

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE DISTRIBUIDORA LA MARINA
LIMITADA VS EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A**

FECHA LAUDO: 22 de abril de 2016

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE DISTRIBUIDORA LA MARINA LIMITADA VS EXXONMOBIL
DE COLOMBIA S.A

IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES Y DEL TRIBUNAL

PARTE CONVOCANTE: DISTRIBUIDORA LA MARINA LIMITADA

PARTE CONVOCADA: EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A

ÁRBITRO (S): JAIME BECERRA GARAVITO, MARIA DE LOS ANGELES BETTIN SIERRA y LILIANA BUSTILLO ARRIETA

SECRETARIO (A): HELENE ELIZABETH ARBOLEDA DE EMILIANI

REFERENCIAS NORMATIVAS, JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES

NORMAS: Constitución Política de 1991, Ley 1563 del 2012, artículo 206 del Código General del Proceso, artículos 1494, 1602, 1613 y 1625 del Código Civil, artículos 520, 524 y 830 del Código de Comercio, artículo 64 y 430 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

DOCTRINA:

- ALBALADEJO, MANUEL. Derecho Civil T.II Derecho de Obligaciones V.I.Bosch Editores S. A, Barcelona, 9ª. Ed.1994.
- ARRUBLA PAUCAR, JAIME. Contratos Mercantiles. Contratos contemporáneos. Ed. Pontificia Universidad Javeriana-Legis, tercera edición actualizada, 2013.
- CASTAN TOBEÑAS, JOSÉ. Derecho Civil Español Común y Foral T. III, Derecho de Obligaciones. Reus S. A. 1992
- CÁRDENAS MEJÍA, JUAN PABLO. Los Contratos en el Derecho Privado, Justicia y Abuso Contractual, , Legis 2009
- DEMOGUE, RENÉ. Traité Des Obligations, tomo 1, No. 27.
- FIERRO MENDEZ, RAFEL ENRIQUE. Teoría General del Contrato Contratos Civiles y Mercantiles
- FLOUR, J. Y AUBERT, J., Les obligations, ed. Colin, París, 1975

- GASTALDI, José M., CENTANARO, Jorge, COLLA, Guillermo, su ponencia presentada en la comisión n° III sobre Contratos Conexos, XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fé, setiembre de 1999.-
- JOSSERAND, Louis. Del abuso de los derechos y otros ensayos, Editorial Temis, Bogotá, 1982.
- LORENZETTI, Ricardo L. "Redes Contractuales, Contratos conexos y Responsabilidad", Revista de Derecho Privado y Comunitario n° 17, Editorial Rubinzal Culzoni.
- LORENZETTI, Ricardo L. ¿Cuál es el cemento que une las redes de consumidores, de distribuidores o de paquetes de negocios" Aproximación a la Conexidad Contractual como fundamento imputativo, L.L. 1995-E.
- PASCUAL ESTEVILL, LUIS. Derecho de daños T. II, editorial Bosh, 1995, pp.867 y ss.
- TAMAYO LOMBANA, ALBERTO, Manual de Obligaciones, La responsabilidad Civil Fuente de las Obligaciones.
- TAMAYO LOMBANA, ALBERTO. Estudios de Derecho privado, editorial legis.
- TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. De la Responsabilidad Civil, tomo IV, de los perjuicios y su indemnización,
- 1999, página 5.
- TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. Tratado de Responsabilidad, Tomo II, Ed. Legis, segunda edición, 2007, p.335
- TOBIAS José W. - DE LORENZO, Miguel Federico, op. cit., pág. 1414
- WEINGARTEN Celia – GHERSI Carlos, op. cit., pág. 1352; citando jurisprudencia de la Corte Di Cassazione italiana, sentencia del 18.10.60 y de la Corte De Apello di Napoli, sentencia del 31.10.66.

JURISPRUDENCIA:

-CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. Sentencia de 30 de julio de 2008, exp.41001-3103-004-1998-00363-01
- Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ. sentencia de 14 de octubre de 2010, exp. 11001-3101-003-2001-00855-01
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 16 de noviembre de 2010, exp. C-47001-3103-005-2005-00181-01;
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 28 de agosto de 2001, exp. 6673;
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 12 de marzo de 1992, 30 de julio de 1992, exp. 252827,
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 15 de noviembre de 1944, No. 2016, LVIII, p. 20; 27 de julio de 1935, G.J. No. 1899, p.19
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 25 de enero de 2008, [SC-002-2008], exp. 00373

- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 15 de febrero de 2000, exp. 5438, S-029
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 15 de marzo de 2000, exp. 5400;
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 28 de febrero de 1979, CLIX, No. 2400, pp. 49 a 51
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 25 de septiembre de 1973, CXVII, Nos. 2372 a 2377, pp. 65 a 68;
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 10 de marzo de 1955. CCXXXIV, pp. 406 y ss.).
- *Sentencia de 23 de febrero de 2006, exp. 15.508, no publicada aun oficialmente)* (cas. Octubre 24/2006, exp. 00058-01 cas. Marzo 12/1992
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de *Marzo 26/1985,*
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de *mayo 10/2000, exp. 5366*
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de *Junio 11/1991).*
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de *11 de julio de 1990*
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de *24 de enero de 1992)* (cas. Octubre 24/2006, exp. 00058-01)
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de *Febrero 16/1996, CCXL, pp. 194, reiterada en Sentencia S-029 de marzo 15/2000, exp. 5400, cas. Julio 16/2001, exp. 6362, cas. Octubre 24/2006, exp. 00058-01)* (cas. civ. sentencia de 30 de julio de 2008, exp. 41001-3103-004-1998-00363-01)
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 13 de mayo de 2014. **SC 5851-2014** Ref.: Exp. 110013103 039 2007 00299 01 Bogotá D.C), Magistrada Ponente Margarita Cabello
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 30 de abril de 1976, Magistrado Humberto Murcia Ballén.
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 9 de septiembre de 2010, Magistrado William Namen Vargas
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de *15 de diciembre de 1970, Tomo CXXXVI, Pag. 177*
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 11 de octubre de 1973, G. J., t. CXLVII, pag. 82
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 7 de mayo de 1968
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 9 de septiembre de 2010, con ponencia de William Namen Vargas
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 1 de Noviembre de 2015, Magistrado Ponente Dr. ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ, Ref.: 08001-3103-008-1994-26630-01
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 16 de septiembre de 2010, que reiteró doctrina anterior (LXXX-656).
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 21 de febrero de 1938, XLVI-61.

- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 16 de septiembre de 2011, exp. 2005-00058-01; Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 6 de diciembre de 2011, exp. 2003-00113-01; Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 9 de marzo de 2012, exp. 2006-00308-01;
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 30 de octubre de 2012, exp. 2006-00372-01
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 21 de enero de 2013, exp. 2002-00358-01
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de **16 de septiembre de 2010, M.P. Dr. Cesar Julio Valencia Copete, radicación No. 11001-3103-027-2005-00590-01**
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 15 de noviembre de 2013, M.P. Arturo Solarte Rodríguez
- Corte Suprema de Justicia cas. civ. Sentencia de 14 de marzo de 1996, Magistrado Pedro Lafont Pianeta
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. William Namen V. 30 de agosto de 2011, ref. 11001-3103-012-1999-01957-01

-CORTE CONSTITUCIONAL

- Corte Constitucional, Sentencia de tutela T-338-93, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1507 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo., Expediente D-2965
- Corte Constitucional, sentencia C-279 de 2013, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- Corte Constitucional Sentencia C-796/14, expediente D-10176, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

-TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO

- Tribunal de Arbitramento Suarezmoz Ltda. vs. Bavaria S.A. Abril 27 de 2009)
- Tribunal de arbitramento "UNIMEDAS LTDA." CONTRA HOSPITAL BOCAGRANDE S.A. EN LIQUIDACION. 22 de diciembre de 2010

TEMAS: Incumplimiento del contrato, resolución del contrato, contrato de distribución, abuso del derecho en las relaciones contractuales, lucro cesante, encadenamiento contractual.

(TRANSCRIPCIÓN DEL LAUDO)

LAUDO ARBITRAL

Cartagena de Indias D. T y C. 22 de abril del 2016

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en la Ley 1563 del 2012 referentes a la instrucción del trámite arbitral, este Tribunal de Arbitramento profiere, en derecho, el Laudo Arbitral en el trámite convocado por DISTRIBUIDORA LA MARINA LIMITADA contra EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. que han sido sometidas a estudio, de acuerdo con la demanda principal y la demanda de reconvencción presentadas, sus contestaciones y las excepciones propuestas en cada caso, con las pruebas decretadas y practicadas y su apreciación y valoración en conjunto, siguiendo los principios de la sana crítica, previo un recuento de los antecedentes y demás aspectos preliminares del proceso.

CAPITULO PRIMERO - ANTECEDENTES

Cláusula Compromisoria

La habilitación del Tribunal proviene del Pacto Arbitral contenido Cláusula Compromisoria, Artículo IX del contrato de “operación de estaciones de servicio” celebrado entre Distribuidora La Marina Limitada y ExxonMobil de Colombia S.A. bajo el título “solución de diferencias” visible a folios 61 a 68 del expediente Tomo I cuyo texto es del siguiente tenor:

“Toda diferencia que surja entre las partes durante el desarrollo del presente contrato, con relación a su ejecución, cumplimiento, terminación, liquidación o sus consecuencias finales, que no puedan ser arregladas amigablemente entre las partes, con excepción de la ejecución de la cláusula penal o de la estimación de perjuicios estipulados en el presente contrato y demás procesos de ejecución que emanen del presente contrato, será sometida a un Tribunal de Arbitramento, compuesto por tres (3) miembros nombrados por el Centro de Arbitramento y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio del lugar, a solicitud de cualquiera de las partes. Dicho tribunal, así constituido, decidirá en derecho y, como consecuencia, no podrá conciliar pretensiones opuestas, debiendo proceder de acuerdo con lo establecido en el decreto 2279 de 1989, la ley 223 de 1991 y demás normas que les sean concordantes o las modifiquen. Los gastos que ocasione tal proceso arbitral serán cubiertos por la parte vencida”.

Partes Procesales y su Representación

Demandante Principal y Demandada en Reconvencción: Distribuidora La Marina Limitada – DISMARINA - sociedad de comercio con domicilio principal de Cartagena, con N.I.T. 890.405.073-6 y representada legalmente por Hayza Elena Garay Arrieta mayor de edad e identificada con la cédula de ciudadanía 45.473.861, con domicilio y residencia en esta ciudad (folios 170 a 172 del expediente Tomo I)

Demandada Principal y Demandante en Reconvencción: ExxonMobil de Colombia S.A. –EXXONMOBIL - sociedad de comercio con domicilio principal de Bogotá D.C. con N.I.T. 860.002.554-8 y representada legalmente por Camilo Francisco Durán Martínez mayor de edad e identificado con la cédula de ciudadanía 3.227.466, con domicilio y residencia en Bogotá D.C. (folios 173 a 180 del expediente Tomo I)

Las partes comparecieron al proceso arbitral representadas por Abogados a quienes se les reconoció personería para actuar, en su debida oportunidad.

Apoderado de la parte demandante principal y demandada en reconvencción: Virgilio José Escamilla Arrieta identificado con la cédula de ciudadanía No. 73.082.650 y la Tarjeta Profesional No. 30.693 del Consejo Superior de la Judicatura a quien se le reconoció personería para actuar en este asunto en Audiencia de fecha 10 de abril del 2014 .(folios 312-313 del expediente Tomo I)

Apoderados de la parte demandada principal y demandante en reconvencción: Nora Sofia Daza de Amador identificada con la cédula de ciudadanía No. 33.136.092 y la Tarjeta Profesional No. 12.423 del Consejo Superior de la Judicatura a quien se le reconoció personería para actuar en este asunto en Audiencia de fecha 10 de abril del 2014 (folios 312-313 del expediente Tomo I) y Luis Carlos Ospina Palacio identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.319.364 y la Tarjeta Profesional No. 13.429 del Consejo Superior de la Judicatura a quien se le reconoció personería para actuar en este asunto en Audiencia de fecha 11 de marzo del 2015 (folios 471 a 473 del expediente Tomo II)

TRAMITE DEL PROCESO ARBITRAL

La Demanda Arbitral Principal y su contestación

A través de apoderado judicial Distribuidora La Marina Limitada presentó escrito el día 7 de marzo de 2014 “(...) para que una vez constituido e instalado formalmente el respectivo **TRIBUNAL ARBITRAL**, asuma competencia, tramite el proceso legal de rigor y dicte LAUDO en el que se profieran las siguientes declaraciones y condenas que constituyen las pretensiones de esta demanda arbitral (...)” (folios 1 a 17 del expediente Tomo I)

Los hechos de la demanda son:

PRIMERO: Desde el primero (1º) de enero de mil novecientos noventa y uno (1.991), sin solución de continuidad, la sociedad CONVOCANTE ha celebrado contratos de arrendamiento, con diferentes denominaciones, todos de naturaleza comercial, especialmente con la sociedad CONVOCADA, considerando sus modificaciones societarias, en relación con el lote de terreno ubicado en Cartagena, entrada al Barrio de Bocagrande, Cra. 2ª, N° 15-480, comprendido entre los siguiente linderos, como lote que hace parte de un inmueble de mayor extensión y al cual le corresponde la matrícula inmobiliaria N°.060-0050149 de la Oficina de Registro de Instrumentos

Públicos de Cartagena: “Lote N° 2, correspondiente a la estación Mobil La Marina, con una cabida superficial de 3.615,60 metros cuadrados, y el cual se encuentra comprendido dentro de los siguientes linderos: NORTE, con la bahía de las ánimas de la ciudad, con la estación de bomberos. ORIENTE, con la estación de bomberos. SUR, con la estación de bomberos. OCCIDENTE, con la avenida Santander”; con sus edificaciones, instalaciones y equipos, ejerciendo tenencia y manteniendo, abierto al público, un establecimiento de comercio como estación de servicio, especialmente para automóviles, dedicado a la venta, entre otros bienes, de combustibles, aceites y demás insumos o productos suministrados, preferente o exclusivamente, por el mismo arrendador.

SEGUNDO: En esta continua vinculación contractual, conservando esencialmente la misma naturaleza y el mismo objeto cierto y real de los ininterrumpidos contratos, el 7 de septiembre de 1999, la parte CONVOCANTE celebra con la sociedad MOBIL DE COLOMBIA S.A., un contrato denominado de: “OPERACIÓN DE ESTACIONES DE SERVICIO PARA VEHICULOS AUTOMOTORES Y DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLES, LUBRICANTES Y OTROS PRODUCTOS.”; contrato que, en REALIDAD, se configuró en un ARRIENDO O SUBARRIENDO OPERATIVO, manteniendo siempre la sociedad CONVOCANTE la tenencia del indicado lote con sus edificaciones, instalaciones, equipos y explotando el mismo establecimiento de comercio.

TERCERO: En ejecución de esta permanente y pública continuidad contractual, conservando esencialmente la misma naturaleza y el mismo objeto cierto y real de los ininterrumpidos contratos, el 2 de febrero de 2010 la parte CONVOCANTE celebra con la sociedad EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., un contrato denominado de: “PBL N°.110142 - OPERACIÓN DE ESTACIONES DE SERVICIO PARA VEHICULOS AUTOMOTORES Y DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLES, LUBRICANTES Y OTROS PRODUCTOS.”; contrato que, en REALIDAD, lo cual pido se declare en el LAUDO, se configuró como un ARRIENDO o un SUBARRIENDO OPERATIVO, manteniendo siempre la sociedad CONVOCANTE la tenencia del indicado lote con sus edificaciones, instalaciones, equipos y explotando el mismo establecimiento de comercio.

CUARTO: De acuerdo con el objeto de este último contrato, en armonía con los anteriores actos contractuales, la CONVOCADA hizo entrega a la CONVOCANTE del lote de terreno identificado en el hecho primero de esta demanda, con otros elementos, bienes y equipos, denominados en su conjunto: - (ARTICULO I) - “LA ESTACION DE SERVICIO”, consagrando, además, una cláusula de exclusividad en relación con productos: “MARCA ESSO Y MOBIL y/o suministrados por EXXONMOBIL o por los proveedores autorizados de EXXONMOBIL.(...)”

QUINTO: Entre las múltiples obligaciones a cargo de la CONVOCANTE, se pactó en el indicado contrato: “8.1 Contraprestación por La Operación y forma de Pago: Como contraprestación por el otorgamiento del presente contrato de operación, EL OPERADOR deberá pagar a

EXXONMOBIL dentro de los cinco (5) primeros días calendarios de cada mes la suma de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$25.000.000.00) M/cte. Este valor no incluye el IVA. La contraprestación se reajustará anualmente de común acuerdo. En caso que las partes no se pongan de acuerdo, EL OPERADOR deberá pagar a EXXONMOBIL contraprestación para el período correspondiente, una suma de dinero equivalente al cuarenta y cinco por ciento (45%) del margen bruto minorista promedio ponderado mensual (MPP), el cual será calculado mensualmente de la siguiente manera (...).” (Resalto)

SEXTO: Mi representada siempre ha cumplido con la totalidad de sus obligaciones contractuales, derivadas del contrato: “PBL N°.110142 - OPERACIÓN DE ESTACIONES DE SERVICIO PARA VEHICULOS AUTOMOTORES Y DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLES, LUBRICANTES Y OTROS PRODUCTOS.”, contrato que, en REALIDAD, es un ARRIENDO o un SUBARRIENDO OPERATIVO, celebrado entre las partes, de acuerdo con la facturaciones que le ha venido presentando la sociedad convocada a la sociedad convocante.

SEPTIMO: Mediante comunicación de 15 de noviembre de 2012, en forma unilateral, la sociedad CONVOCADA decide terminar el indicado contrato a partir del 31 de diciembre de 2012 y solicita a la sociedad CONVOCANTE la restitución o “devolución del inmueble y sus instalaciones donde funciona la Estación de Servicio Mobil La Marina.”, el día: “(...) primero (1) de enero de 2013 a la 1:00 p.m. (...)”.

OCTAVO: La sociedad CONVOCANTE, mediante respuesta de fecha: 18 diciembre de 2012, se opone a este abrupta exigencia de terminación y restitución presentando razones de hecho y de derecho contenidas en las respuestas anexas y resaltando la falta de sustentos de esas peticiones, entre otros fundamentos, porque lo presentado por la CONVOCADA como requerimientos o comunicaciones que a su vez había recibido de LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA – AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES, en calidad de ARRENDADORA DE LA CONVOCADA, se apoyaba en una cláusula de reprochable inclusión en esta clase de contratos de arrendamiento, como se expresó a la CONVOCADA en su oportunidad sobre el siguiente contenido literal de esa inaplicable cláusulas: “(...) PARAGRAFO PRIMERO: En ningún caso se entenderá la prórroga automática del contrato, las partes acuerdan no dar cumplimiento al artículo 518 del Código de Comercio. (...)” (Resalto)

NOVENO: En este sentido, mi poderdante ha venido expresando en sus respuestas a la CONVOCADA que es inaceptable e ineficaz esta cláusula, porque también admite de plano la existencia de un contrato comercial, sometido a las normas del Código de Comercio, regulatorias precisamente del DERECHO DE RENOVACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO cuando: “El empresario que a título de arrendamiento haya ocupado no menos de dos años consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento de comercio (...)”, como así lo prescribe en su fundamento el artículo 518 del Estatuto Mercantil. Igualmente, se comunicó a la CONVOCADA que esa cláusula es violatoria de la ley, porque contiene una antijurídica

prohibición, dado que el artículo 524, ibídem, resalta el CARÁCTER IMPERATIVO DE ESTAS NORMAS al prescribir: “Contra las normas previstas en los artículos 518 a 523, inclusive, de este Capítulo, no producirá efectos ninguna estipulación de las partes.” (Resalto)”

Así, se ha insistido por mi poderdante a la convocada, comunicándole que no es posible en derecho evadir el cumplimiento de estas normas, sin que sea procedente que la EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. lo acolite, cuando es su obligación reconocer la normal continuidad de estos contratos y sus consecuencias indemnizatorias ante el incumplimiento para su prórroga o renovación. De igual forma, se le ha comunicado a la convocada que no puede ejercer coacciones para lograr este ilegal cometido, dado que, las relaciones surgidas del arriendo para el debido ejercicio de actividades comerciales en explotación formal de establecimientos de comercio con los necesarios subarriendos para las operaciones igualmente mercantiles pactadas entre las partes, no pueden trastocarse o cambiarse con presentaciones nominativas de actos recientes, o de los últimos actos entre las partes, que desconocen el concepto de CONTRATO REALIDAD de ARRENDAMIENTO COMERCIAL PARA EL FUNCIONAMIENTO DE ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO, actos jurídicos en los cuales las partes no pueden desechar el Derecho y menos el de orden público.

DECIMO: De igual forma, la sociedad que apodero dio respuesta, de fecha: 20 de febrero de 2013, a la comunicación de la CONVOCADA de 27 de diciembre de 2012, donde la CONVOCANTE declara su complacencia por haberse retractado la sociedad EXXON MOBIL DE COLOMBIA S.A. de su antijurídica decisión para concluir unilateralmente el indicado contrato, haciéndole saber, la CONVOCADA a la CONVOCANTE, que: **“Teniendo en cuenta lo manifestado por la Compañía a la Agencia Logística de la Fuerzas Militares en nuestra comunicación GJ-194-12 del 16 de diciembre del presente año, (...)”**, de manera expresa, **“(…) dejamos sin efecto alguno lo manifestado a ustedes en carta GJ-181-12 en el sentido de dar por terminado el Treinta y Uno (31) de diciembre de 2012 el contrato de Operación existente con ustedes.”** (Resalto)”

DECIMO PRIMERO: Sin embargo, y dado que la CONVOCADA planteó, en esta comunicación de retracto, contradictoriamente, ya no la terminación, sino una prórroga de seis (6) meses, la sociedad que represento se opuso también a la misma considerando la inaplicabilidad jurídica de la prórroga de seis (6) meses, de acuerdo con los argumentos que ya habían sido expuestos. Así, se reiteró por la CONVOCANTE a la CONVOCADA que, de conformidad con la ley y el contrato, y ante el retracto de la terminación del contrato admitiendo su existencia, eficacia, vigencia, continuidad y prórroga contractual, NO SE PODIA ACEPTAR que la indicada prolongación o prórroga del contrato fuera sólo por SEIS (6) meses, a partir del primero (1º) de enero de 2013, porque, desde esa fecha, el contrato se encontraba PRORROGADO POR VEINTICUATRO (24) MESES, POR EXPRESA VOLUNTAD DE LA EXXONMOBIL S.A., DE ACUERDO CON LO PACTADO EN EL RESPECTIVO CONTRATO Y BAJO LA REGLAMENTACIÓN LEGAL APLICABLE PARA SU PERMANENCIA Y EVENTUAL

CONTINUIDAD UNA VEZ CONCLUIDOS ESOS OTROS VEINTICUATRO (24) MESES DE PRORROGA.

DECIMO SEGUNDO: Igualmente, en las indicadas comunicaciones, la CONVOCANTE le ha manifestado a la CONVOCADA que esa forma de terminación del contrato es abiertamente ilegal, porque, entre otros fundamentos, EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. ha reconocido la innegable conexión que tiene el contrato que celebró con LA CONVOCANTE con los contratos de ARRIENDO que tenía celebrados la CONVOCADA con LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES. Por tanto, se le resaltó a la CONVOCADA lo que ya había reconocido como ARRENDATARIA en su comunicación de 16 de diciembre de 2012, dirigida a la AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES, cuando LA CONVOCADA afirmó lo que sí es cierto y contundente: Para terminar el arriendo es necesario considerar todos los efectos, en su configuración real y nominal, de los contratos operativos conexos al arrendamiento:

Así lo expresó LA CONVOCADA a la AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES, con esta previa consideración:

“ASUNTO: Terminación del contrato de arrendamiento del 01 de 2012.

