KENWORTH DE LA MONTAÑA SAS; además es el nombrado señor quien administra el referido rodante desde el momento de su entrega, ha sido él, quien en temporadas largas lo ha conducido, fue él quien se encargó de llevarlo y retíralo de los talleres de las demandadas y estuvo pendiente de sus revisiones en estos sitios; aspectos estos tan importantes en un juicio de esta índole, que en vez de quitarle credibilidad y considerarse como parcializada la exposición del testigo, por el contrario ese extenso conocimiento que el testigo tiene sobre la relación contractual que nos ocupa, hace que su testimonio tenga todo el cimiento de credibilidad e imparcialidad probatoria, debido a que el nombrado testigo es el principal conocedor de toda la relación contractual y de los daños pormenorizados que contenía el automotor para el momento de la entrega y los que resultaron posteriormente a causa posiblemente del largo recorrido a que fue sometido el vehículo por parte de esta concesionaria; así mismo por la pésima calidad de los componentes del motor; también el nombrado testigo, tuvo todo el conocimiento de la forma

presuntamente mal intencionada y dolosa como actuaron las demandadas en contra de la hoy demandante en toda la relación contractual y, en especial en el cumplimiento de las Garantías .

De la misma manera le debió dar el mismo valor probatorio a las declaraciones de los demás testigos señores PABLO ERNESTO GUZMAN y JULIO CESAR BONILLA, , cuando estos son enfáticos en afirmar que también fueron víctimas de las demandadas al venderles automotores de similares referencias, pero con las mismas fallas, la única diferencia, es que a ellos la demandada KENWORTH DE LA MONTAÑA SAS, si les entregó los automotores CERO (0) kilómetros.

Cabe anotar, que la tacha del testigo **NO** tiene como finalidad la exclusión de la prueba, sino el cuestionamiento de la credibilidad de lo declarado .

Razón por la cual el señor Juez debió apreciar la prueba con observancia de las reglas de la sana crítica y en conjunto con las demás pruebas practicadas, lo cual no sucedió en el presente caso, al **NO** haber analizado ni interpretado el fallador de primera instancia en debida forma el contenido del Art. 211 del C.G. del P, referente a la tacha del testigo y, es por esta razón que esa negativa no encaja en ninguna de las circunstancias de parcialidad, o que no sea creíble la exposición del testigo, cuando por el profundo conocimiento que tuvo el exponente en los hechos demandados y que narro en forma espontánea, clara, concisa, precisa y por consiguiente carente de parcialidad, es por lo que se le debe imprimir todo el valor probatorio por parte del fallador y no como de una forma errada lo determino en su sentencia.

Es de concluir Honorable Magistrado, que no es posible que por el hecho de que el mencionado testigo haya referido todo lo expuesto en su intervención testimonial y que por ser el administrador del automotor, que presto su nombre para obtener el crédito con el que se pagó el vehículo, sea esto suficiente para que el señor Juez haya determinado tachar su versión de acuerdo al art. 211 de la norma en comento; habiendo olvidado el administrador de judicial en este caso darle aplicación al artículo 176 del C.G. del P, que refiere sobre la apreciación de la prueba y la sana crítica, que según la doctrina se define esta última, “ **como la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento**”, lo cual brilla por su ausencia en el fallo .

Lo que quiere decir, que el sentenciador al no haberle dado aplicación a las normas en comento, dio origen a la violación del art. 29 de la C.N. Derecho Fundamental Violación al debido Proceso, entre otras normas constitucionales.

Para desvirtuar aún más la tacha de testigo, infundada y concedida por el fallador de primera instancia, traigo a colación la “ Sentencia 2017-00024 de julio 12 de 2018 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA Consejera Ponente: Roció Araujo Oñate Rad.: 11001-03-28-000-2017-00024-00

Asunto: Nulidad electoral. Sentencia de única instancia. Determino lo siguiente:
“EXTRACTOS: «I. CONSIDERACIONES”

3.2. Tacha de los testimonios.

“En el trascurso de la audiencia de pruebas, en la que se recepciono el testimonio del senador Fernando Nicolás Araujo Rumie, el apoderado judicial de la parte demandante tachó el testimonio con fundamento en la regla establecida en el artículo 211 del Código General del Proceso, por considerar que se encuentra afectada su imparcialidad en relación **con el interés** que le asiste, por el hecho de pertenecer al Partido Político “Centro Democrático”, agrupación dela cual hacen parte los demandantes.”

“A renglón seguido, el apoderado judicial de la Senadora Paloma Susana Valencia, en el trámite de la misma audiencia, tachó el testimonio del ex senador Musa Besaile Fajad, por pertenecer éste al Partido de la “U”, colectividad que hizo campaña en favor de la demandada.”

3.2.1. Régimen jurídico de la tacha de los testimonios.

Conforme con lo expuesto, corresponde a la Sala determinar la procedencia de la tacha de los testimonios, siguiendo las reglas que trae el artículo 211 del Código General del Proceso, el cual preceptúa:

“Imparcialidad del testigo. 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 la norma transcrita se tiene que, para la procedencia de la tacha de un testigo por parcialidad, la parte que lo solicite debe fundamentar su petición, detallando las razones que afectan su credibilidad.”

En este caso en concreto y que nos ocupa , por el hecho de haber tenido el testigo nombrado todo el conocimiento de lo sucedido en la relación contractual demandada, así mismo respecto a los daños del automotor y los perjuicios recibidos por la demandante, haber prestado su nombre para respaldar el crédito de adquisición del automotor ,esto solo no constituye mérito para declarar la parcialidad y no credibilidad del testimonio, menos para aceptar la tacha; cuando el fallador en su decisión paso por alto circunstancias tan relevantes en este caso , como fue el mal comportamiento y la mala conducta desplegada por las demandadas en el curso de la relación contractual, (la mala fe y dolo), plenamente probado al expediente como ya se indicó; cuando era obligación del sentenciador tener en cuenta ese mal actuar de las demandadas, de acuerdo a lo expuesto en la norma Art. 280 del C.G. del P,.

11º.- Ahora, en cuanto a la sanción impuesta por el Juzgado sentenciador al representante de CUMMINS DE LOS ANDES, como también a su apoderado; el fallo de primera instancia en nada se refirió a lo ordenado por el mismo Juzgador en el auto de fecha veintinueve de agosto de Dos mil Diecinueve (29-08-2.019) en su numeral TERCERO: Que dice:” **Teniendo en cuenta que el demandado Cummins de los Andes S.A. y su apoderado judicial no concurrieron a la etapa de conciliación en la audiencia inicial que se realizó el 04 de Octubre de 2.017, quienes no presentaron justificación conforme lo impera el artículo 372 del Código General del Proceso, razón por la cual se impondrá la consecuencia de es que se tendrán por ciertos todos los hechos de la demanda contra ese extremo demandado.”** (Negrillas fuera de texto.)

Auto que no tuvo ningún ataque ni reparo por los extremos , encontrándose en firme y incólume su contenido ,por tal razón al ser las decisiones judiciales de obligatorio cumplimiento , en especial por parte de sus autores como son los administradores de justicia, es por lo que el señor Juez sentenciador de primera instancia debió haberse pronunciado al respecto , dictado sentencia anticipada parcial en contra de la demandada CUMMINS DE LOS ANDES SA y a favor del extremo demandante y seguir la acción únicamente en contra de la demandada KEMWORTH DE LA MONTAÑA SAS. Art.278 y 280 del C.G. del P, lo cual no sucedió.

ANALISIS DE LAS PRUEBAS APORTADAS POR EL EXTREMO DEMANDANTE.

De acuerdo a lo expuesto a lo largo de los hechos probados referidos se concluye, que el sentenciador de primera instancia, **NO** analizo ni le imprimió el valor probatorio que merecen el cumulo de pruebas obrantes al proceso en favor de la demandante , Art. 176 del C.G. del P, es así , que ni siquiera se detuvo a inspeccionar el contenido de LAS GARANTIAS , menos los audios y

demás pruebas aportadas en su debido momento al expediente por la demandante, fue por esto que en su decisión de fallo cometió todos estos errores como los ya referidos, dejando de lado la aplicación al Art.164 y 165 del C.G. del P, es así; que sin justificación alguna no se pronunció en lo más mínimo respecto a la mala fe y dolo que desde un principio ejercieron las demandadas en contra de la Compradora hoy demandante y que por consiguiente violaron desde ese mismo momento la relación contractual al hacerle firmar con artimañas, KENWORTH DE LA MONTAÑA SAS, al señor HECTOR EDUARDO ROJAS ALVAREZ, EL ACTA DE ENTREGA DEL AUTOMOTOR, con la observancia de que lo recibía CERO KILOMETROS, cuando esto es una total mentira, además con todas esas falencias ya referidas, a sabiendas la concesionaria de que el automotor no se encontraba en ese estado; constituyéndose con ese mal actuar de esta demandada un engaño en contra de la compradora y por consiguiente una presunta estafa; cuando la compradora negocio y compro fue un **VEHICULO NUEVO CERO (0) KILOMETROS**, que con las pésimas condiciones en que se le entregó el automotor, se constituye un incumplimiento total del contrato por parte de la vendedora, toda vez que lo que recibió la accionante fue un automotor de segunda. Art.928. C.Co, con Imperfectos y aspectos negativos que nunca fueron solucionados por las demandadas. Además esta demandada para hacer caer al nombrado señor en el error de firmar **EL ACTA DE ENTREGA DE RECIBIDO A SATISFACCION EL AUTOMOTOR (0) CERO KILOMETROS,** ocultó esta acta en la documentación correspondiente a la garantía del vehículo, toda vez que si le presentaban para su firma este solo documento al mencionado señor no lo había firmado. Estas pruebas obran al Derecho de Petición de julio 3 de 2.013 enviadas por mi mandante a la demandada KENWORTH DE LA MONTAÑA SAS., donde esta demandada en su contestación de fecha 8 de julio de 2.013 reconoce su mal actuar, mientras que mi representada como compradora actuó de buena fe, art.1603 del C.C.

Entre otros de los incumplimientos de la relación contractual ejercidos por parte de esta concesionaria, fue que la compradora le reclamo en tiempo sobre los daños del motor que posteriormente a la entrega le resultaban al vehículo y, al llevarlo a los talleres, esta daba dictámenes errados y sin embargo mi mandante tenía que comprar los repuestos que la concesionaria ordenaba, lo cual era una forma de sustraerle dinero con la compra de esos repuestos en forma inoficiosa; porque el daño permanecía y sin embargo no fue posible que le solucionaran estos problemas mecánicos;

Esta demandada últimamente con su presunta mala intención de no responder por la garantía, en toda reclamación que le hacia la compradora sobre los daños del automotor, decía que ese daño no lo cubría la Póliza no siguiendo

respondiendo. Lo expuesto se encuentra probado en el Derecho de Petición formulado por mi mandante con fecha marzo 31 de 2.014, habiendo perjudicado gravemente a la hoy demandante en pérdida de tiempo y dinero al no encontrarse produciendo el automotor.

En cuanto a CUMMINS DE LOS ANDES S.A., como se dijo adelante , también mi representada en tiempo le reclamo sobre los daños que en forma reiterativa siguió presentando el automotor , a lo cual esta demandada de una forma nada seria y con el propósito de evadir la responsabilidad de cumplir con la GARANTIA DEL AUTOMOTOR , en la mayoría de las veces emitió diagnósticos totalmente errados ; los cuales se encuentran probados con los videos que se anexaron con la demanda y que prueban que dichos diagnósticos fueron totalmente lesivos y mal intencionados , toda vez que nunca el motor había recostado pistón alguno y la falla que presento era la misma que había presentado por primera vez; utilizando la demandada este dictamen errado con el fin de subsanar una falla que el motor si trae de fábrica, como es la caída de asientos de válvulas , previendo esta demandada el daño que sufriría futuramente el motor, ya que en otros vehículos este daño ha sido recurrente , no habiendo cumplido esta con la garantía de arreglar los verdaderos daños por los cuales se había llevado el vehículo.

Así mismo el fallador de primera instancia no se detuvo siquiera en analizar el contenido de los artículos 935,928,931,932 ,934 del C. Co. y artículos 1880,1893,1914,1927 del C.C, que se refieren a esta clase de incumplimientos en contratos de compraventa ; estas normas en concordancia con el art. 230 de la C.N; así mismo la documentación que contiene el expediente en favor de la demandante y fue por esto que el fallador de primera instancia cometió tan graves errores como los ya expuestos.

Tampoco se le imprimió por parte del fallador de primera instancia el verdadero valor probatorio a todas y cada una de las pruebas presentadas en tiempo y obrantes al expediente en favor de la demandante; pero si le dio el mayor valor probatorio en favor de las demandadas a las respuestas dadas por estas a los Derechos de Petición , los cuales lo único que contienen son hechos inciertos y carentes de toda seriedad , como es el decir la demandada CUMMINS DE LOS ANDES S.A., con el propósito de no responder con la GARANTIA DEL MOTOR, que encontró 252 conteos por agua en el combustible y que el conductor no atendió estos avisos que el automotor alertaba en la cabina; lo cual es totalmente incierto toda vez que jamás existió dicha novedad.

Con respecto al dictamen pericial presentado por el señor ERIK RENE AVENDAÑO y que no se le tuvo en cuenta a mi poderdante, según el fallador de primera Instancia por no reunir los requisitos del Art. 226 del C.G. del Proceso, es preciso referirle al H.H. MM, que esto se debió a que por el más grande esfuerzo que la demandante hizo para conseguir en la lista de auxiliares de la justicia emitida por el Consejo Superior de la Judicatura, un perito en esta modalidad, no fue posible, porque al comunicarse con estos dos peritos que solamente existen inscritos, estos le manifestaron que no tenían conocimiento en esta clase de motores; habiendo encontrado mi poderdante al señor ERIK RENE AVENDAÑO, el cual tiene profundo conocimiento de estos motores y sus falencias, ya que adicionalmente de ser tecnólogo del SENA en el área de Producción Metalmecánica con (20) veinte años de experiencia, además es ingeniero Industrial; tal como se confirma con la documentación que anexó al dictamen; sin embargo el señor Juez no lo tuvo en cuenta por no reunir los requisitos de ley. Es por lo que le solicito al Honorable Magistrado con todo el respeto, que si tiene a bien aceptar el trabajo presentado por el perito nombrado pido se le dé su aprobación, o en su defecto nombrar otro que conozca y haga parte de la lista de ese Tribunal.

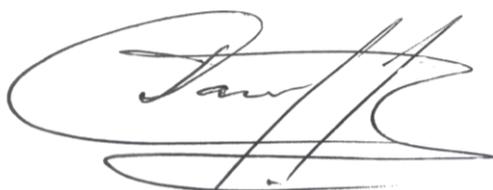
Lo que quiere decir, que al no existir peritos en la materia inscritos en la referida lista de auxiliares de la Justicia, es imposible que la carga de esta prueba se tenga en contra del extremo demandante, cuando es la parte demandada la que debe probar lo contrario a los cargos que se le hacen y que se le están probando con las pruebas anexas, como son fotografías, audios, videos, testimonios y declaraciones de los testigos referidos, pruebas estas que se anexaron en tiempo y obran al expediente, los cuales prueban los daños que poseía el automotor para el momento de la entrega del mismo, como también los daños que posteriormente obtuvo a consecuencia del largo recorrido en kilometraje a que fue sometido por la demandada concesionaria y por la pésima calidad de los materiales, especialmente los metales que componen el motor de los rodantes de estas referencias (T300-T370-T460).

Ahora en cuanto a la sanción impuesta a la demandada CUMMINS DE LOS ANDES de tener como ciertos los hechos de la demanda en su contra por no haber asistido el representante de esta demandada y su apoderado a la audiencia de conciliación de que trata el art. 372 numeral 3º. Del C.G. del Proceso y que refiere este escrito en su numeral 11º, en nada se pronunció el fallador en su fallo; lo que quiere decir, que este es otro error grave que contiene la decisión atacada.

De todo lo expuesto se concluye que las dos demandadas deben ser llamadas a responder por los daños y perjuicios recibidos por la compradora y a indemnizarla , toda vez, que al plenario se encuentra plenamente demostrado que las dos actuaron en forma mancomunada con presunta mala fe.

Por todo lo anterior es que solicito al HH.MM, se sirva tener en cuenta en su debida oportunidad esta adición al recurso de alzada y al mismo tiempo revocar el fallo de primera instancia y en su defecto dictar otro que en derecho sea favorable a las pretensiones de la demanda por existir suficiente mérito.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Daniel Cuellar Toledo', written in a cursive style.

DANIEL CUELLAR TOLEDO.

C.C. No. 19.134.946 de Bogotá.

T.P. No. 28.559 del C.S. de la J.



Bogotá D.C. 17 de septiembre de 2020

Honorable Magistrada
Dra. **MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA**
Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil
E.S.D.

Ref.: **ORDINARIO DE PERTENENCIA 2010 – 619**
Origen: **JUZGADO 43 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**
Asunto: **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN**
De: **GRACIELA SANDOVAL DE CIFUENTES**
Vs.: **RAIMUNDO PEÑA SOTO**

Respetada Doctora;

CARLOS ALBERTO FERNÁNDEZ BOLAÑOS, mayor de edad, con domicilio en esta Ciudad, identificado con la Cedula de Ciudadanía No. 1.030.525.144 expedida en Bogotá, portador de la Tarjeta Profesional de Abogado No. 206.868 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de nuevo apoderado de la parte demandante dentro del proceso de la referencia y acorde a lo ordenado por su digno despacho en auto de fecha 11 de septiembre de la anualidad que avanza, me dirijo a usted con el fin de **SUSTENTAR** el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia dentro del proceso que ocupa nuestra atención.

CONSIDERACIONES DEL RECURSO

Como se evidencia a folio 492 del cuaderno principal del proceso, el Doctor **MARIO MURCIA MONTOYA** (Q.E.P.D.), quien adelanto la representación de la Señora **GRACIELA SANDOVAL DE CIFUENTES**, de conformidad con lo establecido en el artículo 322 del Código General del Proceso, manifestó todos y cada uno de los reparos que en concreto tuvo en contra del fallo proferido en la primera instancia, los cuales el suscrito coadyuva en su totalidad con el fin de que sea revocada la decisión de primera instancia que no tuvo en cuenta las pretensiones de la demanda principal.

1.- FALTA DE VALORACIÓN PROBATORIA: Como lo manifestó mi antecesor en la audiencia, en la inspección judicial realiza dentro del proceso, se pudieron



recopilar sendas declaraciones, en las cuales fue notorio el ánimo de señora y dueña del inmueble objeto del litigio ejercido por parte de la Señora GRACIELA SANDOVAL DE CIFUENTES.

2.- INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA: Indico mi antecesor que en cuanto no obstante en ella se establece la normatividad jurídica, de acuerdo a lo que establecen los artículos 764, 765 y 768 del Código Civil, para que se materialice la prescripción adquisitiva de dominio ordinaria, solo basta la buena fe inicial, en el momento de la adquisición, lo mismo que un justo título en ese mismo momento de la adquisición, lo mismo que un justo título, así la buena fe no subsista, con posterioridad a la adquisición, situación que de pleno derecho ampara a la demandante Señora GRACIELA SANDOVAL VIUDA DE CIFUENTES.

En el fallo se considera erradamente, que la Señora GRACIELA SANDOVAL, renunció a su posesión esto a consecuencia de la venta que el fuera efectuada al Señor HERNANDO SANDOVAL, sin embargo, es una situación que no fue apreciada en debida forma, dado que se crédito que nunca se le hizo entrega material del inmueble, siendo entonces imposible que se renunciara a dicha posesión de la manera como se indicó.

Así las cosas, considero mi antecesor, lo que es plenamente acogido por el suscrito, que materialmente no se demostró que mi poderdante hubiese renunciado a su posesión, más aun cuando con prueba sumaria se demostró que la Señora GRACIELA SANDOVAL VIUDA DE CIFUENTES, jamás ha entregado ni renunciado de forma voluntaria a la posesión, cosa que sin lugar a dudas, situación que fue demostrada en la diligencia que atendió personalmente mi mandante dentro del inmueble, acreditando allí tener posesión de quince años para la época edil año 2012, aunado a la buena fe y a justo título que ostenta.

En esos términos el suscrito apoderado de la parte demandante, deja sustentado el recurso de apelación, solicitando entonces de forma respetuosa a su digno despacho, se sirva **REVOCAR** la decisión de primera instancia y en su lugar declarar la pertenencia en cabeza de mi representada.

Agradezco su amable atención y colaboración.

De la Honorable Magistrada. Atentamente;

CARLOS ALBERTO FERNÁNDEZ BOLAÑOS

C.C. 1.030.525.144 de Bogotá D.C.

T.P. 206.868 del C.S. de la J.

Señores Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
Att. MAG. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Ciudad

Ref: PROCESO VERBAL. RAD. 11001310301120160086201
DEMANDANTE: DISTRIBUIDORA MAYORISTA DE AUTOMÓVILES
MADIAUTOS SAS
DEMANDADO: FORD MOTOR DE VENEZUELA S.A.

Honorable Magistrada:

Obrando como apoderado de la parte actora, dentro de la oportunidad conferida por ese Despacho procedo a sustentar la **apelación** interpuesta contra la sentencia que puso fin a la primera instancia.

Para empezar, anuncio que prescindiré de algunos reparos de los formulados ante el juez de primera instancia, por lo que mi alegación se circunscribirá a los planteamientos que este escrito contiene. La sustentación de la alzada **versará exclusivamente sobre la denegación de las declaraciones derivadas de la declaración de existencia del contrato atípico de concesión** vigente desde noviembre de 2000 hasta diciembre de 2011 entre MADIAUTOS y FORD MOTOR DE VENEZUELA¹ y **la condena por la terminación unilateral**.

Por consiguiente, la apelación apunta a provocar que se reconozca la ilicitud de la conducta desplegada por la sociedad FORD MOTOR DE VENEZUELA (en los sucesivo **FMV**) en la ejecución del declarado **contrato atípico de concesión** (ordinal SEGUNDO del fallo de primera instancia) y en su terminación unilateral y, como consecuencia, se condene a la reparación de los perjuicios derivados de su arbitrario proceder, como fue pedido en la demanda. Por último, persigue que la parte demandada sea condenada a pagar las costas de ambas instancias.

En esa dirección se expondrán a continuación los planteamientos que deben conducir a la revocación parcial de la sentencia de primera instancia en la forma que se ha precisado. Para la adecuada comprensión, se incluye la “tabla de contenido” de este escrito.

¹ Conviene precisar, desde ahora, que en la relación contractual en cuestión FORD MOTOR DE VENEZUELA obró siempre a través de FORD MOTOR DE COLOMBIA SUCURSAL.

TABLA DE CONTENIDO

I.	LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA	3
II.	LOS REPAROS CONCRETOS CONTENIDOS EN EL MEMORIAL DE APELACIÓN PRESENTADO ANTE EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA	5
III.	LA POSICIÓN DOMINANTE DE FMV EN SU RELACIÓN CONTRACTUAL CON MADIAUTOS	7
A.	La posición dominante en los contratos de adhesión y en el caso concreto	8
B.	La posición dominante en el contrato de concesión automotriz y en el caso específico	9
C.	La CARTA DE INTENCIÓN génesis del contrato entre FMV y MADIAUTOS	12
D.	La Posición de subordinación de MADIAUTOS	14
E.	Las frecuentes llamadas de atención de FMV a MADIAUTOS	14
F.	La continua amenaza de terminación del contrato de concesión	14
G.	La inexplicable negación de la posición dominante en el fallo de primera instancia	15
IV.	LA FALLIDA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO DE CONCESIÓN ENTRE FORD MOTOR COMPANY Y MADIAUTOS Y LA INDEBIDA APLICACIÓN DE SU CLAUSULADO	15
A.	El contenido del documento GIDSA	15
B.	La firma del documento GIDSA por parte de MADIAUTOS	17
C.	La renuencia de FORD MOTOR COMPANY a firmar el CONTRATO GIDSA	17
D.	La pérdida de interés de FORD MOTOR COMPANY en el perfeccionamiento del contrato GIDSA	17
E.	La inexistencia del CONTRATO GIDSA	18
F.	La suplantación de quien debía firmar el documento GIDSA a nombre de FORD MOTOR COMPANY	18
G.	La indeterminación de la firma puesta en el documento GIDSA	19
H.	La inejecución de las estipulaciones contenidas en el documento denominado contrato GIDSA	20
I.	La ilicitud del objeto del abortado contrato GIDSA	20
J.	Incompatibilidad del frustrado contrato GIDSA con el contrato de concesión celebrado entre FMV y MADIAUTOS	21
K.	La ratificación de la firma del documento GIDSA después de formulada la demanda	22
L.	La extraña mutilación del documento GIDSA	22
M.	Las cláusulas abusivas contenidas en el DOCUMENTO GIDSA	23
N.	El carácter abusivo de la cláusula de terminación unilateral en la minuta del contrato GIDSA	23
O.	La impertinencia del CONTRATO GIDSA en la relación contractual entre MADIAUTOS y FMV	24
P.	La solapada alusión al contrato GIDSA	25
Q.	La exclusión del contrato GIDSA como objeto de examen en este pleito	26
R.	La indebida aplicación parcial del clausulado del documento GIDSA	27
V.	LA MALA FE DE FMV EN LA CELEBRACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN	27
A.	La CARTA DE INTENCIÓN	28
B.	La conducta de FMV a partir de la celebración del contrato de concesión	28
C.	La persistente e impertinente mención del CONTRATO GIDSA	29
D.	La desacertada negación de la mala fe de FMV	29
VI.	LA MALA FE DE FMV EN LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO	30
A.	La conducta previa a la terminación del contrato	30
B.	La autorización de apertura de un punto de venta adicional	33
C.	La expectativa alimentada con la conducta previa a la terminación del contrato	33
D.	La rotunda renuencia a considerar opciones distintas tras las dificultades para acondicionar la planta física	34
E.	La sorpresiva y fulminante decisión de terminar el contrato	34
F.	La injustificada renuencia a considerar opciones distintas a la extinción del contrato después de comunicar la terminación	34
G.	La inexplicable inadvertencia de la mala fe de FMV en la terminación del contrato	35
VII.	EL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE DE FMV	35
VIII.	LA ILICITUD INTRÍNSECA DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL EN EL CASO CONCRETO	37
A.	La ausencia de facultad para terminar unilateralmente el contrato	38

B. La necesidad de consenso o decisión judicial para terminar el contrato	40
C. La repentina, inesperada e inexplicable terminación unilateral del contrato	41
D. La injustificada calificación de la licitud de la terminación del contrato	41
IX. LA AUSENCIA DE JUSTIFICACIÓN PARA LA RUPTURA DEL CONTRATO	41
A. Los motivos aducidos por FMV no estaban contemplados como razones para terminar el contrato	41
B. Los motivos aducidos por FMV no tenían relevancia suficiente para extinguir el vínculo contractual	44
C. Inobservancia del procedimiento para la terminación unilateral	47
D. La infundada justificación de la ruptura del contrato	48
X. LA FALSEDAD DE LOS SUPUESTOS INCUMPLIMIENTOS DE MADIAUTOS	48
A. Permanencia de la operación Hyundai en el taller Morato	51
B. Número de puestos de trabajo	53
C. Separación de vitrinas de ventas FORD y MAZDA	53
D. El indebido reconocimiento de incumplimientos por parte de MADIAUTOS	57
XI. LA SUSTENTACIÓN DE LOS REPAROS EN EL ORDEN EN QUE FUERON PLANTEADOS ANTE EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA.	57
XII. CONCLUSIONES	63
XIII. ANEXOS	64

Enseguida se desarrollará cada uno de los puntos señalados en la tabla de contenido.

I. LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Tras declarar la existencia del **contrato atípico de concesión** entre MADIAUTOS y **FMV** desde noviembre de 2000 hasta diciembre de 2011, el juzgado de primera instancia denegó la indemnización suplicada como consecuencia de la terminación unilateral del contrato. Para concluir en dicha denegación adujo los siguientes fundamentos:

1º. No existió posición dominante del concedente FMV en su relación con el concesionario MADIAUTOS. Al respecto, precisó:

“En el *sub judice* el despacho no encuentra estructurada la alegada posición de dominio contractual que se atribuye a Ford Motor Colombia, en la medida en que lo que aquí se demostró fue la existencia de un consenso entre las partes para materializar un acuerdo que a ambas favoreciera, sin que se avizore ese “*detrimento del equilibrio económico*” antes referido”

2°. La terminación unilateral de la relación contractual no fue ilegítima, pues, la parte demandante incumplió los compromisos que había adquirido con el concedente. A dicho propósito, señaló:

“Frente al primer incumplimiento relacionado con la operación Hyundai, quedó acreditado en el plenario que en el taller del local comercial de Madiautos no solo se atendían las marcas del concesionario dual (Ford-Mazda) sino también Hyundai, como los mismos dependientes de la demandante lo expusieron en sus testimonios, quienes indicaron que la actora no contaba con otro establecimiento que prestara el servicio de taller.

“Es cierto, como se pudo verificar de la revisión de las cajas que contienen los documentos cuya exhibición solitó (sic) la parte demandada de Madiautos, ésta prestaba servicios de repuestos y taller Hyundai, como así se constató de las siguientes facturas (seleccionadas de manera aleatoria): (i) factura No. 35535 del 25 de mayo de 2005, por cambio de bombas de embriague y líquido de frenos al vehículo de placa BFJ-670 marca Hyundai por valor de \$356.433; (ii) factura No. 42244 de 29 de junio de 2006, por servicio de cambio de aceite al vehículo de marca Hyundai de placa BTT-489 por valor de \$52.320 y, (iii) factura No. 46576 del 15 de marzo de 2007, por revisión de 2000 kms, al vehículo marca Hyundai de placa BZQ-285 por valor de \$58.616.

“Empero, lo más contundente es que Madiautos, a través de su representante legal, se había comprometido a *“retirar la concesión de Hyundai con lo cual se dará solución definitiva a la exclusividad del taller Ford-Mazda”* según la minuta de reunión entre las partes de fecha 26 de marzo de 2009, firmada por el representante legal del extremo activo, lo cual nunca ocurrió, como así lo afirmó bajo la gravedad del juramento el Gerente General de Ford Motor de Colombia: *“nunca se retiró la operación de Hyundai”*.

“Con relación a la separación de vitrinas, obran en el expediente distintas comunicaciones relacionadas en acápite anteriores, que dan cuenta de la decisión de Ford y Mazda de separar la operación que realizaban conjuntamente mediante los concesionarios, para lo cual se celebraron varias reuniones con estos, a las que asistió el representante legal de Madiautos, quien igualmente se comprometió a cumplir con lo concertado, sin que tres años mas tarde hubiese cumplido con lo anterior, no obstante los plazos y varios requerimientos que en tal sentido se le concedieron y efectuaron por parte de Ford.

“Ahora, si bien Madiautos efectuó algunas propuestas en relación con la mentada individualización de las marcas, ofreciendo otras alternativas, las mismas no fueron aceptadas por no cumplir con las exigencias de la compañía, las cuales eran conocidas por el concesionario [sala de exhibición y taller].

“Frente al tema de la licencia de construcción, lo primero que se acota es que la comunicación fechada el 21 de enero de 2011 y suscrita por el Curador Urbano No. 1 no da cuenta de que la licencia no haya sido aprobada, como se constata en el “acta de observaciones y correcciones” en la cual se concedió un término a Madiautos para dar cumplimiento a las observaciones que el citado órgano solicitó. Sin embargo, al margen de que la misma no se hubiere autorizado, lo cierto del caso es que los concesionarios tenían la libertad de materializar la separación de las vitrinas o, simplemente, Castillo Trucco,

Jorge Neira Fresneda y José Armando García Martínez, quien calificó de tortuoso el tema de la adecuación de Madiautos.

[...]

“Queda claro entonces que Madiautos finalmente no cumplió con el compromiso de la separación de vitrinas del concesionario dual Ford-Mazda, pese a que su representante legal en comunicación del 28 de julio de 2010 aludió al compromiso *“por parte nuestra en cuanto a la separación de vitrinas”* lo cual ratificó el 20 de agosto del mismo año donde aseveró que *“(...) el compromiso adquirido con ustedes y con la CCA será honrado en su totalidad. Sabemos la premura que tiene para Ford la separación de las salas (...)”*, y había suscrito, además, el acta de compromiso del 28 de octubre de 2008. Tampoco honró su compromiso relacionado con retirar del taller la marca Hyundai, es más, de retirar la concesión en relación con dicha marca para tales efectos”.

II. LOS REPAROS CONCRETOS CONTENIDOS EN EL MEMORIAL DE APELACIÓN PRESENTADO ANTE EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia y procedió a formular los reparos concretos, entre los cuales destaco los siguientes:

1°. El juzgador de primera instancia incurrió en “una grave e indebida valoración probatoria” (pág. 4, párrafo 2).

2°. En la sentencia hay “una falta de coherencia entre la argumentación jurídica y la evidencia utilizada” (pág. 4 párrafo 2°) .

3°. La sentencia exhibe “una omisión fundamental en el estudio y valoración del elemento más importante de la presente litis que es si hubo o no justa causa para terminar unilateralmente la relación contractual” (pág. 4, párrafo 2°).

4°. La sentencia “carece de armonía lógica interna que lo convierte en una paradoja en donde no es posible la coexistencia de algunos de los fundamentos de hecho sobre los que se basa (...), i) la relación comercial fue la misma desde el año 2000 al 2011 y ii) que la relación que rigió la relación contractual, según ellos, entre las partes era el GIDSA” (pág. 4, párrafo 2°).

5°. El GIDSA “es un contrato inexistente, carente de requisitos *ad substantiam actus*, huérfano de identidad de partes, plagado de cláusulas abusivas y contra fácticas, que fue adulterado, que contiene espacios en blanco y contradicciones en lo que respecta a anexos, sin firma, dicho sea de paso...” (pág. 4, párrafo 2°) .

6°. A pesar de que el juzgado descartó el GIDSA como fuente en este proceso, le dio aplicación parcial para justificar la terminación unilateral. “Al aceptar el uso del GIDSA para justificar la terminación del contrato, lo que está haciendo es convalidar este documento únicamente en los aspectos

desfavorables para Madiautos, pero sin tomar en cuenta los distintos aspectos que imposibilitaban su aplicación” (pág. 5, último párrafo).

7°. El juzgado pasó por alto el **abuso de la posición dominante** de la parte demandada. “En este sentido, no se entiende cómo la señora juez opta por interpretar la conducta de FMDC, (...) como la intención de efectivamente celebrar válidamente dicho contrato y no, por el contrario, como una estrategia deliberada y concienzuda para ejercer poder e influencia desmesurada sobre los concesionarios -un abuso de posición dominante- en donde ante cualquier inconformidad por parte del agente/concesionario, la respuesta de los funcionarios de Ford era un sarcástico “*si no le gusta, nos vemos en Delaware*” (pág. 6, párrafo 2°).

8°. El juzgado pasó por alto la carencia de buena fe en la conducta del concedente. “Por lo tanto, es claro que hubo como mínimo una inducción al error en cuanto al sujeto de la relación contractual (¿Ford Motor Company? ¿Ford Motor Andina?) y más probablemente, una estrategia de muy dudosa buena fe de generar una relación en donde resultase virtualmente imposible realizar un reclamo jurídico u oponerse a un requerimiento por parte de FMDC....” (pág. 6, párrafo 3°)

9°. El juzgado aplicó parcialmente el GIDSA y lo interpretó incorrectamente en lo relativo a la terminación unilateral. “Por tanto, (...) lo cierto es que como mínimo entonces le correspondía a la señora juez hacer una valoración más exhaustiva del documento no solo en lo favorable para Ford a la hora de determinar qué contrato realidad se formó, como lo es la cláusula decimotercera respecto a la terminación” (pág. 6, párrafo 4°).

10°. El GIDSA no puede ser fuente en este proceso. “Por ende, es importante al determinar cual era la *communis intentio* el entender que el ejercicio hermenéutico no versa sobre el GIDSA de manera alguna, sino por el contrario, sobre la Carta de Intención, la cual es la única relación jurídica válida y existente entre las partes”. (pág. 7, párrafo 2°).

11°. El juzgado erró al concluir que el GIDSA traduce la verdadera voluntad de las partes para darle aplicación caprichosa en la sentencia. “De idéntica manera, se equivoca gravemente y en forma crasa el despacho cuando infiere de las pruebas practicadas que las partes en conflicto suscribieron (¿?) el documento del 30 de marzo de 2004, titulado Global Dealer Sales and Service Agreement- GIDSA- (pag. 41 sent.) y cuando concluye: “*Sin embargo, innegable resulta que este no fue más que el reflejo inequívoco de la verdadera voluntad de las partes (encaminada por la senda de la concesión).*”

12°. El contrato GIDSA no se perfeccionó. “Quiere decir lo anterior, que al no haber sido suscrito dicho acuerdo por el funcionario de FORD MOTOR COMPANY que debía hacerlo, de conformidad con lo allí establecido, nunca se formalizó el mencionado contrato de concesión y por tanto, tampoco tuvo vigencia su clausulado en el tiempo, y por supuesto y ni mucho menos la cláusula trece que permitió unilateralmente dar por terminado el contrato”. (pág. 8, párrafo 2°).

13°. En el GIDSA no fue parte FORD MOTOR DE COLOMBIA SUC. “Menos aun puede concluirse de las condiciones advertidas que dicha relación contractual se surtió con FMDC cuando precisamente es el representante de esta, quien expresa de manera concluyente y definitiva que nunca fue parte

del citado contrato, en el que, a su decir, simplemente actuó como representante de FORD MOTOR COMPANY, entre otras cosas, sin exhibir poder alguno, empresa que nada tuvo que ver con la relación contractual a que alude el proceso, como ha quedado debidamente acreditado en él”. (pág. 8, párrafo 2°).

14°. La sentencia es incoherente al excluir el GIDSA y, sin embargo, fundarse en su clausulado. “De igual manera, no se entiende ni admite la negativa del Despacho a profundizar sobre el análisis del GIDSA, aduciendo que *resulta ajeno a la controversia*, y supuestamente absteniéndose de su evaluación como prueba, (...) especialmente para señalar incumplimientos de la accionante en las obligaciones derivadas de la relación contractual, las que no tendrían efecto procesal alguno en el evento de carecer de validez y eficacia el GIDSA en la relación contractual de las partes...” (pág. 8, párrafo 3°).

15°. Indebida valoración de la declaración de parte de la actora. En el memorial de apelación se lee: “...es de notar que la señora juez interpretó erradamente el interrogatorio del Señor Enrique Guzmán en lo que respecta a la factibilidad de subsanar la licencia. Los problemas que detecta la curaduría son insalvables toda vez que tienen que ver con el uso de suelo de la franja donde se pretendía levantar la construcción de 6.000 mts, el cual resultó ser residencial, categoría que impide de manera infranqueable la obtención de la licencia toda vez que se necesitaría para ello que se modificara el Plan de Ordenamiento Territorial de la ciudad, lo cual se explicó por escrito a la demandada ofreciéndole alternativas que no fueron aceptadas” (pág. 8, último párrafo y pág. 9 primer párrafo).

16°. Indebida valoración de los testimonios. “El haberle dado preminencia a la declaración de la señora Luz Helena del Castillo por encima de la de Luis Gabriel Mojica y Armando García respecto a los requerimientos técnicos que debía tener la obra de separación de la vitrina, los cuales al estar basados en las ventas del concesionario, no era de manera alguna como dice la señora del Castillo, simplemente poner una pared, sino por el contrario, se trataba de una ampliación de más de seis mil metros cuadrados que lejos de ser caprichoso, eran necesarios para cumplir los altos estándares y especificaciones que se le exigían a un concesionario con el volumen de ventas de Madiautos” (pág. 9, párrafo 2°).

Con el propósito de hacer comprensible la explicación pormenorizada de los reparos seleccionados y enumerados, en los acápite subsiguientes los expondré en el orden que estimo más didáctico, señalando en cada apartado el reparo que se desarrolla, sin perjuicio de la explicación ulterior de cada uno de los reparos en el orden en que fueron planteados.

III. LA POSICIÓN DOMINANTE DE **FMV** EN SU RELACIÓN CONTRACTUAL CON **MADIAUTOS (Reparos Nos. 1 y 7)**

Pese a que la sentencia cuestionada descarta la presencia de **posición dominante** de **FMV** en su relación contractual con MADIAUTOS, en este proceso resplandece gracias a los elementos que se indican a continuación:

A-. La posición dominante en los contratos de adhesión y en el caso concreto

Lo característico de los contratos de adhesión es que una de las partes predetermine de manera soberana el contenido y lo pone a disposición de la otra, no para que discuta el contenido de las estipulaciones, sino para que decida si lo acepta tal cual. Esta tiene solo una elección: lo toma o lo deja. Si acepta, adhiere a todo el contenido predefinido y se somete a él.

De ahí que el contrato de adhesión suele llevar intrínseco un desequilibrio entre las partes, pues el adherente queda en condición de inferioridad al someterse al contenido que ha sido redactado al antojo de la otra parte que naturalmente se localiza en una **posición dominante**.

La posición dominante se concreta en la hegemonía que ejerce una de las partes “para imponer el contenido del contrato, en la determinación unilateral de su configuración y en la posterior administración de su ejecución”. Así lo ha reconocido continuamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia².

Es por eso que doctrina y jurisprudencia coinciden en que los contratos de adhesión no deben abandonarse íntegramente a la autonomía de la voluntad, pues al reconocer que el adherente es la parte débil del contrato, no es correcto dejarlo al arbitrio del actor económico de contextura superior, por el peligro de que abuse de su posición de privilegio, con inobservancia del deber de buena fe que la Constitución y la ley imponen (CP, art. 83, CC, art. 1603 y C. de Co., art. 871).

El deber de obrar de buena fe es lo que obliga a quien impone el contenido negocial a abstenerse de introducir **cláusulas abusivas** que lo coloquen en situación de privilegio frente al adherente³.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha señalado:

“(…) Precisamente, ese deber, entendido como un comportamiento probó, obliga a quien impone el contenido negocial, mayormente cuando el contrato es por adhesión o estandarizado, a no abusar de su posición dominante, o lo que es lo mismo, a abstenerse de introducir cláusulas abusivas que lo coloque en una situación de privilegio frente al adherente, porque de lo contrario estaría faltando a esa buena fe que le impone el sistema jurídico con las consecuencias legales que ello implica”⁴.

De ser indebidamente aprovechada la posición dominante para incorporar en el contrato **cláusulas abusivas**, corresponde al juez aniquilar sus efectos para restablecer el orden turbado. Al respecto, la Corte ha señalado:

“(…) lo que puede hacer el juez frente a una cláusula abusiva en ese tipo de contratos, es resolver el caso aplicando la teoría general, la cual invita a

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia 125 de 19 de octubre de 1994 (CCXXXI-709/777), expediente 3972; Sentencia 002 de 2 de febrero de 2001, expediente 5670; y Sentencia de diciembre 14 de 2011, exp. 1100131030142001-01489-01.

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de diciembre 14 de 2011, exp. 1100131030142001-01489-01, M. P. JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR.

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de diciembre 14 de 2011, exp. 1100131030142001-01489-01, M. P. JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR.

observar la prohibición de insertar ese tipo de cláusulas, según restricción que implícitamente se desprende del citado artículo 871 del Código de Comercio, y derivar la consecuencia legal que corresponda, que no puede ser otra que sancionar con la invalidez la cláusula del contrato transgresora del mandato legal, si ello se torna necesario para mantener el equilibrio y por ende la justicia contractual entre las partes.

“Pero no se trata de una función discrecional para el juez, o que pueda soslayarla bajo la disculpa de respetar la autonomía privada de las partes, que le veda una intromisión en el contrato so pretexto de interpretarlo. El mandato contenido en el artículo 13 de la Constitución Política, imperativo para el juzgador, como parte del Estado, lo obliga no sólo a proteger a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, por su condición económica, en las relaciones contractuales, como ocurre con los consumidores de las empresas proveedoras de bienes y servicios, las cuales ejercen una posición dominante, sino a sancionar los abusos contra dichas personas.

“El sentenciador, en todo caso, en su labor interpretativa, deberá mantener como norte, precisamente, que las condiciones generales en el contrato por adhesión deben interpretarse a favor del adherente y en el sentido más favorable, por razones de equidad...”⁵.

En conclusión, según la doctrina actualmente imperante, es inocultable que en los contratos de adhesión la parte que predispone el clausulado del contrato detenta naturalmente una **posición dominante**.

En el caso que nos ocupa es inocultable que **FMV** detentó una **posición dominante**, dado que fue ella la que impuso todas las estipulaciones contractuales y condicionó la formación del contrato de concesión a la aceptación llana del clausulado predefinido sin la participación del concesionario.

Expresión de ello es la CARTA DE INTENCIÓN de noviembre 21 de 2000 (Cuaderno 1 folios 426 a 428), en la cual **FMV** manifestó el propósito de reconocer como concesionario a MADIAUTOS y le advirtió que debería cumplir con los trámites y condiciones que en la misma comunicación especifica, en especial los relativos a los Principios Guía para los concesionarios duales FORD-MAZDA.

Adicionalmente, durante la ejecución del contrato **FMV** fue imponiendo nuevos condicionamientos para la subsistencia del contrato, respecto de los cuales MADIAUTOS no tuvo otra opción que acatarlos.

B-. La posición dominante en el contrato de concesión automotriz y en el caso específico

El contrato de concesión, por definición⁶, arranca de un desequilibrio entre las partes que conduce a una relación de subordinación del concesionario respecto del

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de diciembre 14 de 2011, exp. 1100131030142001-01489-01, M. P. JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR.

⁶ “Cabe conceptuar en general el contrato de concesión comercial, como aquella convención por la cual el fabricante o importador (el concedente) de cierto tipo de productos de características especiales (llamados de alta tecnificación), regula detalladamente las condiciones de la venta permanente de los

concedente, quien de hecho se pone en posición de superioridad, dada la desigualdad originaria del vínculo contractual. Al respecto la jurisprudencia ha sostenido:

“...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**”⁷. (negrilla ajena al texto).

A partir de allí es indiscutible que en el contrato de concesión el concedente detenta una **posición de dominio**. El concesionario adquiere bienes que el concedente le provee, con el fin de revenderlos, pero es aquel quien asume íntegramente los riesgos que la operación envuelve. A dicho propósito la jurisprudencia ha planteado:

“Clasifican en dicha categoría los comerciantes que adquieren bienes o servicios con el fin de revenderlos, asumiendo las contingencias de la operación, entre otras, la pérdida o deterioro de los mismos, la inestabilidad de los precios, la insolvencia de los clientes o el no pago de las mercancías”⁸.

A dichas contingencias se suma el riesgo que implica someterse a las eventuales decisiones caprichosas del concedente, quien de facto tiene la posibilidad de aniquilar la empresa del concesionario con solo abstenerse de venderle. Puede decirse, entonces, que el concesionario está prácticamente a merced del concedente.

A decir verdad, gracias al contrato de concesión el concesionario requiere organizar o acondicionar la estructura de su empresa en la forma adecuada a las necesidades de la concesión, para lo cual suele incurrir en elevados costos que solo puede compensar con la utilidad que espera obtener en el desarrollo de la concesión. Pero alcanzar esa utilidad depende de la duración del negocio y el flujo de productos hacia el consumidor. De manera que, si el proveedor rehúsa, temporal o definitivamente, vender los productos al concesionario, con justificación o sin ella, puede arruinarle la empresa. En tal caso, la eventual indemnización que pueda reclamar el concesionario seguramente no llegará a tiempo para evitar la hecatombe de su empresa.

mismos a los consumidores y el posterior servicio de mantenimiento o reparación, por intermedio de la actividad de su contratante (el concesionario), quien actúa en nombre propio, con autonomía patrimonial y jurídica, corriendo con los costos de sus explotación...”: FERNANDO TOSI GORI, *El contrato de concesión comercial*, Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, 1979, pp. 10 y 11. En el mismo sentido: “Por contrato de concesión mercantil podemos entender aquel en virtud del cual un empresario, llamado concedente, se obliga a otorgar a otro, llamado concesionario, la distribución de sus productos o servicios o la utilización de sus marcas y licencias o sus espacios físicos, a cambio de una retribución que podrá consistir en un precio o porcentaje fijo, o en una serie de ventajas indirectas que benefician sus rendimientos y su posición en el mercado”: JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, *Contratos mercantiles, Contratos atípicos*, Bogotá, Legis, 2015, pg. 397.

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia SC1121-2018, de abril 18 de 2018, Rad. 05001-31-03-016-2007-00128-01, M.P. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA.

⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia SC1121-2018, de abril 18 de 2018, Rad. 05001-31-03-016-2007-00128-01, M.P. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA.

Al respecto viene bien la advertencia que ha hecho la jurisprudencia nacional:

“8.6.1. De estas dos cualidades se deduce que la distribución impone al comprador (distribuidor), la implementación en mayor o menor volumen, según el producto distribuido, de una organización necesaria para tales propósitos y, por supuesto, esa situación le genera la asunción de gastos importantes, cuya recuperación, en la mayoría de las veces, está supeditada a la extensión del convenio, lo que significa que si el mismo no se prolonga con vocación de perdurar, el interés en el negocio tanto para el proveedor como para el distribuidor pierde significado”⁹.

Por ello, es obvio que durante la vigencia del contrato de concesión el concesionario mantenga un fundado temor de que el concedente decida frenar el desarrollo del contrato o terminarlo, aunque no haya razón valedera. Dicho temor suele inducirlo a aceptar sin reparo todo lo que el concedente vaya imponiendo en el desarrollo del contrato.

A diferencia del concesionario, el concedente se limita a estudiar la conveniencia de otorgar la concesión y controlar el curso de las condiciones que le pone al concesionario. El concedente no hace modificaciones en su empresa, no hace inversiones ni gastos para que la concesión funcione y tampoco asume riesgos. La única obligación real que contrae es la que redunde en su beneficio: venderle productos al concesionario. Y la única estipulación que la concesión suele llevar a cargo del concedente es la prohibición de vender directa o indirectamente en el territorio asignado al concesionario (exclusividad).

Por lo tanto, que subsista la empresa del concedente no depende de la continuidad de un concesionario. Si un concesionario fracasa, el concedente le otorga la concesión a otra empresa y su negocio sigue intacto. Por ello, cambiar un concesionario por otro, es algo rutinario y sin efectos perjudiciales para el concedente. Y si el concesionario ni siquiera ha gozado de exclusividad en la zona, a lo mejor haya más concesionarios que lo sustituyan automáticamente, sin perjuicio para el concedente.

Por lo regular al concedente le favorece que todos sus concesionarios tengan éxito, pero no le afecta la deserción de un concesionario.

En definitiva, dada la situación de mercado, génesis del contrato de concesión, el concesionario emerge en notable condición de desventaja y subordinación respecto del concedente.

En el presente caso el esfuerzo de **FMV** se limitó a diseñar el contrato (CARTA DE INTENCIÓN) para someter a MADIAUTOS y a controlar que esta observara al pie de la letra los condicionamientos impuestos originalmente y los que en el curso del contrato fue adicionando. Ni siquiera se privó de la prerrogativa de tener más concesionarios en la misma sección territorial, pues **no le otorgó a MADIAUTOS la exclusividad.**

Auténtica expresión del desequilibrio entre las partes es el contenido de la CARTA DE INTENCIÓN de noviembre 21 de 2000 (Cuaderno 1 folios 426 a 428) en la cual **FMV** manifestó el propósito de reconocer como concesionario a MADIAUTOS y le precisó que debería cumplir con los trámites y condiciones especificados en la

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia SC5851-2014, de mayo 13 de 2014, M.P. MARGARITA CABELLO BLANCO.

misma comunicación, en especial los relativos a los Principios Guía para los concesionarios duales FORD-MAZDA.

En dicha CARTA DE INTENCIÓN señaló también que **“las instalaciones deberán ser acondicionadas, organizadas e identificadas de acuerdo con nuestras guías corporativas de diseño de instalaciones de concesionarios; con las variantes resultantes de aplicar los Principios Guía para concesionarios duales que se anexan”**.

Y añadió que **“La vitrina de ventas deberá ser modificada y adecuada de acuerdo a los planos y especificaciones determinados por la empresa EXPACIA DISEÑO, según la cotización anexa a la presente carta de intención”**.

Claro está que, con el propósito de acceder a la concesión, MADIAUTOS tuvo que sujetarse a cada una de las disposiciones contenidas en la CARTA DE INTENCIÓN, sin derecho a discutir las, como se desprende de su texto.

De ahí que MADIAUTOS ni siquiera haya contado con exclusividad en su área de influencia, pues **FMV** no se la otorgó.

En conclusión, mientras MADIAUTOS tuvo que hacer grandes inversiones para acondicionar la planta física de su empresa a las exigencias de la concesión, **FMV** se limitó a impartir órdenes y controlar su observancia, sin incurrir en gastos ni riesgos.

Siendo así, cualquier contingencia del contrato de concesión, en especial su terminación, podía tener dramáticos efectos sobre MADIAUTOS, pero muy pocos sobre **FMV**. De ahí que en toda la vigencia del contrato MADIAUTOS haya percibido estar a merced de **FMV**.

C-. La CARTA DE INTENCIÓN génesis del contrato entre FMV y MADIAUTOS

La CARTA DE INTENCIÓN contiene un cúmulo de estipulaciones que pusieron a MADIAUTOS en inocultable desventaja respecto de **FMV**. (Ver folios 426 a 428 del Cuaderno 1).

Dicha CARTA DE INTENCIÓN envuelve, en realidad, un **contrato de adhesión**. Su contenido fue redactado íntegramente por **FMV** y enviado a MADIAUTOS exclusivamente para la firma. Ante la carta de intención, MADIAUTOS solo tuvo una elección: tomarla o dejarla.

En ella **FMV** dejó condicionado el otorgamiento de la concesión a “que sean cumplidos los trámites y condiciones que más adelante se detallan, en especial los relativos a los Principios Guía para Concesionarios Duales FORD-MAZDA que se anexan a la presente, **reservándonos el derecho de revocar y reasignar la presente autorización** si tales condiciones no son cumplidas en un lapso de treinta (30) días continuos contados a partir de la fecha de esta carta de intención” (negrilla ajena al texto). (Cuaderno 1, folio 426).

Adicionalmente, en la carta de intención **FMV** “se reserva el derecho de solicitar cualquier modificación de los estatutos de la empresa cuando a su juicio lo considere necesario para el normal desenvolvimiento del negocio”.

En el mismo sentido, **FMV** se reservó “el derecho de asignar o modificar el área geográfica de responsabilidad que deberá cubrir el concesionario en materia de Ventas y Servicio”.

Allí señaló también que “las instalaciones deberán ser acondicionadas, organizadas e identificadas de acuerdo con nuestras guías corporativas de diseño de instalaciones de concesionarios; con las variantes resultantes de aplicar los Principios Guía para concesionarios duales que se anexan”.

Y añadió que “La vitrina de ventas deberá ser modificada y adecuada de acuerdo a los planos y especificaciones determinados por la empresa EXPACIA DISEÑO, según la cotización anexa a la presente carta de intención”.

Precisó que “cuando las ventas se incrementen por encima del volumen planificado, deberán disponer de las áreas adicionales que FORD MOTOR DE COLOMBIA SUCURSAL les requiera para absorber el crecimiento de las operaciones de vehículos nuevos, repuestos, servicio técnico y vehículos usados”.

Dijo además que “el concesionario deberá cumplir, en todo momento, con los planes de acción operativos que FORD MOTOR DE COLOMBIA SUCURSAL le requiera, a través de nuestro personal autorizado en cada una de las distintas áreas del negocio, dentro del proceso de inicio, desarrollo y estandarización de sus operaciones”.

Aparte de todo ello, la carta de intención remite al contenido de otros documentos pre-elaborados por la misma sociedad **FMV**, a cuyas disposiciones también tuvo que sujetarse MADIAUTOS, sin la opción de discutirlos.

Por supuesto que todas las estipulaciones a las que aludió la carta de intención estuvieron acondicionadas a los intereses de **FMV** y tenían el inequívoco propósito de someter a MADIAUTOS a las ulteriores decisiones que unilateralmente adoptara la primera.

Por ejemplo, en dicha carta **FMV** precisó: “El concesionario deberá cumplir, en todo momento, con los planes de acción operativos que FORD MOTOR DE COLOMBIA SUC le requiera, a través de nuestro personal autorizado en cada una de las distintas áreas del negocio dentro del proceso de inicio, desarrollo y estandarización de sus operaciones” (Cuaderno 1, folio 428).

Y para finalizar, señaló: “Con el objetivo de formalizar la presente carta de intención, deberán devolvernos una copia firmada, en señal de recibo y aceptación de los términos expresados en la misma” (Cuaderno 1, folio 428).

Como puede constatarse en la lectura de la CARTA DE INTENCIÓN, todas las obligaciones contempladas allí quedaron a cargo de MADIAUTOS. A cambio, **FMV** ni siquiera le otorgó a MADIAUTOS exclusividad en la zona de ubicación del concesionario.

Las citas textuales que se han hecho no dejan duda acerca de la posición despótica que asumió **FMV**, a la hora de emitir la CARTA DE INTENCIÓN, frente a MADIAUTOS, a la que puso en condición de manifiesta inferioridad.

D-. La posición de subordinación de MADIAUTOS

Por el contenido textual de la CARTA DE INTENCIÓN, MADIAUTOS no tuvo otra opción que ACEPTARLA y acatar de manera sumisa cada uno de los condicionamientos que allí estaban especificados. Por ello, a partir de su aceptación quedó MADIAUTOS en condición de subordinación respecto de **FMV**.

Así mismo, respecto de los sucesivos condicionamientos señalados por **FMV**, MADIAUTOS se limitó a disponer lo necesario para obedecerlos, por el fundado temor de que aquella tomara la decisión unilateral y arbitraria de romper el contrato, lo que causaría un descalabro en la empresa del concesionario.

E-. Las frecuentes llamadas de atención de FMV a MADIAUTOS

Gracias a la posición de sumisión en la que quedó MADIAUTOS desde la aceptación de la carta de intención, **FMV** hizo gala de su actitud opresiva para formular, bajo el apremio de suspender la concesión, sucesivos llamados de atención respecto de los cuales la primera ni siquiera pudo protestar o discutir. **FMV** no desperdició oportunidad para hacer sentir su hegemonía en la relación contractual y por ello hizo varios requerimientos, muchos de los cuales carecían de razón.

Así, por ejemplo, en comunicación de marzo 13 de 2002 (Cuaderno 1 A, folio 1), a pesar de reconocer que MADIAUTOS había constituido una sociedad independiente para manejar las marcas diferentes a FORD y MAZDA, **FMV** le exigió que, adicionalmente, hiciera la diferenciación en avisos externos, en publicidad y contabilidad.

En la misma dirección, en comunicación de julio 2 de 2004, **FMV** manifestó que MADIAUTOS cumplió con 26 de 35 compras que se fijaron como objetivos del mes de mayo, es decir que tuvo un 74 % de cumplimiento y se requieren cambios sustanciales para mejorar el resultado de la operación. (Cuaderno 1 A, folio 102 y 103).

En idéntico sentido, en comunicación de junio 20 de 2005 **FMV** reportó que durante el 2005 MADIAUTOS no había cumplido con los objetivos del plan de negocios, pues de un objetivo de 134 vehículos se realizaron compras de 93 en ese semestre. (Cuaderno 1 A, folio 134).

Así mismo, en comunicación de Julio 29 de 2005 **FMV** reiteró que el cumplimiento de MADIAUTOS como concesionario había sido deficiente. (Cuaderno 1 A, folio 137).

F-. La continua amenaza de terminación del contrato de concesión

Durante la vigencia del contrato de concesión **FMV** no escatimó oportunidad para exigir a MADIAUTOS la observancia de sus órdenes y exigencias e intimidarla con

la aplicación de medidas adversas, en especial la terminación del contrato celebrado desde el año 2000.

Por ejemplo, en comunicación de noviembre 2 de 2004 **FMV** le anunció a MADIAUTOS la posibilidad de acudir a la terminación unilateral del contrato por el deficiente rendimiento de las ventas del concesionario MAZAUTOS, como si ese resultado fuese imputable a MADIAUTOS. (Ver Cuaderno 1 A, folio 131).

En idéntico sentido, en comunicación de agosto 18 de 2005, **FMV** le anunció a MADIAUTOS la posible terminación del contrato de concesión por no haber cumplido el objetivo de ventas (Cuaderno 1 A, folio 143).

Como MADIAUTOS era consciente de que las amenazas de **FMV**, aunque fuesen arbitrarias, podían hacerse realidad y le causarían un grave descalabro en la empresa, no podía hacer más que disponer lo necesario para atender las exigencias de **FMV**.

G-. La inexplicable negación de la posición dominante en el fallo de primera instancia

Siendo tan evidente la posición dominante de FMV, como es común en los contratos de concesión automotriz, no es comprensible que el juzgador de primera instancia haya sostenido que “no encuentra estructurada la alegada posición de dominio contractual”. El acervo probatorio muestra, además, el **abuso de la posición dominante** por parte de FMV, como se expone en el apartado VII de este alegato.

IV. LA FALLIDA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO DE CONCESIÓN ENTRE FORD MOTOR COMPANY Y MADIAUTOS Y LA INDEBIDA APLICACIÓN DE SU CLAUSULADO (Reparos Nos. 1, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14).

Dado que los productos objeto de distribución mediante el contrato de concesión celebrado entre **FMV** y MADIAUTOS eran marca FORD y provenían de la fábrica FORD MOTOR COMPANY, surgió en esta el interés de establecer un vínculo directo con el concesionario, por lo que promovió la suscripción de un contrato de concesión directamente con MADIAUTOS, que generaría beneficios mutuos. Dicho contrato debería sujetarse al clausulado de la minuta diseñada por la fábrica para ser aceptada por cada uno de sus concesionarios en cualquier parte del mundo: el CONTRATO GIDSA.

De dicho prototipo conviene resaltar varios caracteres, como se intenta enseguida.

A. El contenido del documento GIDSA

El modelo de contrato que FORD MOTOR COMPANY denomina CONTRATO GIDSA exhibe estipulaciones emblemáticas, como las siguientes:

1^a. **Objeto.** Está descrito así (Cuaderno 1 A, folio 53):

(1) Establecer el concesionario como un concesionario autorizado para la venta y servicios de los productos de la Compañía incluyendo los vehículos de la Compañía (...).

(2) Indicar las respectivas responsabilidades de la Compañía en la fabricación, oferta y venta de los productos de la Compañía al Concesionario en la reventa y prestación de los servicios para los mismos.

(3) Reconocer la interdependencia de ambas partes para lograr sus objetivos mutuos de ventas, servicios y ganancias satisfactorias mediante la continuación en el desarrollo y conservación de una amplia base de propietarios satisfechos con los productos de la Compañía; e

(4) Identificar los compromisos, derechos y responsabilidades claves de la Compañía y del Concesionario.

2^a. **Partes.** Lo son exclusivamente: FORD MOTOR COMPANY y el concesionario. (Cuaderno 1 A, folio 53).

3^a. **Finalidad.** El objetivo principal del contrato consistía en convertir al concesionario en **importador** de la marca FORD, por lo cual quedaría facultado para comprarle directamente a FORD MOTOR COMPANY o a cualquiera de sus afiliadas. Así lo dice la primera de sus consideraciones:

“A. Por medio de la presente, la Compañía nombra al Concesionario como un concesionario autorizado en Productos de la Compañía con el derecho a adquirir de la Compañía y de Afiliadas autorizados por la Compañía para reventa a clientes al por menor”. (Cuaderno 1 A, folio 55).

4^a. **Solemnidad.** Condiciona su nacimiento y vigencia a una **solemnidad**: la firma del Secretario o del Secretario Asistente de FORD MOTOR COMPANY (Cuaderno 1 A, folio 55). A dicho propósito, entre las consideraciones, dispone:

“E. El concesionario acepta que:

- (i) Este contrato **solo vinculará a la Compañía cuando la firma del Secretario o de un Secretario Asistente de la Compañía esté estampada en el mismo**, y
- (ii) Nadie, salvo el Secretario o un Secretario Asistente de la Compañía, está facultado en nombre de la Compañía para celebrar o ejecutar este contrato, excluyendo sus Anexos o de cualquier manera modificar los términos acá establecidos o de terminar este Contrato, y entonces solamente mediante un instrumento por escrito“.

5ª. **Exclusividad.** En virtud del contrato GIDSA, el concesionario debería destinar su establecimiento exclusivamente a los productos de la marca FORD¹⁰. Así lo indica el preámbulo:

“En el transcurso de satisfacer a los clientes, el Concesionario debe facilitar instalaciones correctamente ubicadas, adecuadas, **exclusivas**, bien equipadas y atractivas...” (Cuaderno 1 A, folio 54).

6ª. **Remisión a anexos.** La minuta remite al contenido de unos anexos: MANUAL DE ESTÁNDARES y DISPOSICIONES ESTÁNDAR (Letra D de las Consideraciones, Cuaderno 1 A, folio 55).

B. La firma del documento GIDSA por parte de MADIUTOS

Tras recibir la minuta del contrato GIDSA, proveniente de FORD MOTOR COMPANY, MADIUTOS la firmó en tres ejemplares, junto con el MANUAL DE ESTÁNDARES, y los envió el 30 de marzo de 2004 para la firma del Secretario de FORD MOTOR COMPANY.

El anexo denominado DISPOSICIONES ESTÁNDAR nunca fue recibido por MADIUTOS y, por lo mismo, tampoco fue conocido ni aceptado por esta.

C. La renuencia de FORD MOTOR COMPANY a firmar el CONTRATO GIDSA

No obstante que el 30 de marzo de 2004 MADIUTOS firmó y envió la minuta del contrato GIDSA y el MANUAL DE ESTÁNDARES para la firma de FORD MOTOR COMPANY, esta se abstuvo de suscribirlos y no volvió a referirse al proyecto de contrato.

Desde el 30 de marzo de 2004 hasta el año 2012 MADIUTOS no recibió información sobre el destino de dichos documentos que había enviado por triplicado para la firma de FORD MOTOR COMPANY.

Por supuesto que, si MADIUTOS hubiese formulado alguna reclamación, antes de 2017, a FORD MOTOR COMPANY con fundamento en el GIDSA, esta se habría exculpado en la ausencia de su firma a la cual estaba supeditada la eficacia del contrato, pues la estipulación en ese sentido no deja lugar a la interpretación.

¹⁰ En dicha exclusividad hace énfasis la parte demandada en la contestación al hecho No. 80 de la demanda, (Cuaderno 1B, folios 39 y 40), lo mismo que en el planteamiento de la excepción que denominó “inexistencia de mala fe y de abuso de posición dominante contractual” (Cuaderno 1 B, folio 87).

D. La pérdida de interés de FORD MOTOR COMPANY en el perfeccionamiento del contrato GIDSA

Después de firmar y enviar la minuta del contrato GIDSA y el MANUAL DE ESTÁNDARES, MADIAUTOS no volvió a tener noticia de ellos y FORD MOTOR COMPANY tampoco volvió a referirse al tema, ni directamente ni por interpuesta persona. Apenas en el año 2012, cuando MADIAUTOS preguntó por los documentos, recibió una fotocopia sin la firma del Secretario de FORD MOTOR COMPANY, es decir, sin la solemnidad que podría vincular a la Compañía según la previsión contenida en el mismo documento.

En definitiva, FORD MOTOR COMPANY perdió su interés en el contrato con MADIAUTOS y, por ello, se abstuvo de firmar el documento GIDSA y devolver un ejemplar a MADIAUTOS, requisito sin el cual no podía nacer el contrato, según su propio contenido.

Si bien la aquí demandada quiso hacer ver que el documento GIDSA fue devuelto a MADIAUTOS en el año 2005 (Cuaderno 1 A, folios 135 y 136), tal afirmación carece de veracidad y resultó desvirtuada por el mismo representante legal, EDUARDO CÁRDENAS CABALLERO, en su declaración de parte (Cuaderno 1 C, folio 436, 2:22:54 de la audiencia original). Las comunicaciones que aparecen a folios 135 y 136 del Cuaderno 1 A, aluden al contrato de concesión suscrito entre MADIAUTOS y FORD MOTOR DE COLOMBIA (en representación de FMV), que había sido firmado por IGNACIO ORTIZ, totalmente distinto del CONTRATO GIDSA.

E. La inexistencia del CONTRATO GIDSA

Solo en el año 2012 MADIAUTOS recibió una fotocopia del documento GIDSA, lo que quiere decir que antes de 2012 ni siquiera pudo saber si había sido firmado por el Secretario de FORD MOTOR COMPANY.

Por ello, **el contrato GIDSA no llegó a existir** y, consecuentemente, las partes nada hicieron para ejecutarlo.

De haber nacido el contrato GIDSA la situación de MADIAUTOS respecto de **FMV** habría variado notablemente, pues habría tenido la prerrogativa de importar y de comprarle directamente a FORD MOTOR COMPANY o a cualquiera de sus afiliadas, sin someterse a la interposición de **FMV**. Pero como eso no sucedió, MADIAUTOS tuvo que seguir sometida a los caprichos de **FMV**.

F. La suplantación de quien debía firmar el documento GIDSA a nombre de FORD MOTOR COMPANY

En la fotocopia del documento que recibió MADIAUTOS en el año 2012 no aparece la firma del Secretario de FORD MOTOR COMPANY. En su lugar figura la firma del Señor EDUARDO CÁRDENAS CABALLERO, quien lo suscribió en nombre de FORD

MOTOR ANDINA (Cuaderno 1 A, folio 13), sociedad distinta de FORD MOTOR COMPANY, lo que quiere decir que su firma no podía obligar a **FORD MOTOR COMPANY**, por lo que esta **nunca se obligó** y el contrato jamás se perfeccionó, según el texto del mismo documento.

En conclusión, el CONTRATO GIDSA entre MADIAUTOS y FORD MOTOR COMPANY, cuyo vigor estaba expresamente condicionado a la solemnidad de la firma del Secretario de FORD MOTOR COMPANY, hasta el año 2012 no se había perfeccionado, **no existía** y no podía regir.

G. La indeterminación de la firma puesta en el documento GIDSA

No se sabe con precisión cuándo fue estampada la firma de EDUARDO CÁRDENAS CABALLERO en el documento GIDSA, en representación de FORD MOTOR ANDINA. De lo que sí se tiene certeza es que no fue antes del año 2008.

A dicho propósito conviene recordar que, en declaración de parte rendida por EDUARDO CÁRDENAS CABALLERO, precisó que estampó su firma en el documento en el año 2008 o después, cuando el Señor IGNACIO ORTIZ había salido de FORD MOTOR DE COLOMBIA (representante de **FMV**). Textualmente explicó:

“El GIDSA que se ha dicho que se ha adulterado y pues voy a ser muy franco, primero esa es la aplicación práctica que le dieron las partes, es darlo por vigente, aplicable, en el momento en que pues internamente no sé qué pasó y no se le haya devuelto el contrato, IGNACIO ORTIZ ya no estaba en la compañía. Como aparecía que él era el que lo iba a firmar y se fue en el 2008 como dice don Enrique y entonces debidamente autorizado por la fábrica procedí a firmarlo y a remover la firma de IGNACIO ORTIZ porque él ya no estaba en la compañía. Y pues para confirmar que tengo la autorización de la fábrica y la ratificación de todas las actuaciones de la sucursal tengo aquí y entrego al despacho una certificación del Assistant secretary de la compañía debidamente legalizada y traducida en que hace esa ratificación y confirmación de que todas esas actuaciones, la firma del contrato estuvo válidamente, más que válidamente es aceptada por ellos como si hubiera sido firmado por el Assistant secretary y nuevamente quien hubiera podido objetar que yo lo firmara si es que no estaba debidamente autorizado, era la misma fábrica la sucursal. Y esto lo que confirma es que había autorización” (Cuaderno 1 C, folio 436, 2:08:23 de la audiencia inicial)

Y concluyó:

“Yo no recuerdo cuándo lo firmé pero no fue en el 2004 porque si estaba para la firma de IGNACIO ORTIZ que fue representante legal de la sucursal que desarrolló la relación y salió en el 2008 me lo debieron traer para firma en una fecha posterior. Cuándo? Específicamente no lo recuerdo” (Cuaderno 1 C, folio 436, 2:22:54 de la audiencia inicial).

Quiere decir ello que ni siquiera el Señor EDUARDO CÁRDENAS CABALLERO sabe cuándo puso su firma en el documento. Lo único que sabe es que **no fue antes de 2008**, lo que desvirtúa la temeraria alegación de la demandada en el sentido de que el documento había sido devuelto a MADIAUTOS con la comunicación de julio 25 de 2005 (Cuaderno 1 A, folio 136). Dicha comunicación señala:

“Adjunto copia de contrato de concesión suscrito entre MADIAUTOS LTDA y FORD MOTOR DE COLOMBIA”

Es claro que la misiva alude a un contrato distinto del proyectado por FORD MOTOR COMPANY, lo cual es obvio, pues si la firma de EDUARDO CÁRDENAS fue estampada en el documento GIDSA en el año 2008 o después, no pudo ser remitido en julio de 2005.

En realidad, MADIAUTOS recibió una fotocopia del documento sólo en el año 2012. Así lo dejó claro el representante de la demandante, ENRIQUE GUZMÁN, en su declaración de parte: “..yo vine a conocer el documento firmado en el año 2012 después de firmar un acta de liquidación con Ford Colombia” (Cuaderno 1 C, folio 436, 0:13:28 de la audiencia inicial).

Por lo tanto, lo único cierto es que EDUARDO CÁRDENAS CABALLERO debió poner su firma en el documento antes de enviar una fotocopia a MADIAUTOS en el año 2012.

H. La inexecución de las estipulaciones contenidas en el documento denominado contrato GIDSA

Dado que la minuta firmada por MADIAUTOS no fue suscrita por el Secretario de FORD MOTOR COMPANY y ocho años después (en 2012) MADIAUTOS no había tenido noticia de ella, ninguna de las partes dio siquiera principio de cumplimiento a las estipulaciones allí contenidas, pues ambas entendieron que el contrato no había llegado a existir por falta de la solemnidad que era condición para su nacimiento.

Ciertamente, como FORD MOTOR COMPANY abandonó el propósito del contrato GIDSA, MADIAUTOS tampoco desplegó actividad alguna para realizar su objeto. La posibilidad de **importar vehículos y de hacerle compras directas a FORD MOTOR COMPANY fue solo una ilusión** para MADIAUTOS, pues sin el contrato GIDSA ambas opciones fueron imposibles. Ninguna de las prerrogativas contempladas en el GIDSA a favor de MADIAUTOS podía ser empleada, dado que el contrato no había sido perfeccionado y ambas partes lo habían olvidado.

I. La ilicitud de objeto en el abortado contrato GIDSA

En el objeto del proyectado contrato GIDSA se incluía la obligación de emplear exclusivamente REPUESTOS GENUINOS. (DISPOSICIONES ESTÁNDAR¹¹, literal d, numeral 3. RESPONSABILIDAD CON RESPECTO AL SERVICIO). (Cuaderno 1 A, folio 81).

A la vez en el literal b del numeral 1. DEFINICIONES (DISPOSICIONES ESTÁNDAR) determina qué se entiende por REPUESTOS GENUINOS, así: “repuestos nuevos y

¹¹ Se recuerda que MADIAUTOS vino a conocer el anexo DISPOSICIONES ESTÁNDAR en el curso del proceso, pues nunca antes se le había enviado.

accesorios y repuestos **re-manufacturados** para los vehículos de la Compañía fabricados o re-manufacturados por o para la Compañía, en adelante denominados Repuestos Genuinos” (negrilla ajena al texto). (Cuaderno 1 A, folio 77).

Eso quiere decir que, según el anexo del GIDSA, el concesionario debía comprar, usar y revender repuestos re-manufacturados, pues en el lenguaje del documento tales repuestos son GENUINOS.

Pues bien, el Convenio de Complementación en el Sector Automotor (celebrado en 1993) que hace parte del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y, por lo tanto, impera en Colombia desde su celebración, estableció:

“Artículo 6.- Con el propósito de garantizar condiciones mínimas de seguridad, de protección del medio ambiente, de defensa del consumidor y de propiedad industrial, los Países Participantes sólo autorizarán la importación de vehículos nuevos, del año-modelo en que se realiza la importación o siguiente. Igualmente sólo se autorizarán importaciones de componentes, partes y piezas nuevos y sin reconstruir o reacondicionar”. (negrilla ajena al texto)

Por lo tanto, la importación de repuestos re-manufacturados (reconstruidos o reacondicionados) quedó prohibida en Colombia a partir de dicho Convenio (1993) hasta la expedición del Decreto 730 de Abril de 2012 en el que fue autorizada.

Siendo así, la compra, uso y reventa de repuestos re-manufacturados **importados** eran operaciones legalmente prohibidas en Colombia hasta Abril de 2012, por estar necesariamente ligadas a la importación de dichos repuestos, por lo cual no podían ser objeto lícito de ningún contrato.

A propósito del objeto de los contratos, el inciso 3° del artículo 1518 del CC, prescribe:

“Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que sea contrario a la naturaleza y moralmente imposible el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público”.

La misma obra, en su artículo 1519 señala:

“Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación”.

Por consiguiente, la compra, uso y reventa de repuestos re-manufacturados, constituían objeto ilícito del contrato en el que fueren estipulados.

En tales circunstancias, el objeto del frustrado CONTRATO GIDSA contemplado en el anexo denominado DISPOSICIONES ESTANDAR (que MADIAUTOS vino a conocer en el proceso), era un **objeto ilícito**.

J. Incompatibilidad del frustrado contrato GIDSA con el contrato de concesión celebrado entre FMV y MADIAUTOS.

El contrato de concesión celebrado entre **FMV** y MADIAUTOS tuvo como fundamento la figura de **concesionario dual**, es decir, la presencia de las marcas FORD y MAZDA en el mismo lugar.

A su turno, el clausulado de la minuta GIDSA deja claro que allí se contempla un concesionario **exclusivo para FORD**.

La cláusula de **exclusividad** prevista en el documento GIDSA excluye la idea del **concesionario dual** que habían pactado **FMV** y MADIAUTOS. Es claro que MADIAUTOS no podía ser **concesionario exclusivo** de FORD MOTOR COMPANY y **concesionario dual** de **FMV** al mismo tiempo. Sería lógicamente imposible.

Por consiguiente, de haberse perfeccionado el contrato GIDSA, MADIAUTOS no habría podido mantener el contrato con **FMV**, dada la incompatibilidad material entre ambos. Claro está que como el GIDSA no alcanzó a nacer, el contrato de concesión entre **FMV** y MADIAUTOS se mantuvo intacta hasta el año 2011.

K. La ratificación de la firma del documento GIDSA después de formulada la demanda

En un desesperado esfuerzo por darle vida al CONTRATO GIDSA que nunca existió, tras enterarse de la demanda que dio origen a este pleito y en un claro contubernio con **FMV**, el 8 de febrero de 2017 FORD MOTOR COMPANY emitió un nuevo documento a través del cual **ratificó** la celebración del contrato GIDSA por parte de EDUARDO CÁRDENAS CABALLERO (Cuaderno 1 A, folio 340). Allí se lee:

“La Compañía no desconoce, ni desautoriza ni rechaza ninguna de dichas acciones tomadas y por el presente documento reconoce, confirma y otorga plena efectividad y validez a tales acciones tomadas en nombre y por cuenta de la Compañía como si hubiesen sido firmadas por un Secretario Asistente de la Compañía”

Claro está que dicha ratificación lo que hace es reconocer que el contrato GIDSA **no existió** antes del 8 de febrero de 2017. Ciertamente, a la luz del artículo 898 del Código de Comercio, el acto queda perfeccionado en la fecha de la ratificación. Textualmente dice el precepto:

“RATIFICACIÓN EXPRESA E INEXISTENCIA. La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa”.

Por consiguiente, el contrato GIDSA fue inexistente hasta la fecha de la ratificación hecha por FORD MOTOR COMPANY, es decir hasta **el 8 de febrero de 2017**. Se perfeccionó en esta última fecha, pero no llegó a tener siquiera un principio de ejecución.

L. La extraña mutilación del documento GIDSA

Entre los anexos a los que remitía el documento GIDSA se destaca el denominado **“Disposiciones Estándar”**, anexo que nunca fue recibido por MADIAUTOS y solo en el trámite de este proceso pudo conocer su contenido gracias a que la parte demandada lo aportó con la contestación de la demanda (Cuaderno 1 A, folios 74 a 96).

Quiere decir eso que el contenido del CONTRATO GIDSA fue mutilado antes de enviarlo a MADIAUTOS para la firma, pues uno de sus anexos, acaso el más importante, no le fue enviado y por ello no fue firmado por el representante de MADIAUTOS.

M. Las cláusulas abusivas contenidas en el DOCUMENTO GIDSA

El clausulado del documento GIDSA es ejemplo emblemático del aprovechamiento indebido de las condiciones del mercado por medio de un contrato de adhesión, que se erige en **abuso del derecho** e infracción del **principio de buena fe** que debe imperar en los contratos. El clausulado está diseñado a la medida de los intereses de FORD MOTOR COMPANY a expensas del concesionario, a sabiendas de que es esta la parte débil de la relación.

El texto del documento GIDSA, lo mismo que el anexo denominado MANUAL DE ESTÁNDARES que MADIAUTOS firmó, hace evidente el aprovechamiento indebido de FORD MOTOR COMPANY para oprimir al concesionario. Múltiples obligaciones pone a cargo del concesionario, y casi ninguna a cargo de FORD MOTOR COMPANY.

A su turno, el anexo denominado DISPOSICIONES ESTÁNDAR, que MADIAUTOS nunca recibió ni aceptó, aumenta notablemente la opresión a que sometía FORD MOTOR COMPANY a sus concesionarios.

En virtud de las estipulaciones de dichos documentos el concesionario queda prácticamente a merced de FORD MOTOR COMPANY.

N. El carácter abusivo de la cláusula de terminación unilateral en la minuta de contrato GIDSA

Entre todas las **cláusulas abusivas** contenidas en la minuta del contrato GIDSA la más sobresaliente quizás sea la relativa a la **terminación unilateral**, contenida en el anexo que nunca recibió ni aceptó MADIAUTOS (Disposiciones Estándar, Cláusula 13).

Si bien dicha cláusula atribuye a ambas partes la facultad de romper unilateralmente el negocio, las circunstancias que rodean al contrato de concesión automotriz implican que el concesionario es el único que puede sufrir un descalabro económico por la ruptura del contrato, en especial si es repentina, pues mientras el concesionario ha tenido que organizar o acondicionar su empresa a la medida del contrato de concesión, soportar las contingencias de la operación y asumir los riesgos del mercado, el concedente nada de eso ha debido hacer.

La deserción de un concesionario, aunque sea repentina, ningún perjuicio le acarrea al concedente, sobre todo si ni siquiera le ha otorgado exclusividad al concesionario en su área territorial de influencia. En cambio, la pronta o repentina ruptura del contrato por parte del concedente, deja al concesionario sin percibir la utilidad del negocio con la que fundamentalmente aspira compensar la inversión que ha debido hacer en esfuerzos y recursos para el desarrollo de la concesión.

Adicionalmente, el texto de la cláusula 13 de las DISPOSICIONES ESTÁNDAR, que MADIAUTOS nunca aceptó, contempla multitud de hipótesis cuya indeterminación permite subsumir allí cualquier imperfección de la conducta del concesionario, por inofensiva que sea, para fundamentar la arbitraria decisión del concedente de romper el contrato. Gracias a su contenido, la subsistencia del contrato queda sometida al capricho del concedente. Por supuesto que el uso de una cláusula de ese talante envuelve un **abuso del derecho** y un **atentado a la buena fe** que debe imperar en el comportamiento contractual.