Respetado Coronel. Atendiendo lo manifestado por usted en su comunicación 2553-ALDG-ALOJD-150, recibida el pasado 6 de diciembre del año en curso, en la cual nos reitera tajantemente la intención de dar por terminado el contrato de arrendamiento referencia (sic), y revisados los antecedentes de la relación contractual que vincula a la Agencia Logística de las Fuerzas Militares con ExxonMobil de Colombia S.A., la normatividad aplicable a ella, sus oficios Nos. 1885 ALDG-ALOJD-150 del 24 de septiembre de 2012 y 2360 ALDG-ALOOJD-150 del 9 de noviembre también del 2012, así como los Contratos existentes entre la Compañía y los actuales ocupantes de los inmuebles donde funcionan las estaciones de servicios El Limbo y La Marina, previamente autorizados por ustedes desde tiempo atrás, le manifestamos lo siguiente: (...)” (Resalto); reconociendo LA CONVOCADA, en esta comunicación formal, expresa y literalmente, la imposibilidad jurídica de violentar normas de orden público y aceptando, con toda claridad, lo siguiente: “ **5 – Ahora bien, en ningún momento y por ninguna razón por fuerte que sea, le es dable a persona alguna sea natural o jurídica, del orden gubernamental o particular, pretender desconocer el cumplimiento de la normatividad vigente, máxime cuando se trata de normas de Orden Público, es decir, de obligatorio cumplimiento y es por ello que esa Entidad como ExxonMobil de Colombia S.A. están obligadas a darles cumplimiento** y así lo establece el artículo 524 del Código de Comercio, que bajo el nombre de CARÁCTER IMPERATIVO DE ESTAS NORMAS, de manera taxativa dice: “ ART. 524.- Contra las normas previstas en los artículos 518 a 523, inclusive, **no producirá efectos ninguna estipulación de las partes** “ (Resalto)”

DECIMO TERCERO: En este sentido, la sociedad que represento se ha opuesto a la terminación del contrato y a la restitución de lo entregado. En efecto, en respuesta de: 8 de mayo de 2013a

comunicación de LA CONVOCADA de fecha: 15 de abril de 2013 –GJ-015-13, LA CONVOCANTE, nuevamente se opuso a la terminación contractual pedida unilateralmente por le EXXONMOBIL, reiterando que, si no existían razones para terminar el contrato de arriendo de la EXXONMOBIL con LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES, tampoco había fundamentos para la conclusión del conexo contrato existente entre las partes: CONVOCANTE y CONVOCADA. Así lo manifestó la sociedad que represento a LA CONVOCADA, tomando los mismos sustentos que LA CONVOCADA como ARRENDATARIA presento a su ARRENDADORA: LA AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES:

“En este legal criterio, ustedes afirmaron, y nosotros los coadyuvamos: “Si bien es cierto son poderosas las razones expresadas por ustedes en sus oficios atrás mencionados, desafortunadamente éstas no fueron comunicadas a la Compañía con la anticipación debida como lo exige el inciso primero del artículo 520 del Código de Comercio que establece: “En los casos previstos en los ordinales 2o. y 3o. del artículo 518, el propietario desahuciará al arrendatario con no menos de seis meses de anticipación a la fecha de terminación del contrato, so pena de que éste se considere renovado o prorrogado en las mismas condiciones y por el mismo término del contrato inicial.; y cuando, además, en el contexto del arriendo y de los interconectados contratos de operación-subarriendos, no se genera la terminación por las conducentes, demostradas y garantizadas causas legales.” (Resalto)”

Así se reiteró por la CONVOCANTE a la CONVOCADA: “Y con toda razón ustedes concluyen, lo que igualmente se constituye en nuestra insistente conclusión, NO PODEMOS ACEPTAR LA PRORROGA Y MENOS LA TERMINACION DEL CONTRATO EN LA FORMA COMO SE NOS INDICA. RECHAZAMOS ESA PRORROGA Y NOS OPONEMOS A ESA ILICITA TERMINACION, reiterando lo expresado en la anterior y en la presente respuesta sobre la terminación del contrato y sus consecuencias, DE CONFORMIDAD CON LO QUE EXXON MOBIL DE COLOMBIA S.A. ha concluido: “**En conclusión, por las razones atrás anotadas no le es posible a ExxonMobil de Colombia S.A., aceptar la terminación del contrato de arrendamiento, que por expreso mandato legal, aun antes de su primer oficio, el No. 1885 ALDG-ALOJD 150 de 24 de septiembre de 2012, ya se había renovado y menos proceder a la entrega de los inmuebles objeto del contrato.**”

DECIMO CUARTO: No hay sentencia judicial o laudo arbitral que declare, ordene o disponga la señalada TERMINACION contractual, y menos como lo reclamó la CONVOCADA a la CONVOCANTE. La sociedad que represento ha rechazado y se ha opuesto, en derecho, a las injustas, abruptas, unilaterales, ilegales y extemporáneas exigencias de terminación y liquidación contractual, teniendo LA CONVOCADA que retractarse de sus peticiones, pero insistiendo contradictoria e ilegalmente en su conducta, reveladora de incumplimiento contractual, al pedir la terminación del contrato a partir del 30 de junio de 2013, con restitución del inmueble desocupado el día 2 de julio de 2013, en requerimiento, sin sustento y sin posibilidad jurídica de

cumplimiento, de la sociedad EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., sobre un acto bilateral que tiene precedentes contractuales en tracto sucesivo de muchos años atrás y se encuentra vigente, prorrogado y con posibilidades de otras prórrogas convencionales y de Ley imperativa.

DECIMO QUINTO: Igualmente, no obstante la abierta ilegalidad de la posición de la CONVOCADA, mi representada siempre comunicó que, si se persistía en la indicada terminación y liquidación contractual, su voluntad era conciliatoria para proceder de común acuerdo, mediante el previo reconocimiento y pago de las indemnizaciones para cubrir el daño que por esta conclusión contractual se ocasiona a la sociedad que apodero.

DECIMO SEXTO: La CONVOCADA, tal y como se expresa en acta anexa, persistiendo en su ilegalidad, se presentó el 2 de julio de 2013, a través de sus representantes: Sr. "HECTOR ANTONIO MORENO GUTIERREZ, identificado con C.C. N° 79.524.018 de Bogotá, en su calidad de gerente de ventas combustibles área norte ExxonMobil de Colombia S.A., de acuerdo con lo establecido en la comunicación GJ-015-13 de fecha 15 de abril de 2013 para recibir el inmueble donde funciona la estación de servicio MOBIL LA MARINA totalmente desocupado (...); inmueble en el cual se encuentra ubicado el establecimiento de comercio de la CONVOCANTE, en Cartagena, Bocagrande, Cra. 2 N° 15-480, exigiendo lo así pedido en restitución sin orden judicial o arbitral alguna que autorizara esta conclusión contractual y este desalojo.

DECIMA SEPTIMO: Como consta en la misma acta anexa suscrita también por DISMARINA LTDA., su apoderado y dos (2) testigos, la parte CONVOCANTE se opuso a esta restitución, con sustento en las razones expresadas y conocidas por la CONVOCADA, sociedad que ordenó, además, en forma unilateral, la suspensión del suministro de combustible e insumos a la sociedad DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA. – DISMARINA, con la finalidad de paralizarla, forzando de hecho y abusivamente la ilegal restitución pedida en claro incumplimiento contractual que continúa a la fecha de presentación de esta demanda, sin poder contar y vender LA CONVOCANTE con la reconocida calidad y especialidad de los productos exclusivos que le suministraba LA CONVOCADA. Así, se hizo constar en la indicada acta anexa.

DECIMO OCTAVO: La sociedad CONVOCANTE, con la finalidad de no agravar el daño que se le causó y se le continúa causando con las indicadas peticiones de terminación-restitución contractual y con la suspensión unilateral de suministros por parte de la sociedad CONVOCADA, y ante la incertidumbre e inseguridad que generó y produce la conducta de LA CONVOCADA, solicitó, mediante comunicación radicada como: "OFICIO RADICADO MINMINAS No. 2013040755 DE 04-07-2013", al Ministerio de Minas y Energía que requiriera a la EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. para que reanudara los suministros abusivamente suspendidos o le autorizara a DISMARINA LTDA. Recibir estos suministros de otra sociedad proveedora.

DECIMO NOVENO: El Ministerio de Minas y Energía, en oficio Rad. 2013041522 08-07-2013, contesta a DISMARINA LTDA. Que, ante la información de "(...) una situación específica con

relación al abastecimiento de combustible (...)", el Ministerio "(...) no tiene competencia alguna para dirimir conflictos de orden civil."; sugiriendo los trámites administrativos para proceder "(...) a notificar al SICOM para efectos de autorizar la actualización de datos."

VIGESIMO: La sociedad DISMARINA LTDA., con la misma finalidad de no agravar el daño que se le causó y se le continúa causando con las indicadas peticiones de terminación-restitución contractual y con la suspensión unilateral de suministros por parte de la sociedad CONVOCADA, y dada su ostensible renuencia a la entrega de estos suministros, en claro y notorio incumplimiento contractual por la convocada, en actitud que hizo imposible la ejecución por las partes de la cláusula de exclusividad contractual por suministros, la sociedad CONVOCANTE, en calidad de "CONSUMIDOR", celebró un contrato de suministro de combustibles líquidos derivados del petróleo, lubricantes y en general, con la sociedad C.I. ECOS S.A., en calidad de: "PROVEEDOR", para el desarrollo del siguiente objeto:

"PRIMERA: OBJETO.- EL PROVEEDOR se obliga a suministrar a EL CONSUMIDOR y éste se compromete a adquirir de EL PROVEEDOR, durante la vigencia de este contrato un volumen mensual mínimo de 60.000 galones de combustibles líquidos derivados del petróleo, y/o un volumen total de 720.000 galones durante la vigencia del contrato, con el fin de darle una aplicación comercial al establecimiento de comercio ESTACION DE SERVICIOS LA MARINA ubicada en la Carrera 2 No. 15.480 BOCAGRANDE, en la ciudad de Cartagena-Bolívar."

VIGESIMO PRIMERO: La sociedad DISMARINA LTDA. Tiene relaciones laborales con diferentes empleados que desempeñan funciones y labores en directa conexión con el objeto comercial de la CONVOCANTE y el contrato sobre cual se demanda RESOLUCION. En este sentido, la solicitud de terminación contractual y restitución del inmueble y equipos con la abusiva suspensión unilateral del suministro de combustible para la continuidad de las actividades comerciales de mi representada, sin orden judicial que así lo disponga, constituyen un claro incumplimiento del contrato y es causa generadora de su resolución con los efectos indemnizatorios para el pago de los perjuicios que se concretan en las pretensiones de esta demanda arbitral, por los daños que se han producido y se producirán a la convocante, así:

Por CONCEPTO DE DAÑO EMERGENTE, en modalidad de DAÑO EMERGENTE FUTURO, considerando las indemnizaciones laborales que legalmente debe pagar la sociedad CONVOCANTE a sus empleados por su inminente desvinculación ante el incumplimiento contractual de la sociedad CONVOCADA causante de la RESOLUCION CONTRACTUAL PRETENDIDA, la suma de SETENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS QUINCE MIL CIENTO CUARENTA Y TRES PESOS (\$ 71.915.143.00,), con su incremento por actualización legal en futuro como pago de indemnizaciones laborales, y el reconocimiento y pago de los intereses que se generen desde la causación del daño hasta la fecha en que se solucione o pague integralmente la debida indemnización, de acuerdo con informe detallado que se anexa a la demanda como dictamen de contaduría sobre indemnizaciones debidas a la CONVOCANTE,

indicando los nombres y las identificaciones de los empleados que deben ser indemnizados por terminación de sus contratos o relaciones laborales, en cuantía que se determinan a 31 de diciembre d 2012, debiendo ser actualizadas de acuerdo con la tarifas legales contempladas en el Código Sustantivo del Trabajo y disposiciones jurídicas concordantes, con todos los efectos jurídicos, en la fecha en que se profiera el LAUDO ARBITRAL estimatorio de las pretensiones que se demandan

VIGESIMO SEGUNDO: La sociedad DISMARINA LTDA. se encuentra vigente, "(...) no se halla disuelta, el término de duración de la misma se fijó hasta el 31 de agosto del año 2023.", para la explotación comercial de su objeto, como consta en el respectivo Certificado de Existencia y Representación y, considerando la anterior, sucesiva e ininterrumpida celebración de contratos con la CONVOCADA, los cuales han conservado idéntica naturaleza y han configurado en la REALIDAD unos contratos de ARRIENDO CON SUMINISTROS Y OPERACIONES DE VENTA entre las partes, LA CONVOCANTE tenía una real, objetiva y económica proyección mercantil para la obtención de utilidades como PROYECCION FINANCIERA DE DISMARINA LTDA. EN LOS AÑOS 2013, 2014, 2015, 2017, que se ven frustradas por las antijurídicas, abusivas, abruptas, unilaterales peticiones y actuaciones de la CONVOCADA, las cuales constituyen un claro incumplimiento del contrato y son causa generadora de su resolución con los efectos indemnizatorios para el pago de los perjuicios que se concretan en las pretensiones de esta demanda arbitral, por los otros daños que se han producido y se producirán a la convocante, así:

POR CONCEPTO DE LUCRO CESANTE: La suma de: CUATRO MIL SETECIENTOS TREINTA MILLONES OCHENTA Y TRES MIL PESOS (\$4.730.083.000.00), dada la frustrada obtención de utilidades, estimando la PROYECCION FINANCIERA DE LA SOCIEDAD DISMARINA LTDA. EN LOS AÑOS 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, con su actualización monetaria y el reconocimiento y pago de los intereses que se generen desde la causación del daño hasta la fecha en que se solucione o pague integralmente la debida indemnización, de acuerdo con informe detallado que se anexa a la demanda como dictamen de contaduría sobre indemnizaciones debidas a la CONVOCANTE, indicando los elementos sustentatorios de las proyectadas y frustradas utilidades que no obtendrá la sociedad CONVOCANTE como indemnización que debe pagar la sociedad CONVOCADA.

JURAMENTO ESTIMATORIO – REITERACION DE LA ESTIMACION RAZONADA DE LA CUANTIA DE LAS PRETENSIONES:

La parte actora que represento, DISMARINA LTDA., BAJO JURAMENTO ESTIMATORIO, pide lo demandado y se ratifica en las pretensiones y en sus específicas cantidades o cuantías, con sustento en la razonada explicación que se presenta en los hechos de esta demanda y en el dictamen que se anexa como prueba sobre los daños causados por la CONVOCADA a la CONVOCANTE ante el claro incumplimiento contractual de la sociedad EXXONMOBIL S.A., de conformidad con lo expuesto en esta demanda, así:

- INDEMNIZACION POR DAÑO EMERGENTE: SETENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS QUINCE MIL CIENTO CUARENTA Y TRES PESOS (\$ 71.915.143.00), con su incremento por actualización legal en futuro como pago de indemnizaciones laborales, y el reconocimiento y pago de los intereses que se generen desde la causación del daño hasta la fecha en que se solucione o pague integralmente la debida indemnización, considerando que la sociedad DISMARINA LTDA. tiene relaciones laborales con diferentes empleados que desempeñan funciones y labores en directa conexión con el objeto comercial de la CONVOCANTE y el contrato sobre cual se demanda RESOLUCION. En este sentido, la solicitud de terminación contractual y restitución del inmueble y equipos con la abusiva suspensión unilateral del suministro de combustible por parte de la CONVOCADA para la continuidad de las actividades comerciales de mi representada, sin orden judicial que así lo disponga, constituyen un claro incumplimiento del contrato y es causa generadora de su resolución con los efectos indemnizatorios para el pago de los perjuicios que se concretan en las pretensiones de esta demanda arbitral.

- INDEMNIZACION POR LUCRO CESANTE: CUATRO MIL SETECIENTOS TREINTA MILLONES OCHENTA Y TRES MIL PESOS (\$ 4.730.083.000.00), dada la frustrada obtención de utilidades, con su actualización monetaria y el reconocimiento y pago de los intereses que se generen desde la causación del daño hasta la fecha en que se solucione o pague integralmente la debida indemnización, considerando que La sociedad DISMARINA LTDA. se encuentra vigente, "(...) no se halla disuelta, el término de duración de la misma se fijó hasta el 31 de agosto del año 2023.", para la explotación comercial de su objeto, como consta en el respectivo Certificado de Existencia y Representación y, ante la precedente, sucesiva e ininterrumpida celebración de contratos con la CONVOCADA, los cuales han conservado idéntica naturaleza y han configurado en la realidad unos contratos de ARRIENDO CON SUMINISTROS Y OPERACIONES DE VENTA entre las partes, estimando la PROYECCION FINANCIERA DELA SOCIEDAD DISMARINA LTDA. EN LOS AÑOS 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, LA CONVOCANTE tenía una objetiva y económica proyección mercantil para la obtención de estas utilidades que se ven frustradas por las antijurídicas, abusivas, abruptas, unilaterales peticiones y actuaciones de la CONVOCADA, sin orden judicial que así lo disponga, las cuales constituyen un claro incumplimiento del contrato y son causa generadora de su resolución con los efectos indemnizatorios para el pago de los perjuicios que se concretan en las pretensiones de esta demanda arbitral.

Pretensiones de la demanda arbitral principal:

"PRIMERA: Que se declare que la PARTE CONVOCADA incumplió el contrato denominado: "PBL N°.110142 - CONTRATO DE OPERACIÓN DE ESTACION DE SERVICIO PARA VEHICULOS AUTOMOTORES Y DISTRIBUCION DE COMBUSTIBLES Y LUBRICANTES ", celebrado el dos (2) de febrero de 2010, entre EXXON MOBIL DE COLOMBIA S.A. y

DISMARINA LTDA., en su configuración real, como contrato de ARRIENDO o SUBARRIENDO OPERATIVO, y nominativa, y en todos sus efectos, por las solicitudes y actuaciones unilaterales de la PARTE CONVOCADA para la terminación de este contrato, con restitución de bienes entregados, y por suspensión y terminación unilateral por la PARTE CONVOCADA del suministro de combustibles líquidos y otros insumos a la PARTE CONVOCANTE, para su distribución y venta en el establecimiento de comercio de la sociedad convocante: DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA. - DISMARINA LTDA., instalado en el inmueble cuya tenencia le entregó LA CONVOCADA.

SEGUNDA: Que, por causa de este incumplimiento contractual, se declare la RESOLUCION DEL CONTRATO denominado: “CONTRATO DE OPERACIÓN DE ESTACION DE SERVICIO PARA VEHICULOS AUTOMOTORES Y DISTRIBUCION DE COMBUSTIBLES Y LUBRICANTES”, de fecha: Dos (2) de febrero de dos mil diez (2010), en su configuración real, como contrato de ARRIENDO o SUBARRIENDO OPERATIVO, y nominativa, y en todos sus efectos.

TERCERA: Que, por causa de esta declaratoria de incumplimiento y resolución contractual, se condene a la PARTE CONVOCADA a pagar a la PARTE CONVOCANTE, por concepto de DAÑO EMERGENTE, la suma de SETENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS QUINCE MIL CIENTO CUARENTA Y TRES PESOS (\$ 71.915.143.00), con su incremento por actualización legal en futuro como pago de indemnizaciones laborales, y el reconocimiento y pago de los intereses que se generen desde la causación del daño hasta la fecha en que se solucione o pague integralmente la debida indemnización.

CUARTA: Que, por causa de la declaratoria de incumplimiento y resolución contractual, se condene a la PARTE CONVOCADA a pagar a la PARTE CONVOCANTE, por concepto de LUCRO CESANTE, la suma de: CUATRO MIL SETECIENTOS TREINTA MILLONES OCHENTA Y TRES MIL PESOS (\$ 4.730.083.000.00), dada la frustrada obtención de utilidades, con su actualización monetaria y el reconocimiento y pago de los intereses que se generen desde la causación del daño hasta la fecha en que se solucione o pague integralmente la debida indemnización.

QUINTA: Que se condene en costas y gastos del PROCESO ARBITRAL a la PARTE CONVOCADA, y a favor de la PARTE CONVOCANTE, incluyendo agencias en derecho”

Contestación de la demanda arbitral y demanda de reconvención.

ExxonMobil contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo como Excepciones de Fondo las siguientes:

“Primera: Ausencia de incumplimiento del contrato PBL No. 110142 de 2 de febrero de 2010

Segunda: Terminación legítima del CONTRATO DE OPERACIÓN DE ESTACIONES DE SERVICIO PBL No. 110142 de 2 de febrero de 2010 conforme a su texto, ley para las partes

Tercera. Ausencia de todo perjuicio causado por EXXONMOBIL a la sociedad convocante, como consecuencia de la legitimidad de su proceder para terminar el contrato de operación PBL No. 110142.

Cuarta: La genérica de improcedencia del derecho pretendido por la sociedad convocante, a partir del incumplimiento de sus propias obligaciones contractuales”. (Folios 173 a 180 del expediente Tomo I)

Adicionalmente, ExxonMobil presentó Demanda de Reconvención contra Distribuidora La Marina Limitada y como pretensiones presentó las siguientes:

“PRIMERA. Está terminado el contrato de OPERACIÓN DE ESTACIONES DE SERVICIO, suscrito entre EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A y DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA, el 2 de febrero de 2010, por expiración del plazo de la última prórroga, el 30 de junio de 2013.

SEGUNDA. DISTRIBUIDORA MARINA LTDA ha incumplido las obligaciones contractuales estipuladas para el evento de la terminación y liquidación del contrato y en consecuencia, deberá:

- a) Restituir al término de ejecutoria del laudo, la ESTACIÓN DE SERVICIO (inmueble, elementos, equipos y sus adecuaciones e instalaciones), que le fueron entregados a título gratuito para la ejecución del contrato de OPERACIÓN DE ESTACIONES DE SERVICIO cuya terminación se declara y está integrada por los bienes y equipos que se relacionan en el anexo N° 1 del contrato denominado INVENTARIO DE BIENES Y EQUIPOS y suscrito por las partes y el inmueble en el cual se desarrolla la actividad: lote de terreno donde funciona la ESTACION DE SERVICIO denominada MOBIL LA MARINA, ubicado en la ciudad de Cartagena, sector Bocagrande, en la carrera 2 N° 15 – 480 , y comprendido dentro de los siguientes linderos: Lote N° 2, correspondiente a la estación MOBIL LA MARINA, con una cabida superficial de 3.615.60 metros cuadrados, y el cual se encuentra comprendido dentro de los siguientes linderos: Norte con la bahía de Las Animas de la ciudad, con la estación de bomberos. Oriente, con la estación de bomberos. Sur, con la estación de bomberos. Occidente, con la avenida Santander. El lote descrito por sus linderos y medidas hace parte de un inmueble de mayor extensión denominado EL LIMBO, y al cual le corresponde la matrícula inmobiliaria N° 060-0050149 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena.
- b) La devolución de la ESTACIÓN DE SERVICIO (inmueble, elementos, equipos y sus adecuaciones e instalaciones) se hará mediante la entrega libre de toda situación que

impida el ejercicio de su tenencia y de cualquiera otra contingencia de orden civil, administrativo o ambiental.