O. La impertinencia del CONTRATO GIDSA en la relación contractual entre MADIAUTOS y FMV

Es indiscutible que la confrontación en este proceso se contrajo a lo sucedido con el contrato de concesión que en noviembre de 2000 celebraron **FMV** (que siempre estuvo representada por FORD MOTOR DE COLOMBIA SUCURSAL) y MADIAUTOS, que se desarrolló por 11 años y que terminó el 15 de diciembre de 2011 por decisión unilateral de **FMV**.

Desde el año 2000 hasta el 2011 el contrato de concesión entre MADIAUTOS y **FMV** fue uno solo y no sufrió modificaciones sustanciales, como lo reconoció en su declaración el Señor EDUARDO CÁRDENAS CABALLERO. Ciertamente, interrogado por el despacho así:

En la práctica qué cambió en la relación comercial frente al primer documento y el segundo documento ¿hubo cambios significativos o prácticamente fue lo mismo?

Contestó:

No, no hubo cambios significativos. Digamos que el contrato GIDSA es más explícito en todas las obligaciones de ambas partes y se da la autorización del uso del emblema FORD, también en los planes de ventas, digamos que era más institucionalizar la relación que se vivía desde el año 2000 y ese no es solo MADIAUTOS sino siempre ha habido con muchos concesionarios una etapa previa de conocimiento y después se firma ya se formaliza con el GIDSA.

La relación contractual entre MADIAUTOS y **FMV** no pudo estar sujeta a las estipulaciones del abortado contrato GIDSA, dado que **FMV** ni siquiera iba a ser parte en él. Así lo precisó la parte demandada a la hora de proponer la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA, al señalar:

“El GIDSA fue celebrado el día 30 de marzo de 2004 entre Madiautos y la sociedad extranjera Ford Motor Company, domiciliada en los Estados Unidos de América. Como se ve, de entrada, Ford Motor de Venezuela, demandada en

este asunto por intermedio de su sucursal colombiana, FMDC, no firmó ni se hizo parte del GIDSA” (Cuaderno 1B, folio 3).

Por consiguiente, el frustrado contrato GIDSA en el cual no sería parte **FMV**, que no se perfeccionó y tampoco tuvo siquiera un principio de ejecución, y cuyo objeto no comprometía el interés de **FMV**, fue enteramente irrelevante para la relación contractual entre **FMV** y MADIAUTOS.

El esfuerzo de la demandada por atrincherarse en las disposiciones de un contrato abortado que no alcanzó a nacer y del cual no sería parte, con el fin de esquivar sus obligaciones derivadas del verdadero contrato que celebró y desarrolló, es un inocultable despropósito.

P. La solapada alusión al contrato GIDSA

Aunque era claro que en el fallido contrato GIDSA nunca sería parte **FMV**, que no había sido perfeccionado y tampoco había tenido siquiera principio de ejecución, en forma agazapada y socarrona **FMV** hizo referencia a él, como si existiera y le perteneciera, en algunos documentos que elaboró, así:

1-. En comunicación de julio 28 de 2010 **FMV** autorizó a MADIAUTOS para abrir un nuevo punto de venta en el Centro Comercial Centro Mayor y aprovechó para hacer mención del GIDSA (Cuaderno 1, folios 25 y 26).

2-. En comunicación de julio 6 de 2011 **FMV** informó a MADIAUTOS la terminación del contrato de concesión y se refirió a la Cláusula 13 del documento GIDSA (Cuaderno 1, folios 36 y 37).

3-. En comunicación de Septiembre 6 de 2011 **FMV** informó a MADIAUTOS que acepta que el contrato de concesión termine el 15 de diciembre de 2011 e hizo referencia al GIDSA (Cuaderno 1 A, folios 280 y 281).

4-. En documento fechado el 8 de Septiembre de 2011, elaborado por **FMV**, denominado “ACUERDO EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DENOMINADO GIDSA CELEBRADO ENTRE FORD MOTOR COMPANY (U.S) Y DISTRIBUIDORA MAYORISTA DE AUTOMÓVILES MADIAUTOS SAS DE FECHA MARZO 30 DE 2004”, se menciona el GIDSA (Cuaderno 1 A, folios 282 y 283).

5-. En documento elaborado por **FMV**, de agosto 10 de 2012, denominado “ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DENOMINADO GIDSA CELEBRADO ENTRE FORD MOTOR COMPANY (U.S.) Y DISTRIBUIDORA MAYORISTA DE AUTOMÓVILES MADIAUTOS SAS DE FECHA MARZO 30 DE 2004”, también hizo alusión al GIDSA (Cuaderno 1 A, folio 305).

Pese a que todos esos documentos, amañadamente elaborados por **FMV**, aluden al GIDSA, realmente versan sobre el contrato de concesión desarrollado entre MADIAUTOS y **FMV** (representada por FORD MOTOR DE COLOMBIA). En todos esos actos FORD MOTOR DE COLOMBIA obra como representante de **FMV**, sociedad ajena al abortado contrato GIDSA.

Claro está que las referencias que tales documentos hacen al GIDSA no son instrumento idóneo para darle vida a un contrato que todos sabían inexistente por no haber sido perfeccionado, ni haber tenido siquiera principio de ejecución. Y mucho menos si quien hizo tales referencias ni siquiera tenía vocación de ser parte en él.

Q. La exclusión del contrato GIDSA como objeto de examen en este pleito

El contrato GIDSA fue descartado como fuente normativa de la relación entre MADIAUTOS y **FMV** mediante auto de agosto 2 de 2018, a la hora de denegar las excepciones previas de “no comprender la demanda a todos los litisconsorcios necesarios” y “cláusula compromisoria” (Cuaderno 2 A, folios 328 a 330). Allí dijo el juzgado:

“En efecto, no se requiere mayor esfuerzo para colegir que las pretensiones de esta demanda van enfiladas a obtener se declare la existencia de un contrato de agencia comercial entre las partes en mención y, con ello, una condena en virtud de un incumplimiento contractual y de la terminación unilateral e injustificada del mismo; en tal sentido, el contrato suscrito por la sociedad demandante y una tercera sociedad en el año 2004 no tiene la virtualidad de modificar la forma como están conformados los extremos de la Litis, y mucho menos las pretensiones de la demanda, pues, contrario a lo estimado por la pasiva, no se advierte o infiere de una lectura integral de la demanda, una pretensión encaminada a declarar la nulidad de un contrato de concesión que ha sido denominado GIDSA, pues, es incontrovertible que estamos ante dos relaciones contractuales diferentes, donde no coinciden el objeto, las partes o las fechas como ha sido descritas en el libelo”

Y más adelante añade:

“2.2.2. Bajo los lineamientos en precedencia esbozados, así como lo acotado en la excepción que antecede, podemos afirmar que si el contrato GIDSA no es objeto de alguna pretensión en el sub judice, ni de un análisis integral del libelo se desprende alguna pretensión que involucre a dicho acuerdo o, en su defecto, a Ford Motor Company, no tiene cabida en el presente asunto una cláusula compromisoria que no se acredita pactada por las partes en el contrato objeto de discusión”.

Si el juzgado, en providencia que cobró ejecutoria, excluyó el imperio del contrato GIDSA en este pleito, no puede ser legítimo aplicar su clausulado para justificar la arbitraria terminación unilateral.

Por si lo anterior no fuese suficiente, en la sentencia que puso fin a la primera instancia dispuso:

“SEGUNDO. Declarar que entre DISTRIBUIDORA MAYORISTA DE AUTOMOVILES MADIAUTOS SAS y FORD MOTOR DE VENEZUELA S.A., a través de FORD MOTOR DE COLOMBIA SUCURSAL, existió un contrato de concesión que rigió su relación comercial desde noviembre de 2000 hasta el 15 de diciembre de 2011”.

Dicho pronunciamiento cobró ejecutoria, dado que no fue impugnado por la parte demandada a quien le fue adverso. Allí quedó claro que entre las partes de este pleito existió solo un contrato de concesión que empezó en el año 2000 y terminó en el año 2011, por lo que descartó el imperio del abortado contrato GIDSA que adujo **FMV** para justificar su arbitrario e ilegítimo proceder.

R. La indebida aplicación parcial del clausulado del documento GIDSA

No obstante precisar que “el prementado contrato no constituye objeto de este proceso”, el juzgador de primera instancia inexplicablemente añadió: “Sin embargo, innegable resulta que este no fue más que el reflejo inequívoco de la verdadera voluntad de las partes [encaminada por la senda de la concesión]”.

Con ese pretexto y sin detenerse a observar los fundados cuestionamientos que oportunamente le hizo la parte actora, aplicó algunas de las cláusulas del documento GIDSA, en especial la que alude a la terminación unilateral, a falta de todo soporte normativo para justificar el arbitrario e ilícito proceder de la sociedad concedente.

V. LA MALA FE DE **FMV EN LA CELEBRACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN (Reparos Nos. 1 y 8)**

Dado que el contrato de concesión es, por lo regular, un contrato de adhesión que implica la **posición dominante** de una de las partes respecto de la otra, la parte que ocupa la posición privilegiada y que determina el clausulado del contrato está en el deber de abstenerse de abusar de su condición privilegiada en perjuicio de la otra.

Así lo ha mantenido la jurisprudencia al señalar:

“Por manera que, los contratantes, al momento de fijar las reglas que señalan los designios de la convención, adicionalmente a lo que hayan resuelto ajustar, deben someter su comportamiento contractual a los cánones de la buena fe, sin que puedan, por ello, apartarse de un mínimo de referentes que marcan, por ejemplo, respeto por los derechos de la otra parte; no abusar de los propios; no someter injustamente al cocontratante a condiciones desmedidas, desproporcionadas, abusivas o solo en beneficio de uno de ellos y no asumir conductas desleales”¹².

En el caso concreto, en franca contravención al postulado de la **buena fe**, **FMV** aprovechó su **posición dominante** para arreciar el desequilibrio, incorporar **cláusulas abusivas** y someter a su capricho a MADIAUTOS a la hora de otorgarle la concesión, como se verá enseguida.

¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia SC5851-2014 de mayo 13 de 2014, M.P. MARGARITA CABELLO BLANCO.

A-. La CARTA DE INTENCIÓN

Aprovechando su superioridad originaria frente a MADIAUTOS, **FMV** se esmeró por asegurar y robustecer sus prerrogativas en la relación contractual. Expresión de ello es la CARTA DE INTENCIÓN de noviembre 21 de 2000 (Cuaderno 1 folios 426 a 428) en la que **FMV** manifestó la intención de reconocer como concesionario a MADIAUTOS.

Allí le advirtió que debería cumplir con los trámites y condiciones que en la misma comunicación específica, en especial los relativos a los Principios Guía para los concesionarios duales FORD-MAZDA.

Adicionalmente la misma CARTA indicó que “cuando las ventas se incrementen por encima del volumen planificado deberán disponer de áreas adicionales que FORD requiera”.

En la CARTA DE INTENCIÓN **FMV** no le otorgó exclusividad a MADIAUTOS, pero sí se reservó la prerrogativa de alterar la asignación del área geográfica de acción del concesionario, con lo cual dejó a MADIAUTOS a merced de su capricho.

Se reservó, además, el derecho de solicitar cualquier modificación de los estatutos de la empresa concesionaria.

En síntesis, **FMV** aprovechó su ventaja original para oprimir ilegítimamente a MADIAUTOS, la parte débil en el contrato de concesión.

B-. La conducta de FMV a partir de la celebración del contrato de concesión

Tras la aceptación de la CARTA DE INTENCIÓN por parte de MADIAUTOS, **FMV** continuó reforzando la opresión en perjuicio del concesionario.

Así, por ejemplo, en comunicación de abril 1 de 2008 **FMV** señaló que el crecimiento en el mercado y la amplitud del portafolio de las marcas FORD y MAZDA, exigen la diferenciación y separación de imagen en las instalaciones de los concesionarios. Para ello reclamó una propuesta para la separación de ambas marcas con sujeción a los estándares de cada una (Cuaderno 1 A, folios 172 a 174), exigencia que imponía drásticas alteraciones en la planta física del concesionario, que implicaban enormes costos financieros (\$6.000'000.000.00).

Para completar el trato opresivo **FMV** exigió, sin justificación, el 11 de noviembre de 2009, el retiro de la operación HYUNDAI del taller de servicio de MADIAUTOS (Cuaderno 1 A, folio 222), a pesar de que el compromiso de octubre 28 de 2008 aceptó la facultad de mantener la atención de HYUNDAI en **colisión** (Cuaderno 1 A, folio 181).

C. La persistente e impertinente mención del CONTRATO GIDSA

A pesar de que **FMV** sabía que el proyectado contrato GIDSA no estaba perfeccionado y que no había devuelto a MADIAUTOS el documento GIDSA firmado por FORD MOTOR COMPANY, en forma socarrona y **de mala fe** hizo mención de él en varias comunicaciones suyas y en algunas actas que elaboró y engañosamente hizo firmar por personal de MADIAUTOS.

Así, por ejemplo, en comunicación de noviembre 2 de 2004 **FMV** indica que no se están cumpliendo los compromisos que como concesionario aceptó en el GIDSA, por lo que podría darse la terminación unilateral del contrato. (Cuaderno 1 A, folio 131).

En el mismo sentido, en comunicación de julio 28 de 2010, **FMV** da por aprobado el nuevo punto de venta en Centro Mayor, “como una vitrina adicional de MADIAUTOS, la cual será incluida dentro del contrato GIDSA ampliando de esta manera su cobertura geográfica dentro de Bogotá” (Cuaderno 1, folio 25).

Así mismo, en comunicación de septiembre 6 de 2011 **FMV** “acepta que la fecha de terminación del Contrato GIDSA no sea el 6 de septiembre de 2011 sino el 15 de diciembre de 2011”.

Aludir sin razón a un contrato que no se había perfeccionado y en el cual no sería parte (el GIDSA), cuando debía referirse al contrato en ejecución en el que sí era parte, fue una perversa estrategia de **FMV** encaminada a eludir sus obligaciones y responsabilidades como concedente y a perturbar cualquier reclamación de MADIAUTOS como concesionario.

Como el contrato GIDSA no existió, MADIAUTOS nunca pudo acogerse a él para reclamar derechos, pero **FMV** sí lo mencionaba en forma subliminal con el propósito de disfrazar el contrato de concesión que mantenía con MADIAUTOS.

Por supuesto que esa actitud de **FMV** no corresponde al actuar de **buena fe** que el ordenamiento reclama de los sujetos que participan en el tráfico jurídico.

E. La desacertada negación de la mala fe de FMV

En medio de tantas evidencias de la mala fe con la que obró FMV desde el comienzo del contrato de concesión y durante su desarrollo, no se comprende por qué el sentenciador de primera instancia la pasó inadvertida.

VI. LA MALA FE DE FMV EN LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO (Reparos Nos. 1 y 8)

La mala fe de **FMV** en el manejo de su relación contractual con MADIAUTOS se expresó de manera más elocuente en los actos próximos a la terminación unilateral del contrato y en la terminación misma, como se expone a continuación:

A-. La conducta previa a la terminación del contrato

Desde el año 2008 **FMV** provocó bruscas alteraciones en el manejo de la concesión y exigió la modificación de la planta física del concesionario en aras de mejorar la comercialización de sus productos, como se indica enseguida.

1-. En comunicación de abril 1 de 2008 (Cuaderno 1 A, folio 172) **FMV** le exigió a MADIAUTOS la diferenciación y separación de la imagen de FORD y MAZDA en las instalaciones de sus concesionarios, por el crecimiento del mercado.

2-. En abril 8 de 2008 **FMV** visitó la sede MORATO de MADIAUTOS y constató que, para la separación de vitrinas, era necesario hacer sustanciales alteraciones a la estructura de la planta física, pues de los 27 **nuevos requerimientos** en ese momento concurrían solo 4 y parcialmente otros 4. (Ver Cuaderno 1 A, folios 173 y 174).

3-. En reunión de Octubre 28 de 2008 se suscribe un Acta de compromiso en la que MADIAUTOS propone tres opciones, a saber:

1^a)-. Separar las salas de ventas de MAZDA y FORD. La acepta MAZDA a condición de que HYUNDAI se retire del taller, a excepción de colisión. FORD estudiará los planos de la propuesta en noviembre de 2008. Se esperará la presentación de un nuevo plano. A más tardar en marzo de 2009 se retirará la operación de posventa de Hyundai a excepción de colisión. Los avisos de fiat se retirarán de inmediato y los repuestos de marcas diferentes serán objeto de liquidación.

2^a)-. Adecuar una sala de ventas en la calle 102 con carrera 19 para una de las marcas.¹³

3^a)-. Adecuar una sala de ventas en la Calle 130 con carrera 7 en un área de 700 m2. Esta propuesta le interesa a FORD. Mazda se queda en MORATO". (cuaderno 1 A, folio 181). "En Abril de 2009 se revisará con el concesionario el cumplimiento del cronograma para el proceso de separación de marcas"¹⁴. (Cuaderno 1 A, folio 182).

4-. En Noviembre 11 de 2009, más de un año después, **FMV** comunicó a MADIAUTOS que eligió MORATO:

¹³ El predio es de propiedad de MADIAUTOS y estaba disponible.

¹⁴ Predio perteneciente a MADIAUTOS y en disponibilidad.

“Sin embargo, por parte de FORD habiendo revisado las alternativas que en su momento MADIAUTOS propuso para la separación, les confirmamos que la ubicación elegida debe ser la sala de MORATO”. (Cuaderno 1 A, folio 222).

5-. En Noviembre 25 de 2009 **FMV** anunció la llegada de FORD FIESTA y requirió unos estándares mínimos de operación que implicaban una serie de adecuaciones, obligando a MADIAUTOS a programar sin demora las inversiones para que de manera gradual cumpliera con los requerimientos en el mes de julio de 2010 (Cuaderno 1, folios 28 y 29). Tales adecuaciones implicaban la ampliación de la planta física en 6.000 metros cuadrados y la inversión de \$6.000'000.000.oo.

6-. Entre noviembre de 2009 y julio de 2010, MADIAUTOS se dedicó a avanzar en los estudios de suelos, cálculos estructurales, diseños arquitectónicos, hidráulicos y eléctricos, y presupuesto de obra, para la adecuación de la sede MORATO en los términos requeridos por **FMV**.

7-. En comunicación de julio 28 de 2010 (Cuaderno 1, folio 31) MADIAUTOS se dirigió a **FMV** para informarle:

“Los planos definitivos de la modificación tanto de la vitrina como del taller deben estar listos para presentar en la curaduría el día 6 de agosto.

“Al día siguiente de aprobación de los planos por parte de la curaduría estamos iniciando obra, esto es aproximadamente el día 20 de septiembre (La aprobación de los planos en curaduría se demora un mes y medio) o antes si logramos la aprobación más rápido de los planos.

“Madiautos ya tiene contratado para el proyecto en cuanto lo hidráulico, estructural y eléctrico, es por eso que una vez nos aprueben los planos iniciamos obra de inmediato”

8-. El mismo día, Julio 28 de 2010 (Cuaderno 1, folio 25) **FMV** requiere planos definitivos de la obra y radicación ante la curaduría. Adicionalmente requiere los contratos firmados de las acometidas hidráulicas, eléctricas y estructurales, antes del viernes 30 de julio de 2010, como condición para facturar Ford Fiesta. Además, **aprueba el nuevo punto de ventas en el centro comercial Centro Mayor**, “como vitrina adicional de MADIAUTOS”.

9-. En comunicación de agosto 6 de 2010, **FMV** manifiesta que ha debido recibir los planos definitivos en esa fecha, pero como no se cumplió, se aplaza la facturación del Ford Fiesta. Añade que debe hacerse: envío de contratos firmados de acometidas hidráulicas, eléctricas y estructurales; planos definitivos de la remodelación; radicación ante la curaduría; licencia de construcción aprobada; la obra debe iniciarse y debe poder verificarse maquinaria, materiales y recurso humano trabajando en el concesionario. (Cuaderno 1 A, folio 236).

10-. En comunicación de agosto 10 de 2010 MADIAUTOS le solicita **FMV** reconsidere la decisión de no facturar Ford fiesta, por el impacto negativo. Le advierte que obligaría a descartar el proyecto de vitrina de ventas en el centro comercial centro mayor. (Cuaderno 1 A, folio 244).

11-. En comunicación de agosto 13 de 2010 (Cuaderno 1 A, folios 252 y 253), **FMV** le comunica el informe de la visita hecha a MADIAUTOS, así:

“El día de hoy viernes 13 de agosto de 2010 asistimos a Madiautos para revisar los puntos pendientes enviados en carta del pasado 6 de agosto de 2010 y se observó lo siguiente:

- *Envío de los contratos firmados de acometidas hidráulicas, eléctricas y estructurales.* El pasado 6 de agosto se recibió de la Gerencia de Madiautos el contrato firmado para el inicio del proyecto, cumpliendo así con el compromiso.
- *Planos definitivos de la remodelación.* Hoy durante la visita se entregaron los planos definitivos por parte de AVI cumpliendo con el compromiso.
- *Radicación ante curaduría.* Hoy durante la visita se entregó el documento de radicación ante la curaduría por parte de AVI cumpliendo así con el compromiso.
- *Licencia de construcción aprobada.* No ha sido entregada. No cumple.
- *La obra debe iniciarse y debe poder verificarse maquinaria, materiales y recurso humano trabajando en el concesionario.* Se evidenció inicio de obra en la zona del taller y parqueaderos con obreros, maquinaria y materiales, cumpliendo con el compromiso.

“Dado que solo queda pendiente la licencia de construcción por curaduría y la aprobación de la misma tarda hasta 30 días, solicitamos a cambio que envíen la siguiente información antes del próximo viernes 20 de agosto/10:

- *Cronograma de obra.* AVI planteó que el mismo me lo enviarán en la fecha solicitada.
- *Avance significativo en la obra.* Este día realizaremos una nueva visita para evidenciar los avances.
- *Evidencia de anticipo de dinero a AVI para el inicio de la obra, asegurando así los recursos para la ejecución del proyecto.*

“Con lo anterior, hoy facturaremos a Madiautos 1 Fiesta Demo para que puedan dar inicio a preventas y exhibición en sala. Adicionalmente y de cumplir con estos nuevos requerimientos solicitados para el viernes 20 de agosto, procederemos a facturarles Fiesta a partir del próximo lunes 23 de Agosto de 2010”.

12-. Como puede observarse, para satisfacer las exigencias de **FMV**, MADIAUTOS se vio obligada a comenzar la obra, llevar maquinaria, materiales y personal, sin la licencia de construcción, con lo cual se expuso a las correspondientes sanciones urbanísticas, incluso al cierre del establecimiento.

13-. En comunicación de diciembre 9 de 2010 MADIAUTOS manifestó la intención de abrir un punto de venta Ford en la Carrera 19 con Calle 102: vitrina de ventas, taller de servicio rápido y zona para alistamiento y bodegaje. Además, informó que la obra de MORATO estaba paralizada a la espera de la licencia de construcción (Cuaderno 1 A, folio 269).

14-. Ante el nuevo ofrecimiento de MADIAUTOS, **FMV** guardó silencio como si el asunto no fuera de su incumbencia, como si ya no tuviera interés en la separación de vitrinas después de haber puesto en aprietos a MADIAUTOS para hacer una

costosa remodelación (por \$6.000'000.000.oo), incluso en contravención a las normas urbanísticas.

15-. Más tarde, el 11 de marzo de 2011, MADIAUTOS comunica a **FMV** que la curaduría urbana no concedió la licencia de construcción, por lo que le extiende invitación a explorar otras opciones para separar las vitrinas FORD y MAZDA (Cuaderno 1, folio 35). Pero **FMV** continuó en silencio.

Por supuesto que esa displicencia exhibida por **FMV** no corresponde a la actitud de **buena fe** que el régimen jurídico reclama de un contratante.

B-. La autorización de apertura de un punto de venta adicional

En comunicación de julio 26 de 2010, MADIAUTOS sugiere abrir un nuevo punto de venta en el Centro Comercial Centro Mayor (Cuaderno 1, folio 24). **FMV** le responde autorizándola para abrir el nuevo punto de venta, mediante comunicación de julio 28 de 2010, en los siguientes términos:

“De la misma manera, queremos dar por aprobado el nuevo punto de venta en el centro comercial Centro Mayor, como una vitrina adicional de Madiautos, la cual será incluida dentro del contrato GIDSA, ampliando de esta manera su cobertura geográfica dentro de Bogotá.

“De antemano queremos agradecer el interés mostrado por Madiautos para seguir creciendo junto con la marca, pero dado que este es un nuevo punto de venta y no una playa ni una exhibición temporal, la inversión debe provenir 100 % del concesionario y Ford solo apoya en señalización (avisos de nueva generación que para este caso no aplica)”. (Cuaderno 1, folio 25).

La satisfacción que **FMV** expresó en dicha misiva luce indiscutible, lo que muestra el ánimo de prolongar la duración del contrato de concesión con MADIAUTOS.

C-. La expectativa alimentada con la conducta previa a la terminación del contrato

La conducta de **FMV** durante 2009 y 2010 tenía que engendrar en MADIAUTOS una fundada expectativa de que la concesión se mantendría por largo tiempo y seguiría reforzándose.

Toda la correspondencia de 2009 y 2010 relativa a la separación de vitrinas de FORD y MAZDA, lo mismo que la autorización para abrir un nuevo punto de venta en Centro Mayor, componen un proceder que admite solo una interpretación: la inequívoca intención de prolongar la duración del contrato de concesión y robustecer la relación comercial.

D-. La rotunda renuencia a considerar opciones distintas tras las dificultades para acondicionar la planta física

No obstante la expectativa que le había creado a MADIAUTOS y la disposición que esta mostró a complacer sus exigencias, inexplicablemente **FMV** reaccionó sin la mínima comprensión y solidaridad ante la dificultad para continuar la remodelación de la planta física de MORATO y con displicencia ante las opciones que ofreció MADIAUTOS.

Ciertamente, desde diciembre 9 de 2010 MADIAUTOS le informó a **FMV** que la remodelación estaba paralizada a la espera de la licencia de construcción (Cuaderno 1 A, folio 269) y en marzo 11 de 2011 le comunicó que la licencia no había sido concedida por la curaduría urbana (Cuaderno 1, folio 35).

En ambas ocasiones MADIAUTOS le propuso explorar otras opciones. Pero, en lugar de ayudar a concertar una solución diferente, **FMV** guardó absoluto silencio ante las dos comunicaciones, mostrando total desinterés.

E-. La sorpresiva y fulminante decisión de terminar el contrato

Curiosamente, mientras MADIAUTOS esperaba una respuesta de **FMV** en aras de definir una solución que facilitara el fortalecimiento de la concesión, repentinamente, el 6 de julio de 2011, recibió la comunicación de la decisión de **FMV** en el sentido de terminar en forma súbita el contrato.

Dicha decisión de **FMV** traduce una conducta despectiva y pedante frente al concesionario, en virtud de la cual, ante una dificultad, prefirió aniquilar el contrato que facilitar su continuación, a sabiendas del enorme perjuicio que eso le ocasionaría a la parte débil en la relación.

F-. La injustificada renuencia a considerar opciones distintas a la extinción del contrato después de comunicar la terminación

Aun después de comunicada la decisión unilateral de terminar el contrato pero **dentro de su vigencia**, MADIAUTOS le propuso a **FMV** considerar la posibilidad de explorar otra solución para la separación de vitrinas (Cuaderno 1, folios 38 y 39), con la cual doblaba la expectativa que en la reunión de octubre 28 de 2008 había contemplado **FMV: renunciar a la distribución de vehículos MAZDA para dejar en Morato solo la marca FORD** (Cuaderno 1 A, folios 181 y 182) .

Ciertamente, el 8 de julio de 2011 el representante de MADIUATOS propone, en conversación telefónica, que la vitrina de FORD quede en MORATO y sacar de allí la de MAZDA.

Sin embargo, en actitud displicente y antipática, **FMV**, mediante comunicación de julio 27 de 2011 (Cuaderno 1, folio 38), con su usual despotismo, contestó a la propuesta de MADIAUTOS así:

"Hago referencia a nuestra conferencia telefónica el pasado viernes 8 de julio/11, producto de tu llamada acusando recibo de nuestra carta 6 de julio en la cual se les notificaba la decisión de terminar el contrato conocido como GIDSA. **Durante dicha conversación propusiste renunciar a continuar con la distribución de vehículos MAZDA a cambio de poder seguir solo con la distribución FORD en las instalaciones de Morato, respecto de lo cual no podemos hacer comentario alguno.**

(...) **Por consiguiente, ya no cabe considerar nuevas propuestas, sino que debemos encaminarnos al desmonte de la distribución para lo cual deseamos que esta sea lo menos traumático posible y en esto deseamos trabajar conjuntamente con ustedes.** " (negrilla ajena al texto).

Dicha respuesta no es expresión apropiada en un **contrato de colaboración** como lo es el de concesión, mucho menos si se tiene en cuenta que la propuesta de MADIAUTOS coincide con una de las opciones que **FMV** había contemplado inicialmente: dejar solo la marca FORD en MORATO.

G. La inexplicable inadvertencia de la mala fe de FMV en la terminación del contrato

En presencia de tantos elementos que evidencian la mala fe de FMV en su proceder para la terminación del contrato, no se puede comprender por qué el juzgador de primera instancia la pasó por alto.

VII. EL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE DE FMV (Reparos Nos. 1 y 7).

La inocultable **posición dominante** de **FMV** en la relación contractual con MADIAUTOS, explicada en el apartado III de este alegato, fue aprovechada por el concedente para robustecer sus prerrogativas y oprimir al concesionario, poniéndolo cada vez en mayor desventaja, en contra del equilibrio económico del contrato.

Desde la CARTA DE INTENCIÓN aceptada por MADIAUTOS, **FMV** se empeñó en oprimir al concesionario imponiéndole condiciones y exigiéndole compromisos que no fueron inicialmente contemplados, a sabiendas de que MADIAUTOS no tenía más opción que someterse. Así, por ejemplo, exigió:

“Las instalaciones deberán ser acondicionadas, organizadas e identificadas de acuerdo con nuestras guías corporativas de diseño de instalación de concesionarios; con las variantes resultantes de aplicar los Principios Guía para concesionarios duales que se anexan” (Cuaderno 1, folio 426).

Después de hacer importantes inversiones en el acondicionamiento de la organización del concesionario para ponerla al servicio del contrato de concesión, MADIAUTOS no tuvo más opción que someterse a las exigencias para evitar que **FMV** tomara la decisión caprichosa de terminar la concesión y, de esa manera, causara la ruina de la empresa.

A ello obedeció que MADIAUTOS se comprometiera a:

1-. Dejar de comercializar vehículos nuevos de las marcas HYUNDAI y FIAT a través de MADIAUTOS LTDA, desde el 1 de diciembre de 2000. (Cuaderno 1, folio 429), lo que implicó constituir otra sociedad con el propósito de la comercialización de dichas marcas (Cuaderno 1 A, folios 1 y 2).

2-. Diferenciar en las instalaciones y presentar una propuesta formal de separación de las dos marcas con sujeción a los estándares de cada una. Para el año 2005 consistía en la instalación de un banner en la misma vitrina.

3-. Diferenciar la identificación, avisos externos, contabilidad y publicidad.

4-. Enviar mensualmente los estados financieros de la empresa.

Así mismo, en abuso de su posición privilegiada, **FMV** exigió a MADIAUTOS separar las vitrinas de ventas de las marcas FORD y MAZDA, además de ampliar y remodelar la planta física según las exigencias de cada marca (Cuaderno 1 A, folio 172), lo que implicaba una obra civil de 6.000 metros cuadrados.

Por el mismo camino, **FMV** exigió que las obras de ampliación y remodelación se hicieran con sujeción a sus indicaciones, como se puede ver en las observaciones hechas en comunicación de agosto 6 de 2008:

“La sala no cumple con el área mínima exigida por el Brand@retail, el pórtico no está ubicado sobre la fachada principal de la vitrina y la entrada peatonal queda bloqueada por el área de entrega de vehículos nuevos de MAZDA”. (Cuaderno 1, folios 22 y 23).

En dirección idéntica, impuso los tiempos en los cuales debía adelantarse la remodelación (misiva de noviembre 25 de 2009, Cuaderno 1, folios 28 y 29) y construyó a MADIAUTOS a contratar la instalación de las acometidas hidráulicas, eléctricas y estructurales (Cuaderno 1, folios 25 y 26), pagar el anticipo para la realización de la obra y empezar la obra con maquinaria, materiales y recurso humano en la planta física (Cuaderno 1 A, folios 252 y 253).

Además, **FMV** exigió la iniciación de la obra de remodelación sin contar con la licencia para demoler y construir (Cuaderno 1 A, folio 252), lo que condujo a MADIAUTOS a contravenir las normas de urbanismo y exponerse a graves consecuencias.

FMV también sometió a MADIAUTOS a suscribir documentos antojadizamente elaborados, con la promesa de posponer por unos días la liquidación del contrato. (Cuaderno 1 A, folios 282 y 283).

Por último, **FMV** le exigió a MADIAUTOS el listado de clientes al finalizar el contrato, pese a que toda la información de los compradores de FORD había sido reportada tras realizar la respectiva venta. (Cuaderno 1 A, folio 285).

El recorrido de FMV encaja perfectamente en lo que se conoce como ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE, al que alude la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia así:

“Y un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares lo suministra el ejercicio del llamado "poder de negociación" por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación (...)"¹⁵.

Con la presencia de elementos tan elocuentes sobre el abuso de la posición dominante de FMV, no se comprende cómo fue que pasó inadvertido para el sentenciador de primera instancia.

VIII. LA ILICITUD INTRÍNSECA DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL EN EL CASO CONCRETO **(Reparos Nos. 1, 9, 12 y 14)**

Como se explica a continuación, la terminación unilateral del contrato, por decisión de **FMV**, fue íntegramente ilegítima por contravenir los preceptos que regulan la conducta de las partes en los contratos. Veamos:

Los contratos de duración indefinida pueden terminarse por las partes de común acuerdo o por decisión judicial. También pueden terminar por decisión unilateral, **a condición de que dicha facultad esté contemplada en disposición legal o contractual.**

En caso de que la terminación unilateral esté autorizada por la ley o por el contrato, la parte que haga ejercicio de esa facultad debe ceñirse al precepto que así lo contemple, lo que tiene dos implicaciones:

1^a. Que la disposición legal o contractual que autorice la terminación unilateral del contrato, contemple en forma inequívoca las conductas que configuran causales de terminación.

Así lo tiene sustentado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

“La eficacia de las cláusulas resolutorias expresas por incumplimiento, exige acatar íntegros los presupuestos genéricos de validez, la indicación particular, clara y precisa de la obligación u obligaciones cuya inobservancia relevante, total o parcial (SNG, sentencia de 29 de abril de 1935), faculta a una o ambas partes la terminación unilateral

¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de octubre 19 de 1994, M.P. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS.

del contrato. No basta mención o referencia abstracta, global, genérica o en bloque.

“Menester, singularizar, precisar, especificar, concretar e individualizar en forma clara y expresa, la obligación, sea legal o contractual, ya principal o accesoria, como corresponde a lo expreso y a la trascendencia del incumplimiento”¹⁶. (negrilla ajena al texto).

2^a. Que la conducta por la cual se decide la terminación unilateral encaje perfectamente en la descripción normativa (legal o contractual) de la respectiva causal de terminación unilateral.

Elocuente luce la jurisprudencia en relación con este aspecto, al precisar:

“Prima facie la terminación unilateral por cláusula resolutoria expresa, está reservada estrictamente a la parte cumplida o presta a cumplir, pues repugna a claros dictados éticos que, la incumplida o renuente al cumplimiento, pretenda favorecerse con su propio incumplimiento. De igual manera, **su ejercicio presupone un incumplimiento cierto, ostensible, evidente e incontestable de las obligaciones individualizadas, no de otras**, y de tal gravedad, magnitud, relevancia, significación o importancia, por cuanto no cualquier inobservancia de los deberes de conducta justifica la resolución. Tampoco esta facultad, y ninguna otra en general, podrá ejercerse en forma contraria a la buena fe o con abuso del derecho. Asimismo, la eficacia y el ejercicio de esta prerrogativa, es controlable por los jueces, sin excluir el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia para definir toda disputa, diferencia o controversia a propósito”¹⁷. (negrilla ajena al texto)

Por lo tanto, si la disposición que prevé la terminación unilateral no describe en forma inequívoca las causales de terminación o la razón esgrimida por la parte como causa de terminación unilateral no se subsume en la descripción normativa, **la terminación unilateral deviene ilícita.**

Por ello, la terminación del contrato por decisión unilateral de **FMV** es ilegítima, como se explica a continuación:

A-. La ausencia de facultad para terminar unilateralmente el contrato

No ha existido precepto legal que autorice la terminación unilateral del contrato de concesión como el celebrado y desarrollado entre **FMV** y MADIAUTOS. Dado que el contrato de concesión está huérfano de regulación en la legislación colombiana, no puede haber disposición legal que contemple la terminación unilateral, por lo que es preciso atisbar en el clausulado del contrato para saber si allí estaba prevista.

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de agosto 30 de 2011, Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01, M. P. WILLIAM NAMÉN VARGAS.

¹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de agosto 30 de 2011, Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01, M. P. WILLIAM NAMEN VARGAS.

Lo que imperó durante la vigencia del contrato de concesión entre MADIAUTOS y **FMV** fue principalmente la CARTA DE INTENCIÓN aceptada en el año 2000. La lectura de dicho documento pone en evidencia la ausencia de una estipulación en el sentido de que las partes o alguna de ellas haya quedado facultada para terminar unilateralmente el contrato, lo que obliga a pensar que esa posibilidad no existió.

Sin embargo, como a la hora de terminar unilateralmente el contrato **FMV** invocó “la facultad conferida bajo la cláusula 13 (c) del CONTRATO GIDSA” (Cuaderno 1, folio 36), es imperiosa la referencia a él. Al respecto conviene sintetizar aquí lo que atrás se dijo:

a)-. **FMV** no fue parte ni pretendió serlo en el abortado CONTRATO GIDSA. Según el documento proyectado, las partes iban a ser MADIAUTOS y FORD MOTOR COMPANY. En otras palabras, el contrato GIDSA estaba destinado a establecer una relación entre MADIAUTOS y FORD MOTOR COMPANY, mas no una relación con **FMV**.

b)-. Entre el contrato de concesión reconocido en este proceso y el proyectado contrato GIDSA había sustanciales diferencias como estas: (i) en aquel era concedente **FMV**, mientras en este lo era FORD MOTOR COMPANY; (ii) el objeto del primero era la **distribución** de los vehículos que **FMV** le vendía a MADIAUTOS y el del otro era la **importación** de los vehículos y repuestos producidos por FORD MOTOR COMPANY; (iii) en el primero MADIAUTOS se constituyó en un **CONCESIONARIO DUAL** FORD-MAZDA, en tanto que en el segundo había **exclusividad** de vehículos marca FORD.

c)-. Jamás hubo acuerdo entre MADIAUTOS y **FMV** en el sentido de terminar el contrato de concesión celebrado en el año 2000, y tampoco el de sustituir al concedente original por FORD MOTOR COMPANY.

d)-. El nacimiento del contrato GIDSA se supeditó a que el documento en el que estaba consignado el clausulado fuese firmado por el Secretario o por el Secretario Asistente de FORD MOTOR COMPANY.

e)-.El documento que contenía el clausulado jamás fue firmado por el Secretario ni por el Secretario Asistente de FORD MOTOR COMPANY.

f)-. El documento que contenía el clausulado no fue devuelto a MADIAUTOS con la firma de FORD MOTOR COMPANY antes de 2012.

g)-. Según el anexo que MADIAUTOS nunca recibió (DISPOSICIONES ESTÁNDAR), el objeto del contrato debía incluir la compra, uso y reventa de repuestos re-manufacturados, lo que implicaba infringir la legislación colombiana y constituía **objeto ilícito**.

h)-. Solo en 2012 MADIAUTOS recibió una fotocopia del documento GIDSA con la firma de EDUARDO CÁRDENAS CABALLERO, en representación de FORD MOTOR ANDINA, pero sin la firma del Secretario de FORD MOTOR COMPANY.

i)-. En febrero de 2017 FORD MOTOR COMPANY expidió un documento con el objetivo de ratificar la firma del documento GIDSA por parte de EDUARDO CÁRDENAS CABALLERO.

j)-. La ratificación implica el perfeccionamiento del contrato en la fecha en la que ella ocurrió (Co de C., art. 898), es decir, en febrero de 2017.

k)-. El contrato GIDSA no existió antes de febrero de 2017.

l)-. Si el contrato GIDSA no existió antes de 2017, sus estipulaciones no podían aplicarse en el año 2011.

m)-. El contrato GIDSA fue descartado como fuente normativa de la relación entre MADIAUTOS y **FMV** mediante auto de agosto 2 de 2018, a la hora de denegar las excepciones previas de “no comprender la demanda a todos los litisconsorcios necesarios” y “cláusula compromisoria” (Cuaderno 2 A, folios 328 a 330).

n)-. El frustrado contrato GIDSA no reemplazó al contrato de concesión celebrado entre **FMV** y MADIAUTOS en el año 2000. Jamás hubo un acuerdo en el sentido de cambiar al concedente original (**FMV**) por FORD MOTOR COMPANY. Lo que estuvo proyectado (pero no se perfeccionó ni se ejecutó) fue un contrato entre MADIAUTOS y FORD MOTOR COMPANY, independiente del que venía desarrollándose con **FMV**.

Por consiguiente, si el contrato GIDSA estaba destinado a regular la relación entre MADIAUTOS y FORD MOTOR COMPANY, no podía reemplazar al contrato de concesión que habían celebrado MADIAUTOS y **FMV** en el año 2000, mucho menos cuando jamás hubo acuerdo en el sentido de cambiar al concedente original por FORD MOTOR COMPANY, y tampoco la intención de ponerle fin al contrato de concesión celebrado en el año 2000. Si, además, el planeado contrato GIDSA jamás se perfeccionó, luce claramente ilegítimo echar mano de sus estipulaciones para terminar el contrato de concesión celebrado y ejecutado entre MADIAUTOS y **FMV**.

En definitiva, ni en la ley ni en el contrato celebrado entre MADIAUTOS y **FMV** estaba contemplada la TERMINACIÓN UNILATERAL, por lo que la decisión de **FMV** se muestra ostensiblemente ilegítima.

B-. La necesidad de consenso o decisión judicial para terminar el contrato

En ausencia de autorización normativa (legal o contractual) para terminar unilateralmente el contrato, la relación entre MADIAUTOS y **FMV** podía terminar solo por dos canales institucionales, a saber:

1°. Por decisión consensuada entre ambas partes.

2°. Por decisión judicial.

Si **FMV** estimó que MADIAUTOS incurrió en grave incumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato, debió promover una **concertación** para terminar el contrato o **acudir a la jurisdicción** para que allí se decretara la terminación por incumplimiento. **La terminación unilateral no es una ruta legítima para ponerle fin a un contrato cuando no haya expresa autorización legal o contractual para ello**, como ocurrió en el contrato de concesión entre MADIAUTOS y **FMV**.

C-. La repentina, inesperada e inexplicable terminación unilateral del contrato

Lo más exótico de la relación contractual entre MADIAUTOS y **FMV** es la decisión unilateral y repentina de terminar la concesión, justo cuando el concesionario estaba a la espera de explorar y concertar otra opción para mejorar el posicionamiento de la marca FORD en el mercado, según los propósitos insistentemente expresados por **FMV**.

Después de haber mostrado hasta la saciedad la intención de reforzar la relación con MADIAUTOS, de haberla conducido a incurrir en importantes inversiones para remodelar la planta física y para implementar otro punto de venta, **FMV** sorprendió al concesionario con la inesperada decisión de terminar el contrato en forma unilateral.

En las condiciones que había evolucionado la relación contractual desde 2009, lo que menos podía esperar MADIAUTOS era la decisión de **FMV** de terminar el contrato, pues en dos comunicaciones sucesivas MADIAUTOS le había propuesto buscar más opciones para conseguir la separación de las vitrinas de ventas, en vista del interés que en ello mostró **FMV** desde el año 2008 hasta agosto de 2010.

E. La injustificada calificación de la licitud de la terminación unilateral del contrato.

No se comprende cómo el sentenciador pudo considerar lícita la terminación unilateral del contrato, cuando lo que pone en evidencia el proceso es que FMV obró con plena inobservancia del ordenamiento jurídico al romper la relación contractual en forma abrupta y repentina, sin contar con autorización para hacerlo.

IX. LA AUSENCIA DE JUSTIFICACIÓN PARA LA RUPTURA DEL CONTRATO (Reparos Nos. 1, 3, 9 y 12)

Como se explicará enseguida, en el caso concreto no hubo razón valedera para romper el contrato de concesión.

A. Los motivos aducidos por FMV no estaban contemplados como razones para terminar el contrato

Ya se explicó que en la ley no está prevista la terminación unilateral del contrato de concesión, dado que este carece de específica regulación legal. Tampoco estaba contemplada en la CARTA DE INTENCIÓN que rigió el contrato entre **FMV** y MADIAUTOS.

Sin embargo, como **FMV** echó mano del documento GIDSA para terminar unilateralmente el contrato, es bueno precisar que tampoco allí hubo previsión en ese sentido. Para explicar la terminación unilateral **FMV** aludió a un anexo del GIDSA denominado DISPOSICIONES ESTÁNDAR, cuyo texto vino a ser conocido por MADIAUTOS solo en el curso de este pleito judicial gracias a que la demandada lo aportó. Pero de lo que no queda duda es de que MADIAUTOS no lo había conocido y, por consiguiente, tampoco lo había aceptado, pues en él no fue puesta su firma.

Resulta un despropósito aplicar en contra de MADIAUTOS una estipulación contenida en un anexo que no ayudó a elaborar, que jamás se le hizo conocer y que tampoco aceptó.

Pero si se tratara de aplicar la estipulación que en dicho anexo habla de la terminación unilateral, tampoco sería lícita dicha terminación, por dos razones:

1ª. La cláusula invocada no especifica las conductas que podrían dar lugar a la terminación del contrato. Por el contrario lo que señala como casuales de terminación unilateral es una serie de **tipos en blanco**, descripciones indeterminadas y equívocas en las cuales podría caber cualquier consideración caprichosa del concedente, lo que la convierte en una **cláusula abusiva**, contraria a la **buena fe** contractual y, por consiguiente, viciada de nulidad absoluta.

2ª. Los motivos que adujo **FMV** para terminar el contrato no se pueden subsumir en las confusas e inexactas causales de terminación unilateral del contrato. Recuérdese que **FMV** invocó tres razones: a) permanencia de HYUNDAI en el taller MORATO; b) Insuficiencia de puestos de trabajo; c) separación de vitrinas. De ellas, **ninguna encaja** en las imprecisas causales de terminación unilateral previstas en el secreto anexo denominado DISPOSICIONES ESTÁNDAR del documento GIDSA.

A dicho propósito conviene recordar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia de agosto 30 de 2011, Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01, con ponencia de WILLIAM NAMEN VARGAS, expuso:

“La cláusula resolutoria expresa por la cual se estipula la terminación unilateral ipso jure del contrato, es elemento accidental (accidentalia negotii), **presupone pacto expreso, claro e inequívoco de las partes**, y en principio, se estima ajustado a derecho, válido y lícito (cas. civ. sentencias de 31 de mayo de 1892, VII, 243; 3 de septiembre de 1941, LII, 1966, 36 y ss; 23 de febrero de 1961, XCIV, 549) pero susceptible de control judicial posterior, en su origen, contenido y ejercicio.

“La eficacia de las cláusulas resolutorias expresas por incumplimiento, **exige acatar íntegros los presupuestos genéricos de validez, la indicación particular, clara y precisa de la obligación u obligaciones cuya inobservancia relevante**, total o parcial (SNG, sentencia de 29 de abril de 1935), **faculta a una o ambas partes la terminación unilateral del contrato. No basta mención o referencia abstracta, global, genérica o en bloque.**

Menester, singularizar, precisar, especificar, concretar e individualizar en forma clara y expresa, la obligación, sea legal o contractual, ya principal o accesoria, como corresponde a lo expreso y a la trascendencia del incumplimiento. (...)

“Prima facie la terminación unilateral por cláusula resolutoria expresa, está reservada estrictamente a la parte cumplida o presta a cumplir, pues repugna a claros dictados éticos que, la incumplida o renuente al cumplimiento, pretenda favorecerse con su propio incumplimiento. De igual manera, **su ejercicio presupone un incumplimiento cierto, ostensible, evidente e incontestable de las obligaciones individualizadas, no de otras, y de tal gravedad, magnitud, relevancia, significación o importancia, por cuanto no cualquier inobservancia de los deberes de conducta justifica la resolución.** Tampoco esta facultad, y ninguna otra en general, podrá ejercerse en forma contraria a la buena fe o con abuso del derecho”. (negrillas ajenas al texto).

Como se ve, según la línea jurisprudencial, el pacto que contenga la cláusula resolutoria expresa o de terminación unilateral es eficaz solo en tanto especifique con nitidez las contravenciones que autorizan aniquilar el contrato. Y esa tipificación debe ser clara, precisa e inequívoca, de modo que el contratante que haga uso de la facultad no pueda hacer caprichosos ejercicios de subsunción de incumplimientos no catalogados.

En el caso concreto no hubo cláusula en la que se especificara con claridad las obligaciones cuyo incumplimiento podía dar lugar a la terminación unilateral. Las estipulaciones contenidas en el anexo del documento GIDSA que nunca conoció ni aceptó MADIAUTOS (DISPOSICIONES ESTÁNDAR) hablan de la terminación unilateral ante circunstancias cuya precisión y especificidad brillan por su ausencia.

Recuérdese que **FMV** adujo como causal de terminación unilateral la Cláusula 13 (c) del contrato GIDSA, cuyo contenido es del siguiente tenor (Cuaderno 1 A, folios 88 y 89):

“Por la Compañía por el Incumplimiento del Concesionario. Si el concesionario fallare con:

1. Cumplir con cualesquiera de sus responsabilidades con respecto a la importación y ventas de los productos de la Compañía de conformidad con el parágrafo 2 de este contrato.
2. Cumplir con cualesquiera de sus responsabilidades con respecto al servicio de mantenimiento de los productos de la Compañía de conformidad con el parágrafo 3 de este Contrato;
3. Cumplir con cualesquiera de sus responsabilidades con respecto al lugar o lugares comerciales e instalaciones de conformidad con el parágrafo 4 de este contrato.
4. Cumplir con cualesquiera de sus otras responsabilidades de conformidad con el parágrafo 5 (a) hasta 5 (h) (en cuanto a vallas, personal, residencia del concesionario, capital, sistema contable, comunicaciones, informes o manejo de clientes), parágrafo 5 (j) (en cuanto a leyes, reglas y regulaciones), parágrafo 6 (b) (en cuanto a ventas de productos competitivos, parágrafo 9 (en cuanto a registros, inspecciones y pruebas) o el parágrafo 12 (en cuanto al Concesionario no siendo un agente) de este contrato, o
5. Mantener un nivel satisfactorio de cumplimiento en la forma señalada en la versión actual de ese entonces del manual de estándares.

De la lectura de dicha cláusula se puede observar que nada de precisión tiene. Se trata de una estipulación de contenido indeterminado, con hipótesis tan vagas que

en ellas puede haber cualquier circunstancia o vicisitud que pudiera presentarse en el desarrollo del contrato. Por lo tanto, en virtud de una cláusula de ese talante, el adherente queda a merced del capricho de la parte que ha redactado el clausulado, lo que envuelve una típica **cláusula abusiva, contraria al orden jurídico e ineficaz de pleno derecho**.

B. Los motivos aducidos por FMV no tenían relevancia suficiente para extinguir el vínculo contractual

El principal requisito para la terminación unilateral del contrato (por decisión unilateral o por sentencia judicial) es el incumplimiento. Pero no cualquier incumplimiento. Tiene que ser un **incumplimiento resolutorio**, vale decir, un incumplimiento capaz de frustrar el fin práctico que las partes han perseguido con el contrato.

Al respecto cabe resaltar lo que ha dejado establecido la jurisprudencia. En Sentencia sustitutiva pronunciada en el proceso 41001-3103-004-1996-09616-01, de diciembre 18 de 2009, con ponencia de ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló:

“6.1. (...)

“Es decir, es bien sabido que la expresión *incumplimiento* tiene un significado técnico preciso en derecho, en cuanto que con ella se hace referencia a la desatención por parte del deudor de sus deberes de prestación, que tiene como consecuencia la insatisfacción del interés del acreedor; se alude, igualmente, incluso a nivel legal, a diversas formas de incumplimiento, ya sea total y definitivo, cumplimiento defectuoso, cumplimiento parcial o retardo (arts. 1613 y 1614 del C.C.). Sin embargo no toda separación por parte del deudor respecto del “programa obligacional” previamente establecido, permite poner en funcionamiento los mecanismos encaminados a extinguir la relación que une al obligado con el acreedor –particularmente la resolución contractual-, toda vez que, en ciertas ocasiones, retrasos en el cumplimiento o cumplimientos parciales, que en principio podrían dar lugar a la resolución contractual, no se consideran de entidad suficiente como para justificar tan radical determinación, en cuanto se podrían producir con ello situaciones inequitativas, facilitar ejercicios abusivos o contrarios a la buena fe de la señalada facultad resolutoria, además de afectarse el principio de conservación del contrato.

“En el contexto que se ha precisado anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que en esta materia resulta pertinente distinguir, entonces, si la obligación insatisfecha es una obligación principal o simplemente accesoria, o también si el incumplimiento es definitivo o apenas parcial o transitorio, y, en todo caso, analizar la trascendencia, importancia o gravedad del incumplimiento, determinadas tales circunstancias, entre otros criterios, por lo que las partes hayan convenido, por la afectación que se haya presentado en el interés del acreedor en el mantenimiento de la relación, por la frustración del fin práctico perseguido con el contrato –en la que se incluye la inobservancia de un *término esencial*-, o, en fin, por el impacto que se haya podido generar en la *economía del contrato*.

“6.2. La jurisprudencia nacional no ha sido ajena a **considerar la gravedad del incumplimiento** como elemento que se debe tener en cuenta para definir la prosperidad de la pretensión resolutoria. Así, por ejemplo, en sentencia del 11 de septiembre de 1984, la Corte señaló que “[e]n rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado de asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra” (...). Y en esa misma providencia se señaló que **la gravedad del incumplimiento debe ser analizada de manera específica** según el asunto particular objeto de estudio, para lo cual “[s]e impone el examen de todas **las circunstancias de hecho aplicables al caso: la cuantía del incumplimiento parcial; la renuencia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagar lo que el deudor mantuvo siempre; la aceptación del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de interés por esa mora que él consintió, etc.**”.