- c) Si la devolución de la ESTACION DE SERVICIO no se realiza a la ejecutoria del laudo que lo ordene, y no se procede a su devolución como se solicita, se oficiará a la autoridad correspondiente para que proceda a realizar la diligencia de la entrega material.

TERCERA. Sanciones contractuales. En consecuencia de las declaraciones precedentes, la sociedad demandada deberá pagar a EXXONMOBIL las sumas de dinero por los conceptos que se indican a continuación:

a) Cláusula Penal: DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA por el incumplimiento de la obligación de terminar el contrato y restituir el conjunto de bienes que conforman la ESTACION DE SERVICIO es deudor de la suma de dinero definida como pena en la cláusula 12.1 del contrato y que a la fecha de presentación de la demanda equivale a CIENTO SETENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M.L. \$176.850.000.00, más los intereses de mora correspondientes desde el 1 de julio de 2013 hasta cuando se verifique el pago.

b) Pena por incumplimiento de la obligación de restituir la ESTACION DE SERVICIO, conforme a lo estipulado en la cláusula 3.9 por valor de \$217.785.000.00. Este valor se ajustará a partir del 1 de julio de 2013 por cada día de retardo en su cumplimiento, al valor mensual del salario mínimo en cada anualidad.

CUARTA. Otros perjuicios. Solicito que declare y ordene su pago en favor de EXXONMOBIL de aquellos que se establezcan probatoriamente en el proceso y que provengan del estado material y jurídico que presente la Estación de Servicio al momento que se efectúe su restitución de la ESTACION DE SERVICIO conforme se solicita.

QUINTA. La sociedad demanda pagará las costas judiciales y gastos del presente proceso”.

Mediante escrito recibido el 28 julio del 2014 en la secretaría del Tribunal, la demandante en reconvencción excluyó la pretensión cuarta de su demanda, que denominó “Otros perjuicios” precisando que “... En consecuencia las pretensiones se contraen a las tres iniciales y la quinta...”

DISMARINA, contestó la Demanda de Reconvencción, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como Excepciones de Fondo las siguientes:

- i. “PREVALENCIA DE LA REALIDAD CONTRACTUAL EXISTENTE ENTRE LAS PARTES - INESCINDIBLE Y ESENCIAL RELACIÓN Y CONEXIÓN ENTRE EL CONTRATO DE ARRIENDO DE LA EXXONMOBIL COLOMBIA S.A. CON LA AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES Y EL CONTRATO DE QUIEN RECONVIENE CON LA SOCIEDAD QUE REPRESENTO -EXISTENCIA DE CONTRATO DE SUBARRIENDO OPERATIVO

- ii. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A.- INCUMPLIMIENTO DEL ARRENDATARIO DE EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. DE IMPERATIVAS NORMAS DE ORDEN PÚBLICO - CARENCIA DEL DEBIDO PAGO INDEMNIZATORIO DE LA EXXONMOBIL DE COLOMBIA A LA SOCIEDAD QUE REPRESENTO.
- iii. INAPLICACIÓN DE CLÁUSULAS PENALES INEFICACES Y ENORMES” (folios 22 a 35 del cuaderno No. 2 Demanda de Reconvencción)

Previas las citaciones correspondientes, en audiencia realizada el día 13 de marzo del 2014 en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, se llevó a cabo la Audiencia de Designación de Árbitros en la que estuvieron presentes las siguientes personas: el Revisor Fiscal Suplente de la Cámara de Comercio de Cartagena doctor Sergio Ferreira Vargas, la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio doctora Julia Eva Pretelt Vargas; la representante legal de la demandante principal Hayza Elena Garay Arrieta en compañía de su apoderado especial doctor Virgilio José Escamilla Arrieta y en representación de la sociedad demandada principal la doctora Nora Daza de Amador, en ejercicio del poder especial y particular conferido para actuar durante esta audiencia por su Apoderado General doctor Germán Naranjo Trujillo. (Folios 238-239 del expediente Tomo I).

La audiencia fue suspendida por las partes y se reanudó el día 20 de marzo de 2014 durante la cual, de común acuerdo las partes designaron como árbitros a los doctores Liliana Fabiola Bustillo Arrieta, María de Los Ángeles Bettin Sierra y Jaime Becerra Garavito, miembros de las listas oficiales de la Cámara de Comercio de Cartagena, quienes fueron notificados y aceptaron el encargo en oportunidad legal (folios 283-284 del expediente Tomo I)

Integrado en la forma indicada el Tribunal de Arbitramento, se instaló formalmente en audiencia realizada el 10 de abril de 2014 durante la cual, entre otros aspectos procesales, el Tribunal decidió lo siguiente: i. designar como Presidente del Tribunal Arbitral al doctor Jaime Becerra Garavito y como Secretaria a la doctora Helene Elizabeth Arboleda de Emiliani miembro de la lista de la Cámara de Comercio de Cartagena; ii) fijar como lugar de funcionamiento del Tribunal la ciudad de Cartagena de Indias y como sede el Centro de Conciliación y Arbitraje de Cámara de Comercio de Cartagena, iii. reconocer personería para actuar a los doctores Virgilio José Escamilla Arrieta y Nora Daza de Amador y, iv. admitir la demanda arbitral, notificar el auto admisorio a la demandada y conceder el traslado legal correspondiente.

A esta audiencia concurrieron los árbitros, la Directora del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio doctora Julia Eva Pretelt Vargas quien actuó como secretaria ad-hoc, los apoderados de las partes demandante y demandada ésta última en ejercicio del poder especial para

actuar durante el trámite, conferido por Ricardo Forero López en su condición de Cuarto Suplente del Representante Legal (folio 314 del expediente – Tomo I)

Las providencias dictadas en esta audiencia fueron notificadas en Estrados a las partes quienes manifestaron su conformidad con lo decidido (folios 312-313 del expediente- Tomo I)

Notificación del Auto Admisorio de la Demanda

Del Auto Admisorio de la Demanda Arbitral fue notificada la demandada principal por intermedio de su apoderada judicial Doctora Nora Daza de Amador, el día 24 de abril de 2014 (folio 330 del expediente – Tomo I) y esta profesional, mediante escrito radicado en la Secretaría del Tribunal el día 29 de abril del 2014 interpuso recurso de reposición contra el Auto dictado en audiencia de fecha 10 de abril de 2014 solicitando su revocatoria por las siguientes razones: i. que la doctora Pretelt Vargas estaba inhabilitada para actuar como secretaria ad-hoc durante la Audiencia de Instalación del Tribunal en razón del cargo que desempeña en la institución y ii. no haberse integrado por el Tribunal el Litis Consorcio Necesario llamando al proceso a la Agencia Logística de las Fuerzas Militares en razón de su condición de propietaria inscrita del predio objeto de este trámite arbitral.(folio 331 a 336 del expediente Tomo I)

Del recurso se dio traslado a la demandante mediante fijación en Lista en la Secretaría del Tribunal el día 6 de mayo de 2014, parte que pidió su rechazo de plano (folios 341 a 346 del expediente Tomo I)

El Tribunal resolvió el recurso en los términos del Auto dictado en Audiencia de fecha 27 de mayo del 2014, negándolo y ratificando en su integridad lo decidido. (folios 347 a 351 del expediente Tomo I)

Contestación de la demanda arbitral principal

En firme el Auto Admisorio de la Demanda, ExxonMobil contestó la demanda arbitral, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, objetó el juramento estimatorio de los perjuicios reclamados, propuso excepciones de fondo y presentó Demanda de Reconvención contra Dismarina. (Folios 352 a 358 del expediente.- Tomo I)

En Auto dictado en audiencia realizada el día 14 de julio de 2014, notificado a las partes en Estado fijado el 23 de julio del 2014, el Tribunal dispuso: tener por contestada oportunamente la demanda arbitral y declarar inadmisibles la Demanda de Reconvención presentada por ExxonMobil contra Dismarina, por omisión del Juramento Estimatorio de las indemnizaciones reclamadas en esta demanda y relacionadas como Pretensión No. 4 y concedió a la aquí demandante el término legal de cinco (5) días para subsanar la falencia, a lo cual procedió esta parte a través de escrito radicado el día 25 de julio del 2014, en el cual manifiesta que "(...) excluye la pretensión CUARTA de la demanda que se denominó **“OTROS PERJUICIOS**, siendo así improcedente la estimación jurada de los mismos por este concepto ...”

Visto lo anterior, en Auto dictado en audiencia de fecha 26 de agosto de 2014, notificado a las partes en Estado fijado en la Secretaría el día 28 de agosto de 2014, el tribunal admitió la Demanda de Reconvencción y ordenó su notificación y traslado en los términos de la ley. (Folios 18, 19-20 del cuaderno No. 2 – demanda de reconvencción)

Notificación del Auto Admisorio de la demanda de Reconvencción

Del Auto Admisorio de la Demanda de Reconvencción fue notificada Dismarina, por intermedio de su apoderado especial doctor Virgilio José Escamilla Arrieta, el día 2 de septiembre de 2014, parte que contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso excepciones de fondo. (folio 21 del cuaderno No. 2 – demanda de reconvencción)

De los escritos de contestación de las demandas y de las excepciones presentadas por ambas partes se dio traslado común, en los términos del artículo 21 de la ley 1563 del 2012, mediante fijación en lista el día 2 de octubre de 2014.

Exxonmobil, mediante escrito recibido 3 de octubre de 2014 solicitó declarar la ilegalidad de la notificación argumentando no haberse implementado el procedimiento legal establecido y omisión de citas formales en el texto fijado para surtir la notificación, petición que fue resuelta desfavorablemente por el Tribunal en los términos del Auto dictado en audiencia de fecha 10 de octubre del 2014, notificado a las partes mediante mensaje de datos remitido vía Certimail, entregado y recibido en el buzón electrónico de cada parte, el mismo día 10 de octubre del 2014 (folios 374 a 379 del expediente – Tomo I)

Audiencia de Conciliación y fijación de gastos del Tribunal .

Trabada la Litis, en Audiencia de fecha 10 de octubre del 2014 – realizada sin intervención de las partes - el Tribunal dispuso citar a las partes y a sus apoderados a la Audiencia de Conciliación y si fracasare en todo o en parte, a la Fijación de Gastos la cual se realizó el 17 de octubre del 2014. .

En cuanto a la conciliación, la Audiencia resultó fallida habida cuenta de que las partes manifestaron no tener ánimo conciliatorio y ratificaron sus respectivas pretensiones y defensas.

En representación de Dismarina concurrió a esta audiencia Hayza Elena Garay Arrieta en compañía de su apoderado especial y en representación de ExxonMobil, Ricardo Forero López en compañía de su apoderada especial. (folios 380 a 386 del expediente – Tomo I)

Estimación económica del proceso

La cuantía de este trámite fue determinada por el Tribunal - teniendo en cuenta lo señalado por la demandante principal en el juramento estimatorio más no en el de la demanda de reconvencción por ser aquella la de mayor valor - en la suma de \$4.801.098.143.00.

En aplicación de lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 25 de la ley 1563 de 2012, en audiencia de fecha 17 de octubre del 2014 se fijaron los costos del Tribunal en la suma de \$288.119.888.00.

Notificadas las partes, la providencia fue recurrida por ExxonMobil solicitando reducción de los montos, petición que fue despachada desfavorablemente en los términos del Auto No. 3 de la misma fecha. (Folios 380 a 386 del expediente Tomo I)

Las providencias dictadas en esta audiencia fueron notificadas en Estrados a las partes quienes manifestaron su conformidad con lo decidido, quedando entonces ejecutoriadas en la misma fecha.

Pago de los costos y gastos del Tribunal

No obstante que conforme lo normado en el artículo 27 de la ley 1563 del 2012 los costos totales del Tribunal debían consignarse por ambas partes, por mitades, esta carga procesal solo fue cumplida por ExxonMobil asumiendo la totalidad de los costos por lo que, previa solicitud de esta parte, el Tribunal expidió certificación con relación al pago que hizo en nombre de Dismarina. (Folio 398 del expediente Tomo II)

Primera Audiencia de Trámite – Competencia del Tribunal

En audiencia realizada el 19 de noviembre del 2014 y en los términos del Auto No. 1 el Tribunal se declaró competente para tramitar y resolver en derecho las diferencias sometidas a su estudio, providencia que quedó en firme sin que las partes interpusieran recurso alguno. (folios 388 a 397 del expediente – Tomo II)

Naturaleza Del Proceso

Por disposición expresa del artículo 2 de la ley 1563 del 2012, el Tribunal Arbitral es de carácter institucional y por decisión de las partes en el pacto arbitral, el Laudo se dictara en derecho.

Pruebas

La primera Audiencia de Trámite - iniciada el 19 de noviembre del 2014 - fue suspendida por solicitud de las partes y reanudada el día 22 de enero del 2015 durante la cual el Tribunal se pronunció sobre las pruebas pedidas por ambas las partes en término hábil, decretándolas, en los términos del Auto No. 1 (folios 400 a 409 del expediente – Tomo II)

Pruebas solicitadas por Dismarina en la demanda principal: el Tribunal dispuso tener como pruebas, para ser apreciadas en su valor legal, los documentos aportados y relacionados como anexos en su libelo en los numerales 1 a 8 inclusive del capítulo de “pruebas y anexos” según relación visible a folios 12 a 15 del expediente Tomo I y fueron incorporados formalmente al expediente.

Decretó la recepción del interrogatorio del representante legal de ExxonMobil, prueba que posteriormente fue desistida por este apoderado en audiencia de fecha 20 de febrero del 2015; decretó igualmente la recepción del testimonio de Jaime Escandón Schorgborgh.

Como esta parte aportó como anexo a la demanda principal un dictamen pericial contable elaborado por Wilberto Tejedor Vega, para los efectos y con las formalidades del artículo 116 de la ley 1395 del 2010 el Tribunal citó a las partes y al experto para que en audiencia y con participación de ExxonMobil, declarara sobre el mismo.

Igualmente decretó la práctica de un dictamen pericial contable para que absolver el cuestionario presentado por esta parte en su libelo y para ello designó a Eduardo Rafael Hernández Salas.

Pruebas solicitadas por ExxonMobil en la contestación de la demanda principal y en la demanda de reconvencción : el Tribunal dispuso tener como pruebas para ser apreciadas en su valor legal, los documentos relacionados y adjuntados con el escrito de contestación de la demanda principal en el capítulo de “pruebas” visible a folios 357 a 361 del expediente, Tomo I, en la demanda de reconvencción en el capítulo del mismo nombre visible a folios 7 y 8 del cuaderno No. 2 y al descorrer el traslado de las excepciones; los documentos fueron incorporados formalmente al expediente

Decretó la recepción del interrogatorio de la representante legal de Dismarina y ordenó la recepción del testimonio de Cipriano Mendoza Causado, cuya práctica fue desistida en la misma audiencia.

Ordenó la práctica de un dictamen pericial contable para absolver el cuestionario presentado por esta parte en su escrito y para ello, designó a César Gabriel Angulo Arrieta.

Negó la práctica de Inspección judicial en las instalaciones de la estación de servicio de Dismarina, por considerar inconducente el objeto pretendido dado que esta parte excluyó del petitum de la demanda de reconvencción, la pretensión cuarta que se refiere a “Otros perjuicios”.

Pruebas decretadas de oficio

En uso de las facultades conferidas por los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, de oficio, decreto el Tribunal las siguientes pruebas:

- i. Inspección Judicial en la Estación De Servicio Mobil La Marina, con el fin de verificar y determinar los hechos objeto de investigación de este Tribunal de arbitramento y

- ii. Ordenar a ExxonMobil aportar, durante la diligencia de Inspección Judicial copia auténtica del contrato de arrendamiento celebrado con la Agencia Logística De Las Fuerzas Militares,

Esta providencia, fue recurrida por la apoderada de ExxonMobil, inconforme con la decisión del Tribunal de tener como pruebas los documentos aportados por la demandante principal con vigencia anterior al 1 de enero del 2010, por inconducentes al asunto objeto de debate en este Tribunal.

Desarrollado el trámite de ley, dispuso el tribunal no reponer la providencia objeto de recurso, quedando en firme en todas sus partes el Auto No. 1 contentivo del decreto de pruebas. (Folios 400 a 409 del expediente Tomo II)

Pruebas practicadas

La diligencia de Inspección Judicial en la Estación De Servicio Mobil La Marina - sede de la empresa demandante - se llevó a cabo el día 4 de marzo del 2015 y durante la misma su representante legal hizo entrega al Tribunal de copia informal del contrato arrendamiento suscrito entre la Agencia Logística de las Fuerzas Militares y ExxonMobil de Colombia, celebrado el día 1 de enero de 2012, el cual se incorporó formalmente al expediente (folios 467 a 469 y 485 a 488 del expediente Tomo II).

Durante la diligencia el Árbitro Presidente tomó un registro fotográfico en las instalaciones el cual fue puesto a disposición de las partes en audiencia de fecha 17 de diciembre del 2015, sin que las partes se pronunciaran sobre su contenido. (Folios 991 a 994 del expediente Tomo III)

Las declaraciones y el interrogatorio de parte fueron grabados y una vez literalizados fueron puestas a disposición de las partes quienes no se pronunciaron sobre ellas en ningún sentido. (folios 572 a 602 del expediente – Tomo II)

En audiencia realizada el día 11 de marzo del 2015, el Tribunal escuchó la declaración de Wilberto Tejedor Vega, el testimonio de Jaime Escandón Schorgborgh y practicó el interrogatorio de parte de la representante legal de Dismarina, Hayza Elena Garay Arrieta (folios 471 a 477 del expediente Tomo II)

El día 4 de marzo del 2015, en Audiencia con intervención de las partes, tomaron posesión los Auxiliares de Justicia designados por el Tribunal, Contadores Eduardo Rafael Hernández Salas y César Gabriel Angulo Arrieta, definió el término dentro del cual deberían rendir sus respectivas experticias, fijó el monto de los honorarios provisionales para cada uno e hizo entrega a cada auxiliar de los cuestionarios aportados por la apoderada de ExxonMobil (folios 437 a 443 del expediente Tomo II)

César Gabriel Angulo Arrieta, presentó su experticia el día 1 de abril de 2015 y puesto a disposición de las partes fue aclarado y complementado por solicitud de ambas e incorporado formalmente al

expediente en los términos del auto dictado en audiencia de fecha 12 de agosto del 2015 (folios 512 a 570, 628-629, 665 a 668, 669-670 del expediente Tomo II)

Eduardo Rafael Hernández Salas presentó su informe el día 6 de julio de 2015 y puesto a disposición de las partes, fue aclarado y complementado por solicitud de ambas e incorporado formalmente al expediente. (folios 643 a 664, 671 a 679, 682 a 700 con sus respectivos anexos a folios 643 a 664, 671 a 679, 682 a 705 del expediente Tomo II y AZ No. 1 folios 1 A 403, No. 2 folios 404 a 1050 y No. 3 folios 1051 a 1473 para un total de 1.473 folios).

Como parte de la contradicción del dictamen rendido por la Eduardo Rafael Hernández Salas, el apoderado de la parte demandante principal presentó una experticia elaborada por el también Contador Arnold Enrique Cabarcas Puello. (folios 706 a 892 del expediente Tomo III)

Para la adecuada contradicción de esta prueba, con fundamento en lo normado en el artículo 31 de la ley 1563 del 2012, el Tribunal convocó a una audiencia con el fin de escuchar la declaración de ambos expertos.

Esta decisión que fue recurrida por el apoderado de ExxonMobil echando de menos el traslado previo a la parte que él representa, del dictamen pericial. El recurso fue resuelto desfavorablemente a quien lo propuso (folios 894 a 905 del expediente – Tomo III)

La audiencia de contradicción de los dictámenes se llevó a cabo el 9 de diciembre del 2015 y la declaración de los expertos fue grabada y una vez literalizada, puesta a disposición de las partes (folios 906 a 908, 912 a 941 del expediente Tomo III)

Los honorarios de los auxiliares de la justicia César Gabriel Angulo Arrieta y Eduardo Rafael Hernández Salas) fueron cancelados por ambas partes en la forma indicada por el Tribunal, esto es, consignando a órdenes del Árbitro Presidente en la cuenta abierta para este Tribunal.

Cierre del debate probatorio

Previo al cierre del debate probatorio, en audiencia de fecha 17 de diciembre del 2015, el apoderado de Dismarina solicitó al Tribunal oficiar a la Agencia Logística las Fuerzas Militares para que remitieran - con destino al proceso - copia auténtica y completa del contrato celebrado en ésta entidad y ExxonMobil, toda vez que el ejemplar que obra en el expediente no reunía ninguno de estos requisitos, petición que fue aceptada por el Tribunal por lo que dispuso oficiar a la mencionada entidad en el sentido solicitado. (folios 991 a 994 y 1000, 1001 a 1006 del expediente Tomo III)

Recibido el documento e incorporado formalmente al expediente, el Tribunal declaró concluida la instrucción y citó a las partes a la audiencia de alegatos de conclusión, en audiencia de fecha 9 de enero del 2016 (folios 1012 a 1014 del expediente – Tomo IV).

En la audiencia del día 19 de enero de 2016, El tribunal observó que la etapa probatorio se había cumplido al haberse recaudado la totalidad de las pruebas decretadas en las distintas oportunidades procesales, tanto las de oficio como a petición de parte, a excepción de las que fueron desistidas por las partes, así como los dictámenes periciales y en consecuencia encontró que no había circunstancia alguna que pudiese o pudiera invalidar lo actuado, e instó a las partes para que de ser el caso pusieran en conocimiento del Tribunal cualquier eventual asunto que diera lugar a ello, a lo cual los apoderados de las partes manifestaron expresamente su conformidad con lo actuado.⁵¹⁴

Audiencia de alegatos

El día 5 de febrero del 2016, tuvo lugar la audiencia durante la cual se recibieron las alegaciones de las partes, quienes expusieron oralmente sus argumentos y aportaron sus correspondientes escritos y señaló como fecha para la lectura de la parte resolutive del laudo Arbitral el día 15 de abril del 2016, diligencia que fue aplazada mediante auto del 11 del mismo mes y año, para el día 22 de abril de 2016 a las 2:30 p.m. (folios 1018 al 1150 del expediente – Tomo IV)

Temporalidad del Laudo

Como en el Pacto Arbitral las partes no señalaron término para la duración del proceso, este será de seis (6) meses contados a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite.

Así, el término inicial que comenzó a correr el 23 de enero del 2015 - día siguiente a la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite (y que vencería el 23 de julio del 2015), por solicitud de ambas partes y de común acuerdo fue prorrogado por seis (6) meses más en los términos del auto No. 3 dictado en audiencia de fecha 20 de febrero del 2015 (folios 429 a 431 del expediente Tomo II) por lo que el término legal vencería el 22 de enero del 2016.

Dentro de este término, con fundamento en lo establecido en el artículo 11 de la misma normatividad citada, de común acuerdo las partes solicitaron y el tribunal aprobó la suspensión de los términos procesales así: desde 26 de enero 2015 hasta el 10 de febrero del 2015 - ambos inclusive - para un subtotal de 16 días calendario; desde el 17 de marzo del 2015 hasta el 11 de mayo del 2015 – ambos inclusive - para un subtotal de 56 días calendario; desde el 10 de noviembre del 2015 hasta el 30 de noviembre del 2015 – ambos inclusive – para un subtotal de 21 días calendario y desde el 20 de enero del 2016 hasta el 4 de febrero del 2016 – ambos inclusive – para un total de 16 días calendario que en total suman 109 días calendario de suspensión que adicionados al término de ley determinan como fecha de vencimiento el 10 de mayo del 2016. (Folios 409 y 477 del expediente Tomo II, 907 Tomo III y 1014,1018 Tomo IV)

⁵¹⁴ Folio 1013 del cuaderno principal tomo IV

Cabe resaltar que en la audiencia de alegaciones de fecha 05 de febrero de 2016 se puso de presente a los apoderados de las partes el informe secretarial sobre la contabilización de los términos del proceso, los cuales manifestaron su conformidad con dicho conteo en este trámite arbitral (Folio 1019 Tomo IV).

CAPITULO II - CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

PRESUPUESTOS PROCESALES

Estudiado el expediente, encuentra el Tribunal que los presupuestos procesales de orden formal y material o de fondo, encaminados a la correcta formación del proceso y de la relación procesal, esto es, los presupuestos procesales de la acción y del procedimiento referentes a la competencia del Tribunal y la capacidad procesal para ser parte, además de que no han sido objeto de tacha por las partes, están acreditados, por lo que no considera pertinente hacer un análisis exhaustivo sobre los mismos.

En cuanto a la competencia del Tribunal para conocer y decidir en derecho los asuntos sometidos a su estudio, la decisión fue tomada en la Primera Audiencia de Trámite celebrada el día 19 de noviembre de 2014, a la cual asistieron los apoderados de las partes, sin que contra ésta se interpusiera recurso alguno, quedando ejecutoriada en esa misma fecha.

Para resolver la controversia planteada entre las partes, este Tribunal procederá a hacer un análisis sobre los siguientes aspectos: la naturaleza jurídica del contrato PBL No. 110142; la terminación del contrato por el vencimiento del término invocada por la convocada; la resolución o terminación del contrato pretendida por la parte convocante y sus posibles consecuencias y además, un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones de la demanda principal y de reconvenición y la excepciones de mérito propuestas por ambas partes y las costas.

1.- Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del contrato que vincula a las partes

Es importante para este Tribunal determinar la naturaleza jurídica del contrato que vincula a las partes convocante y convocada, pues dependiendo del tipo contractual, se adoptarán otras decisiones relacionadas con las pretensiones y excepciones planteadas por ellas.

Y es importante dicha determinación, entre otras cosas, porque las partes han discutido, a lo largo de sus intervenciones procesales, sobre dicha naturaleza, sin que exista un acuerdo entre ellas sobre el particular.

En efecto, la parte convocante, tanto en los hechos de la demanda como en las pretensiones, manifiesta que las partes han venido vinculadas contractualmente desde el primero (1º) de enero de

1991 hasta la fecha, de manera ininterrumpida, con diferentes contratos de carácter comercial, a los cuales se les han colocado diferentes denominaciones y resalta dos negocios jurídicos, en particular, celebrados el 7 de septiembre de 1999 y 2 de febrero de 2010, a los cuales se les denominó “Operación de estaciones de servicio para vehículos automotores y distribución de combustibles, lubricantes y otros productos” y “Operación de estación de servicio para vehículos automotores y distribución de combustibles y lubricantes”, respectivamente, pero que, en su criterio, constituyen, en realidad, contratos de arrendamiento o subarrendamiento operativo, en que la parte convocante ha mantenido siempre la tenencia de un lote con sus edificaciones, instalaciones, equipos y explotando el mismo establecimiento de comercio.⁵¹⁵

A su turno, la parte convocada, al contestar la demanda, manifiesta que el 1 de enero de 1991 se celebró un contrato de arrendamiento, pero que posteriormente se celebraron entre las partes otros contratos como de franquicia y de operación de estaciones de servicio, en diferentes momentos, para concluir, que no es cierto lo afirmado por la parte convocante en el sentido que todos los contratos son de arrendamiento, pues los celebrados en el año 1999 y 2010 son contratos denominados de “Operación de estaciones de servicio para vehículos automotores y distribución de combustibles, lubricantes y otros productos” y “Operación de estación de servicio para vehículos automotores y distribución de combustibles y lubricantes”, respectivamente, los cuales describen derechos y obligaciones recíprocas entre las partes, de acuerdo con la función económica de los mismos, para finalmente, concluir que el negocio jurídico celebrado el 2 de febrero de 2010 es el único que se encuentra actualmente en ejecución y por tanto regulando las relaciones entre las partes, porque dejó sin efectos el celebrado el 7 de septiembre de 1999.⁵¹⁶

Descritas, en apretado resumen, las posiciones de las partes, este Tribunal se propone establecer, en primer lugar, cuál es o cuales son los contratos que rigen actualmente las relaciones entre las partes, para luego entrar a determinar cuál es su naturaleza jurídica.

En efecto, la parte convocante se refiere a varios contratos suscritos desde el año 1991 hasta llegar al año 2010 y en esa línea de pensamiento aporta con la demanda varios contratos celebrados entre los años 1990 a 1996 denominados contratos de arrendamiento; igualmente, aporta documentos que dan cuenta de la celebración en el año 1997 de un contrato que las partes denominaron “Contrato de franquicia para combustibles, lubricantes y otros productos” el cual rigió hasta el año 1999.

Posteriormente, las partes deciden suscribir un contrato denominado por ellas “Contrato de operación de estaciones de servicio para vehículos automotores y distribución de combustibles, lubricantes y otros productos”⁵¹⁷, el cual rigió las relaciones entre ellas, hasta que el día dos (2) de febrero de 2010, fecha ésta última en que deciden suscribir un último contrato que llamaron “Contrato de

⁵¹⁵ Hechos primero, segundo y tercero; pretensiones primera y segunda de la demanda.

⁵¹⁶ Contestación a los hechos primero, segundo y tercero de la contestación de la demanda

⁵¹⁷ Este último contrato aparece celebrado por escrito el 7 de septiembre de 1999.

operación de estación de servicio para vehículos automotores y distribución de combustibles y lubricantes”.

Para éste Tribunal no existe duda alguna que el contrato que actualmente rige las relaciones entre las partes es el celebrado el dos (2) de febrero de 2010, al cual se ha hecho mención, por cuanto las partes así lo reconocen.

En efecto, la parte convocante reconoce en los hechos tercero y siguientes de la demanda, la celebración del citado negocio jurídico, solo que, en su entender, considera que ese contrato, en realidad, se configuró como un arriendo o un subarriendo operativo, manteniendo la convocante, según su decir, la tenencia del lote con sus edificaciones, instalaciones y equipos y explotando el mismo establecimiento de comercio.⁵¹⁸ Igualmente, la parte convocada, al responder el primer hecho de la demanda, sostiene que ese contrato celebrado el dos (2) de febrero de 2010, es el único que rige las relaciones entre las partes.

De lo anterior puede colegirse, entonces, que las partes convocante y convocada están de acuerdo que el contrato que rige las relaciones entre ellas es el celebrado el dos (2) de febrero de 2010, agregando este Tribunal, que la parte convocante pretende que a dicho contrato se le dé la connotación de ser un contrato de arriendo o subarriendo operativo, tema sobre el cual volverá este panel arbitral más adelante.

Para este Tribunal es claro, que con la suscripción del contrato el día dos (2) de febrero de 2010, que las partes denominaron “Contrato de operación de estación de servicio para vehículos automotores y distribución de combustibles y lubricantes”, se deben entender sin efectos todos los negocios jurídicos celebrados por las mismas partes, con anterioridad, máxime si el punto 1.6 del citado negocio jurídico se consignó cláusula expresa en tal sentido, en los siguientes términos :

“1.6.Unico contrato : Este contrato deja sin valor y efecto alguno y por tanto se tienen por terminados cualquier contrato o acuerdo, sean verbales o que consten por escrito, que se hubiesen celebrado entre las partes con anterioridad a la fecha de vigencia de este contrato con relación a LA ESTACION DE SERVICIO”.

Por otra parte, para este Tribunal este negocio jurídico fue el fiel reflejo de la voluntad de las partes contratantes, tal como lo evidenciaron en documento que se encuentra en el expediente denominado “Acta de revisión de contratos” suscrito por las partes el 2 de febrero de 2010, en que declaran haber revisado los borradores previos y acordado el texto contractual definitivo, documento que es plena prueba, por cuanto no fue tachado de falso ni cuestionado de ninguna manera. (Folio 359 Tomo I)

⁵¹⁸ Es lo que se logra entender de lo expresado por la parte convocante en el tercer hecho de la demanda.

La convocante ha planteado en su demanda pretensiones encaminadas a que se declare el incumplimiento del contrato celebrado entre las partes el dos (2) de febrero de 2010⁵¹⁹ y que como consecuencia de lo anterior, se declare la resolución del mismo⁵²⁰ , agregando que dichas declaraciones se hagan respecto del contrato, con la connotación que dicho acuerdo de voluntades, es realmente un contrato de arrendamiento o subarrendamiento operativo.

Estas pretensiones vienen sustentadas en los hechos primero y siguientes de la demanda, en la cual, la parte convocante afirma, en palabras de este Tribunal, que el contrato celebrado el dos (2) de febrero de 2010, no es un “Contrato de operación de estación de servicio para vehículos automotores y distribución de combustibles y lubricantes”, como allí se denominó, sino que realmente es un contrato de arrendamiento, solo que a los diversos negocios jurídicos celebrados desde 1991, se les colocó diversas denominaciones.

Si bien la convocante pretende que este Tribunal declare que el contrato que realmente celebraron las partes es de arrendamiento, son pocas las razones que manifiesta en la demanda y demás piezas procesales en que intervino, para llegar a tal conclusión.

En efecto, se observa a lo largo de los hechos de la demanda, que la parte convocante insiste en sostener que el contrato es de arrendamiento y no de operación de estación de servicio y distribución de combustibles y lubricantes, como lo señala textualmente el mismo, hasta el punto que invoca disposiciones del estatuto mercantil que regulan el derecho a la renovación del contrato⁵²¹.

También afirma la parte convocante que con el contrato de operación de estación de servicio para vehículos automotores y distribución de combustibles y lubricantes, se trató de esquivar la real existencia de un contrato de arrendamiento y de paso las normas sobre protección del establecimiento de comercio, contenidas en el Código de Comercio, que son de orden público y por tanto, de imperativo cumplimiento, por cuanto defienden la estabilidad del arrendatario; pero, a pesar de estas disquisiciones, no precisa, con suficientes razones, porqué el contrato celebrado entre las partes es de arrendamiento y no de Operación de Estación de Servicio acompañado del de Distribución.

Ahora bien, luego de agotado todo el debate probatorio, la parte convocante, en su alegato de conclusión, ha explicado el tema con más profundidad y en ese sentido insiste que el contrato celebrado entre las partes no es de operación de estación de servicio y de distribución de combustibles y lubricantes⁵²², sino de arrendamiento o subarrendamiento operativo, para lo cual destaca los argumentos que seguidamente se indican.

En primer lugar, expresa la parte convocante, que la cláusula por medio de la cual las partes pactaron que la entrega del inmueble, como obligación derivada del contrato, es gratuita, atenta contra la

⁵¹⁹ Primera pretensión de la demanda

⁵²⁰ Segunda pretensión de la demanda

⁵²¹ Así puede leerse en piezas procesales, como el memorial presentado el 6 de octubre de 2014, por medio del cual, hace un pronunciamiento sobre las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada.

⁵²² Como lo dice su tenor literal y contenido

onerosidad que caracteriza los negocios mercantiles. Al respecto dice, que la convocada, con la finalidad de”. Evadir la realidad del arriendo, esgrime que la entrega del inmueble a la convocante fue totalmente gratis. A título gratuito. Lo que quiere decir, con un ánimo de liberalidad, sin pago, sin contraprestación alguna, sin ánimo de lucro mercantil, como acto altruista, loable y de filantrópica beneficencia a favor de DISMARINA”.

Señala que: “Es absurdo, por decir lo menos, sólo pensar que son ciertas estas impresentables gratuidades en actos esencialmente mercantiles y para el desarrollo de actividades comerciales en las que se denota onerosidad y lucro, en este caso indudables, como las que vinculan a las partes, con un precedente histórico adicional de relevancia innegable para la interpretación del pacto en su realidad, en toda su extensión nominal, de operación y real, de arrendamiento o subarrendamiento operativo, o sea para las pactadas operaciones, así como en su verdadero desarrollo, practica y ejecutoria”.

Este Tribunal considera que, si bien es cierto, las partes pactaron que la entrega de la tenencia del inmueble donde funciona la Estación de Servicio denominada Mobil La Marina, más los equipos que se relacionan en la cláusula 3.1. del contrato, es a título gratuito⁵²³, ello no quiere decir que en el caso concreto, tal aspecto atente contra el principio de onerosidad que gobierna los negocios mercantiles, pues el asunto debe examinarse con un análisis completo del contrato, ya que las partes pactaron dos tipos de remuneraciones en favor de la parte convocada: en primer lugar, en la cláusula 8.1. del contrato se pactó una contraprestación por la operación equivalente a la suma de \$25.000.000.00 mensuales pagaderos dentro de los cinco primeros días calendarios de cada mes, reajustables anualmente, de común acuerdo entre las partes o , en subsidio, utilizando la formula consignada en dicha cláusula y en segundo lugar, lo que devenga por el tema de la venta o suministro de los productos en virtud del contrato de Distribución que va aparejado al de Operación.⁵²⁴

Lo anterior, indica que la primera de las remuneraciones corresponde a la entrega por parte de la convocada a la convocante de la operación de la Estación de Servicio para que ejecute el contrato por su cuenta y riesgo⁵²⁵ y dicha operación consiste en la “...ejecución de las diversas acciones y trabajos en el manejo integral de un (os) inmueble (s) con las instalaciones necesarias para el funcionamiento de una estación de servicio, lo cual implica, pero sin limitarse a ello, reventa de combustibles líquidos y gaseosos, lubricantes, accesorios, prestación de servicios de lubricación, el manejo contable, administrativo, mantenimiento de vehículos y administración de tiendas de conveniencia en los casos en que hubiere lugar”⁵²⁶.

⁵²³ Tal como puede verse en la cláusula 3.1. del contrato denominado “Contrato de operación de estación de servicio para vehículos automotores y distribución de combustibles y lubricantes”.

⁵²⁴ Ver cláusulas 6.1. y siguientes del contrato

⁵²⁵ Cláusula 1.1. del contrato

⁵²⁶ Definición que se encuentra en la parte inicial del contrato denominada “Definiciones y declaraciones”.

Pero a su turno, la entrega de la operación otorga al operador (parte convocante) el derecho de usar el inmueble, así como también los elementos y equipos que se relacionan en el anexo número 1, los cuales, en conjunto, se denominan La Estación de Servicio.⁵²⁷

A juicio de este Tribunal, no existe incompatibilidad jurídica alguna, que en el mismo contrato los contratantes hayan pactado que la parte convocada haya entregado a la parte convocante, la tenencia del inmueble a título gratuito y que por otra parte, se haya pactado una remuneración por la operación de la estación de servicio, lo cual es perfectamente compatible, si se tiene en cuenta que, resultaba excesivo estipular una doble remuneración por un mismo concepto, porque dentro de la figura de la operación va implícito el derecho de usar el inmueble y los equipos, lo cual implicaba su entrega.

Lo anterior no quiere decir, que se haya disfrazado la entrega de una tenencia por arrendamiento con otra derivada de un contrato de operación y distribución, porque los dos negocios jurídicos tienen contenidos y funciones económicas diferentes ; tampoco es jurídicamente correcto sostener que toda entrega de tenencia de un inmueble y muebles siempre se da a título de arrendamiento, pues el tema se deja a la libre voluntad de las partes, quienes deciden y disciplinan el contenido y las connotaciones del negocio jurídico que escojan, en virtud del postulado de la autonomía privada que rige los contratos.

Otra de las razones que expone la parte convocante, para sostener que el contrato que rige las relaciones entre las partes es de arrendamiento o subarrendamiento operativo, consiste en que varios de los contratos que las partes habían celebrado en el pasado eran de arrendamiento de inmueble y franquicia para ejecuciones operativas, pero sin variar lo fundamental: la ubicación en el mismo inmueble, idéntico establecimiento de comercio hasta llegar al último contrato con pacto de operación.

Sobre este planteamiento ya el Tribunal expresó que, entre las mismas partes, pueden celebrarse diversos negocios jurídicos a lo largo del tiempo, pero si las partes deciden cambiar el tipo negocial, ese pacto es plenamente válido y reemplaza en todos sus efectos a los contratos anteriores, máxime si en el último se dejó clara esa circunstancia, tal como se hizo en la cláusula 1.6 previamente citada.

Tampoco es de recibo para este Tribunal, el argumento expresado por la parte convocante, en el sentido de que la convocada, por vía de confesión, reconoció la existencia de un contrato de arrendamiento entre la convocante y la convocada, en comunicaciones cruzadas con el Ministerio de defensa Nacional, Agencia Logística de las Fuerzas Militares, los días 24 de septiembre de 2012 y 9 de noviembre de 2012. En efecto, ambas comunicaciones mencionadas, provienen de dicho ente estatal y se dirigen a la convocada para darle a conocer su decisión de dar por terminado contrato de arrendamiento suscrito entre ellas, pero en manera alguna pueden entenderse esos documentos como

⁵²⁷ Artículo 1.1. en concordancia con la definición de Estación de servicio, que hacen parte del contrato

una confesión de ExxonMobil de Colombia S.A. en el sentido de reconocer la existencia de un contrato de arrendamiento con la convocante.

Otro de los argumentos de la parte convocante, consiste en invocar una supuesta confesión de la representante legal de Dismarina Ltda. sobre pagos de cánones de arrendamiento, dentro de interrogatorio de parte que absolvió en el curso de este Tribunal. Al respecto es claro que ello no configura confesión, pues se trata de una declaración de parte en su propio beneficio, que por tanto no constituye una confesión, al tenor de los artículos 194 y siguientes del Código de Procedimiento Civil⁵²⁸.

Igualmente sostiene la parte convocante, que una de las pruebas que acreditan que hubo realmente contrato de arrendamiento entre las partes, es que la convocada emitía a la convocante facturas por concepto de cánones de arrendamiento, para lo cual invoca al dictamen pericial rendido por Cesar Gabriel Angulo Arrieta.

Si bien este dictamen concluye que en la contabilidad de la convocante existen causaciones contables por concepto de arrendamiento a nombre de la convocada, los soportes contables, en este caso la facturas emitidas por ExxonMobil de Colombia S.A., que están anexos a los comprobantes de contabilidad (egresos) no indican de manera expresa cobro por parte de la convocada de arrendamientos del inmueble ocupado, pues el concepto de la factura es “Operación COSS-Retail (GCMS ONLY)”, lo que más bien podría entenderse como concepto de contrato de operación, que fue el celebrado entre las partes.

Pero aun existiendo esa causación contable, ello por sí solo no demuestra que las partes hayan estado vinculadas por un contrato de arrendamiento, pues es necesario mirar otros elementos para arribar a esa conclusión.

Finalmente, la parte convocante invoca como indicio de que existe contrato de arrendamiento entre las partes, la circunstancia de que se le haya calificado así en el contrato de arrendamiento celebrado entre La Agencia Logística de las Fuerzas Armadas y ExxonMobil, lo cual no es indicio suficiente para arribar a la conclusión de que estemos en presencia de un contrato de esa especie, por cuanto los contratos no se califican solo por el nombre que se les asigne.

Lo anterior lleva a la conclusión de este Tribunal, que la parte convocante no ha logrado desvirtuar la existencia del contrato que las partes denominaron “Contrato de operación de estación de servicio para vehículos automotores y distribución de combustibles y lubricantes” que ha venido regulando sus relaciones comerciales desde el mes de febrero del año 2010 hasta la fecha.

⁵²⁸ Que era la norma aplicable en ese momento del proceso.

No obstante lo anterior, este Tribunal, retoma el asunto planteado por la parte convocante y que en sus palabras lo denomina contrato realidad, para realizar algunas consideraciones jurídicas sobre ese planteamiento, desde el punto de vista de la institución de derecho privado que se ha denominado simulación.

Aunque la parte convocante no lo haya expresado en esos términos, este Tribunal, entiende, que lo que pretende es que se declare la simulación relativa del contrato mencionado, para en su lugar declarar que el verdadero contrato celebrado entre las partes, no es el de operación de estación de servicio y distribución de combustibles y lubricantes, sino uno de arrendamiento de inmueble "...con sus edificaciones, instalaciones y equipos, ejerciendo tenencia y manteniendo, abierto al público, un establecimiento de comercio como estación de servicio, especialmente para automóviles, dedicado a la venta, entre otros bienes, de combustibles, aceites y demás insumos o productos suministrados, preferente o exclusivamente, por el mismo arrendador",⁵²⁹ así puede observarse en las expresiones utilizadas en los diferentes hechos de la demanda.

Cuando una de las partes del contrato, pretende que se declare que el contrato suscrito no corresponde a la categoría utilizada en su denominación y que por lo tanto, debe ubicarse en otra categoría, deberá probar los elementos de éste último.

Y tal aspecto debe reclamarse por la vía de la simulación relativa del negocio jurídico supuestamente aparente.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 13 de octubre de 2011, con ponencia del Magistrado William Namen Vargas, al referirse al tema de la simulación de los negocios jurídicos, tuvo la oportunidad de abordar diversos temas atinentes a dicha figura.

En cuanto al concepto mismo de simulación, expresó :

"4. La simulación revela distorsión de la realidad, y tratándose del negocio jurídico, muestra la apariencia de un acto dispositivo *stricto sensu* inexistente (absoluta) o exactamente diverso al existente (relativa).

En torno a esta figura, la Corte ha explicado:

"1. El ordenamiento jurídico no define la simulación y la Corte, ex abundante *iurisprudencia*, partiendo de los artículos 1759, 1760, 1766, 1767 del Código Civil y de los otrora vigentes artículos 91 a 93 de la Ley 153 de 1887, especialmente por la vía de su artículo 8º, estructuró principios relativos a su noción, supuestos, tipología, efectos *inter partes* y respecto de terceros, pruebas y consecuencias normativas.

"Desde un punto de vista semántico, la locución simulación atañe a 'remedar', 'fingir', 'aparentar' denotando la apariencia de realidad y, por tanto, una distorsión.

⁵²⁹ Según se extrae del primer hecho de la demanda

*“En el plano negocial, se caracteriza por constituir un acuerdo generatriz de una apariencia contractual creada intencionalmente revistiéndola de realidad con el entendimiento recíproco, convergente y homogéneo de las partes de esta significación y, aun cuando, por su virtud, se remeda la celebración de un acto dispositivo de intereses no celebrado (simulación absoluta) o **diferente del estipulado en cuanto al tipo negocial, su contenido, su función (simulación relativa)** o las partes, tiene entidad real, fáctica y jurídica, obligando a los contratantes al tenor del compromiso simulado, único, prevalente y vinculante respecto para éstos. (Las negrillas no corresponden al texto).*

“Desde la perspectiva subjetiva del contrato cuanto acto de voluntad interna, declarada o manifestada, la simulación se concibe como un acto disconforme, incompatible, inverso o contrario entre la voluntad interna, reservada, secreta u oculta y la voluntad externa, declarada, pública o cognoscible, esto es, una disparidad, contraposición consciente, voluntaria querida e intencional de sus autores o una divergencia entre un acto privado y otro público, revistiendo de realidad a la apariencia de algo inexistente o diferente ‘animusdeciendi’. Así se distinguiría la simulación de la reserva mental bilateral, porque la contraposición entre voluntad y declaración es conscientemente querida por ambas partes y porque en ésta falta el acuerdo simulatorio; del error insalvable para la formación del consenso, en cuanto, el yerro impide al declarante percatarse del mismo o la divergencia se imputa a un tercero y de los negocios iocandi causa o faltos de seriedad en los cuales precisamente por esta inteligencia no existe una verdadera disposición, verbi gratia, en situaciones de representación escénica o teatral.