“Posteriormente, la Sala, en sentencia de 7 de marzo de 1997 señaló que “[r]azones de orden jurídico, pero también económico, permiten afirmar que la alternativa que ofrece el art. 1546 del C. C., encuentra un límite en eventos como el descrito, donde, según se vio, el contrato ha sido parcialmente cumplido y el demandado muestra su voluntad de satisfacer el interés del demandante, y no a raíz de la demanda. Estas circunstancias excluye[n] de por sí el aniquilamiento de la relación material, de un lado por quedar eliminada la idea de desistimiento, y de otro, en consideración a la irrelevancia del incumplimiento, frente al interés económico del contrato. Respecto a lo primero, el cumplimiento parcial de una misma obligación o de varias escindibles, sumada a la intención de llevar a cabo las prestaciones aún pendientes, trasluce, a no dudarlo, una manifestación inequívoca de perseverar en todo lo pactado. En torno a lo segundo, no sobra repetir que el contrato fue cumplido en importante porcentaje de las prestaciones (...)”. (negrilla ajena al texto)

En idéntico sentido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia de agosto 30 de 2011, Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01, con ponencia de WILLIAM NAMÉN VARGAS, expuso:

“Prima facie la terminación unilateral por cláusula resolutoria expresa, está reservada estrictamente a la parte cumplida o presta a cumplir, pues repugna a claros dictados éticos que, la incumplida o renuente al cumplimiento, pretenda favorecerse con su propio incumplimiento. De igual manera, su ejercicio presupone un incumplimiento cierto, ostensible, evidente e incontestable de las obligaciones individualizadas, no de otras, y **de tal gravedad, magnitud, relevancia, significación o importancia, por cuanto no cualquier inobservancia de los deberes de conducta justifica la resolución**. Tampoco esta facultad, y ninguna otra en general, podrá ejercerse en forma contraria a la buena fe o con abuso del derecho. Asimismo, la eficacia y el ejercicio de esta prerrogativa, es controlable por los jueces, sin excluir el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia para definir toda disputa, diferencia o controversia a propósito”. (negrillas ajenas al texto).

En resumen, para que la inobservancia del programa obligacional amerite la terminación del contrato, en lugar de su conservación, es preciso:

- a)-. Que el incumplimiento recaiga sobre obligaciones relevantes en función del fin práctico perseguido por las partes.
- b)-. Que el incumplimiento sea de gran intensidad.
- c)-. Que la renuencia de la parte incumplida sea expresión de su **desinterés** en la ejecución del contrato.

Por lo tanto, si la obligación incumplida no es de mucha relevancia para la finalidad principal del contrato, o si el incumplimiento es leve, o si a pesar del incumplimiento la parte incumplida muestra interés en mantener el contrato, no puede catalogarse como **incumplimiento resolutorio**.

Pues bien, los motivos que FMV adujo para dar por terminado el contrato no tienen las características mencionadas, por lo que no ameritaban la terminación del contrato, como se explica a continuación.

1)-. No eran motivos relevantes desde la perspectiva del interés económico del contrato. No eran aptos para frustrar los principales objetivos de la concesión. Prueba de ello es que el contrato había sido desarrollado íntegramente durante largo tiempo (desde noviembre de 2000 hasta julio de 2011), en presencia de esas mismas circunstancias.

De los tres motivos que adujo la demandada para dar por terminado el contrato de concesión, el único que realmente ocupó la atención de las partes desde abril 1° de 2008 fue el relativo a la separación de las vitrinas de ventas FORD-MAZDA. Así lo precisó también en la contestación de la demanda a la hora de referirse al hecho No. 25:

“No es cierto. Las razones para dar por terminado el Contrato quedaron debidamente expuestas en las respuestas al hecho vigésimo primero, siendo la más relevante de ellas, la reticencia de Madiautos a separar las vitrinas de Mazda y Ford y los talleres, conforme el compromiso asumido desde inicios del 2004 y ratificado en múltiples ocasiones tanto a Ford como a Mazda” (Cuaderno 1 B, folio 30).

Lo relacionado con la atención de HYUNDAI en el taller MORATO fue mencionado por última vez en comunicación de noviembre 11 de 2009 (Cuaderno 1 A, folio 222); después de esta fecha **FMV** nunca volvió a plantear ese tema y, mucho menos, a reclamar por incumplimiento alguno. Venir a esgrimirlo repentinamente como motivo de terminación del contrato, es un despropósito.

En lo relativo al número de puestos de trabajo jamás se definió entre las partes una cantidad precisa, **FMV** nunca sugirió siquiera un número y tampoco formuló reparo alguno a MADIAUTOS por ese aspecto. Siendo así, plantear la insuficiencia de puestos de trabajo como causa para terminar el contrato es, por decir lo menos, un disparate.

2)-. Se referían a incumplimientos leves. Los supuestos incumplimientos no exhibían gravedad, pues los objetivos del contrato de concesión se cumplieron a cabalidad durante once años (del año 2000 al año 2011) en presencia de las mismas circunstancias. Ninguno de los alegados incumplimientos tenía aptitud para obstruir la realización de la actividad propia del contrato de concesión.

3)-. La conducta de MADIAUTOS evidenció el interés en complacer a FMV en todas sus exigencias y reforzar la relación contractual. Muestras inocultables de ello son:

- a)-. La apertura de un nuevo punto de venta en el Centro Comercial Centro Mayor.
- b)-. La precipitada ejecución de la obra de ampliación del concesionario, sin licencia de urbanismo, para obedecer las exigencias de **FMV**, exponiéndose a sanciones urbanísticas.
- c)-. Los sucesivos ofrecimientos de explorar opciones distintas para la separación de vitrinas de ventas. Pese a la gigantesca inversión que exigía complacer el deseo de separar físicamente las vitrinas de ventas MADIAUTOS exhibió total disposición para satisfacerla. Ofreció distintas opciones, se allanó a la escogencia de **FMV**, realizó todas las actividades que impuso **FMV**, invirtió esfuerzos y recursos, promovió el trámite de la respectiva licencia de urbanismo, empezó a ejecutar la obra sin contar con el permiso y propuso nuevas fórmulas después de observar las dificultades para conseguir dicha licencia, e incluso después de haber recibido la comunicación de terminación unilateral del contrato.

La actitud de MADIAUTOS, expresada en tales actos, es del todo contraria a la idea de abandonar la ejecución del contrato, opuesta al concepto de **incumplimiento resolutorio** del que habla la jurisprudencia contemporánea. Lo que traduce la conducta contractual de MADIAUTOS es el deseo de conservar y robustecer la relación contractual con **FMV** aun exponiéndose a ser sancionada por las autoridades de urbanismo.

C. Inobservancia del procedimiento para la terminación unilateral

Es paradójico que **FMV** haya decidido aplicar la cláusula 13 (c) del documento GIDSA para fundar en ella su caprichosa terminación unilateral, pero no haya observado el procedimiento allí mismo contemplado así:

“La Compañía notificará al concesionario por escrito de ese incumplimiento o incumplimientos, ofrecerá revisar puntualmente con el concesionario las razones por las cuales, en la opinión de la Compañía o del Concesionario, dan cuenta del incumplimiento o incumplimientos y le dará al concesionario una oportunidad razonable para remediar el mismo. Si el concesionario incumple o rehúsa remediar el mismo dentro de los sesenta días (60) después de ese aviso, la Compañía podrá terminar este contrato concediéndole al Concesionario sesenta (60) días, previo aviso por escrito de la fecha efectiva de la misma”. (Cuaderno 1 A, folios 88 y 89)

Como se puede ver, dicho procedimiento incluye:

- a)-. Notificar al concesionario por escrito la imputación del incumplimiento o los incumplimientos, lo que equivale a formular “pliego de cargos”.
- b)-. Ofrecer la oportunidad para revisar con el concesionario las razones que constituyen incumplimiento, es decir, “escuchar los descargos”.

c)-. Ofrecer al concesionario la oportunidad para remediar el incumplimiento, para lo cual dispone de sesenta (60) días.

d)-. En caso de renuencia en el plazo anterior, conceder otros 60 días para culminar la relación contractual.

Sin embargo, el proceder de **FMV** consistió en:

a)-. Hacer sucesivas, diversas e intempestivas exigencias al concesionario.

b)-. Imponer al concesionario las condiciones y plazos en los que debían ser acatadas las exigencias.

c)-. Controlar los avances en el acatamiento de sus exigencias.

d)-. Conceder un plazo de 60 días para la terminación del contrato.

Es claro que **FMV** se apartó del procedimiento contemplado en el documento GIDSA para la terminación unilateral. Ciertamente, en el proceder de **FMV** se observa que:

a)-. No hizo imputación de los incumplimientos que darían lugar a la terminación del contrato (pliego de cargos).

b)-. No ofreció oportunidad para revisar con el concesionario las razones calificadas como incumplimiento (descargos).

c)-. No ofreció la oportunidad de remediar “incumplimientos”

En otras palabras, de los 4 pasos que contemplaba la cláusula 13 (c) **FMV** atendió solo el último que consistió en otorgar un plazo de 60 días para culminar la relación contractual. Tal proceder equivale al arbitrario y desmedido uso del señorío que por naturaleza le otorga al concedente el contrato de concesión, sin la menor consideración de los legítimos intereses del concesionario.

Por supuesto que obrar de esa manera es **ilícito** y compromete la responsabilidad de quien así procede.

D. La infundada justificación de la ruptura del contrato

Es inceptable que el sentenciador de primera instancia haya encontrado justificada la ruptura del contrato, cuando las pruebas que aquí se han destacado demuestran todo lo contrario.

X. LA FALSEDAD DE LOS SUPUESTOS INCUMPLIMIENTOS DE MADIAUTOS (Reparos Nos. 1 y 3)

En comunicación de julio 6 de 2011 **FMV** notificó a MADIAUTOS la terminación unilateral del contrato. (cuaderno 1, folios 36 y 37). Allí expresó:

“Son varios y diversos los incumplimientos en que ha incurrido ese concesionario de manera reiterada sin atender los compromisos acordados bajo los planes de negocio anuales (“Business plan”) y otros, respecto de los cuales, a manera de ejemplo, podemos destacar: (i) no haber retirado la operación Hyundai del taller Morato, para el cual se tenía previsto como última fecha de compromiso 30 de Noviembre de 2009 sin que a la fecha se haya hecho efectivo, (ii) el número de puestos de trabajo en el taller y (iii) la separación física de la vitrina de ventas Ford de las de Mazda en el punto de Morato, requerimiento este que todos los demás concesionarios han cumplido debidamente”.

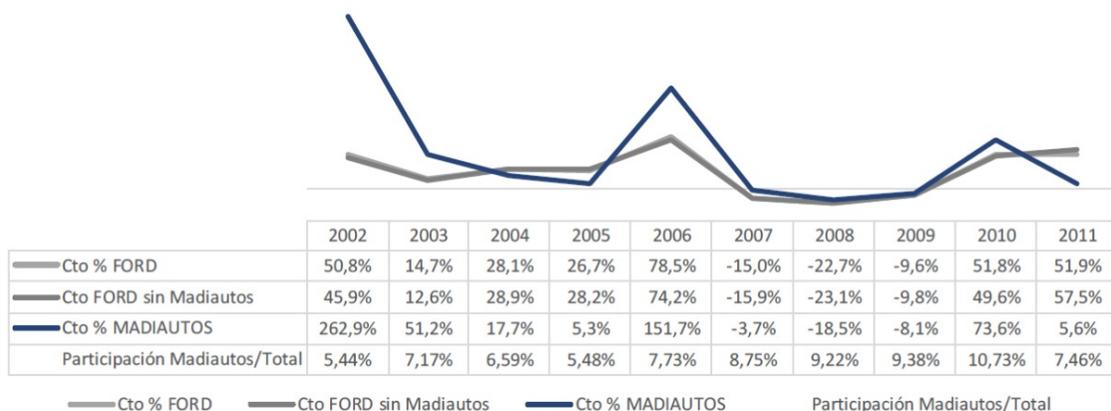
La inexactitud, frivolidad y prepotencia con que decidió **FMV** terminar unilateralmente el contrato resplandecen en la frase con la que comienza el párrafo transcrito: “Son varios y diversos los incumplimientos en que ha incurrido ese concesionario de manera reiterada...”

Un acto jurídico tan fatal como la terminación unilateral de un contrato exige seriedad, exactitud y precisión, atributos de los que carece la imputación de “**varios y diversos incumplimientos**” sin explicar en qué consisten. Imputar incumplimientos en forma indeterminada, como lo hizo **FMV** en la frase transcrita, equivale a poner al imputado en imposibilidad de controvertirlos, pues en tanto se ignore cuáles son los incumplimientos, nadie puede discutirlos o refutarlos.

Los incumplimientos que adujo la parte demandada en la contestación de la demanda aluden al volumen de ventas, cosa que riñe con la realidad, pues la participación de MADIAUTOS en las ventas de FORD fue en permanente aumento hasta convertirse en el mejor vendedor de FORD en el país. De una participación de 5.44% en las ventas del año 2002 pasó al 10.73% en las ventas del año 2010. Así lo revela el dictamen presentado con la contestación de la demanda por **FMV** (Cuaderno 1 B, folio 250). Allí se lee:

La gráfica presentada a continuación muestra el crecimiento de las unidades de vehículos nuevos marca FORD por Madiautos y el total de unidades vendidas en todo el país.

Tabla 12 Ventas Madiautos vs ventas Ford



Como puede verse en el cuadro contenido en el dictamen aportado por la parte demandada, la participación de MADIAUTOS en el volumen de ventas de la marca FORD fue en aumento constante. Incluso su crecimiento en ventas en el periodo 2002-2010 fue notablemente superior al de **FMV**.

Curiosamente uno de los supuestos incumplimientos por los que **FMV** amenazó a MADI AUTOS con la terminación del contrato de concesión, consiste en el deficiente rendimiento del concesionario MAZ AUTOS, como si eso fuera culpa de MADI AUTOS (folio 131, cuaderno 1 A).

Sin embargo, en la misma carta de terminación unilateral **FMV** destacó tres motivos, a título de ejemplo, de los cuales **solo uno** fue objeto de su preocupación en los 19 meses anteriores a la decisión de terminar el contrato: **la separación de las vitrinas de ventas FORD y MAZDA.**

Ciertamente, durante todo el año 2010 y lo que corrió del año 2011 **FMV** no mostró interés en otra cosa que en la separación de vitrinas. Así, en comunicación de agosto 6 de 2010 (Cuaderno 1 A, folio 236) **FMV** se pronunció diciendo:

“De acuerdo a nuestra comunicación del pasado 28 de Julio /10, hoy viernes 6 de Agosto/10 hemos debido recibir planos definitivos y radicación de los mismos ante curaduría. Dado que no se dio cumplimiento a estos compromisos, la facturación del nuevo Ford Fiesta será aplazada para su concesionario hasta tanto cumplan con los siguientes requerimientos de la fábrica:

“- Envío de los contratos firmados de acometidas hidráulicas, eléctricas y estructurales

“- Planos definitivos de remodelación

“- Radicación ante la curaduría

“- Licencia de Construcción aprobada

“- La obra debe iniciarse y debe poder verificarse maquinaria, materiales y recurso humano trabajando en el concesionario”.

Y, una semana después, en comunicación de 13 de agosto de 2010 (Cuaderno 1 A, folios 252 y 253), **FMV** precisó:

“El día de hoy viernes 13 de agosto de 2010 asistimos a Madiautos para revisar los puntos pendientes enviados en carta del pasado 6 de agosto de 2010 y se observó lo siguiente:

- *Envío de los contratos firmados de acometidas hidráulicas, eléctricas y estructurales.* El pasado 6 de agosto se recibió de la Gerencia de Madiautos el contrato firmado para el inicio del proyecto, cumpliendo así con el compromiso.

- *Planos definitivos de la remodelación.* Hoy durante la visita se entregaron los planos definitivos por parte de AVI cumpliendo con el compromiso.

- *Radicación ante curaduría.* Hoy durante la visita se entregó el documento de radicación ante la curaduría por parte de AVI cumpliendo así con el compromiso.

- *Licencia de construcción aprobada.* No ha sido entregada. No cumple.

- *La obra debe iniciarse y debe poder verificarse maquinaria, materiales y recurso humano trabajando en el concesionario. Se evidenció inicio de obra en la zona del taller y parqueaderos con obreros, maquinaria y materiales, cumpliendo con el compromiso.*

“Dado que solo queda pendiente la licencia de construcción por curaduría y la aprobación de la misma tarda hasta 30 días, solicitamos a cambio que envíen la siguiente información antes del próximo viernes 20 de agosto/10:

- *Cronograma de obra. AVI planteó que el mismo me lo enviarán en la fecha solicitada.*
- *Avance significativo en la obra. Este día realizaremos una nueva visita para evidenciar los avances.*
- *Evidencia de anticipo de dinero a AVI para el inicio de la obra, asegurando así los recursos para la ejecución del proyecto.*

“Con lo anterior, hoy facturaremos a Madiautos 1 Fiesta Demo para que puedan dar inicio a preventas y exhibición en sala. Adicionalmente y de cumplir con estos nuevos requerimientos solicitados para el viernes 20 de agosto, procederemos a facturarles Fiesta a partir del próximo lunes 23 de Agosto de 2010”.

En el contenido de tales comunicaciones sobresale el intenso interés de **FMV** por la separación de vitrinas de ventas. Ninguna referencia hay allí a otros temas que sean motivo de preocupación de **FMV**. Nada dicen sobre el taller HYUNDAI ni sobre el número de puestos de trabajo.

En definitiva, desde enero de 2010 la única preocupación que **FMV** expresó fue la relativa a la separación de vitrinas de ventas FORD y MAZDA.

No obstante, es preciso señalar que las tres razones invocadas por **FMV** para dar por terminado el contrato **son enteramente falsas**, como se expone enseguida:

A. Permanencia de la operación Hyundai en taller Morato.

El recorrido del tema HYUNDAI en la relación contractual examinada puede sintetizarse así:

En el acta de la reunión del proyecto CONDOR de marzo 2 de 2000, se dejó constancia de que MADIAUTOS era concesionario de las marcas FIAT y HYUNDAI. (Cuaderno 1, folios 421 a 424).

En comunicación de noviembre 21 de 2000 MADIAUTOS se comprometió a dejar de comercializar vehículos nuevos de la marcas diferentes de FORD y MAZDA (HYUNDAI y FIAT) desde el 1 de diciembre de 2000. (Cuaderno 1, folio 429)

El 14 de enero de 2002 MADIAUTOS reportó el cumplimiento del requisito de constitución de la nueva sociedad “MADIAUTOS 127” en cabeza de la cual quedaría la operación de marcas diferentes de FORD y MAZDA. (Cuaderno 1, folios 430 a 431).

En comunicación de marzo 13 de 2002 **FMV** señaló que el requerimiento de manejo independiente de las marcas FORD y MAZDA ha sido cumplido de manera parcial mediante la constitución de una sociedad independiente para manejar las marcas diferentes a FORD y MAZDA (Cuaderno 1 A, folios 1 y 2).

El 28 de octubre de 2008, en reunión que quedó registrada en Acta de compromiso, MADIAUTOS planteó, entre otras cosas:

Opción 1. Separar las salas de ventas de MAZDA y FORD. La acepta MAZDA a condición de que HYUNDAI se retire del taller (**a excepción de colisión**). FORD estudiará los planos de la propuesta en noviembre de 2008. Se esperará la presentación de un nuevo plano. A más tardar en marzo de 2009 se retirará la operación de posventa de Hyundai **a excepción de colisión**. Los avisos de fiat se retirarán de inmediato y los repuestos de marcas diferentes serán objeto de liquidación”. (Cuaderno 1 A, folio 181). (negrillas ajenas al texto).

Como puede observarse, el tema relacionado con la marca HYUNDAI fue insistentemente tratado entre las partes desde el principio de la relación contractual, pero jamás se descartó la atención de HYUNDAI en el taller de MADIAUTOS. Por el contrario, expresamente se dejó a salvo la atención por “**colisión**”, lo que significa que **FMV** aceptó que en dicho taller se pudiera restaurar o reparar los vehículos HYUNDAI averiados en **colisiones**.

A pesar de ello, en su actitud arbitraria y despótica, **FMV** pretendió imponer la total exclusión de la atención de HYUNDAI. Así, en comunicación de noviembre 11 de 2009 **FMV** puntualizó:

“Les solicitamos nos presenten antes del 30 de noviembre de 2009, planos y cronograma de implementación de la propuesta definitiva incluyendo el retiro de la operación Hyundai y Fiat del taller de servicio”. (Cuaderno 1 A, folio 222).

Por supuesto que tal exigencia superaba el compromiso que MADIAUTOS había contraído un año atrás. Pero **FMV** mostró una vez más su poderío y su afán de oprimir a MADIAUTOS, exigiendo algo que redundaría en contra de los intereses económicos del concesionario.

No hubo, por consiguiente, incumplimiento de MADIAUTOS, sino una **abusiva exigencia** de **FMV**, mucho más allá de lo que MADIUTOS había prometido.

Adicionalmente, es bueno observar que el tema relativo a la atención de HYUNDAI en el taller MORATO dejó de ser relevante para **FMV** desde diciembre de 2009, pues en todas las reuniones y comunicaciones posteriores se enfocó exclusivamente en la separación de las vitrinas FORD y MAZDA.

Así, en sus comunicaciones de agosto de 2010 (Cuaderno 1 A, folios 236, 252 y 253) condicionó la facturación de vehículos al cumplimiento del cronograma de actividades para la separación de vitrinas y nada dijo sobre la atención de HYUNDAI en el taller MORATO. De este último tema jamás volvió a hablar **FMV** desde el 11 de noviembre de 2009, hasta el 6 de julio de 2011, cuando lo adujo como motivo de terminación unilateral del contrato.

B. Número de puestos de trabajo

En la relación contractual de **FMV** con MADIAUTOS jamás se determinó un número de puestos de trabajo al servicio de vehículos FORD, a diferencia de lo que ocurrió con MAZDA que exigió 18 de los 64 puestos del taller MADIAUTOS.

Si de los 64 puestos de trabajo disponibles en el taller, la marca MAZDA solo requería 18, los otros 46 estuvieron disponibles para la marca FORD. Lo cierto es que durante la vigencia del contrato jamás hubo reclamo de **FMV** en ese sentido.

En definitiva, en vigencia del contrato de concesión jamás se dijo cuántos puestos de trabajo requería **FMV**. Por supuesto que venir a decir, a la hora de terminar el contrato, que se incumplió el número de puestos de trabajo, sin haber establecido antes un número, es una imputación indeterminada, arbitraria e imposible de constatar.

Por lo tanto, no hubo incumplimiento de MADIAUTOS en lo que se refiere a número de puestos de trabajo que nunca se definieron entre las partes. Y si **FMV** jamás hizo un reclamo por el número de puestos de trabajo, es porque ese aspecto nunca fue objeto de preocupación para el concedente.

C. Separación de vitrinas de ventas FORD y MAZDA

La idea de separar las vitrinas de ventas de FORD y MAZDA surgió en el año 2008. En comunicación de 1° de abril de 2008 **FMV** le exigió a MADIAUTOS la separación de vitrinas y para ello le pidió una propuesta. La misiva dice así:

"(...) queremos reiterar que las condiciones del mercado automotor y de la amplitud del portafolio de producto de las marcas Ford y Mazda que justificaron en su momento el desarrollo de los concesionarios duales en la ciudad en que su concesionario está localizado, han cambiado sustancialmente. El crecimiento del mercado total y de los segmentos relevantes, así como la ampliación de la oferta de producto de ambas marcas en su ciudad, han llevado tanto a Ford como a Mazda a buscar diferenciación y separación de su imagen en las instalaciones de sus concesionarios.

"Esta diferenciación en las instalaciones requiere que su propuesta formal de separación de las dos marcas cumpla con los estándares de cada una, tal como se detalla en el anexo. Durante el mes de abril de 2008, un equipo de cada marca visitará el concesionario con el propósito de establecer las brechas frente a los estándares requeridos." (Cuaderno 1 A, folios 172 a 174)

Tras recibir la propuesta de MADIAUTOS, en comunicación de 6 de agosto de 2008, **FMV** manifestó que la propuesta no cumple los estándares requeridos para la separación y exigió algunos ajustes (Cuaderno 1, folio 22).

En reunión de octubre 28 de 2008, para complacer a **FMV**, MADIAUTOS propuso tres opciones, a saber:

Opción 1. Separar las salas de ventas de MAZDA y FORD. La acepta MAZDA a condición de que HYUNDAI se retire del taller (a excepción de colisión). FORD estudiará los planos de la propuesta en noviembre de 2008. Se esperará la presentación de un nuevo plano. A más tardar en marzo de 2009 se retirará la operación de posventa de Hyundai a excepción de colisión. Los avisos de fiat se retirarán de inmediato y los repuestos de marcas diferentes serán objeto de liquidación.

Opción 2. Adecuar una sala de ventas en la calle 102 con carrera 19 para una de las marcas.

Opción 3. Adecuar una sala de ventas en la Calle 130 con carrera 7 en un área de 700 m2. Esta propuesta le interesa a FORD. Mazda se queda en MORATO". (cuaderno 1 A, folio 181).

Transcurrió más de un año sin que **FMV** escogiera una de las opciones propuestas por MADIAUTOS, a pesar de haber mostrado inclinación por la opción 3, es decir, la adecuación de la sala de ventas en la Calle 130 con Carrera 7. Solo en noviembre 11 de 2009 **FMV** comunicó su preferencia, pero ya no por la opción 3, sino por la opción 1 (Morato), así:

"Sin embargo, por parte de Ford habiendo revisado las alternativas que en su momento Madiautos propuso para la separación, les confirmamos que la ubicación elegida debe ser la sala de Morato". (Cuaderno 1 A, folio 222).

Paradójicamente, en la misma comunicación **FMV** le concedió un plazo de 19 días a MADIAUTOS para entregarle "planos y programa de implementación de la propuesta definitiva..." de una obra de remodelación y ampliación de 6.000 metros cuadrados con un costo de \$6.000'000.000.00. Por supuesto que exigir tales estudios en un plazo de 19 días, **después de haber tardado más de un año** en escoger una de las tres opciones, no puede traducir otra cosa que un comportamiento prepotente y antipático de **FMV**.

Más tarde, en comunicación de agosto 6 de 2010 (Cuaderno 1 A, folio 236) **FMV** aplazó la facturación hasta que MADIAUTOS cumpliera los requerimientos que destaca así:

- 1)-. Envío de los contratos firmados de acometidas hidráulicas, eléctricas y estructurales
- 2)-. Planos definitivos de remodelación
- 3)-. Radicación ante la curaduría
- 4)-. Licencia de Construcción aprobada
- 5)-. La obra debe iniciarse y debe poder verificarse maquinaria, materiales y recurso humano trabajando en el concesionario.**

Una semana después, en comunicación de agosto 13 de 2010, **FMV** confirmó que **había constatado el cumplimiento de los requerimientos**, excepto la aprobación de la licencia de construcción, por lo que señaló que procedería a facturar (Cuaderno 1 A, folios 252 y 253). En otras palabras, bajo la presión de **FMV**, MADIAUTOS había llegado a **violar las normas urbanísticas** y se había expuesto a sanciones por iniciar la ejecución de la obra sin la respectiva licencia urbanística.

Pero dichas comunicaciones de agosto 6 y 13 de 2010 dejaron en evidencia que para esa época en lo único que tenía interés **FMV** era la separación de las vitrinas de FORD y MAZDA. Exclusivamente a ello condicionó la facturación a MADIAUTOS y apenas corroboró el avance procedió a facturar.

Sin embargo, los intereses de **FMV** variaron rotundamente apenas cuatro meses después. En comunicación de diciembre 9 de 2010, ante la demora de la Curaduría en relación con la licencia de urbanismo, MADIAUTOS le informó a **FMV** que la obra estaba paralizada. Adicionalmente, como solución le propuso “montar una vitrina de ventas, taller de servicio rápido y zona para aislamiento y bodegaje” en la Carrera 19 con calle 102. (Cuaderno 1 A, folio 269).

Ante esa situación **FMV** guardó silencio, mostrando total desinterés en el tema. A pesar de haber asfixiado a MADIAUTOS con la supuesta urgencia de remodelar la planta física del concesionario, exhibió absoluta displicencia por la alternativa ofrecida y por la buena disposición de MADIAUTOS.