“Más concretamente, la supuesta divergencia consciente y querida entre manifestación y voluntad, querer interno y externo, acto público y privado, acto real y virtual, no explica la figura, porque, en la simulación se presenta un iter negocial único, convergente, coordinado e integrado de la realidad y la apariencia de realidad, ambas queridas, con fines diferentes y resultantes en un sólo acto coordinado, en cuanto que una le resta todo valor a la otra o conforma un resultado práctico o funcional diferente.

“2. En rigor, el acuerdo simulatorio, no se explica bajo la óptica de una divergencia consciente entre voluntad interna y declarada, de una contraposición entre un pacto privado interno y un pacto público externo, de dos contratos opuestos e incompatibles, ni de una declaración y contra-declaración (lettre et contre-lettre), como tampoco de una disparidad entre la función típica del acto aparente y la concreta del acto público o de ambos.

“De antaño la Corte, dentro de una construcción doctrinaria más acorde con la realidad y el verdadero alcance de la figura en cuestión, con acierto precisó el entendimiento prístino de la estructura negocial simulatoria, en perspectiva exacta que hoy se reitera, indicando que en ‘la simulación, las partes contratantes, o quien emite una declaración y aquél que la recibe, imbuidas en un mismo propósito, acuden a un procedimiento, anómalo pero tolerado por el derecho, mediante el cual su dicho público se enerva con su dicho privado, creándose así un contraste

evidente, no entre dos negocios diversos, pero conexos, sino entre dos aspectos de una misma conducta, constitutivos de un solo compuesto negocial, pasos integrantes necesarios de un iter dispositivo único aunque complejo. Esto es que las partes desean crear una situación exterior, que solamente se explica en razón de otra oculta, única valedera para entre ellas; fases que no pueden ser entendidas sino en su interrelación, funcionalmente como hitos de un mismo designio. En fin, lejos de haber una dualidad contractual, lo cierto es que se trata de una entidad negocial única, de doble manifestación: la pública y la reservada, igualmente queridas y ciertas, cuyas consecuencias discrepan, según los intereses y las disposiciones en juego, con arreglo a los principios generales del derecho; o sea un antagonismo, no entre dos negocios, sino entre dos expresiones de uno solo, que se conjugan y complementan, que es en lo que radica la mencionada anomalía' (cas. Mayo 16/1968, acta No. 17, mayo 14/1968).

"Por consiguiente, no se trata de dos actos divergentes, ni de contratos opuestos, siendo en ambas hipótesis un solo negocio 'sin que pueda aceptarse que se trata de dos negocios jurídicos, uno público –u ostensible- y el otro secreto, pues si así fuera, 'se tendría que aceptar una dualidad de consentimiento –de vender y de donar simultáneamente, verbigracia- que necesariamente implicaría su mutua destrucción y por ende la inexistencia de ambos actos, pues el recíproco consentimiento de las partes para uno de ellos quedaría eliminado por el acuerdo de las mismas para el acto distinto. Esto, en caso de que ese pretendido doble consentimiento fuere simultáneo, como forzosamente no podría dejar de serlo para quienes quieren ver en la simulación una duplicidad de acuerdos de voluntades. Y tampoco sería aceptable sostener que, para defender la tesis de la duplicidad de actos o de contratos, el consentimiento para uno de ellos –para cuál se preguntaría- se conjuga en primer término, y luego, como sucedáneo, lo reemplaza uno nuevo y distinto consenso para el otro acto o contrato. Se tratará en esta hipótesis, de un fenómeno de sustitución o sucesión de voluntades y actos jurídicos asimilables a fenómenos de novación o de mutuo disenso de suyo ajenos al simulatorio', como lo expresó la Corte en sentencia de 28 de febrero de 1979, G.J. T. CLIX, pág. 49 y 50 (Sentencia del 10 de marzo de 1995, Expediente 4478, G.J. CCXXXIV, pág. 418)' (Sentencia S-029 de marzo 15/2000, exp. 5400).

"Por consiguiente, la simulación constituye un negocio jurídico, cuya estructura genética se conforma por un designio común, convergente y unitario proyectado en dos aspectos de una misma conducta compleja e integrada por la realidad y la apariencia de realidad, esto es, la creación de una situación exterior aparente explicada por la realidad reservada, única prevalente y cierta para las partes.

En lo que respecta a los tipos de simulación y su configuración, la misma providencia expresa: "En consecuencia, si de simulación absoluta se trata, inter partes, la realidad impone la ausencia del acto dispositivo exterior inherente a la situación contractual aparente y la permanencia de la única situación jurídica al tenor de lo acordado, y, en caso de la simulación relativa, esa misma realidad precisa, entre las partes, la prevalencia del tipo negocial celebrado, el contenido acordado, la función autónoma que le es inherente, ora los sujetos; a este respecto, lo aparente

no está llamado a generar efecto alguno entre las partes y, frente a terceros, in casu, dentro del marco de circunstancias concretas se definirán las diferentes hipótesis que pueden suscitarse entre éstos conforme deriven derechos del titular real o del titular aparente en la cual, por principio se privilegia el interés de quien actuó de buena fe con base en la apariencia en preservación de ésta, la regularidad y certidumbre del tráfico jurídico y de las relaciones jurídicas negociales” (cas. Civ. Sentencia de 30 de julio de 2008, exp.41001-3103-004-1998-00363-01; iterada en cas. civ. sentencia de 30 de agosto de 2010, exp. 05376-3103-001-2004-00148-01; 16 de diciembre de 2010, exp. C-47001-3103-005-2005-00181-01).

Entiéndase, por consiguiente, la ineluctable existencia de un acto dispositivo cierto, real y verídico cuya especie singular o tipo específico es disímil a la revestida de realidad, cuando de simulación relativa se trata.

En particular, la acción de simulación relativa *“busca la prevalencia de un acto dispositivo diverso al de la realidad aparente u ostensible”*, o sea, de un tipo contractual o negocial diferente (cas. civ. sentencia de 14 de octubre de 2010, exp. 11001-3101-003-2001-00855-01), *ad exemplum*, donación en vez de compraventa o, de un titular distinto, es decir, se *“simula la posición o situación jurídica de parte, contratante o sujeto negocial, esto es, el acuerdo simulandi, versa o recae única y exclusivamente sobre el extremo subjetivo de la relación jurídica contractual”* (cas. civ. Sentencias de 16 de noviembre de 2010, exp. C-47001-3103-005-2005-00181-01; 28 de agosto de 2001, exp. 6673; 12 de marzo de 1992, 30 de julio de 1992, exp. 252827, 15 de noviembre de 1944, No. 2016, LVIII, p. 20; 27 de julio de 1935, G.J. No. 1899, p.19”).

En lo que atañe a la prueba de la simulación, la Corte expresó en la misma providencia: “Por supuesto, la simulación debe probarse, y la carga probatoria compete a quien la invoca con elementos de convicción idóneos, sujetos a contradicción y apreciación discreta, racional, sistemática e integral por el juzgador conforme a las reglas de la sana crítica aspecto en el cual, el ordenamiento admite a las partes y terceros acreditarla con todo medio probatorio, o sea, disciplina libertad, sin establecer tarifa legal o restricción alguna (cas. civ. sentencia de 25 de enero de 2008, [SC-002-2008], exp.00373).

De este modo, podrá demostrarse mediante prueba de confesión, declaración de tercero, documento, inspección judicial, dictamen pericial e indicio de cuya valoración lógica, racional y sistemática derive inequívocamente (cas. civ. sentencias de 15 de febrero de 2000, exp. 5438, S-029 y 15 de marzo de 2000, exp. 5400; 28 de febrero de 1979, CLIX, No. 2400, pp. 49 a 51; 25 de septiembre de 1973, CXVII, Nos. 2372 a 2377, pp. 65 a 68; 10 de marzo de 1955. CCXXXIV, pp. 406 y ss.).

Considerada la confianza del acto, cautela, reserva y discreción de las partes, la Sala reconoce especial relevancia a la prueba indiciaria. Al efecto, dijo:

“Por las características, modalidades, cautela de las partes y circunstancias ‘que rodean este tipo de negocios, en orden a desentrañar la verdadera intención de los contratantes, se acude las más

de las veces a la prueba de indicios, mediante la cual a partir de determinados hechos, plenamente establecidos en el proceso, como lo exige el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil, el juzgador despliega un raciocinio mental lógico que le permite arribar a otros hechos desconocidos'. Por tanto, '... como es natural en el desarrollo de la actividad judicial, la valoración (...) en cuanto a la demostración de los hechos indicadores, al igual que respecto de la gravedad, concordancia y convergencia de los indicios o acerca de su relación con las demás pruebas, constituye una tarea que se encuentra claramente enmarcada dentro de la soberanía de los sentenciadores para examinar y ponderar los hechos, por lo que su criterio o postura sobre ellos está, en principio, amparada por la presunción de acierto... (Sentencia de 23 de febrero de 2006, exp. 15.508, no publicada aun oficialmente)' (cas. Octubre 24/2006, exp. 00058-01).

"Naturalmente, los indicios por sí mismos carecen de entidad, 'como que a partir de algo conocido y por virtud de una operación apoyada en las reglas de la lógica y en las máximas de experiencia, se establece la existencia de una cosa desconocida. Por eso, si del hecho indiciario no se tiene un convencimiento pleno, la deducción viene a ser 'contraevidente', siendo menester determinar la proximidad entre el 'factumprobandum y el factumprobans', tanto 'más ceñida a la lógica y a las máximas de la experiencia se vea la inferencia, mayor será la significación probatoria del indicio' y, por consiguiente, la concurrencia o simultaneidad de inferencias o conclusiones diversas generan duda y restan mérito al indicio' (cas. Marzo 12/1992).

"De ordinario, se establecen por indicios de la simulación, 'el parentesco, la amistad íntima, la falta de capacidad económica del adquirente, la retención de la posesión del bien por parte del enajenante, el comportamiento de las partes en el litigio, el precio exiguo, estar el vendedor o verse amenazado de cobro de obligaciones vencidas, la disposición del todo o buena parte de los bienes, la carencia de necesidad en el vendedor para disponer de sus bienes, la forma de pago, la intervención del adquirente en una operación simulada anterior, etc.', 'el móvil para simular (causa simulandi), los intentos de arreglo amistoso (transactio), el tiempo sospechoso del negocio (tempus), la ausencia de movimiento en las cuentas bancarias, el precio no entregado de presente (pretiumconfesus), el lugar sospechoso del negocio (locus), la documentación sospechosa (preconstitutio), las precauciones sospechosas (provisio), la no justificación dada al precio recibido (inversión), la falta de examen previo por el comprador del objeto adquirido, especialmente cuando se trata de un bien raíz, etc. Y si bien en la labor de la ponderación de la prueba indiciaria el juez se encuentra asistido de cierta autonomía o poder discrecional, no puede desentenderse, cuando se trata de litigios de esta naturaleza, del deber en que se encuentra, como lo advierte Héctor Cámara en su obra, de sondear con esmero hasta los más insignificantes detalles que rodean el hecho, porque un indicio que a prima facie parezca insignificante, puede darle el hilo conductor de la investigación' (cas. Marzo 26/1985, mayo 10/2000, exp. 5366), siendo necesario 'que los indicios y las conjeturas tengan el suficiente mérito para fundar en el Juez la firme convicción de que el negocio es ficticio; lo cual sólo ocurrirá cuando las inferencias o deducciones sean graves, precisas y convergentes. Vale decir, la prueba debe ser completa, segura, plena y convincente; de no, incluso en caso de duda, debe estarse a la sinceridad que se

presume en los negocios (In dubio benigna interpretatio ad hibendaest ut magisnegotiumvaleatquampereat)' (cas. Junio 11/1991).

“En esta materia, el juzgador, ‘goza de autonomía para evaluar y ponderar los diversos medios de prueba que integran el acopio demostrativo del expediente. Sucede, entonces, que por regla general las conclusiones razonables a que arribe en el punto quedan a salvo de reproche, y se mostrarán así impermeables al ataque en casación (sentencia de 11 de julio de 1990 y 24 de enero de 1992)’ (cas. Octubre 24/2006, exp. 00058-01), pues, ‘.....en la prueba por indicios se trata fundamentalmente de que el juzgador, por el hecho conocido, pase a descubrir el hecho que se controvierte’, ‘...no existe duda alguna acerca de que por regla general el debate sobre su mérito queda cerrado definitivamente en las instancias, y que la crítica en casación se reduce a determinar si por error evidente de hecho o de derecho estuvieron admitidos como probados o como no probados los hechos indicativos; si todas las conjeturas dependen exclusivamente de un indicio no necesario; y si la prueba por indicios es o no de recibo en el asunto debatido. Pero en lo que atañe a la gravedad, precisión, concordancia y nexos de los indicios con el hecho que se averigua, el sentenciador está llamado por la ley a formar su íntima convicción, que prevalece mientras no se demuestre en el recurso que contraría los dictados del sentido común o desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza’ (LXXXVIII, 176; CXLIII, 72); y ‘...aún en el evento de que surgieran dudas a través del nuevo examen de los indicios, es bien claro que el recurso extraordinario no podría fundarse en base tan deleznable como el estado dubitativo para decretar el quiebre de la sentencia objeto de acusación’ (LXXXVIII, 176 Y 177), (cas. Febrero 16/1996, CCXL, pp. 194, reiterada en Sentencia S-029 de marzo 15/2000, exp. 5400, cas. Julio 16/2001, exp. 6362, cas. Octubre 24/2006, exp. 00058-01)” (cas. civ. sentencia de 30 de julio de 2008, exp. 41001-3103-004-1998-00363-01).”

Este Tribunal estima que los argumentos y las pruebas planteadas por la parte convocante, para sostener que, en realidad, lo que se celebró entre las partes no fue el negocio jurídico de operación de estación de servicio y de distribución de combustibles y lubricantes, sino un contrato de subarrendamiento o arrendamiento operativo, no son suficientes para desestimar la presunción de veracidad que ampara el negocio jurídico público; le correspondía al convocante desvirtuar esta presunción, sino con la plena prueba de que el verdadero propósito de ambas partes era celebrar un contrato de arrendamiento, por lo menos con unos indicios claros, precisos y convergentes que condujeran a tal conclusión, lo cual brilla por su ausencia⁵³⁰, máxime si la parte convocada ha insistido en que el negocio jurídico celebrado por escrito el 2 de febrero de 2010 es el que realmente regula las relaciones comerciales entre las partes y no otro diferente.

Una vez que, este Tribunal ha concluido que el real contrato celebrado entre las partes es el contenido en el documento suscrito por ellas el 2 de febrero de 2010, ahora se propone examinar si se puede

⁵³⁰ Tal como este Tribunal lo advirtió anteriormente

encasillar dentro de los negocios jurídicos típicos o atípicos, qué tipo de negocio jurídico es y qué derechos y obligaciones emanan del mismo.

1.1 La autonomía privada y los negocios jurídicos atípicos

En cuanto a la libertad que tienen las partes para celebrar sus negocios jurídicos, ha dicho la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia:

“Teniendo como punto de partida ese vínculo negocial, cumple decir que como fuente de obligaciones, el artículo 1494 del Código Civil, consagra entre otras opciones, la autorización para que las personas, cualquiera sea su clase y naturaleza, realicen pactos o convenios patrimoniales, basados generalmente en la mutua confianza y guiados bajo el principio de que ellos se celebran para cumplirse.

En esa dirección, quien pretenda satisfacer determinadas necesidades o proveerse de ciertos bienes, ante la presencia de unas y la ausencia de otros, tiene la prerrogativa legal de acudir a diferentes formas o modalidades de negociar para lograr esos propósitos; es decir, puede, respondiendo a sus particulares condiciones, seleccionar el instrumento idóneo para concretar dichos requerimientos.

El fundamento de una decisión de tal jerarquía estriba en un pilar esencial como es la autonomía de la voluntad privada que, aunque hoy en día se le atribuye un estado de crisis, sigue conservando el sitio que siempre le ha correspondido. Las partes pueden autogobernarse y, en esa perspectiva, les es dable escoger una modalidad de contrato plasmado previamente en la normatividad, *vr, gr*, el de arrendamiento, el mutuo, el depósito, la compraventa, etc.; o, según la situación particular, esa prerrogativa se extiende, inclusive, hasta estructurar su propia forma, clase o naturaleza vincular y, a partir de ello, fijar una específica regulación legal, respetando, eso sí, postulados anejos a las buenas costumbres y al orden público.

3.1. La facultad de establecer los designios contractuales, se concreta en la posibilidad de convenir lo que consideren justo y conveniente a sus intereses, por ello, están en la libertad de fijar plazos, condiciones, precios, etc.

Las siguientes referencias doctrinales dimensionan el alcance que las partes tienen al momento de negociar:

*“(…)la voluntad normalmente manifestada, tiene todo su valor jurídico. En esto consiste el principio de la autonomía de la voluntad, cuyas consecuencias más importantes son: 1º) **Los particulares pueden celebrar entre sí todos los actos jurídicos, regirlos a voluntad e inventar nuevos por combinaciones inéditas. Las convenciones son libres, sin otra limitación que el orden público.** 2º). Los efectos de las obligaciones son los que las partes han querido, salvo las reservas propias del*

orden público. 3º) Lo esencial es la voluntad interna; su manifestación no es sino su ropaje. 4º) La misión del juez sólo consiste en investigar la intención presunta del autor del acto. Por otra parte y de modo general el juez no quiere nada, ni decide nada personalmente. Investiga él la voluntad de los particulares, la reconstruye, la desarrolla en sus consecuencias lógicas en relación a los hechos producidos. El Estado confiere ejecutoria a su apreciación. 5º) Las obligaciones no se modifican sino por voluntad, expresa o tácita, de las partes, desde el nacimiento de la obligación, o por un nuevo acuerdo de ellas. 6º) Las obligaciones no se extinguen sino por voluntad de las partes, en la medida en que ellas lo han querido”(René Demogue. Traité Des Obligations, tomo 1, No. 27, p. 81).

“Toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes y ésta es, a la vez, la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce” (Flour, J. y Aubert, J., Les obligations, ed. Colin, París, 1975).” (SC 5851-2014 Ref.: Exp. 110013103 039 2007 00299 01 Bogotá D.C., trece de mayo de dos mil catorce (2014), Magistrada Ponente Margarita Cabello) (las negrillas no corresponden al texto).

Por otro lado, la Honorable Corte Constitucional ha dicho, con relación al alcance de la autonomía de la voluntad privada en materia negocial, lo siguiente:

“La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos.

La mayor o menor amplitud en la consagración positiva del postulado de la autonomía de la voluntad privada o, lo que es lo mismo, en el señalamiento del campo de acción del acto o negocio jurídico que es su expresión normal, depende principalmente del grado de cultura y desarrollo de cada pueblo y de las concepciones filosófico-políticas en que se inspire cada legislador.

El ordenamiento jurídico reconoce que la iniciativa y el esfuerzo privados, mientras obren con el debido respeto al derecho ajeno y al interés general, representan decisiva contribución al progreso y al bienestar de la sociedad. Por ello pone especial cuidado en garantizar la mayor libertad posible en las transacciones entre particulares y, en general, en todos sus actos jurídicos de contenido económico, cuyo vigor normativo está ampliamente consagrado en el artículo 1.602 del Código Civil, que establece:

ART 1.602.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Así pues los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Al proceder a hacerlo

deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad.”⁵³¹

Los contratos atípicos, entendidos éstos como aquellos que no se encuentran regulados por la ley de manera expresa y que, por tanto, han sido fruto de la creación de los sujetos de derecho, en el complejo entramado de las relaciones comerciales, son precisamente una manifestación del ejercicio de la autonomía de voluntad privada y la libertad contractual.

1.2 El contrato de distribución como contrato atípico

Dentro de los denominados contratos atípicos, han venido surgiendo algunos que han merecido el reconocimiento de la doctrina y la jurisprudencia, entre estos se encuentra el que se ha denominado contrato de Distribución.

La distribución como fenómeno económico, ha sido explicado así por el tratadista Jaime Alberto Arrubla Paucar:

“En un sentido amplio, la distribución es un asunto más del mundo económico que del mundo jurídico.

La comercialización es propia de toda actividad empresarial, industrial o comercial. Todo el que produzca bienes o servicios, tiene un estadio fundamental que agotar para llegar al consumidor final y este ciclo es precisamente el que llamamos distribución. En ese proceso se presentan vías cortas y también largas para cumplir el cometido; desde la venta directa de fábrica, hasta el paso por una serie de intermediarios que se encargan de hacer llegar al público los productos. La comercialización y el término general que se emplea, que es la distribución, no tiene una connotación jurídica hasta ahora. Su significado en nuestro sistema es netamente económico: un eslabón entre la producción y el consumo”⁵³².

Respecto de los contratos de distribución, como instrumentos para lograr ésta, ha dicho la jurisprudencia arbitral: “Sobre el particular, comienza el Tribunal por señalar que es bien sabido que para cumplir el objetivo de colocación de los bienes que produce un fabricante en el consumidor final, puede acudir a formas o mecanismos de comercialización de variada naturaleza y contenido, que van desde la posibilidad de realizar la labor directamente, con una fuerza de ventas propia, hasta la de ejecutarla a través de terceros, comerciantes desde luego, que con su propia organización ejecutan la tarea de colocación referida, hipótesis esta que origina, entre el fabricante y el comercializador, una relación que, desde el punto de vista jurídico, podrá tener naturaleza y tipología diferente, según el contenido y características específicas de la modalidad de comercialización que se convenga en el caso particular, expresión de la vigencia del postulado de la autonomía de la voluntad privada; así, es

⁵³¹Sentencia de tutela T-338-93, Corte Constitucional, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵³² Contratos Mercantiles. Contratos contemporáneos. Ed. Pontificia Universidad Javeriana-Legis, tercera edición actualizada, 2013, p. 477

posible concebir la colocación de productos del fabricante a través de mecanismos jurídicos tan distintos como, para señalar solo algunos de los más utilizados en el tráfico mercantil, la simple compra para reventa, el suministro con fines de distribución, la mera distribución, la concesión, la franquicia y la agencia comercial. Además, es indiscutible que en esta materia, conforme lo aconsejan o exigen las realidades económicas, está abierto el campo para la estructuración de otras modalidades contractuales, a veces totalmente inéditas, en ocasiones de configuración mixta (tomando elementos de distintas de las reconocidas separadamente), las más de las veces atípicas en cuanto a su nivel de reconocimiento y regulación en el ordenamiento legal. En terminología jurídica suele hablarse, genéricamente, de *contratos de distribución*.

Haciendo abstracción, por el momento, de las referencias pertinentes al régimen legal positivo en la normatividad nacional, es prudente recordar que, con distinto énfasis, las diferentes modalidades que encierran distribución de bienes fabricados por otro, usualmente participan de características comunes, en especial en lo que atañe a la independencia del intermediario para el desarrollo de su gestión, y a la estabilidad o permanencia en el tiempo de la labor intermediadora; a ellas se suma, en no pocas ocasiones, el deber u obligación de, en efecto, procurar o contribuir en la colocación en el mercado de los bienes materia de comercialización. Lo anterior tiene verificación, con contenido semejante, en supuestos como los mencionados del suministro con pacto de distribución, la distribución pura propiamente tal, la concesión, la franquicia y la agencia comercial...

Bajo esta línea de pensamiento, no resulta extraño que, cualquiera que sea la modalidad utilizada de comercialización a través de terceros, el fabricante conserve, en diferente grado si se quiere, legítimo interés en todo lo que se relaciona con el objetivo último de su actividad, la colocación del producto en el consumidor final, y la obvia protección de la marca respectiva. Al productor o fabricante tienen por qué interesarle aspectos como el precio de venta al público en general, el comportamiento del mercado en el que se desarrolla la actividad, los mecanismos de publicidad y mercadeo utilizados en la labor de mantenimiento, ampliación o conquista de consumidores, la conservación del prestigio de la marca que explota, etc. Se está en presencia de una caracterización de negocio que es perfectamente compatible con la estructura jurídica del vínculo que rige la relación del fabricante con el distribuidor, sin importar la naturaleza particular del contrato que los une, todo lo cual no significa, como hoy se reconoce con claridad, que por ese camino pueda abrirse paso a la confusión a la hora de definir los elementos que dan identidad propia, legalmente hablando, a cada una de las diferentes modalidades contractuales antes citadas.

Puede decirse, entonces, que en la expresión genérica *contratos de distribución*, la que como tal no tiene reconocimiento legal en nuestra legislación, es posible, frente a la realidad de la actividad de comercialización y viable desde el punto de vista jurídico, concebir diferentes alternativas, que se traducen en modalidades negociales de contenidos diversos, con elementos comunes entre sí —como es normal que ocurra—, pero con matices y rasgos que, a su vez, las distinguen y les otorgan identidad propia, a veces consagradas positivamente en el ordenamiento como verdaderos *contratos típicos*, a veces reconocidas por la vía de los denominados *contratos atípicos*. Constituye verdad hoy decantada

gracias a la labor de la doctrina y la jurisprudencia, que existen razones suficientes, en lo fáctico y en lo jurídico, para diferenciar, en el espacio común de las modalidades contractuales de distribución a través de terceros, una simple venta de productos para reventa, un suministro con y sin fines de distribución, un mero acuerdo de distribución, una concesión, una franquicia, y, por supuesto, una agencia comercial.

Al final, la tipología particular de cada modalidad negocial, determinada a partir de la identificación de los rasgos esenciales de cada una de ellas, se convierte en el punto de partida para la calificación de la naturaleza jurídica de una relación contractual sobre la que existe controversia, de modo que corresponde al juzgador verificar, en cada caso concreto sometido a su consideración, y con base en las particulares características del vínculo bajo examen, si concurren o no los elementos esenciales del acto jurídico cuya declaración de existencia se reclama.

Al descender al plano del contenido negocial que tuvo el contrato que vinculó a las sociedades demandante y demandada, es claro para el Tribunal, como se reconoce en general en doctrina y jurisprudencia, que la verificación de los elementos que lo caracterizaron debe hacerse en dos niveles, que comprenden tanto la estructuración misma del contrato en los términos en que fue celebrado, cuestión que tiene que ver con las estipulaciones que fueron materia del respectivo consentimiento, como las circunstancias atinentes a su ejecución, pues bien se sabe que la voluntad exteriorizada durante la vigencia convencional, plasmada en actos en esa estirpe —de ejecución—, suele tener marcada relevancia, incluso por encima de las meras expresiones formales, cuando, como en no pocas ocasiones ocurre, se presenta divergencia entre estas y aquellos”.⁵³³

1.3 El contrato que regula las relaciones entre las partes

Se trata de un contrato que tiene como principal propósito o función económica la distribución de combustibles y lubricantes, pero que, para lograr dicho propósito, se hizo acompañar de otro pacto, que las partes denominaron operación de estación de servicio.

En otras palabras, del contenido integral del contrato se logra concluir, sin dificultad alguna, que lo que las partes denominaron como operación de estación de servicio y todo lo que implica dicha actividad, fue utilizada por estas, como una herramienta para realizar la distribución, propiamente dicha, de los productos distribuidos o comercializados por la parte convocada.

No obstante que el contrato fue denominado “Contrato de operación de estación de servicio para vehículos automotores y distribución de combustibles y lubricantes”, en él se observa claramente la prevalencia de la distribución, pues inclusive, en algunos apartes de lo correspondiente a la operación,

⁵³³Tomado de Laudo arbitral- Tribunal de Arbitramento Suarezmoz Ltda. vs. Bavaria S.A. Abril 27 de 2009)

se señalan obligaciones para ExxonMobil que son propias de un contrato de distribución; así tenemos que en el artículo ⁵³⁴, numeral 1.2. se consignan las obligaciones de ExxonMobil consistentes en suministrar a Dismarina productos en la cantidad y calidad señalada en el contrato, de acuerdo con las normas aplicables a distribución de combustibles; proporcionar al operador asesoría y asistencia técnica, según se requiera; celebrar reuniones periódicas con Dismarina para discutir la filosofía de mercadeo y las políticas y programas de ExxonMobil; desarrollar programas de entrenamiento para Dismarina y sus trabajadores, a discreción de ExxonMobil y colocar en la Estación de Servicio el material publicitario que considere adecuado, previa autorización del operador.

En otras palabras, si se examina integralmente el contrato, se observa que está permeado por la función económica de distribución, que anima a las partes y por tanto a lucrarse de ésta.

Ello se observa, desde las mismas declaraciones que hace Dismarina al inicio del contrato, en que reconoce las calidades de ExxonMobil en materia de reputación e imagen corporativa, cuando dice que dicha firma ha realizado una inversión sustancial para desarrollar sus estaciones de servicio para vehículos automotores que operan en el país bajo las marcas Esso y Móbil; que ha desarrollado una red de distribuidores minoristas y estaciones de servicio para vehículos automotores bajo esas marcas, a lo largo de todo el país, los cuales se distinguen por su diseño, marca registrada, decoración, promociones y gráficas; que ha construido una valiosa reputación y buen nombre a lo largo del país y ha cultivado la confianza del público en la distribución de los productos identificados con las marcas registradas ExxonMobil; que ha hecho una extensa publicidad de sus productos a lo largo del país y que el continuo éxito de ExxonMobil, de sus distribuidores y operadores, depende de que cada operador mantenga los más altos estándares de servicio, de calidad del producto y de un compromiso personal con altos niveles de desempeño y servicio al cliente.

Luego en el desarrollo del texto contractual se observan cláusulas que tienen el propósito de lograr éxito en la distribución de los productos, como la 2.1. que se refiere a los niveles de operación, cuando trata el tema de prácticas comerciales idóneas, imagen de la estación de servicio y servicio al cliente, adecuados niveles de mano de obra, niveles de inventario adecuados para atender la demanda de los productos, no interferencia de la distribución con otras actividades diferentes; implementación de alternativas comerciales, tecnológicas y de mercadeo creadas y recomendadas por ExxonMobil, uniformes de los operarios de la estación, mantener registros contables actualizados y veraces, operar la estación con los más altos estándares en seguridad e imagen para evitar riesgos de accidente, mantenimiento de los equipos y dispositivos y otros.

Por tanto, el tema de la operación se circunscribe y limita, según la definición que trae el contrato a: "...la ejecución de las diversas acciones y trabajos en el manejo integral de un inmueble con las instalaciones necesarias para el funcionamiento de una estación de gasolina, lo cual implica, pero sin

⁵³⁴ Que se encuentra ubicado en el contrato de operación, porque según los títulos el de distribución propiamente dicha se encuentra en el artículo VI del contrato.

limitarse a ello, reventa de combustibles líquidos y gaseosos, lubricantes, accesorios, prestación de servicios de lubricación, el manejo contable y administrativo, mantenimiento de vehículos y administración de tiendas de conveniencia en los casos en que hubiere lugar”⁵³⁵.

Tales acciones y trabajos se convino desarrollarlas en el marco de una estación de servicio, definida ésta como el inmueble y las construcciones, instalaciones y equipos necesarios para la operación, entregadas por ExxonMobil a Dismarina en las condiciones pactadas en el artículo denominado como “Bienes y Equipos”.

En la misma definición de operación señalada, se observa claramente la interdependencia existente entre distribución y operación, hasta el punto de que puede concluirse, que la operación fue creada como un instrumento para el desarrollo de la actividad principal, como es la distribución, de manera que se trata una conexión indivisible entre una prestación y otra, como más adelante se precisará en detalle.

Seguidamente se desarrollan en el contrato una serie de cláusulas que tienen que ver más con la distribución, entendida ésta como la adquisición de productos por parte de la convocante a la convocada, para posteriormente suministrarlos a los usuarios o consumidores finales.

Así se observa en la cláusula 2.4. del contrato, en que la parte convocada se obliga con la parte convocante a suministrarle productos en la cantidad y calidad señaladas en el mismo contrato. En efecto, en la cláusula 6.1. la parte convocante se obligó a comprarle a la convocada un volumen mínimo mensual de 60.000 galones de combustibles distribuidos por ExxonMobil, así como la totalidad de los lubricantes que requiera, los cuales deben ser comprados en forma exclusiva a dicha compañía.

Pero para asegurar el éxito en la efectiva distribución de los productos de ExxonMobil, las partes pactaron unas prestaciones adicionales.

En ese sentido ExxonMobil se obligó a proporcionar a Dismarina asesoría y asistencia técnica según se requiera; a celebrar reuniones periódicas con dicha compañía para discutir la filosofía de mercadeo y las políticas y programas de ExxonMobil; a desarrollar periódicamente programas de entrenamiento para los trabajadores de Dismarina, colocar material publicitario de ExxonMobil en la Estación de Servicio ; visitar la estación de servicio y realizar programas de verificación de calidad, cantidad y servicios.

De igual manera, Dismarina, en aras de garantizar el buen suceso de la operación de la estación de servicio y de la distribución de los productos suministrados por ExxonMobil, se obligó a cumplir diversas obligaciones que propenden por el éxito de la distribución, como comprar exclusivamente

⁵³⁵ Definición de operación en el capítulo inicial del contrato sobre “DEFINICIONES Y ACLARACIONES”

productos marca Esso y Móbil suministrados por ExxonMobil⁵³⁶, desarrollar prácticas comerciales acordes con el correcto manejo de la estación de servicio y otras que más adelante se precisarán.

1.4 Normas aplicables al contrato de distribución

Tal como se ha dicho precedentemente, el contrato que nos ocupa se adecúa a una especie de contrato de distribución, tal como se puede apreciar no solo en el clausulado del texto contractual que contiene el pacto arbitral que da origen a este proceso, sino también en la finalidad y la función económica del denominado “CONTRATO DE OPERACIÓN DE ESTACION DE SERVICIO PARA VEHICULOS AUTOMOTORES Y DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLES Y LUBRICANTES” celebrado entre estos mismos, el pasado 02 de febrero de 2010; siendo este un contrato atípico, entonces a la hora de determinar su alcance obligacional, tal como lo ha dicho la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia, el punto de partida son las estipulaciones contractuales, teniendo en cuenta por supuesto la forma como se ejecutó el contrato, pues de ello podemos obtener también la intención de los contratantes, respetando las disposiciones contractuales; siempre y cuando no atenten contra el orden público y las buenas costumbres; en segundo lugar, tenemos la teoría general del contrato y obligaciones, los usos y costumbres mercantiles, para finalmente acudir en caso de ser necesario a la analogía hacia los contratos típicos a que se pudiera asimilar en sus prestaciones el contrato atípico.

Así lo ha sentado la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Magistrada Ponente Margarita Cabello Blanco, en providencia de fecha 13 de mayo de 2014:

”Para efectos de la adecuada interpretación judicial y a fin de que el funcionario pueda calificar el contrato, debe tener claro si está frente a un convenio típico o atípico, ya que si se trata de lo primero, deberá guiarse por las reglas que para el caso prevé la normatividad, realizando la concordancia entre lo pactado y lo consagrado positivamente; y si de lo segundo deberá analizar la forma como los particulares elaboraron las disposiciones que gobernarán esos acuerdos...”

En consecuencia, a pesar de esa potestad de definir su suerte, dadas las circunstancias especiales de cada caso, en el evento de no existir en nuestra codificación marcos jurídicos negociales, a los interesados les es dable generar una relación novedosa o al menos por fuera de los postulados tradicionales previstos, es decir, la autonomía que les asiste deviene suficiente para crear nuevas formas de asumir compromisos; la única limitante, infranqueable por lo demás, concierne con las buenas costumbres y el orden público. En esos eventos las partes tienen la seguridad que su voluntad es respetada por el Estado, en cuanto que libremente convinieron lo ajustado...

*“Cuando un contrato no se encuentra descrito en un tipo legal y, subsecuentemente, no está especialmente regulado por el ordenamiento, se denomina **atípico**. Por consiguiente, dada esa peculiaridad, las dificultades que rodean los contratos atípicos son fundamentalmente dos: de un lado, la de precisar su admisión y validez, habida cuenta que es necesario establecer que su función*

⁵³⁶ Cláusula 1.2. del contrato

económico – social se encuentra conforme con los principios ético-jurídicos rectores del ordenamiento; y, de otro, la de establecer las reglas jurídicas que los disciplinan.”

“En relación con este último aspecto, es decir, la disciplina normativa del contrato atípico, cabe destacar que deben atenderse, preferentemente, dada su singular naturaleza, las cláusulas contractuales ajustadas por las partes contratantes, siempre y cuando, claro está, ellas no sean contrarias a disposiciones de orden público. Así mismo, les son aplicables, tanto las normas generales previstas en el ordenamiento como comunes para todas las obligaciones y contratos, como las originadas en los usos y prácticas sociales; y, finalmente, mediante un proceso de auto integración, los del contrato típico con el que guarde alguna semejanza relevante.”

2. Pronunciamiento sobre la terminación del contrato por vencimiento del plazo, invocada por EXXONMOBIL.

Tanto la parte convocante como convocada en sus respectivas demandas se han referido a la figura de la resolución y terminación del contrato que las vincula, respectivamente, razón por la cual es preciso que este Tribunal deba hacer referencia a dichas pretensiones.

En efecto, la parte demandante solicita que se declare que la parte convocada incumplió el citado contrato; que por causa de dicho incumplimiento se declare la resolución del contrato y que como consecuencia se le condene a pagarle los perjuicios. A su turno, la parte convocada, en su demanda de reconvenición, solicita a este Tribunal que se declare que está terminado el contrato de operación de Estación de Servicio suscrito entre las partes, a partir del treinta (30) de junio de 2013, por la expiración del plazo de la última prórroga.

En aras de lograr una coherencia en el contenido del laudo, este Tribunal se referirá primero a la pretensión invocada por la convocada, en el sentido de determinar si efectivamente el contrato terminó o no desde el 30 de junio de 2013 y posteriormente se pronunciará respecto de la pretensión de resolución planteada por la parte convocante.

Para este tribunal de arbitramento, es de gran importancia determinar si el contrato PBL No. 110142 celebrado entre las partes está terminado desde el mes de junio de 2013, cuando se agotó la prórroga del contrato, y en atención a la manifestación de ExxonMobil de no prorrogarlo; este es uno de los problemas jurídicos que de entrada este administrador de justicia tiene que resolver.

Se hace necesario en relación con la pretensión de la parte Convocada en la demanda de reconvenición, estudiar las causales que dan lugar a la culminación del mismo.

Con relación a las causas que pueden llevar a la terminación de un contrato, hay que decir que tanto el Código Civil como el Código de Comercio Colombiano, prevén sus respectivas causales de terminación. Al respecto, el tratadista Rafael Enrique Fierro Méndez⁵³⁷ ha dicho:

“La doctrina apoya la disolución o terminación de los contratos en el artículo 1602 del Código Civil, que establece: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales...”

La terminación, entonces, llamada disolución, es el género y puede ocurrir por diferentes razones, a saber:

a.- Causas directas

Las causas directas implican la terminación del contrato por razones existentes entre las mismas partes contratantes y no por acción de terceros.

Estas causas pueden surgir por mutuo acuerdo o por las causas que de manera expresa prevé la ley, como a continuación se expresan.

-Voluntarias

Son aquellas que se producen por el mutuo acuerdo de las partes y se apoyan en el principio de la autonomía privada.

-Legales

Son aquellas que de manera expresa prevé la ley y se refieren a los motivos legales que pueden dejar sin efectos a los actos válidamente celebrados. Son estas: La resolución y la nulidad, aunque bueno es enfatizarlo, la nulidad siendo absoluta, también puede ser una forma indirecta de terminación, por cuanto como adelante lo veremos, puede ser intentada por todo el que tenga interés en ella.

En mi opinión, dentro de esta especie se encuentran los modos de extinguir las obligaciones a las que se refiere el artículo 1625 del código civil, puesto que si el fin natural de los contratos es crear obligaciones, una vez extinguidas estas, es decir, las obligaciones, forzoso es concluir que el contrato de igual modo se disuelve.

b.- Causas indirectas

Las causas indirectas implican la terminación del contrato por acción de terceros. Son estas: La acción pauliana, la nulidad de los actos de deudor concursado o desasido de la administración de sus bienes, la simulación, la imprevisión, la lesión enorme.

⁵³⁷Teoría General del Contrato Contratos Civiles y Mercantiles

c.- Causas naturales

Son las que ocurren de manera natural, es decir, por razones propias o inherentes al contrato. Son éstas: El plazo extintivo y la muerte del deudor en los contratos intuitu personae, como el mandato o la confección de obra material.

d.- Causas estipuladas o convenidas

Son las que insertan, estipulan o convienen las partes en el contrato.

Tales son: la condición resolutoria ordinaria, el pacto comisorio y las arras de retracto.

Sin embargo, teniendo en cuenta que todas ellas descansan en la ley, podemos afirmar, sin temor alguno, que existe una sola causa para la disolución o terminación de los contratos. Esa es la ley.”

Teniendo en cuanto que el contrato PBL No. 110142 celebrado entre estos mismos, contiene dentro de sus estipulaciones un periodo de vigencia con la posibilidad de prórrogas, estamos en presencia de un contrato de ejecución sucesiva o de duración, a término definido, razón por la cual es importante analizar qué implicaciones tiene lo anterior, para el caso que nos ocupa.

Descendiendo al caso concreto, en la cláusula de vigencia, artículo VII, se puede apreciar, que el mismo desarrollaría en un periodo de tiempo de veinticuatro (24) meses, prorrogable por periodos sucesivos de seis (6) meses, si ninguna de las partes daba aviso a la otra con una anticipación de un (01) mes a la fecha de vencimiento del periodo inicial o de cualquiera de sus prórrogas; y de otra parte, en el artículo XV donde se establece la terminación, faculta a EXXONMOBIL para dar por terminado unilateralmente el contrato de operación, en cualquier momento por cualquiera de las siguientes causas: “(a) Por vencimiento del término de vigencia pactada inicialmente, o el de cualquiera de sus prórrogas, dando aviso a la otra de su intención de darlo por terminado, con una antelación no menor a dos (02) meses”, lo que permite evidenciar que entre estos artículos, VII y XV, hay diferencia en el término para hacer el respectivo aviso.

Al estipularse que las prórrogas serian por periodos sucesivos de seis (6) meses, *la primera de éstas*, se causaría a partir del primero (1º) de enero de dos mil doce (2012) y por ende, venció el día treinta (30) de junio de dos mil doce (2012), *la segunda prórroga* operó a partir del primero (1º) de julio del año dos mil doce (2012) hasta el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil doce (2012) y la *tercera prórroga*, se causó entre el primero (1º) de enero de dos mil trece (2013) y el día treinta (30) de junio de esta misma anualidad y por ende, este período no corresponde a la primera y única prórroga, tal como se asevera en la demanda de reconvención.

Respecto a estas estipulaciones contractuales, hay que decir que EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., en principio dio previo aviso de terminación del contrato de operación a DISMARINA LTDA, con un (1) mes de anticipación al vencimiento de la segunda prórroga, mediante comunicado recibido en fecha 28 de noviembre de 2012, así obra a folio 110 Tomo I, para luego dejarlo sin efecto, como consta en

oficio del 27 de diciembre de 2012 (folios 119 y 120). Posteriormente, llegado el 15 de abril de 2013 EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., nuevamente manifestó a la Convocante la determinación de dar por terminado el contrato de operación el 30 de junio de 2013, fecha de terminación de la prórroga que se encontraba en curso. (folio 128 y 129), haciéndolo en esta segunda oportunidad con más de dos (2) meses de anticipación, es decir, en concordancia con la cláusula XV como lo dejó consignado.

En relación a la comunicación recibida por DISMARINA el 28 de noviembre de 2012, en donde ExxonMobil de Colombia, manifestó que dicho contrato de Operación terminaría el 31 de diciembre de 2012 y no sería prorrogado, aviso que fue cuestionado por DISMARINA mediante comunicado recibido por EXXONMOBIL el día 19 de diciembre de 2012, en el cual expresaba “consideramos que la abrupta y unilateral solicitud para la TERMINACIÓN DEL CONTRATO es injusta e improcedente por su ostensible ilegalidad”, en la cual argumentó la naturaleza y antigüedad de las relaciones comerciales entre las partes, sus derechos como operadores subarrendatarios, manifestando que las relaciones entre DISMARINA Y EXXONMOBIL son arrendamientos. Adicionalmente, arguyó que el término de las prórrogas del contrato previsto en el artículo VII había sido modificado por las partes más adelante en el mismo contrato en el artículo XV, en el cual se dice: “Terminación del Contrato: EXXONMOBIL podrá dar por terminado el presente contrato de operación, en cualquier momento, por cualquiera de las siguientes causas:

- (a) Por vencimiento del termino de vigencia pactada inicialmente o el de cualquiera de sus prórrogas, dando aviso a la otra de su intención de darlo por terminado, con una antelación no menor a dos (02) meses...”

Concluyendo DISMARINA, que la comunicación del 15 de noviembre de 2012, no cumplía con la temporalidad prevista en el artículo XV, considerando además, que “ No hay orden judicial que así lo disponga, rechazamos y nos oponemos en derecho, a la injusta, abrupta, unilateral, ilegal y extemporánea solicitud de terminación y liquidación contractual, con restituciones sobre lo entregado, que pide la sociedad EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. sobre un acto bilateral que data en tracto sucesivo de muchos años atrás y se encuentra vigente y prorrogado”.

El 20 de febrero de 2013, DISMARINA responde a EXXONMOBIL, respecto al oficio GJ.- 203-12, “que no pueden aceptar que la indicada prolongación o prórroga el contrato sea solo por 6 meses a partir del 1 de enero de 2013, porque desde esa fecha el contrato ha sido prorrogado por 24 meses, por expresa voluntad de ustedes de acuerdo con lo pactado en el respectivo contrato y bajo la reglamentación legal aplicable para su permanencia y eventual continuidad una vez concluidos estos otros 24 meses de prórroga”; en este oficio, que reposa a folios (123 a 127) y desde el comunicado del 18 de diciembre de 2012, queda clara la manifiesta oposición, y controversia entre los contratantes en relación con el término de vigencia y prórrogas del contrato.

Las disposiciones contractuales, las comunicaciones cruzadas entre las partes, las manifestaciones hechas en la demanda principal, la demanda de reconvención, contestación de las demandas, así

como lo dicho por los declarantes, son elementos que este Tribunal no puede soslayar, al desentrañar el término y forma de terminación del contrato PBL No. 110142, que de hacerlo estaría desconociendo las estipulaciones contractuales, la intención común de los contratantes y la regulación jurídica de los contratos.