En marzo de 2011 MADIAUTOS le informó a **FMV** que la Curaduría Urbana no concedió la licencia (Cuaderno 1, folio 35) y le envió copia del acta de observaciones y correcciones de la Curaduría. En dicha acta de enero 24 de 2011 (Cuaderno 1, folio 33), la Curaduría Urbana señaló:

“OBSERVACIONES ARQUITECTONICAS /URBANISTICAS

“1. Según la Resolución CUS-0113 del 12 de Octubre de 2000, en su artículo séptimo numeral 1.2, para predios en ejes zonales de actividad y polígono D-ZID-A-2. El uso del comercio Zonal II A y II B, esta permitido con las siguientes condiciones:

- En desarrollo industrial Clase II en predios con área útil de más de 2.000 M.
- En los dos (2) primeros pisos de edificaciones destinadas al uso de vivienda pertenecientes a desarrollos residenciales.
- En manzanas o lotes de cobertura zonal pertenecientes a desarrollos residenciales, según lo dispuesto en los artículos 11 y 14 de este decreto.
- En edificaciones aisladas pertenecientes a agrupaciones residenciales, con la altura permitida para cada uso en las normas volumétricas de los ejes.
- En desarrollos comerciales zonales en predios con área útil de más de 2.000 M2.
- En desarrollos urbanísticos comerciales metropolitanos.

“Al revisar el proyecto, el lote 6 de la Urbanización Capitalinas 1, 2 y 3 no cumple con ninguna de estas condiciones, por tal razón el uso del suelo no se podría conceder”.

La observación señalada pone de presente el hecho de que algunas fracciones del terreno que se pretendía ocupar en la remodelación no estaban catalogadas como terreno para uso industrial, sino para uso residencial, lo que hacía imposible otorgar licencia para el proyecto, dado que los usos del suelo están definidos en el Plan de Ordenamiento Territorial de conformidad con los numerales 1.3 y 2.5 del artículo 12 y los numerales 1 y 4 del artículo 13 de la Ley 388 de 1997.

Como la adopción del Plan de Ordenamiento Territorial corresponde al Concejo Distrital de conformidad con el artículo 9 de la Ley 388 de 1997, los particulares no pueden alterarlo y tampoco lo puede hacer el Curador Urbano, por lo que la observación de la Curaduría deviene imposible de superar.

Ahora bien, en la misma comunicación de marzo de 2011, MADIAUTOS le insiste a **FMV** en la conveniencia de explorar otras opciones, para lo cual le sugiere hacer una reunión (Cuaderno 1, folio 35). MADIAUTOS queda a la espera de una respuesta de **FMV** y esta guarda silencio, exhibiendo una vez más su **desinterés** en el tema.

Luce inexplicable que después de haber acosado con plazos angustiosos a MADIAUTOS para la remodelación de la planta física y de haberla conducido a contravenir las normas urbanísticas y exponerse a sanciones, **FMV** haya mostrado tanta displicencia por las alternativas que el concesionario le ofrecía para satisfacerle las exigencias.

Mientras MADIAUTOS esperaba una respuesta para encontrar una fórmula que solucionara la dificultad, repentinamente, el 6 de julio de 2011, **FMV** le comunicó su **fulminante decisión de terminar unilateralmente el contrato**.

Inmediatamente recibida la comunicación escrita, MADIAUTOS estableció contacto telefónico con **FMV** con el propósito de disuadirla de la decisión unilateral y le insistió en otra opción: **renunciar a la distribución de MAZDA para seguir solo con la distribución de FORD.**, lo que implicaba satisfacer con creces el deseo expreso de **FMV**. Pero lo único que obtuvo como respuesta fue un **rotundo NO**, que después se formalizó en los **siguientes** términos:

"Hago referencia a nuestra conferencia telefónica del pasado viernes 8 de julio/11, producto de tu llamada acusando recibo de nuestra carta 6 de julio en la cual se les notificaba la decisión de terminar el contrato conocido como GIDSA. **Durante dicha conversación propusiste renunciar a continuar con la distribución de vehículos MAZDA a cambio de poder seguir solo con la distribución FORD en las instalaciones de Morato, respecto de lo cual no podemos hacer comentario alguno.**

(...) **Por consiguiente, ya no cabe considerar nuevas propuestas, sino que debemos encaminarnos al desmonte de la distribución para lo cual deseamos que esta sea lo menos traumático posible y en esto deseamos trabajar conjuntamente con ustedes**". (Cuaderno 1, folios 38 y 39).

En suma, si hay algo irrefutable es la disposición y el esmero que exhibió MADIAUTOS para complacer a **FMV** en aquello que puso mayor interés hasta agosto de 2010: la separación de las vitrinas FORD y MAZDA. Si dicha separación no se hizo realidad fue exclusivamente por la intransigencia de **FMV** al rehusar la consideración de otras opciones ante los impedimentos para ampliar la sede MORATO, hasta el punto de rechazar categóricamente la opción de destinar las instalaciones de MORATO exclusivamente para la marca FORD.

Por lo tanto, en lo que tiene que ver con la separación de vitrinas, aspecto en el que **FMV** puso el acento desde noviembre de 2009 hasta agosto de 2010, lo que hizo MADIAUTOS fue disponer lo necesario para complacer al concedente, por lo que enrostrarle incumplimiento es una actitud demasiado cínica si se tiene en cuenta que desde agosto de 2010 **FMV** no volvió a prestar atención al tema y guardó silencio ante las opciones propuestas por MADIAUTOS.

D. El indebido reconocimiento de incumplimientos por parte de MADIAUTOS

Cuando las pruebas muestran que MADIAUTOS hizo todo lo que a su alcance estuvo para complacer las exigencias de FMV, no puede ser aceptable que el juzgador de primera instancia haya concluido que son verdaderos los incumplimientos alegados por FMV.

XI. LA SUSTENTACIÓN DE LOS REPAROS EN EL ORDEN EN QUE FUERON PLANTEADOS ANTE EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA

Con la finalidad de evitar estériles discusiones sobre la competencia del Tribunal para examinar los argumentos explicados hasta ahora, expondré en este acápite los pormenores de cada uno de los reparos, con sujeción al orden que exhiben en el memorial de apelación.

Reparo No. 1. El juzgador de primera instancia incurrió en “una grave e indebida valoración probatoria” (pág. 4, párrafo 2).

La inocultablemente errónea valoración probatoria del fallo se traduce en:

a)-. No haber advertido que la sociedad concedente (**FMV**) hizo ostentación de una **posición de dominio** en su relación contractual con MADIAUTOS, a pesar de la presencia de los documentos que dan cuenta de las caprichosas exigencias sucesivas que hizo la primera, mediante las cuales fue sometiendo cada vez con mayor intensidad al concesionario. Fue precisamente esa posición de dominio la que le permitió imponer condiciones, hacer nuevas y sucesivas exigencias, amenazar continuamente con medidas represivas, negarse a vender ciertos productos al concesionario, hacer llamadas de atención y todo tipo de reprimendas, sin que el concesionario pudiera siquiera protestar. Así se explicó en los apartados III y VII de este alegato.

b)-. Haber apreciado y aplicado parcialmente el clausulado del documento denominado GIDSA, no obstante estar demostrado que se trataba de un proyecto de contrato entre MADIAUTOS y Ford Motor Company y ajeno a FMV, que no nació antes de 2017 por falta de una solemnidad *ad substantiam actus*, que solo en 2017 pudo nacer por la ratificación de Ford Motor Company, que contiene cláusulas abusivas y que había sido descartado por el mismo juzgado. Todo ello quedó expuesto en el apartado IV de este alegato.

c)-. No haber reconocido que **FMV** obró de mala fe desde el comienzo hasta la terminación de la relación contractual, pese a la presencia de los documentos que demuestran su intención de atrincherarse en un proyecto de contrato en el que no sería parte, para evadir su responsabilidad respecto de sus obligaciones con el concesionario MADIAUTOS. Así se dejó explicado en los apartados V y VI de este alegato.

d)-. Haber encontrado justificada la terminación unilateral del contrato a pesar de que no existe disposición legal ni contractual que contemple para este caso dicha facultad exorbitante. En ausencia de precepto legal o cláusula que autorice la terminación unilateral, la legítima ruptura del contrato exigía consenso de las partes o decisión judicial. Así está expuesto en el apartado IX de este alegato.

e)-. Haber considerado incumplido el contrato por parte de MADIAUTOS, cuando las pruebas que hay en el proceso indican claramente que MADIAUTOS hizo todo lo que estuvo a su alcance para complacer las exigencias de FMV aunque las percibía arbitrarias y que los motivos que adujo FMV son circunstancias irreales y tan insignificantes que ni siquiera podían poner en riesgo el objetivo económico del contrato de concesión. Así se dejó expuesto en el apartado IX y X de este alegato.

f)-. Haber tenido por establecido que MADIAUTOS incumplió el compromiso de retirar la atención de Hyundai en el taller de Morato, cuando las pruebas documentales presentes demuestran que MADIAUTOS **se reservó la atención de Hyundai en colisión**, que MADIAUTOS se comprometió a ello en reunión de 28 de octubre de 2008 y que las facturas que el juzgado encontró por atención de vehículos Hyundai corresponden a 25 de mayo de 2005, 29 de junio de 2006 y 15 de marzo de 2007, es decir, anteriores a dicho compromiso. Siendo así, no puede hablarse de incumplimiento de MADIAUTOS. Así se dejó explicado en el apartado X de este alegato.

g)-. No haber detectado que ante la demora y las dificultades que planteaba la obtención de la licencia de construcción, MADIAUTOS le propuso a FMV explorar otras opciones y le ofreció varias que podían satisfacer los deseos de FMV, pero esta hizo caso omiso de ello. Así quedó expuesto en el apartado X de este alegato.

h)-. No haber observado que el 8 de julio de 2011, **en vigencia del contrato de concesión**, MADIAUTOS ofreció destinar las instalaciones del concesionario en MORATO **exclusivamente para la marca FORD** (Cuaderno 1, folio 38 y 39), lo que coincidía con una de las opciones que desde el año 2008 había contemplado **FMV**, según lo declararon Luz Elena del Castillo, Jorge Neira y José Armando García. Sin embargo, ante el ofrecimiento de MADIAUTOS la respuesta de FMV fue **un caprichoso y rotundo NO**. Así quedó explicado en el apartado X de este alegato.

Reparo No. 2. En la sentencia hay “una falta de coherencia entre la argumentación jurídica y la evidencia utilizada” (pág. 4 párrafo 2°).

La falta de coherencia se refleja principalmente en el hecho de que el fallo niega la importancia de examinar los cuestionamientos contra el documento GIDSA y, sin embargo, lo aprecia como fuente normativa para dirimir el pleito, especialmente para aplicar la cláusula relativa a la terminación unilateral de la relación contractual. Así se dejó explicad en el apartado IV de este alegato.

Reparo No. 3. La sentencia exhibe “una omisión fundamental en el estudio y valoración del elemento más importante de la presente litis que es si hubo o no justa causa para terminar unilateralmente la relación contractual” (pág. 4, párrafo 2°).

Lo que se evidencia en el fallo de primera instancia es una enorme superficialidad en el examen de la justa causa para terminar el contrato de manera unilateral. Por un lado, no se detiene a establecer si existe cláusula consensuada por las partes en la que se autorice terminar el contrato en forma unilateral; tampoco examina si los motivos alegados por la sociedad concedente para terminar el contrato estaban expresa e inequívocamente contempladas como causales de terminación unilateral, si los hechos aducidos por la sociedad concedente encajan en las causales de terminación unilateral, si son hechos suficientemente relevantes para extinguir el vínculo negocial y, mucho menos, si se agotó el debido procedimiento para la terminación. Tampoco hizo una valoración racional de las pruebas relativas a los hechos aducidos como causa para terminar el contrato: continuación de la atención de Hyundai en el taller, escasés de puestos de trabajo para FORD y renuencia a separar las vitrinas.

De haber hecho tal ejercicio, necesariamente habría concluido que en el contrato celebrado entre FMV y MADIAUTOS nunca hubo estipulación que autorizara la terminación unilateral, que jamás las partes pactaron esa opción, que ninguna de las partes estaba legitimada para terminar unilateralmente el contrato, que los hechos alegados por la sociedad concedente son irrelevantes desde la perspectiva del interés económico del contrato y que, además, son enteramente falsos. Así se demostró en los apartados IX y X de este alegato.

Reparo No. 4. El fallo “carece de armonía lógica interna que lo convierte en una paradoja en donde no es posible la coexistencia de algunos de los fundamentos de hecho sobre los que se basa (...), i) la relación comercial fue la misma desde el año 2000 al 2011 y ii) que la relación que rigió la relación contractual, según ellos, entre las partes era el GIDSA” (pág. 4, párrafo 2°).

La coherencia interna del fallo brilla por su ausencia. Si el documento GIDSA apareció en el año 2004 y la relación contractual fue una sola desde el 2000 hasta el 2011, es imposible que se haya regido por el GIDSA. Sin embargo, la sentencia descansa en esas dos premisas: por un lado reconoce que el contrato de concesión fue uno solo desde 2000 hasta 2011, y por otro lado se funda en las cláusulas del GIDSA para darle soporte a la terminación unilateral. Claro está que esa línea argumentativa luce del todo irracional. Así se explicó en el apartado IV de este alegato.

Reparo No. 5. El GIDSA “es un contrato inexistente, carente de requisitos *ad substantiam actus*, huérfano de identidad de partes, plagado de cláusulas abusivas y contra fácticas, que fue adulterado, que contiene espacios en blanco y contradicciones en lo que respecta a anexos, sin firma, dicho sea de paso...” (pág. 4, párrafo 2°).

Como se dejó explicado en el apartado IV de este alegato, el GIDSA no alcanzó a nacer, dado que nunca se cumplió el requisito *ad substantiam actus* consistente en la firma del Secretario de Ford Motor Company, solemnidad a la cual estaba supeditado su perfeccionamiento. Solo en el año 2017, seis años después de finalizar la relación de MADIAUTOS con FMV, la sociedad Ford Motor Company expresó su consentimiento mediante la ratificación de la firma puesta por un sujeto que no llevaba su representación. En otras palabras, el contrato GIDSA nació en el año 2017 cuando ninguna de las partes tenía interés en hacerlo realidad.

Adicionalmente, el GIDSA estaba destinado a regular una relación contractual entre MADIAUTOS y Ford Motor Company, distinta de la que existió entre MADIAUTOS

y FMV. Por consiguiente, es irracional aplicar a esta relación negocial el clausulado de un contrato ajeno a FMV que se quedó en proyecto frustrado.

Aparte de ello, el GIDSA es un documento en el que brillan las cláusulas abusivas, entre las cuales se destaca a relativa a la terminación unilateral, como se dejó explicado en el apartado IV de este alegato.

Por último, el documento contentivo del clausulado del GIDSA fue adulterado, dado que quien debía firmarlo fue suplantado, como se demostró en el apartado IV de este alegato.

Reparo No. 6. A pesar de que el juzgado descartó el GIDSA como fuente formal en este proceso, le dio aplicación parcial para justificar la terminación unilateral. “Al aceptar el uso del GIDSA para justificar la terminación del contrato, lo que está haciendo es convalidar este documento únicamente en los aspectos desfavorables para Madiautos, pero sin tomar en cuenta los distintos aspectos que imposibilitaban su aplicación” (pág. 5, último párrafo).

Para darle soporte normativo a la terminación unilateral del contrato de concesión celebrado entre MADIAUTOS y FMV, el juzgado le dio aplicación a la cláusula 13 del GIDSA, lo que de por sí es ilegítimo, dado que este no estaba destinado a regular una relación contractual con FMV sino con Ford Motor Company. Pero lo que hace más grave la situación es que el juzgado haya hecho aplicación parcial del GIDSA para justificar la terminación unilateral, pero no haya aplicado la cláusula que supedita el perfeccionamiento del contrato a la firma del Secretario de Ford Motor Company. Así se dejó establecido en el apartado IV de este alegato.

Reparo No. 7. El juzgado pasó por alto el **abuso de la posición dominante** de la parte demandada. “En este sentido, no se entiende cómo la señora juez opta por interpretar la conducta de FMDC, (...) como la intención de efectivamente celebrar válidamente dicho contrato y no, por el contrario, como una estrategia deliberada y concienzuda para ejercer poder e influencia desmesurada sobre los concesionarios -un abuso de posición dominante- en donde ante cualquier inconformidad por parte del agente/concesionario, la respuesta de los funcionarios de Ford era un sarcástico “*si no le gusta, nos vemos en Delaware*” (pág. 6, párrafo 2°).

Con un simplismo exacerbado, el juzgado desechó la presencia de la posición dominante que es común en los contratos de concesión automotriz y por ese camino, ni siquiera entró a analizar el abuso que hizo de ella la sociedad concedente, como se demostró en los apartados III y VII de este alegato.

Reparo No. 8. El juzgado pasó por alto la **carencia de buena fe** en la conducta del concedente. “Por lo tanto, es claro que hubo como mínimo una inducción al error en cuanto al sujeto de la relación contractual (¿Ford Motor Company? ¿Ford Motor Andina?) y más probablemente, una estrategia de muy dudosa buena fe de generar una relación en donde resultase virtualmente imposible realizar un reclamo jurídico u oponerse a un requerimiento por parte de FMDC....” (pág. 6, párrafo 3°).

Es claro que el juzgado omitió considerar **la buena fe contractual** que es exigible en ambas partes. De haber examinado este aspecto, habría tenido que reconocer que FMV obró de mala fe en la ejecución del contrato de concesión que celebró con MADIAUTOS, pues a partir de 2004 hizo todo por evadir sus obligaciones y pretendió atrincherarse en una minuta de contrato en el que ella jamás sería parte. Así se dejó demostrado en los apartados V y VI de este alegato.

Reparo No. 9. El juzgado aplicó parcialmente el GIDSA y lo interpretó incorrectamente en lo relativo a la terminación unilateral. “Por tanto, (...) lo cierto es que como mínimo entonces le correspondía a la señora juez hacer una valoración más exhaustiva del documento no solo en lo favorable para Ford a la hora de determinar qué contrato realidad se formó, como lo es la cláusula decimotercera respecto a la terminación” (pág. 6, párrafo 4°).

De una manera irracional, el juzgado aplicó la cláusula 13 relativa a la terminación unilateral, pero sólo para darle asidero normativo al arbitrario proceder de FMV, pues ni siquiera observó que en la misma cláusula 13 están contempladas unas causales de terminación unilateral que nada tienen que ver con las esgrimidas por FMV y que, además, allí está previsto un procedimiento que tampoco se cumplió para la terminación unilateral. Tampoco tuvo en cuenta la cláusula que supedita el nacimiento del contrato a la firma del Secretario de Ford Motor Company. Así se dejó demostrado en el apartado IV de este alegato.

Reparo No. 10. El GIDSA no puede ser fuente en este proceso. “Por ende, es importante al determinar cual era la *communis intentio* el entender que el ejercicio hermenéutico no versa sobre el GIDSA de manera alguna, sino por el contrario, sobre la Carta de Intención, la cual es la única relación jurídica válida y existente entre las partes”. (pág. 7, párrafo 2°).

El hecho de que el GIDSA fuera un proyecto de contrato destinado a regir una relación entre MADIAUTOS y Ford Motor Company, exclusivamente, hace imposible pensar que pudiese ser aplicado a la relación entre MADIAUTOS y FMV. La única verdadera fuente formal aplicable al contrato entre MADIAUTOS y FMV era la Carta de Intención del año 2000, en la cual no se contempló la terminación unilateral. Así se dejó explicado en el apartado IV de este alegato.

Reparo No. 11. El juzgado erró al concluir que el GIDSA traduce la verdadera voluntad de las partes para darle aplicación caprichosa en la sentencia. “De idéntica manera, se equivoca gravemente y en forma crasa el despacho cuando infiere de las pruebas practicadas que las partes en conflicto suscribieron (¿?) el documento del 30 de marzo de 2004, titulado Global Dealer Sales and Service Agreement- GIDSA- (pag. 41 sent.) y cuando concluye: “*Sin embargo, innegable resulta que este no fue más que el reflejo inequívoco de la verdadera voluntad de las partes (encaminada por la senda de la concesión).*”

Sostener, como lo hizo el juzgado, que el GIDSA es el “reflejo inequívoco de la verdadera voluntad de las partes” es acertado solo si se alude a quienes iban a ser partes del proyectado contrato, es decir, MADIAUTOS y Ford Motor Company; pero no si se refiere a las partes del contrato entre MADIAUTOS y FMV, pues esta última sería enteramente ajena. Decir que la verdadera voluntad de MADIAUTOS y FMV está reflejada en un proyecto de contrato que estaba destinado a regular una relación entre MADIAUTOS y Ford Motor Company, es un desacierto inocultable. Así se dejó expuesto en el apartado IV de este alegato.

Reparo No.12. El contrato GIDSA no se perfeccionó. “Quiere decir lo anterior, que al no haber sido suscrito dicho acuerdo por el funcionario de FORD MOTOR COMPANY que debía hacerlo, de conformidad con lo allí establecido, nunca se formalizó el mencionado contrato de concesión y por tanto, tampoco tuvo vigencia su clausulado en el tiempo, y por supuesto y ni mucho menos la cláusula trece que permitió unilateralmente dar por terminado el contrato”. (pág. 8, párrafo 2°).

Es claro que el nacimiento del contrato GIDSA estaba condicionado a que el documento que contenía sus cláusulas fuera firmado por el Secretario de Ford Motor Company. Como este nunca lo firmó y vino a ratificarlo solo en el año de 2017, no pudo regir antes de esta fecha. Por consiguiente, ninguna de sus cláusulas podía imperar antes de 2017, ni siquiera la relativa a la terminación unilateral. Así se expuso en el apartado IV de este alegato.

Reparo No. 13. En el GIDSA no fue parte FORD MOTOR DE COLOMBIA SUC. “Menos aun puede concluirse de las condiciones advertidas que dicha relación contractual se surtió con FMDC cuando precisamente es el representante de esta, quien expresa de manera concluyente y definitiva que nunca fue parte del citado contrato, en el que, a su decir, simplemente actuó como representante de FORD MOTOR COMPANY, entre otras cosas, sin exhibir poder alguno, empresa que nada tuvo que ver con la relación contractual a que alude el proceso, como ha quedado debidamente acreditado en él”. (pág. 8, párrafo 2°).

Es indiscutible que en el proyectado contrato GIDSA serían partes solo MADIAUTOS y Ford Motor Company. Por consiguiente, allí jamás serían parte FMV ni FORD MOTOR COLOMBIA. Siendo así, no puede ser legítimo aplicar sus cláusulas a una relación entre MADIAUTOS y FMV. Así se dejó demostrado en el apartado IV de este alegato.

Reparo No. 14. La sentencia es incoherente al excluir el GIDSA y, sin embargo, fundarse en su clausulado. “De igual manera, no se entiende ni admite la negativa del Despacho a profundizar sobre el análisis del GIDSA, aduciendo que *resulta ajeno a la controversia*, y supuestamente absteniéndose de su evaluación como prueba, (...) especialmente para señalar incumplimientos de la accionante en las obligaciones derivadas de la relación contractual, las que no tendrían efecto procesal alguno en el evento de carecer de validez y eficacia el GIDSA en la relación contractual de las partes...” (pág. 8, párrafo 3°).

Tras ser cuestionado el GIDSA por la parte actora, el juzgado decidió excluirlo por considerar que no es objeto de este pleito porque regula una relación ajena a la parte demandada y distinta de la que aquí se discute. Sin embargo, a la hora de decidir de fondo aplica su clausulado para justificar la decisión arbitraria de la sociedad demandada de terminar unilateralmente el contrato. Nada más inexplicable desde el punto de vista racional, como se demostró en el apartado IV de este alegato.

Reparo No. 15. Indebida valoración de la declaración de parte de la actora. En el memorial de apelación se lee: “...es de notar que la señora juez interpretó erradamente el interrogatorio del Señor Enrique Guzmán en lo que respecta a la factibilidad de subsanar la licencia. Los problemas que detecta la curaduría son insalvables toda vez que tienen que ver con el uso de suelo de la franja donde se pretendía levantar la construcción de 6.000 mts, el cual resultó ser residencial, categoría que impide de manera infranqueable la obtención de la licencia toda vez que se necesitaría para ello que se modificara el Plan de Ordenamiento Territorial de la ciudad, lo cual se explicó por escrito a la demandada ofreciéndole alternativas que no fueron aceptadas” (pág. 8, último párrafo y pág. 9 primer párrafo).

El uso del suelo es un problema que, por disposición legal (Ley 388 de 1997, arts. 12 y 13), se resuelve a partir del Plan de Ordenamiento Territorial, cuya adopción en Bogotá corresponde al Concejo Distrital. Si determinado terreno localizado en Bogotá tiene asignado cierto uso, este puede variarse solo mediante un Acuerdo expedido por el Concejo Distrital, decisión que puede tardar demasiado y depende

exclusivamente de la voluntad de la Corporación. De ahí que el cuestionamiento hecho por la curaduría urbana respecto del uso del suelo que MADIAUTOS pretendió destinar para la ampliación de la planta física del concesionario, podía solucionarse solo si el Concejo Distrital producía un Acuerdo que modificara el uso del suelo.

Por consiguiente, que el Señor Enrique Guzmán haya dicho en su declaración que salvar el obstáculo relativo al uso del suelo para la ampliación del concesionario sería muy demorado, no puede tener otro significado sino el que se desprende del texto legal. Sin embargo, el juzgado entendió que Enrique Guzmán podría solucionarlo pro sí solo. Por esa vía, el juzgado, en forma irracional, concluyó que fue decisión caprichosa de Guzmán abstenerse de salvar el obstáculo y avanzar en el trámite de la licencia de construcción. El error del juzgado quedó demostrado en el apartado X de este alegato.

Reparo No. 16. Indebida valoración de los testimonios. “El haberle dado preminencia a la declaración de la señora Luz Helena del Castillo por encima de la de Luis Gabriel Mojica y Armando García respecto a los requerimientos técnicos que debía tener la obra de separación de la vitrina, los cuales al estar basados en las ventas del concesionario, no era de manera alguna como dice la señora del Castillo, simplemente poner una pared, sino por el contrario, se trataba de una ampliación de más de seis mil metros cuadrados que lejos de ser caprichoso, eran necesarios para cumplir los altos estándares y especificaciones que se le exigían a un concesionario con el volumen de ventas de Madiautos” (pág. 9, párrafo 2°).

Para sostener que MADIAUTOS caprichosamente se abstuvo de avanzar en el trámite de la licencia de construcción, el sentenciador de primera instancia compró la infundada tesis que expuso Luz Elena Del Castillo, según la cual el acondicionamiento del concesionario consistía en levantar una pared. Por supuesto que eso implicó ignorar el contenido de las declaraciones de Luis Gabriel Mojica y Armando García en las cuales se expone la complejidad de la obra de ampliación que se pretendía realizar.

De haber tenido en cuenta las declaraciones de Mojica y García, la conclusión habría sido la contraria, es decir, que MADIAUTOS no podía salvar los obstáculos que encontró la Curaduría Urbana, como se dejó expuesto en el apartado X de este alegato.

XII. CONCLUSIONES

A partir de los planteamientos hechos en este escrito, brotan las siguientes conclusiones:

1ª. FMV obró de mala fe en la celebración y ejecución del contrato de concesión con MADIAUTOS.

2ª. FMV abusó de su posición dominante en su relación contractual con MADIAUTOS.

3ª. FMV, en forma arbitraria y unilateral decidió terminar el contrato de concesión con MADIAUTOS.

4ª. FMV pretermitió el recurso a la autoridad judicial y terminó unilateralmente el contrato de concesión con MADIAUTOS sin estar legal ni contractualmente autorizada para ello.

5ª. FMV terminó unilateralmente el contrato con MADIAUTOS con fundamento en circunstancias que nunca estuvieron contempladas entre las partes como casuales de terminación.

6ª. FMV terminó unilateralmente el contrato con MADIAUTOS con fundamento en falsos incumplimientos.

7ª. FMV terminó unilateralmente la concesión con sustento supuestos incumplimientos que ninguna relevancia exhibían respecto del objeto del contrato.

8ª. FMV es responsable de los perjuicios que sufrió MADIAUTOS a causa de la terminación unilateral del contrato de concesión y, por lo tanto, debe ser condenada a repararlos.