Si bien es cierto, EXXONMOBIL DE COLOMBIA, tenía la prerrogativa de provocar unilateralmente la terminación del contrato pluricitado, tal como se desprende del artículo XV, literal a), por vencimiento del término de vigencia pactado inicialmente de dos (2) años o de cualquiera de sus prórrogas, por disposición contractual expresa, en el contexto de la controversia surgida entre las partes al respecto, EXXONMOBIL, debió ejercer dicha facultad de conformidad con los principios de la buena fe y sin incurrir en actuaciones que implicaran un abuso de sus derechos, en perjuicio de la parte Convocante DISMARINA.

Este Tribunal de Arbitramento, estima que dada las protuberantes diferencias presentadas entre las partes en el desarrollo de la segunda prórroga del contrato, es decir en el segundo semestre de 2012, y primer semestre de 2013, específicamente en el punto de la duración de la prórroga contractual, ExxonMobil no ha debido insistir en la restitución del inmueble y suspender abruptamente el suministro de Combustibles y en su lugar buscar la solución bien fuera negociada o por decisión judicial. Máxime, cuando en este caso así como se analizó arriba al estudiar la naturaleza jurídica del contrato, el mismo contiene elementos de operación y suministro de productos (combustibles), pero apuntando a la distribución, por ser esta la función económica del contrato PBL No.110142.

Este Tribunal de arbitramento, ampliará estas consideraciones al tratar las pretensiones de la parte convocante.

Finalmente, llama la atención al tribunal, que el artículo XV se refiere únicamente a las causales de la terminación del contrato de Operación, para ser aplicadas únicamente y exclusivamente por ExxonMobil, mas no dicen nada en estas causales sobre la distribución del combustible y lubricantes, querida por la partes de conformidad a lo ya expresado, en el punto de la naturaleza jurídica del contrato.

Conforme a lo anterior, el Tribunal concluye, entonces, que el contrato no terminó por la expiración del término de vencimiento de la última prórroga.

Es más se continuó ejecutando, pues además de que la Estación de Servicio siguió funcionando hasta la fecha, se requería de un pronunciamiento arbitral o judicial, para obtener no solo la restitución de la misma, sino la subsecuente entrega del inmueble, a través de la orden emanada de la misma sentencia, pues en este caso la vía jurídicamente adecuada para resolver las controversias presentadas entre las partes sobre la vigencia y prórroga del contrato bajo estudio.

2.2 Pronunciamiento sobre pretensiones de la demanda de reconvencción.

Entremos a analizar las pretensiones formuladas por la sociedad EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., en contra de DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA. DISMARINA LTDA – así:

En primer término EXXONMOBIL, aspira a que se declare que ESTA TERMINADO EL CONTRATO DE OPERACIÓN DE LA ESTACION DE SERVICIO suscrito el 2 de febrero de 2010, por expiración del plazo de la última prórroga, el 30 de junio de 2013.

En síntesis, para este Tribunal, dicha pretensión se hace impróspera de conformidad con las consideraciones expuestas en el punto 2.1. del presente laudo.

Ahora, en cuanto a la segunda pretensión de la EXXONMOBIL en que se declare el INCUMPLIMIENTO DE DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA., respecto de la TERMINACION Y LIQUIDACION DEL CONTRATO, con la consecuente RESTITUCION DE LA ESTACION DE SERVICIO A LA EJECUTORIA DEL LAUDO, se cae por su propio peso, al no haber prosperado la pretensión primera de la demanda de reconvención que nos ocupa, que es que el Contrato de Operación de Estación de Servicio, está terminado por el solo hecho de la expiración del plazo de la última prórroga.

Y finalmente, en relación con la tercera pretensión de la Demanda de Reconvención, en que se solicita el pago de sumas de dinero por concepto de clausula penal y pena por incumplimiento, resulta improcedente entrar a imponer sanciones de ninguna índole en contra de DISMARINA LTDA. por las razones y motivos antes expuestos, de no acceder a las pretensiones primera y segunda de la Demanda de Reconvención, al no demostrarse incumplimiento contractual de DISMARINA.

3. Pronunciamiento sobre la resolución del contrato por incumplimiento, solicitada por DISMARINA.

3.1. Necesidad de interpretación de la demanda.

La parte convocante ha solicitado en su demanda que se declare la resolución del contrato que la vincula con la parte convocada, como consecuencia del incumplimiento de esta. Así lo expresó en la pretensión segunda:

“SEGUNDA: Que, por causa de incumplimiento contractual, se declare la RESOLUCIÓN DEL CONTRATO denominado: “CONTRATO DE OPERACIÓN DE ESTACIÓN DE SERVICIO PARA VEHÍCULOS AUTOMOTORES Y DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLES Y LUBRICANTES”, de fecha: Dos (2) de febrero de dos mil diez (2010), en su configuración real, como contrato de ARRIENDO O SUBARRIENDO OPERATIVO, y nominativa, para todos sus efectos.”

La pretensión procesal determina los contornos del territorio en el que la actividad decisoria del juez debe desenvolverse.

En razón de la forma como la parte convocante planteó dicha pretensión, este Tribunal considera necesario fijar el alcance de la misma, utilizando la figura de la interpretación de la demanda.

La jurisprudencia patria ha manifestado en reiteradas ocasiones, que el juez está facultado para interpretar la demanda de manera racional y lógica; especialmente cuando ésta es oscura e imprecisa. En ese orden de ideas la misión de tal interpretación no es otra que precisar su verdadero alcance, mediante una operación con la que se verifica el significado jurídicamente relevante del libelo introductorio.

El Tribunal estima, luego del estudio y análisis del contenido integral de la solicitud de convocatoria o demanda que, no obstante que en la segunda pretensión de la demanda, la parte convocante solicita se decrete la resolución del contrato PBL No. 110142, lo que jurídicamente procede es terminación del citado contrato; toda vez, que los conceptos de resolución y terminación tienen como sustento básico el incumplimiento, el primero tiene efectos retroactivos y se aplica para negocios jurídicos de ejecución instantánea, en tanto que la terminación solo se aplica a negocios jurídicos de tracto sucesivo y solo tiene efectos hacia el futuro.⁵³⁸

Lo anterior no tiene reparo alguno, porque ha puesto de presente el fenómeno del incumplimiento tanto en los hechos de la demanda como en las pretensiones, toda vez que en la pretensión primera de la demanda principal se dijo textualmente: “PRIMERA: Que se declare que la PARTE CONVOCADA incumplió el contrato denominado: “PBL No. 110142-CONTRATO DE OPERACIÓN DE ESTACION DE SERVICIO PARA VEHICULOS AUTOMOTORES Y DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLES Y LUBRICANTES”, celebrado el dos (2) de febrero de 2010, entre EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A Y DISMARINA LTDA;..”

Frente a la procedencia de la interpretación de la demanda por parte del juzgador, nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil⁵³⁹ expresó:

“Ciertamente, según lo tiene averiguado la doctrina del derecho procesal, cuando al tiempo de fallar el juez se encuentra frente a una demanda que adolece de imprecisión, bien sea en la forma como se hallen concebidas las súplicas, ora en la exposición de los hechos, ora en los fundamentos de derecho o ya en las unas o en los otros está en el deber de interpretarla para desentrañar la verdadera intención del demandante, tarea en la cual debe tomar en cuenta todo el conjunto de ese libelo, y, además, en los casos en que ello fuere menester para precisar su verdadero alcance, las actuaciones desarrolladas por el actor en el curso del proceso. Solo así puede llegar, frente a la demanda, a su procedente interpretación racional y lógica (...).”

En la sentencia del 15 de diciembre de 1970, Tomo CXXXVI, Pag. 177, 1ª. dijo la corte al respecto :

⁵³⁸Más adelante este Tribunal complementará esta idea con ayuda de la doctrina.

⁵³⁹ Sentencia del 30 de abril de 1976, con ponencia del Magistrado Humberto Murcia Ballén.

“La conformidad o consonancia que debe existir entre el petitum y la sentencia estimatoria no debe ser de tal naturaleza que el fallo tenga que reproducir textualmente las peticiones del libelo. El deber que tiene el sentenciador de interpretar la demanda para conocer el verdadero alcance de ella, está acorde con la obligación que le impone el artículo 471 del Código Judicial, en su último inciso, al establecer que las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancias con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Estos dos deberes no se rechazan o se excluyen; por el contrario, se complementan en el logro del común destino de los procedimientos que es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial (...)”

En conclusión este Tribunal da por entendido que la parte convocante busca la declaratoria de terminación del contrato sub examine, por incumplimiento de la convocada, más las demás pretensiones consecuenciales de perjuicios contenidas en la demanda, de tal manera que el análisis del tema de fondo de este proceso se abordará y resolverá bajo esta perspectiva.

3.2. Análisis sobre la configuración de situaciones de incumplimiento por parte de ExxonMobil de Colombia S.A.

Para este Tribunal de Arbitramento, es importante estudiar en el caso que nos ocupa si el comportamiento desplegado por las partes en el desarrollo de la relación contractual y especialmente en el tema de la invocada terminación del negocio jurídico que los vinculan se ajustó a la legalidad.

Lo anterior teniendo en cuenta que la parte Convocante en su pretensión primera de la demanda principal deprecó: *“Que se declare que la PARTE CONVOCADA incumplió el contrato denominado: “PBL N.º 110142 - CONTRATO DE OPERACIÓN DE ESTACION DE SERVICIO PARA VEHICULOS AUTOMOTORES Y DISTRIBUCION DE COMBUSTIBLES Y LUBRICANTES “, celebrado el dos (2) de febrero de 2010, entre EXXON MOBIL DE COLOMBIA S.A. y DISMARINA LTDA., en su configuración real, como contrato de ARRIENDO o SUBARRIENDO OPERATIVO, y nominativa, y en todos sus efectos, por las solicitudes y actuaciones unilaterales de la PARTE CONVOCADA para la terminación de este contrato, con restitución de bienes entregados, y por suspensión y terminación unilateral por la PARTE CONVOCADA del suministro de combustibles líquidos y otros insumos a la PARTE CONVOCANTE, para su distribución y venta en el establecimiento de comercio de la sociedad convocante: DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA. - DISMARINA LTDA., instalado en el inmueble cuya tenencia le entregó LA CONVOCADA.”*

En cuanto al alegado incumplimiento, planteó la convocante en la demanda principal los siguientes hechos: “17º)- Como consta en la misma acta anexa suscrita también por DISMARINA LTDA., su apoderado y dos (2) testigos, la parte CONVOCANTE se opuso a esta restitución, con sustento en las razones expresadas y conocidas por la CONVOCADA, sociedad que ordenó, además, en forma unilateral, la suspensión del suministro de combustible e insumos a la sociedad DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA. – DISMARINA, **con la finalidad de paralizarla, forzando de hecho y abusivamente**

la ilegal restitución pedida en claro incumplimiento contractual que continúa a la fecha de presentación de esta demanda, sin poder contar y vender LA CONVOCANTE con la reconocida calidad y especialidad de los productos exclusivos que le suministraba LA CONVOCADA. Así, se hizo constar en la indicada acta anexa”. (Negrillas fuera de texto).

Continuando con el hecho 18o) – “ La sociedad CONVOCANTE, con la finalidad de no agravar el daño que se le causó y se le continúa causando con las indicadas peticiones de terminación-restitución contractual y con la suspensión unilateral de suministros por parte de la sociedad CONVOCADA, y ante la incertidumbre e inseguridad que generó y produce la conducta de LA CONVOCADA, solicitó, mediante comunicación radicada como: “OFICIO RADICADO MINMINAS No. 2013040755 DE 04-07-2013”, al Ministerio de Minas y Energía que requiriera a la EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. para que reanudara los suministros abusivamente suspendidos o le autorizara a DISMARINA LTDA. recibir estos suministros de otra sociedad proveedora.” (Negrillas fuera de texto).

En el Hecho 21o) – “La sociedad DISMARINA LTDA. tiene relaciones laborales con diferentes empleados que desempeñan funciones y labores en directa conexión con el objeto comercial de la CONVOCANTE y el contrato sobre cual se demanda RESOLUCION. En este sentido, la solicitud de terminación contractual y restitución del inmueble y equipos con la abusiva suspensión unilateral del suministro de combustible para la continuidad de las actividades comerciales de mi representada, sin orden judicial que así lo disponga, constituyen un claro incumplimiento del contrato y es causa generadora de su resolución con los efectos indemnizatorios para el pago de los perjuicios que se concretan en las pretensiones de esta demanda arbitral, por los daños que se han producido y se producirán a la convocante, así...”

De conformidad con la pretensión primera de la demanda, la parte convocante sustenta el incumplimiento invocado en dos situaciones: en primer lugar, por la decisión de dar por terminado unilateralmente el contrato, y en segundo término, por la suspensión y terminación unilateral del suministro de combustibles líquidos y otros insumos a la parte convocante.

En cuanto al primer aspecto, ya este Tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse, concluyendo que dicho contrato no terminó a partir del 30 de junio de 2013, por vencimiento del término, como solicitó la parte demandada en su demanda de reconvención.

3.3. La suspensión del suministro frente al abuso del derecho.

Este Tribunal de Arbitramento considera de suma importancia abordar, en el caso que nos ocupa, si el comportamiento desplegado por la parte convocada en el desarrollo de la relación contractual, consistente en suspender unilateralmente el suministro de combustibles y lubricantes, se ajustó al ordenamiento jurídico y a la manera como los contratantes deben ejercer las prerrogativas que les confiere el contrato.

Y tal asunto es perentorio abordarlo, por cuanto la parte Convocante en su demanda planteó, como pretensión primera, que se declare que la parte convocada incumplió el contrato, entre otros aspectos, por la suspensión y terminación unilateral del suministro de combustibles líquidos y otros insumos a la parte convocante, para su posterior distribución y venta en su establecimiento de comercio.

El planteamiento de este asunto, obliga a este Tribunal a abordar un tema específico, como es el abuso del derecho en sus diferentes manifestaciones y en su configuración jurídica.

3.3.1. El abuso del derecho, en general y el abuso del derecho, en las relaciones contractuales, en particular.

Para dilucidar dicho asunto, es preciso, en primer lugar, analizar la figura del abuso del derecho, en general, justificación y antecedentes, los elementos para su estructuración y la procedencia de su aplicación en relaciones contractuales y finalmente examinar dicho instituto a la luz de los hechos y pruebas obrantes en este proceso arbitral.

Al respecto encontramos que la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha acogido la tesis del abuso del derecho, desde hace algún tiempo importante.

La Corte Suprema de Justicia, se refirió a los antecedentes y contornos de la figura del abuso del derecho, en los siguientes términos:

“8. Y es que el mencionado instituto jurídico, en orden a corregir los excesos que se pudieran cometer en el ejercicio de los derechos, aun cuando éstos estuvieran reconocidos por la misma ley, vino a ser la razón toral tendiente a expresar cómo, en las diversas etapas y lugares de la historia, la misma sociedad reaccionara para empezar a imponer determinadas restricciones al comportamiento indebido y egoísta de los particulares, bajo la concepción de que todas estas conductas individuales, como causantes de daños, forzosamente debían ceder frente al interés superior de los asociados.

Evidentemente, a la luz de las consideraciones individualistas, el ejercicio de los derechos propios jamás podría ser concebido como el causante de daños indemnizables a terceros, pero bajo la mirada de pareceres originados en la solidaridad, el sistema jurídico vino a constituir un haz de reglas insertadas en el conjunto de las relaciones sociales, ante cuya mirada sería posible la vulneración de los intereses ajenos y la generación de perjuicios resarcibles a sus titulares, pese a estar haciéndose actuar por los respectivos agentes las facultades con que contaban por disposición legal.

Aparecieron entonces varias teorías que propendieron por la humanización del ordenamiento jurídico, expresadas en propósitos como el de restar el carácter absoluto a los derechos subjetivos, para introducir en ellos algunos elementos que pregonaron la relatividad de los mismos, a fin de que quienes los disfrutaran no lesionaran innecesaria e injustificadamente los de los demás, ni utilizaran el pretexto de su goce, aún autorizado por la misma ley, para agredir los ajenos. Así, se comenzó a concebir cómo las prerrogativas tenían unos límites naturales que impedían invadir o conculcar las de los otros

asociados y, de esa forma, se fueron dejando a un lado aquellos postulados individualistas, para pasar lentamente a reconocer en las potestades de las personas la presencia de confines tendientes a impedir el desbordamiento de algunas conductas que pudieran lesionar a sus semejantes.

También de esa manera fueron quedando atrás algunos dogmas, característicos de la rigidez de antes, como aquel *feci sed jure feci*, que permitía al autor de un daño causado en ejercicio de un derecho decir simplemente *“he causado un daño, pero tenía derecho a hacerlo”*, o como el conocido *neminem laedit qui jure suoutitur*, cuyo significado suponía que no quedaba comprometida la responsabilidad cuando se ejercía un derecho (JOSSERAND, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Editorial Temis, Bogotá, 1982, pag. 3)...

Siguiendo por ese rumbo, la jurisprudencia francesa, en varios fallos que sin duda vienen a ser en este tema antecedentes de marcada importancia (de las Cortes de Colmar y de Lyon, entre otros), empezó a bosquejar la que ha sido denominada teoría del abuso del derecho, cuya línea más general propugna porque el titular de una facultad la ejerza con la diligencia y el cuidado necesarios para no conculcar con su actividad los derechos de otros. Y de esa forma, la jurisprudencia patria, tras los derroteros trazados por el citado Josserand, ha producido también un abigarrado conjunto de decisiones en las cuales plasmó su criterio con relación a esa doctrina, a tal grado que ha auspiciado la interpretación y la integración legal teniendo en mira siempre la idea de evitar la posibilidad de que los ciudadanos utilicen sus derechos para agredir los ajenos.

La señalada tesis del abuso representa, pues, una respuesta de avanzada frente a la tendencia que consideró los derechos desde una marcada perspectiva individual y egoísta, fruto del formalismo legal y del absolutismo jurídicos reinantes, de manera que con ella los derechos comenzaron a adquirir una connotación y un significado claramente sociales, impregnados de un carácter solidario ajeno a aquella visión existente en un principio.

Y la Corte, mediante especial esfuerzo por actualizar las normas a las nuevas realidades, comenzó a mirar con un sentido amplio y extraordinario los principios generales y, en esa tarea, moldeó la doctrina de la relatividad de los derechos, en la que de la interpretación literal de los textos legales, empezó a extenderla a una hermenéutica funcional apoyada en los mencionados principios y valores. Fue así como sostuvo, a modo de hito inconfundible, cómo los derechos subjetivos, en la medida en que *“...son dados para la sociedad, a la cual sirven, más que al individuo... no son absolutos, sino relativos...”*, razón en la que se apoyó para, a renglón seguido, manifestar que consecuentemente deben *“...ejercitarse dentro del plano de la respectiva institución, conforme al espíritu que los inspira...”* (G. J., t. XLVI, pag. 60), puesto que si bien era cierto que ellos merecían todo el respeto, también lo era que no podrían considerarse *“...absolutos...”*, y *“...que el ejercicio de todo derecho tiene por límite el derecho ajeno...”* (G. J., t. XV, pag. 8).

Aseveró también, como fundamento basilar del postulado, y en coherencia con lo dicho, que las potestades de los asociados, aunque legítimas y respetables, no podían ser ilimitadas

ni justificaban la invasión de las ajenas, en virtud de que hallaban confin en el lugar mismo donde empezaban a regir las de los demás, de suerte que no podían ser traspasados impunemente los correspondientes linderos, por lo que, de ser transgredidos y, por ese sendero, causar daño, se incurriría en responsabilidad civil. En ese sentido expresó cómo “...*el derecho de cada cual va hasta donde empieza el de su prójimo...*”, entendimiento de tal peso y suficiencia que permitiría afirmar sin hesitación la evidencia de la secuela que engendraría, según la cual “...*cuando su ejercicio traspasa ese límite, tal actividad puede implicar un claro abuso del derecho...*” (sentencia de 11 de octubre de 1973, G. J., t. CXLVII, pag. 82).

Una vez asimilada y aplicada la doctrina del abuso del derecho, fundada en los antecedentes de los actos de emulación y en las inmisiones, empezaron a brotar, como sucedáneas, la visión subjetiva, afincada en la necesidad de intención dañina o por lo menos de imprudencia o descuido en la conducta, para que pudiera advertirse el fenómeno, y la objetiva, apoyada en la presencia del exceso o anormalidad en la ejecución del respectivo derecho, tesis ambas que terminaron siendo aceptadas en una especie de postura ecléctica, de conformidad con la cual se incurriría, en cualquiera de los dos casos, en el fenómeno que se viene tratando, pues en una u otra situación emergería el desafuero siempre que el titular del respectivo privilegio causara menoscabo por razón de su designio dañado, ora por virtud de la simple negligencia, ya porque desbordase sus límites, lo ejerciera de manera anormal o merced a que lo practicara en forma diversa a la función para la cual fue establecido.

La Corte, interpretando aquel sentimiento, lo asumió y expuso, en sentencia de 19 de octubre de 1994, que “esa ilicitud originada por el ‘abuso’ puede manifestarse de manera subjetiva - cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno, o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder- o bajo forma objetiva cuando la lesión proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo” (exp. #3972)...

En la misma providencia citada, la Corte Suprema de Justicia se refirió a las características del abuso del derecho en los siguientes términos: “El abuso del derecho, en todo caso y con independencia de la teoría objetiva o subjetiva que se predique haberle dado origen, en cada situación concreta y según las circunstancias fácticas que lo rodeen, se caracteriza entonces fundamentalmente por la existencia, ab initio, de una acción permitida por una regla, sólo que, por contrariar algún principio de trascendental connotación social, como la moralidad del acto, la buena fe y otros semejantes, termina convirtiéndose en una conducta del todo injustificada y, por contera, constitutiva de un perjuicio...”

En lo que respecta a la procedencia y configuración del abuso del derecho, manifestó la Corte en la misma providencia lo siguiente:

“Y, como también se dejó narrado, aunque las primeras manifestaciones en torno del tema que ocupa la atención de la Corte se centraron en el análisis de la arbitrariedad en el ejercicio

del dominio, merced a los conflictos presentados entre propietarios de fundos limítrofes, en orden a lo cual se dijo que todo acto del titular que causara daño en virtud de la intención decidida de producir perjuicio (*animus nocendi*) o por falta de prudencia y atención o por ausencia de interés serio y legítimo, generaba responsabilidad y, por ende, obligación de indemnizar, la cual tenía origen típicamente extracontractual, luego se le concedió un efecto expansivo que irradió muchos otros aspectos del ordenamiento jurídico, siendo así como, en vez de restringirse su concepto a los contornos de la propiedad, se extendió su aplicación a otros ámbitos de la actividad jurídica, como los concernientes con el derecho de litigar, la formulación temeraria de denuncias penales, el embargo excesivo del patrimonio del deudor, el secuestro de bienes no pertenecientes al ejecutado o el ejercicio abusivo de las potestades nacidas de las relaciones convencionales.

Fue así como, concordante con esas directrices ideológicas que circulaban en el mundo, la Corte entendió también que el abuso de los derechos no se presentaba únicamente en la esfera particular del dominio, sino en otros escenarios, y por ello adujo que “...la responsabilidad civil por abuso de derechos subjetivos, generalmente en nada se separa de los lineamientos principales de la culpa aquiliana, o de la contractual en su caso...” (G. J. t. CXLVII, pag. 82), aserción mediante la cual reafirmó la entrada que le había dado en el campo propio de los contratos, desde cuándo, casi un siglo antes, en sentencia de 6 de diciembre de 1899 (G. J. XV, 8), encontró posible su ocurrencia siempre que se abusara de los derechos emanados de los acuerdos de voluntades.