Siendo así, es evidentemente incorrecta la negación de la condena a la parte demandada, por lo que el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia debe ser revocado y, en su lugar, debe imponerse a la parte demandada la condena suplicada como correlato de la ilícita terminación unilateral del contrato.

Así mismo, debe revocarse el numeral QUINTO de la parte resolutive de la sentencia y, en su lugar, condenar en costas a la parte demandada con observancia de los criterios que señala el numeral 5 del artículo 365 del CGP, esto es, en función de la prosperidad de las pretensiones, norma que ignoró el juzgador de primera instancia al condenar en la totalidad de las costas a la actora no obstante la prosperidad parcial de la demanda.

XIII. ANEXOS

Adjunto a este escrito copia de los folios mencionados en este escrito.

Atentamente,

MIGUEL ENRIQUE ROJAS GÓMEZ
C.C. 79.397.902 de Bogotá
T.P. 62.891 del C.S.J.

As. 16451

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

MAGISTRADA PONENTE: DRA. MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

E. S. D.

Ref.: Rad. 11001319900120173183001

Proceso verbal por competencia desleal

Demandante: C.I. SUPER DE ALIMENTOS S.A. (hoy SUPER DE ALIMENTOS S.A.S)

Demandado: COMESTIBLES ALDOR S.A.S.

**SUSTENTACIÓN ESCRITA DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA
DE PRIMERA INSTANCIA DICTADA EN AUDIENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 2018
TRASLADO MEDIANTE AUTO DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2020**

MARÍA FERNANDA CASTELLANOS STEFFENS, identificada como aparece al pie de mi firma, obrando como apoderada de la sociedad C.I. SUPER DE ALIMENTOS S.A. (hoy Super de Alimentos S.A.S, en adelante “Super”), parte demandante y apelante en el presente proceso, de conformidad con el Artículo 14 del Decreto 806 de 2020, y el auto emitido por este Despacho de fecha de 11 de septiembre de 2020, procedo a presentar sustentación escrita del Recurso de Apelación interpuesto ante el señor Superintendente delegado para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

La Sentencia Apelada:

En virtud del artículo 322, numeral 3, inciso 2, dentro de la oportunidad legal, interpose recurso de apelación contra la sentencia emitida por el señor Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en audiencia de 13 de diciembre de 2018, que resolvió de fondo y en contra de los intereses de SUPER, la demanda instaurada a nombre de esta compañía en contra de COMESTIBLES ALDOR S.A.S. (en adelante “ALDOR”) la cual se tramita ante este Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, para que la misma sea revocada en su totalidad.

En resumen, fundamento el recurso de apelación en que el Despacho emitió su fallo sin conferir el debido valor probatorio a los distintos estudios, documentos y dictámenes que fueron decretados oportunamente como prueba, hizo inferencias que carecen totalmente

de sustento probatorio, y dio un valor probatorio errado a otras pruebas que obran en el proceso.

Por lo anterior, la decisión del Juez de primera instancia se emitió en contra de las pruebas que obran en el expediente, y la decisión apelada se fundamentó exclusivamente en conclusiones y argumentaciones teóricas, sin respaldo probatorio.

1. En cuanto al cargo de actos de confusión.

El fallo de primera instancia fundamenta sus conclusiones en que los productos en conflicto se identifican con marcas que están registradas por sus respectivos titulares. En este sentido, el mismo carece de motivaciones propias desde la perspectiva de competencia desleal, que exigía un análisis que tuviera en cuenta las dinámicas propias del mercado. El Juez de primera instancia replicó un análisis de confundibilidad teórico y en abstracto, para determinar si dos signos son registrables como marca. Es decir, para determinar si una marca es suficientemente distintiva de la otra cuando se analizan desde una perspectiva netamente teórica. Sin embargo, este análisis es insuficiente en un fallo de competencia desleal que debe abordar las pruebas obrantes en el proceso que versan sobre lo que realmente ocurre en el mercado, en la dinámica comercial de dos productos que concurren para disputarse la preferencia del consumidor.

El fallo de primera instancia concluye que las expresiones BIAGI y BIANCHI individualmente cotejadas no son confundibles ni causan explotación indebida de la reputación ajena sin apreciar las demás prestaciones mercantiles de mi representada ni las características visibles en sus empaques y formas particulares y distintivas de presentarse al consumidor, y sus efectos reales en el mercado, situaciones donde realmente deben medirse y analizarse los actos de competencia desleal.

En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia versada en la materia al diferenciar los criterios y requisitos que deben demostrarse al momento de establecer el grado de reprochabilidad de una conducta por infracción marcaria y competencia desleal:

“Igual criterio aplica en el caso de la presentación comercial de un producto que tenga carácter distintivo, utilizado en el mercado por un primer empresario y que no se encuentra protegido o registrado como marca. Hemos dicho que la presentación comercial o “trade dress”, entendido como ese conjunto de elementos que configúrenla imagen total del producto, en la medida que cumplan una función distintiva y no simplemente decorativa o estética, constituyen un medio de diferenciación y de competir lícitamente en el mercado, y le está vedado a terceros, reproducir el “trade dress” prioritario si con esa conducta hay

*lugar a que se genere confusión o una asociación real o potencial con las prestaciones mercantiles del primer empresario. tal conducta se considerará como un acto de competencia desleal y el primer empresario tendrá derecho a iniciar la acción para que se cese dicha conducta, acción que debe cumplir los requisitos que señala la Ley 256 de 1996 (...)*¹

En el mismo sentido, se pronunció el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, al mencionar: *“Los signos distintivos registrados obtienen protección jurídica derivada del registro, situación que faculta al titular del registro a iniciar las acciones por infracción de sus derechos. En caso de que haya otros elementos distintivos no registrados, como por ejemplo el color de los empaques y de las cintas de seguridad de los empaques, la situación en la que un tercero imite dicho color en sus propios empaques y cintas de seguridad podría ser analizado como un acto de competencia desleal.”*²

A continuación, se resaltan algunos puntos concretos donde el fallo de primera instancia ignora los elementos probatorios decretados y practicados que obran en el expediente y sin justificación alguna los descarta, limitando su análisis comparativo a uno que no cumple con los análisis propios de la competencia desleal.

1.1 El fallo de primera instancia no tuvo en cuenta las pruebas recaudadas sobre los actos de confusión en el mercado, y se sujetó a su propio análisis teórico y subjetivo

En la sentencia, el juez falló en contra del acervo probatorio recaudado, haciendo solamente un análisis teórico del caso, basado en la coexistencia en el registro de marcas de los signos BIANCHI y BIAGI, como si esa coexistencia registral necesariamente influenciara la percepción de los consumidores en el mercado real. De haber analizado juiciosamente las pruebas técnicas y documentales obrantes en el proceso, el Juez habría entendido que, en la mente del consumidor, las prestaciones mercantiles y formas de presentación de los productos BIANCHI de SUPER y BIAGI ARTESANO de ALDOR, tienen evidentes similitudes entre los dos empaques causando confusión en el consumidor. Además, ALDOR minimiza los elementos que le conferían distintividad en la forma como dispone los elementos del empaque de su producto BIAGI ARTESANO.

¹ Metke Méndez, Ricardo. “La estrategia de comercialización de seguimiento al líder y su relación con el acto de confusión” Revista ADVOCATUS editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. STJCE, de 2 de junio de 1999 - Caso Lloyd)” (BERCOVITZ, Alberto: “Apuntes de Derecho Mercantil”, Editorial Aranzadi S.A., Navarra - España, 2003, p. 475.

² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial de 28 de febrero de 2020. Proceso 205-IP-2019.

Esto no es casualidad, ya que el producto BIANCHI de SUPER es distinguido por una marca altamente reconocida, notoria y *top of mind* (lo que está plenamente probado), lo que no ocurre con la marca BIAGI de ALDOR, que carece de reconocimiento en la cabeza del consumidor, y razón que justifica el uso de identificadores similares. A continuación, un resumen de las pruebas que evidencian la similitud y confusión, no tenidas en cuenta por el juez:

- Estudio de Kantar Millward – “Evaluación de Nombres” (Folios 50 a 60 – Cuaderno 1): Sobre los empaques grandes. (i) página 10 - 70% de los encuestados considera similares BIANCHI y BIAGI; (ii) 56% declara que es fácil confundirlos.
- Estudio de Kantar Millward – “Evaluación de Nombres” (Folios 50 a 60 – Cuaderno 1): Sobre los empaques de producto individual. (i) página 18 - “Casi la mitad de la población confunde los empaques grandes y el 22% confunde los empaques individuales. Los dos son porcentajes considerables si tenemos en cuenta las diferencias entre una [marca] y otra [marca] en conocimiento.”
- Análisis comparativo de sistemas de diseño e identificación- Gescom: (i) página 72 - relación de semejanza media ponderada de los empaques: 64,72%; (ii) página 76, conclusiones.³ Las conclusiones del estudio Gescom fueron validadas por el Dictamen pericial rendido por Rizoma.
- Dictamen Pericial – Edinson Douglas Niño – Rizoma – Páginas 48, 49 y 50: (i) Pregunta 21: “Al tener que hacer un esfuerzo cognitivo mayor para su identificación por parte de los consumidores, el nuevo diseño de BIAGI Artesano DISMINUYE su capacidad identificadora”. (ii) Pregunta 22: “Al tener que hacer un esfuerzo cognitivo mayor para su identificación por parte de los consumidores, el nuevo diseño de BIAGI Artesano disminuye su capacidad identificadora. El contraste entre el logotipo de ALDOR y el fondo es más fuerte en el empaque de BIAGI Chococaramel, dado a partir de la variación cromática e intensidad de luz entre el fondo café y el óvalo blanco en el que se encuentra ubicado el logotipo. Por el contrario, en el empaque de BIAGI Artesano el contraste de color entre el óvalo blanco y el fondo beige disminuye considerablemente. Adicionalmente el tamaño del logotipo de ALDOR disminuye un 15% en el empaque de Biagi Artesano.” (iii) Pregunta 23: “En el nuevo diseño de empaque de BIAGI modalidad Artesano, los diferentes gráficos contrastan poco con el fondo; las líneas de las ilustraciones son delgadas y suaves, el color utilizado es levemente más oscuro que el color del fondo, por lo que su capacidad

³ “La dilución de la capacidad identificadora de la marca de producto BIAGI hace recaer el peso identificador del Sistema de Diseño BIAGI “Artesano” sobre otros referentes visuales dominantes que son de aplicación común en el sistema de diseño e identificación del producto BIANCHI “Chocolate Blanco”. Adicionalmente, ante la ausencia de una clara identificación gráfica en la nueva versión de la marca de producto BIAGI, la proximidad fonética existente entre los términos de marca BIANCHI y BIAGI tenderá a favorecer cualquier tipo de vinculación y/o asociación entre los productos BIANCHI Y BIAGI “Artesano”.

diferenciadora con BIANCHI Chocolate Blanco, disminuye.” (iv) Pregunta 24 – “Sí hay riesgo de confusión [entre los empaques de BIANCHI Chocolate Blanco y BIAGI Artesano] dado que los dos empaques comparten los elementos más llamativos y dominantes de su composición...”

- Estudio Precisa –“Elementos de Identidad o Posible Confusión” – Alegado por ALDOR (Folios 136 a 234 del Cuaderno 3) – (i) Diferenciación de la marca con exposición del producto físico- Empaque grande “BIANCHI CHOCOLATE BLANCO” vs. BIAGI ARTESANO – Pregunta: Folio 149 - “Cuáles son las diferencias”: 39% dijo que la diferencia está en el producto (Es decir 61% no encontró diferencias en el producto; 6,9% encontró que la diferencia está en la empresa que los produce (Es decir 93% no encontró diferencia en la empresa que los produce); (ii) Pregunta: Folio 152 - “Cuáles son las diferencias entre los empaques”: 23,6% dijo que la diferencia está en el nombre del producto/Logo/Marca (Es decir 76% no encontró diferencias en el nombre/logo/marca); 2,7% encontró que la diferencia está en la empresa que los produce (Es decir 97% no encontró diferencia en la empresa que los produce);
- Estudio Precisa –“Elementos de Identidad o Posible Confusión” – Alegado por ALDOR (Folios 136 a 234 del Cuaderno 3) – Folio 155 - (i) Diferenciación de la marca con exposición del producto físico- Empaque individual: “Del total de entrevistados el 11,7% afirman confundirse luego de ver la envoltura y el empaque físico de BIAGI y BIANCHI.”

Todas estas pruebas técnicas debidamente recaudadas, incluso las aportadas por ALDOR, dan cuenta de lo que sucede en el mercado, y de la existencia de riesgo de confusión, fueron descartadas de manera infundada por el fallo apelado, con el argumento de que las marcas BIANCHI y BIAGI están registradas y con fundamento en su propio análisis comparativo. En efecto, a partir del minuto 27 de la sentencia, el Juez manifiesta que:

“Pese a que, según las encuestas efectuadas en los estudios aportados por la demandante, que arrojaron que un *cierto número de consumidores confunden las presentaciones de los empaques que identifican los productos BIANCHI, en su versión chocolate blanco y BIAGI Artesano se establece que estas no generan un convencimiento frente a la contundencia de la confusión que pretendió hacer ver SUPER conforme se prepara a explicar.*

En el mismo sentido, en el minuto 26 de la Sentencia, respecto del empaque individual, el fallo apelado manifiesta que las pruebas muestran que “*únicamente el 22% de la población se confunde...*” y aun así no tiene en cuenta esta evidencia en su análisis final y conclusión de desestimar el cargo de actos de confusión.

Es decir, el fallo de primera instancia manifiesta expresamente, en la sentencia, que a pesar de que obran en el proceso evidencias técnicas de que los empaques en conflicto en efecto generan confusión en el mercado, el Juez eligió no atender a tales pruebas, que incluso fueron aportadas por ALDOR, sino a su propio análisis de los empaques; análisis que no considera la realidad y dinámica del mercado, los que sí reflejan los estudios y encuestas aportados y decretados como prueba que el Juez consideró insuficientes y poco “contundentes”.

1.2 El fallo de primera instancia fundamentó su análisis en el supuesto de que un tendero es un consumidor especializado

Sin fundamento alguno, el Despacho basa su análisis en el concepto de que “un tendero es un consumidor especializado”, lo que el Despacho asume como cierto, sin tener ningún fundamento probatorio en el proceso de ese hecho, pues no hay ningún elemento técnico de prueba que soporte esa inferencia. Esta conclusión tendría que contar con el sustento de un experto en mercadeo o marketing, que hubiera concurrido oportunamente al proceso, con lo que se evidencia que no hay una sola prueba en el expediente que sustente este análisis.

Por el contrario, es de público conocimiento que el consumidor de caramelos y de confitería en general es un consumidor desprevenido, que compra con base en las primeras impresiones y que no entra en el detalle de verificar información como fabricante y comerciante.

1.3 El fallo apelado, si bien hace mención de que los productos BIANCHI son altamente reconocidos por los consumidores y son líderes en el mercado, omite analizar cuál es el efecto de esta circunstancia en los actos de confusión perpetrados por ALDOR

El Juez de primera instancia no tuvo en cuenta los efectos sobre el mercado del hecho debidamente probado según el cual la marca BIANCHI de los productos comercializados por SUPER, es una marca que goza de amplio reconocimiento en la mente del consumidor, y que está en el *Top of Mind*.⁴ Así, se descarta el efecto del alto nivel de reconocimiento de la marca BIANCHI y las razones por las cuales no resulta casual que la marca BIAGI, prácticamente desconocida para los consumidores, asuma un empaque en conjunto similar con el de mi representada.

En el proceso obran pruebas válidas y con fundamento técnico, que no fueron refutadas ni contrarrestadas por otras pruebas, que explican cuáles son estos efectos, y que el Despacho no consideró en su análisis:

- Dictamen Pericial – Edinson Douglas Niño – Rizoma – Página 50 – Pregunta 25.
“Considerando que la marca BIANCHI es una marca notoriamente conocida, que está en el primer puesto del TOP OF MIND de caramelos, mientras que la marca BIAGI apenas tiene una mención del 1% del TOP OF MIND, ¿Cuál puede ser el efecto de este riesgo de confusión? R./ “En la medida en que los clientes potenciales no tienen por qué saber que esas dos clases de caramelos pertenecen a compañías diferentes, y dado que BIANCHI está en el primer puesto del TOP OF MIND de caramelos y que se establece como punto de referencia para el reconocimiento perceptual visual de un empaque con tres dulces cafés claro sobre fondo beige (parte esencial de la imagen establecida para sus productos) esto podría dar lugar particularmente a tres casos: (...) Segundo. Un cliente potencial puede llegar a pensar que BIAGI es una línea de producción de BIANCHI del mismo modo en que hay marcas que tienen diferentes líneas, para una “gama alta” o “gama media” de sus productos, así como sucede con otros productos comestibles o incluso con celulares o vehículos automotores. Esto particularmente puede ser el caso, dado que la marca BIAGI utiliza una fuente y composición que remite a ideas de distinción y elegancia.”
- Estudio de Kantar Millward – “Evaluación de Nombres”: (i) página 20 – Conclusiones y Recomendaciones - “Bianchi es una marca consolidada, líder en TOM [*Top of Mind*] con un conocimiento espontáneo del 50% y un total conocimiento de 98%, contrario a Biagi, la cual no tiene menciones espontáneas y su total conocimiento es 13%. – Dado lo anterior, implica un gran riesgo que el **56%** del mercado declare confundir los dos nombres con facilidad. – Y mucho mayor si tenemos en cuenta que el 44% declara confundir los empaques grandes.”

⁴ Reconocimiento expreso por el representante legal de Aldor; Estudio de Kantar Millward Brown (página 8 y 9), Estudio de Precisa, página 9 Folio 142.

En este sentido, es evidente que el fallo de la primera instancia llega a la conclusión de que no hay lugar a establecer la conducta desleal de confusión simplemente porque la marca BIAGI se encuentra registrada como palabra (en su forma nominativa). Sin embargo, el fallo no tuvo en cuenta la visión global de los empaques de los productos ni la confusión entre los mismos que puede darse a partir de la pronunciación de las palabras y de elementos adicionales como los colores, la disposición de elementos y la minimización de las marcas sombrilla, como el caso de la marca ALDOR. (Gráfica 1 a continuación).



Así, el fallo de la primera instancia, insistimos, no hizo una apreciación correcta de las condiciones del mercado, sino que se limitó a analizar en abstracto las similitudes entre BIAGI y BIANCHI cayendo en repetir el análisis de la autoridad de registro de marcas.

2. En cuanto al cargo de aprovechamiento de la reputación ajena

La sentencia de primera instancia concluye apresuradamente que: (i) las dos marcas están registradas, (ii) no se encuentra similitud entre los productos en grado de aprovechamiento parasitario, (iii) el rompimiento con la línea de comunicación de ALDOR en relación con el producto BIAGI no es muestra del aprovechamiento indebido de la reputación ajena, (iv) no se probó la intención de ALDOR de seguir la forma de presentación de los productos de SUPER, (v) el interrogatorio de parte de la demandante dio cuenta de que SUPER no sufrió afectación alguna con el lanzamiento al mercado del nuevo producto de ALDOR. Por lo tanto, no existe competencia desleal en este caso.

Las conclusiones de la sentencia son contrarias a las pruebas que obran en el expediente y los análisis pertinentes en el marco de la competencia desleal toda vez que: (i) no es relevante que ambas marcas se encuentren registradas si, como se dijo anteriormente, lo que ocurre en el mercado implica confusión y errónea asociación por parte del consumidor

ya que debe observar el caso en concreto y no en abstracto como se hace en el expediente marcario. (ii) Las pruebas obrantes en el proceso y ya analizadas arriba demuestran que los productos sí son confundibles causando aprovechamiento parasitario. (iii) La intención o propósito específico de aprovecharse indebidamente de la reputación ajena no es un requisito para la configuración del acto de competencia desleal. (v) La interpretación del Juez sobre el interrogatorio de parte no es acertado.

En concreto, se explican a continuación algunos de estos puntos:

2.1 El fallo impugnado no tuvo en cuenta las pruebas que explican que el rompimiento de la línea de comunicación de los productos BIAGI, no está justificado y constituye aprovechamiento de la reputación de BIANCHI

El Juez de primera instancia no tuvo en cuenta las pruebas válidas y con fundamento técnico, que no fueron refutadas ni contrarrestadas por otras pruebas, no explican cómo ALDOR, con el empaque de BIAGI Artesano, rompió, sin justificación alguna, con su línea de comunicación para la marca BIAGI. Por el contrario, ALDOR hizo cambios bruscos e incoherentes perceptibles para el consumidor a simple vista y que no tienen una explicación diferente a un acercamiento inteligente hacia la forma de presentación de los productos de mi representada. ALDOR discontinuó la evolución propia de su marca BIAGI de manera disruptiva, la cual que le permitía coexistir en el mercado con los productos líderes y altamente reconocidos BIANCHI, para parecerse a estos últimos.

Es decir, las pruebas presentadas demuestran sin lugar a dudas que la línea de comunicación de ALDOR hacia su consumidor se rompió por completo como se percibe a continuación: Gráficas 2 y 3.





En efecto, son sustento de lo anterior las siguientes pruebas que obran en el expediente:

- Análisis comparativo de sistemas de diseño e identificación- Gescom (Folios 143 a 197 del cuaderno 1): capítulo “*Conclusiones Generales y Dictamen Final*”, a partir de la página 74, explica cómo: “*Por un lado, el nuevo Sistema de Diseño e Identificación del producto BIAGI Artesano, rompe radicalmente con la Matriz de Diseño que caracteriza las presentaciones comerciales de los productos BIAGI precedentes, desvinculándose visual y conceptualmente del resto de variedades de BIAGI e incluso de la propia marca. La notable dilución de la capacidad identificadora de la marca de producto BIAGI en el nuevo Sistema de Diseño e Identificación del producto BIAGI Artesano, hace que el peso identificador para esta nueva variedad de producto recaiga sobre referentes visuales dominantes que son comunes con la presentación comercial del producto BIANCHI Chocolate Blanco. Esto sumado a la proximidad fonética existente entre los términos de marca BIACHI y BIAGI, da lugar al conflicto planteado entre los productos BIACHI Chocolate Blanco y BIAGI Artesano. (...). Por último, la ruptura llevada a cabo por la empresa ALDOR en la nueva variedad de producto BIAGI Artesano, la cual resulta contraria a toda lógica a nivel de identificación y reconocimiento de marca, está totalmente injustificada y claramente orientada a aproximar y vincular visualmente esta nueva variedad de producto con la presentación comercial del producto concurrente BIANCHI Chocolate Blanco, posicionándola bajo la imagen y reputación de la marca BIANCHI. Esto tenderá a generar todo tipo de equívocos y/o asociaciones erróneas*

entre estos productos y sus respectivos orígenes empresariales por parte de los compradores/consumidores.”

- Dictamen Pericial – Edinson Douglas Niño – Rizoma – que valida de manera técnica el análisis y conclusiones realizadas por el estudio de GESCOM, mencionado atrás.

2.2 El fallo apelado incurrió en un error de apreciación de la declaración de la representante legal de SUPER

En el minuto 47:26 de la Sentencia, se analiza una de las respuestas que dio la representante legal de SUPER, para concluir que esa respuesta fundamenta la conclusión de que SUPER no sufrió afectación alguna.

Así se aprecia en el minuto 47:26 de la Sentencia:

“...ante la pregunta relativa a que si dicho decrecimiento de ventas puede atribuirse específicamente al cambio de imagen realizado por la empresa Comestibles Aldor en su producto?, ella respondió: “Sí, digamos que no es un 100% atribuible, porque ni siquiera las ventas totales, que el decrecimiento total nuestro no se ve reflejado en ventas totales de la marca BIAGI (sic), pero sí evidenciamos que hay una confusión y que en parte de eso es la explicación, digamos, una de las condiciones diferentes entre ese primer trimestre de 2017 contra 2018 digamos, la fuerza que pudo haber tomado BIAGI en su año de lanzamiento.” (Min 5:13 del Interrogatorio de parte de la DEMANDANTE)

A continuación, nuestra transcripción de la pregunta realizada en la diligencia de interrogatorio de parte:

Abogado Aldor: Diga cómo es cierto sí o no, que dicho decrecimiento de ventas responde precisamente al cambio de imagen ...

[Juez Interrumpe]

Abogado Aldor: ¿Diga cómo es cierto sí o no, que dicho decrecimiento de ventas puede atribuirse específicamente al cambio de imagen efectuado por la empresa Comestibles ALDOR por su producto? Muchas gracias.

Representante Legal de SUPER: Si. Digamos que no es un cien por ciento atribuible, cierto?, porque ni siquiera las ventas totales que [se corrige] ..

El decrecimiento total nuestro no se ve reflejado en ventas total de la marca BIAGI, ¿cierto?, pero si evidenciamos que ha habido una confusión y que en parte esa es la explicación. Digamos que una de las condiciones diferentes entre ese primer

trimestre de 2017 contra 2018 es, digamos, la fuerza que pudo haber tomado BIAGI en su año de lanzamiento.

El Despacho hizo una apreciación errada de la respuesta que dio la representante legal de la demandante, SUPER, quien, tal como se aprecia en el audio del interrogatorio de parte, manifestó al contestar una pregunta asertiva, que las actuaciones de ALDOR SÍ habían generado afectación a la comercialización del producto BIANCHI CHOCOLATE BLANCO. Tan es así que manifestó que estas fueron perceptibles con posterioridad al lanzamiento del BIAGI en el mercado.

Sorprendentemente, el Despacho interpreta esa respuesta positiva, a una pregunta asertiva (“diga cómo es cierto, sí o no...”) como si ella hubiera contestado “no”, cuando la respuesta dice totalmente lo contrario, pues la representante legal contestó claramente y de manera audible “SI” y luego ratifica que “en parte esa es la explicación” y que se trata de “... *la fuerza que pudo haber tomado BIAGI en su año de lanzamiento*”.

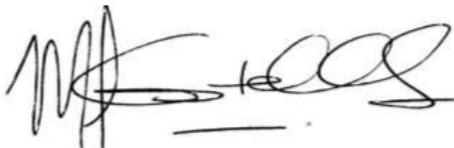
2.3 El fallo apelado no aplicó las consecuencias procesales de apreciar como “indicio grave” en contra de la demandada, ALDOR, las evidentes deficiencias en su interrogatorio de parte

El Despacho no aplicó las consecuencias procesales frente a la deficiente declaración del representante legal de la parte DEMANDADA, en interrogatorio de parte, previstas en los artículos 204 y 205 del CGP. La persona que compareció como representante legal de ALDOR incurrió en reiteradas negativas a contestar, respuestas evasivas, y renuencia sobre hechos que estaba obligado a conocer, pues como consta en el audio de la declaración, el señor ALJURE, quien compareció como representante legal, se caracterizó por decir insistentemente que él no tenía conocimiento de los detalles del caso o de los negocios de la sociedad demandada, adivinando las respuestas, o contestando con su opinión personal, circunstancias que no podía ser pasada por alto por el Despacho al valorar el interrogatorio de parte de este representante legal, como indicio grave en contra de la parte demandada, tal y como lo ordena el artículo 205 del CGP, último inciso.

En consecuencia, respetuosamente solicito al Honorable Tribunal que revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia emitida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio y declare la existencia de los actos desleales de confusión y explotación indebida de la reputación ajena.

Así, queda demostrado que el fallo de la primera instancia no observó los elementos y requisitos propios de la competencia desleal, haciendo un análisis registral de las marcas y concluyendo sin fundamento en los elementos probatorios, que no existe confusión ni aprovechamiento indebido de la reputación. Las pruebas allegadas y practicadas conforme a derecho, demuestran todo lo contrario, que existe confusión entre la forma como se presentan los productos en el mercado y que los cambios bruscos del empaque de BIAGI, entre otras razones, demuestran un intento de ALDOR por explotar la reputación del producto BIANCHI de SUPER.

Respetuosamente,



MARÍA FERNANDA CASTELLANOS STEFFENS

Apoderada de la Demandante y Apelante

C.C. 52.055.348 de Bogotá

T.P. 91.184 del CSJ