Bajo ese derrotero, al pregonar la Sala que en “...materia contractual tiene cabida el abuso del derecho”, el que puede “...presentarse en la formación del contrato, en su ejecución, en su disolución y aún en el periodo post-contractual” (G. J., t. LXXX, pag. 656), fluye con notoria nitidez cómo la Corporación ha reconocido la vigencia y posibilidad del fenómeno, aún por fuera del espacio inicial, circunscrito al ejercicio de la propiedad, para llegar a admitir la extralimitación en las facultades nacidas de los acuerdos de voluntades, pues en esos casos puede ocurrir el comportamiento de uno de los pactantes que, aunque pareciera respaldado por el derecho que en verdad le asiste, actúe “...con detrimento del equilibrio económico de la contratación...” (G. J., t. CCXXXI, pag. 746); de esta manera, la jurisprudencia también vino a señalar cómo es posible que por este aspecto fuese dable fijar límites a la autonomía de la voluntad en materia negocial...

Continuando en esa dirección, varios lustros después la Corporación, mediante fallo en el que debatía la revocación del poder conferido a un abogado, reiteró la tesis expuesta en aquella sentencia y la precisó diciendo: “1°. Que el derecho de revocación no es absoluto sino relativo, limitado por el mismo interés social que lo justifica y por el derecho ajeno; 2°. Que ese derecho de revocación debe ejercitarse con motivo legítimo para amparar los intereses del mandante contra la mala fe, o la negligencia o la ineptitud del mandatario; 3°. Que la revocación abusiva da derecho a reclamar indemnización de perjuicios al mandatario que ha cumplido sus obligaciones con honradez e inteligencia” (sentencia de 6 julio de 1955, LXXX, 656).

9. De conformidad con el artículo 830 del Código de Comercio “el que abuse de sus derechos estará

obligado a indemnizar los perjuicios que cause". Con esta norma surge indiscutible cómo sin ambages ni dubitación el ordenamiento dio carta legislativa a la figura y, con ello, ofreció cabida a la reparación de los daños originados en la actividad del titular que ejerciera sus derechos en forma excesiva, anormal, dolosa o culposa, ora en la práctica de una prerrogativa desvinculada de toda conducta convencional y de la nacida de un contrato.

Asimismo, el numeral 1° del artículo 95 de la Constitución Política de 1991 estableció que constituye deber de todas las personas y de todos los ciudadanos "[R]espetar los derechos ajenos y no abusar de los propios"; con lo que, cual es fácil de apreciar, el ordenamiento jurídico encontró necesario adoptar y respaldar el postulado hasta entonces examinado y definido desde la doctrina y la jurisprudencia, para, ante la magnitud e importancia en los tiempos que corren, consagrarlo como un deber cuya raigambre se halla en la misma concepción constitucional, demostración palmaria del interés sobresaliente que encuentran hoy el Estado y la sociedad en ese principio. Esto es, no quieren ellos que el ejercicio de los derechos propios sea pretexto para que los ajenos deban ceder ineluctable e injustificadamente, como quiera que las atribuciones de cada ciudadano deben ser practicadas dentro de sus precisos linderos, sin intromisión en las órbitas extrañas y sin violación de los intereses correspondientes a los demás.

Igualmente, cuando la Carta Política dispuso en el artículo 333 que la "...*actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común*", resaltó el significativo valor que para ella tienen la libertad de empresa, como base del desarrollo económico, y la iniciativa privada, fundamento esencial de convivencia, valores llamados a ser pilares en la satisfacción de las necesidades de los asociados y en el cumplimiento de los fines del Estado y, por tanto, dignos de las mayores consideración y respeto. En todo caso, destaca la Sala, no por su excepcional importancia en la vida de una sociedad organizada pueden ser utilizadas para fines distintos de aquellos que los animan ni servir de excusa para fundar la lesión a los derechos ajenos, pues encuentran, precisamente, infranqueable barrera en el bien común, en tanto éste debe constituir el mojón natural entre su ejercicio y el interés general de la colectividad.

Es de ver también, en coherencia con lo que acaba de exponerse y de conformidad con el precepto citado, cómo por cuanto la empresa cumple una "...función social que implica obligaciones...", y el reconocimiento de su existencia e importancia no devienen de manera exclusiva del destino privado que de ella surge, sino, mayormente, del servicio llamada a prestar frente a la comunidad ante la cual debe desempeñar una especial gestión tendiente a la satisfacción de necesidades, emerge la imposibilidad de que en el despliegue de su explotación se puedan permitir actos lesivos del interés común o del derecho particular, desde luego que ello supondría una afrenta a la finalidad y designio con que se admite su vigencia.

En suma, si bien el Estado advierte necesario mantener la libertad de empresa y la iniciativa privada, a la par que estima indispensable protegerlas y auspiciarlas, tampoco permite que

en su ejecución se llegue a extremos que desborden sus propios límites para arrollar los derechos de los particulares y los de la comunidad.

En ese orden de ideas, es patente que la misma normativa superior admitió la enorme importancia del respeto al derecho de los otros asociados, el que, consecuentemente, no debe ser conculcado ni siquiera bajo la disculpa del ejercicio del perteneciente al sujeto que actúa, motivo determinante de que su protección deba ser radical e incondicional, como quiera que se trata de una garantía inestimable. En este sentido, nada puede justificar la vulneración de las facultades ajenas so pretexto del uso de los derechos propios, cuando en éstos no se aprecie tal uso sino el abuso.

10. Si como atrás quedó indicado, las relaciones originadas en los pactos que celebran las personas por virtud de la autonomía privada no excluye la ocurrencia del fenómeno en cualquiera de las etapas que los caracterizan, pues en materia “...*contractual tiene cabida el abuso del derecho..*”, y puede “...*presentarse en la formación del contrato, en su ejecución, en su disolución y aún en el periodo post-contractual*” (G. J., t. LXXX, 656), deviene evidente que cuando uno de los celebrantes pretenda ejecutar el derecho que le asiste en virtud del acuerdo ajustado o con apoyo en la misma ley, no puede ir más allá de sus propios límites ni, por ende, invadir las órbitas jurídicas de los demás estipulantes. Huelga decir, la puesta en actividad de sus atribuciones legales o convencionales no confiere la posibilidad de lesionar las correspondientes a quienes se han ubicado en la otra orilla de la contratación.

Por tanto, la inteligencia que ha de darse a una prerrogativa originada desde el plano de la libre y concorde manifestación de voluntad no puede involucrar la posibilidad de herir el derecho de quien también expresó en su momento la intención de asumir, por ese acto, obligaciones, salvo aquellas excepciones consistentes en la existencia de justificaciones o de razones que permitan suponer con fundamento consecuencia adversa a sus intereses, como sucedería si se demostrara el incumplimiento de lo pactado, puesto que como los acuerdos producen normalmente obligaciones – *pacta sunt servanda*–, según antiquísimo, conocido y vigente brocárdico, es natural que la insatisfacción ha de conducir a la sanción que para cada caso debe operar.

11. Desde esta perspectiva también han de entenderse las cláusulas convencionales o las regulaciones legales o constitucionales permisivas de la terminación unilateral del pacto respectivo, debido a que ellas no pueden interpretarse a distancia del postulado de que se viene hablando, como quiera que exigen ser observadas a través de su propio prisma, ante la posibilidad de que en ejercicio de esa facultad se incurra en violación del derecho ajeno; ello supone entonces que deben apreciarse bajo el entendido de que su actividad no puede ser causa de daño a quienes han contratado con el agente, salvo, claro está, que exista razón que lo justifique, como sucedería, *verbi gratia*, cuando el comportamiento del contratista, dada su falta de honradez o inteligencia, lo

imponga⁵⁴⁰.”

Como podemos ver en este importante pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se han analizado diáfananamente, los antecedentes jurisprudenciales que se han sentado sobre la teoría del abuso del derecho, en sus generalidades, sus principios, elementos, fundamentos legales en el ordenamiento jurídico colombiano, y específicamente de gran importancia frente al caso que nos ocupa, la cabida que tiene en las relaciones contractuales.

En sentencia más reciente la Honorable Corte Suprema de Justicia⁵⁴¹, realizó algunas precisiones sobre el instituto del abuso del derecho en materia contractual, así :

“2. No obstante, al haberse señalado que la parte demandada “incurrió en hecho ilícito y/o abuso del derecho” en la ejecución de una relación obligacional, ambos supuestos comportan calificar de alguna manera el comportamiento imputado, bien para determinar si fue intencionado, *animus nocendi*, o negligente, o si se presentó el ejercicio excesivo o anormal de una prerrogativa.

21. La ilicitud, en materia de responsabilidad civil, implica que la conducta del sujeto contradice el ordenamiento jurídico, en la medida en que con sus acciones u omisiones se incumplen deberes jurídicos genéricos o específicos, con lo que, además, por contera, se vulneran prerrogativas o intereses legítimos de otros sujetos de derecho –los damnificados-. Por otra parte, como lo tiene señalado la Sala, en el análisis enderezado a determinar si se puede hacer una declaración de esa naturaleza, se debe establecer, adicionalmente, que la obligación indemnizatoria se puede radicar en el demandado porque existe un criterio o factor que permite imputarle a él la responsabilidad, en la generalidad de los casos en virtud de un juicio de reproche a su comportamiento, al encontrarse que actuó con culpa o con dolo, sin que se descarte que en supuestos excepcionales la atribución de la responsabilidad pueda efectuarse con base en criterios objetivos (cfr. Sent. de 16 de septiembre de 2011, exp. 2005-00058-01; Cas. Civ. de 6 de diciembre de 2011, exp. 2003-00113-01; Cas. Civ. de 9 de marzo de 2012, exp. 2006-00308-01; Cas. Civ. de 30 de octubre de 2012, exp. 2006-00372-01 y Cas. Civ. de 21 de enero de 2013, exp. 2002-00358-01).

En contraste, en el abuso del derecho, una conducta, formal y aparentemente ajustada a la normatividad aplicable, entra en el terreno de lo ilícito cuando el ejercicio de la respectiva prerrogativa se realiza en forma contraria a su propia finalidad, teniendo en cuenta los principios y valores que inspiran el ordenamiento jurídico en el momento de hacer la respectiva evaluación.

Lo expuesto en precedencia no escapa al ejercicio de las facultades que se reconocen a las personas en el campo de la autonomía privada, pues los comportamientos desviados, excesivos o anormales

⁵⁴⁰Sentencia del 16 de septiembre de 2010, M.P. Dr. Cesar Julio Valencia Copete, radicación No. 11001-3103-027-2005-00590-01

⁵⁴¹ Sentencia del 15 de noviembre de 2013, M.P. Arturo Solarte Rodríguez

también pueden presentarse en la celebración, desarrollo o extinción de los negocios jurídicos. Como tiene explicado la Sala, el “abuso del derecho” no sólo se presenta en la esfera particular del derecho de dominio o de otros derechos reales o personales, sino también “en la formación del contrato, en su ejecución, en su disolución y aún en el periodo post-contractual”⁵⁴²...

En todo caso, es importante destacar que en el abuso del derecho la existencia de un “móvil dañino”, según la Corte⁵⁴³, no puede excluirse, per se, como tampoco otras variantes de la figura. Como se señaló en la sentencia de 19 de octubre de 1994 ya citada, la *“ilicitud originada por el ‘abuso’ puede manifestarse de manera subjetiva -cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno, o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder- o bajo forma objetiva cuando la lesión proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo”,* planteamiento reiterado en la sentencia de casación de 16 de septiembre de 2010 (expediente No. 11001-3103-027-2005-00590-01).

22 Frente a lo anterior, resulta desacertado afirmar, de manera general, según se sostiene en el cargo, que en el abuso del derecho en materia contractual, sea en el campo civil o en el mercantil, no tiene aplicación el criterio subjetivo de imputación, puesto que todo depende de establecer cuándo las circunstancias concretas de ejecución de una facultad o prerrogativa, lícita en principio, hacen que su ejercicio se transforme en arbitrario o desviado, consideración que resulta de particular trascendencia frente al caso objeto de estudio por la Corte, si se observa que en la misma demanda integrada, hecho 3.6., el actor, para fundamentar las pretensiones enderezadas a que se declare que el demandado “incurrió en hecho ilícito y/o abuso del derecho”, califica de “negligente e irresponsable” la conducta imputable al banco, e indica que se presentó “temeridad” y “mala fe” en su comportamiento (hecho 4.6).”

En sentencia más reciente la Honorable Corte Suprema de Justicia, reiteró las nociones anteriores sobre el abuso del derecho.⁵⁴⁴

También ha dicho la doctrina⁵⁴⁵:

⁵⁴² Sentencia de 16 de septiembre de 2010, que reiteró doctrina anterior (LXXX-656).

⁵⁴³ Sentencia de 21 de febrero de 1938, XLVI-61.

⁵⁴⁴IV. Sentencia del 1 de Noviembre de 2015, Magistrado Ponente Dr. ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ, Ref.: 08001-3103-008-1994-26630-01

⁵⁴⁵Los Contratos en el Derecho Privado, Justicia y Abuso Contractual, Juan Pablo Cárdenas Mejía, Legis 2009:

“Por otro lado, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana en diversos eventos ha analizado casos de abuso. A tal efecto, cabe citar, en primer lugar, la notable sentencia del 19 de octubre de 1994, del magistrado ponente Carlos Esteban Jaramillo Scholss, en la cual la Corte aceptó la posibilidad de aplicar la teoría del abuso del derecho en materia contractual.

En dicha sentencia, además de reconocer la posibilidad de aplicar el abuso del derecho en materia contractual y precisar que para determinar su existencia debe acudirse a los diversos criterios, tanto objetivos como subjetivos, señalados por la doctrina para determinar el abuso del derecho, la Corte hizo referencia a los abusos de la posición de dominio que puede presentarse tanto en la celebración de un contrato como en su ejecución...”

Continúa diciendo el doctrinante: “La justicia del Contrato y el ejercicio de los poderes de los contratantes el ejercicio de los poderes que el contrato confiere a los contratantes puede afectar la justicia del contrato. ¿Cómo puede entonces ejercerse un control en esta materia?

Lo primero que debe señalarse es que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el abuso del derecho puede presentarse en materia contractual. Tal conclusión corresponde claramente a los elementos que configuran la noción del abuso del derecho y a los criterios para su aplicación. En efecto, los contratos confieren derechos a los contratantes y no se ve por qué razón no deba existir un control para los eventos en que los mismos se ejercen con la intención de dañar a la otra persona, en forma contraria a su finalidad o sin motivo legítimo.

3.3.2. El abuso del derecho por parte de la convocada, durante la ejecución del contrato.

Ya este Tribunal destacó en las providencias reseñadas antes, que la teoría del abuso del derecho se puede aplicar también en las relaciones contractuales, sea antes de su celebración, durante ésta, en los momentos de su ejecución, en la terminación, liquidación y hasta en la etapa post-contractual.

Decía igualmente este Tribunal, que el abordaje de ese tema es perentorio en este proceso arbitral, por cuanto la parte Convocante en su demanda planteó como pretensión primera que la parte convocada incumplió el contrato, entre otros aspectos, por la suspensión y terminación unilateral del suministro de combustibles líquidos y otros insumos a la parte convocante, para su posterior distribución y venta en su establecimiento de comercio.⁵⁴⁶

Como hechos que sustentan esta petición, la parte convocante, manifestó: A) que ExxonMobil ordenó la suspensión del suministro de combustible e insumos a Dismarina con la finalidad de paralizarla y forzar de hecho y abusivamente la restitución del inmueble⁵⁴⁷; B) Que ante esa conducta, Dismarina

⁵⁴⁶ Primera pretensión de la demanda principal

⁵⁴⁷ Hecho números 17 de la demanda principal.

solicitó al Ministerio de Minas y Energía que requiriera a ExxonMobil para que reanudara los suministros suspendidos abusivamente o para que autorizara a Dismarina a recibir dichos suministros de otro proveedor⁵⁴⁸; C) Que dicho Ministerio le respondió que no tiene competencia para dirimir conflictos de orden civil como el planteado⁵⁴⁹; D) Que ante esa circunstancia y con el fin de no agravar el daño generado por la suspensión del suministro, celebró un contrato de suministro de combustibles líquidos derivados del petróleo y lubricantes con la sociedad denominada C.I. Ecos S.A. en calidad de proveedora⁵⁵⁰.

Examinemos si dichos hechos se encuentran probados dentro del presente proceso; en caso afirmativo determinar las circunstancias de modo, tiempo y lugar como ocurrieron, para finalmente concluir si de esa conducta se puede o no desprender o predicar un abuso del derecho por parte de ExxonMobil frente a Dismarina, derivado de la relación contractual que los vincula.

Al contestar el hecho décimo séptimo de la demanda, ExxonMobil reconoció que Dismarina se opuso a la restitución del inmueble ocupado con la Estación de Servicio y también aceptó que dio por terminado el suministro de los productos objeto de la distribución, con la justificación de que tal determinación la adoptó "...como consecuencia directa de la terminación del Contrato de Operación".

Igualmente la parte convocada reconoció que Dismarina se dirigió al Ministerio de Minas y Energía para plantear su inconformidad con la terminación del suministro y la respuesta dada por dicho Ministerio⁵⁵¹, advirtiendo que la consulta era un derecho de la convocante.

Finalmente, en cuanto al hecho de haber contratado Dismarina el suministro de los productos con otro proveedor, ExxonMobil destaca esa circunstancia como una confesión de Dismarina, en el sentido de que "...de haber seguido desarrollando actividad comercial lucrativa con el establecimiento de comercio integrado al inmueble que debió devolver a la terminación del contrato de OPERACIÓN, por lo que carece de fundamento para solicitar indemnización alguna".

Para el Tribunal es claro que ExxonMobil reconoció, por vía de confesión judicial,⁵⁵² que terminó el suministro de los productos objeto de provisión, en razón del contrato celebrado, como consecuencia directa de la terminación del contrato de operación.

Esta aseveración de ExxonMobil es totalmente congruente con la decisión adoptada por dicha compañía, de dar por terminado el contrato de operación. En efecto, la parte convocada, mediante comunicación de fecha 15 de abril de 2013, adopta la decisión unilateral de dar por terminado el

⁵⁴⁸ Hecho número 18 de la demanda principal

⁵⁴⁹ Hecho número 19 de la demanda principal

⁵⁵⁰ Hecho número 20 de la demanda principal

⁵⁵¹ Respuesta a los hechos décimo octavo y décimo noveno

⁵⁵² Conforme lo señala el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable para el momento en que ocurrió la confesión.

contrato de operación a partir del 30 de junio de 2013 y en esa medida solicita, que como consecuencia de la terminación del contrato de operación, debe Dismarina disponer de todo lo que sea necesario para la devolución del inmueble y sus instalaciones donde funciona la Estación de Servicio Mobil La Marina.⁵⁵³

Examinemos si esa prerrogativa de ExxonMobil que ha denominado terminación del contrato de operación, acompañada de la conducta de terminar de facto el suministro de los productos, se ajusta o no a los cánones de la buena fe,⁵⁵⁴ que debe orientar la conducta de los contratantes.

Para arribar a tal conclusión, es pertinente hacer un examen integral del contrato celebrado entre las partes, para determinar la conexión entre las mismas y su incidencia frente a la terminación del mismo.

Tal como este Tribunal lo expresó anteriormente, en el punto de la naturaleza jurídica del contrato PBL No.110142, este tiene como principal propósito o función económica la distribución de combustibles y lubricantes, pero que, para lograr dicho fin, se hizo acompañar de otro pacto, integrante del mismo contrato, que las partes denominaron operación de estación de servicio.

En otras palabras, del contenido del contrato se logra concluir, sin dificultad alguna, que lo que las partes denominaron como operación de estación de servicio y todo lo que implica dicha actividad, fue utilizada por ella, como una herramienta o medio para realizar la distribución, propiamente dicha, de los productos distribuidos o comercializados por la parte convocada EXXONMOBIL.

No obstante que, el contrato fue denominado “Contrato de operación de estación de servicio para vehículos automotores y distribución de combustibles y lubricantes”, en él se observa claramente la prevalencia de la distribución, tal como se puntualizó con anterioridad en este laudo.

Por tanto, el tema **de la operación** se circunscribe, según la definición que trae el contrato a “...la ejecución de las diversas acciones y trabajos en el manejo integral de un inmueble con las instalaciones necesarias para el funcionamiento de una estación de gasolina, lo cual implica, pero sin limitarse a ello, reventa de combustibles líquidos y gaseosos, lubricantes, accesorios, prestación de

⁵⁵³ Este documento hace parte del expediente y es plena prueba de su contenido, pues no fue tachada da falso.

⁵⁵⁴ Al respecto, sobre el abuso del derecho en un contrato de compraventa, la Corte en la sentencia de tutela T-411 de 1999 consideró: *“Así las cosas, la constructora incurrió en lo que la doctrina y la jurisprudencia coinciden en denominar un abuso del derecho, pues “...si el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de estricta justicia, o sea sin traspasar los límites de la moral...”, éste no se conforma “... con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden, sino que exige que las mismas sean ejercidas no sólo sin perjuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar con un fin lícito y moral simultáneo”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, septiembre 6/35).

servicios de lubricación, el manejo contable y administrativo, mantenimiento de vehículos y administración de tiendas de conveniencia en los casos en que hubiere lugar”⁵⁵⁵.

Tales acciones y trabajos se convino desarrollarlas en el marco de una estación de servicio, definida ésta como el inmueble y las construcciones, instalaciones y equipos necesarios para la operación, entregadas por ExxonMobil a Dismarina, en las condiciones pactadas en el artículo denominado en el contrato como “Bienes y Equipos”.

En la misma definición de **operación** señalada, se observa claramente la inescindible relación existente entre distribución y operación, hasta el punto de que puede concluirse que la operación fue creada como un instrumento para el desarrollo de la actividad principal, como es la distribución, de manera que puede concluirse que se trata de una conexión indivisible entre una prestación y otra.

Dicho de otra forma, este Tribunal sostiene que, la principal prestación derivada del complejo contrato celebrado entre las partes es la distribución, entendida ésta como el vehículo para hacer llegar los productos al consumidor final.

Ello se observa a lo largo del texto del contrato celebrado. **Todas las prestaciones de las partes apuntan hacia el éxito de dicha distribución.**

En otras palabras, la operación no fue convenida entre las partes para que el operador, en este caso Dismarina, la ejercitara de manera autónoma sin atender los intereses de ExxonMobil. En la misma definición de operación se observa ello, cuando se dice que las actividades objeto de la misma son, entre otros, la reventa de combustibles líquidos y gaseosos, lubricantes, accesorios, prestación de servicios de lubricación, mantenimiento de vehículos.

El contrato revela el claro propósito de éxito de la distribución, por cuanto del mismo dependen las ganancias o lucro de ambas partes.

De allí que todas las prestaciones a cargo y a favor de cada una de las partes, apunte hacia ese cometido.

Por tanto, la conducta de ExxonMobil consistente en terminar con el suministro de los productos objeto distribución, con el argumento de que esa decisión es la consecuencia de la terminación del contrato de operación, se sale de los conductos con que las partes de un contrato deben obrar.

A criterio de este Tribunal, se trata de una conducta que configura el ejercicio excesivo o anormal de las prerrogativas que confiere el contrato sub-examine.

⁵⁵⁵ Definición de operación en el capítulo inicial del contrato sobre “DEFINICIONES Y ACLARACIONES”

En la conducta descrita, se observa claramente el propósito de ExxonMobil de utilizar la figura jurídica de la terminación del contrato de operación, aparentemente procedente desde el punto de vista de sus derechos contractuales, acompañada de la cesación del suministro de los productos objeto del contrato de suministro de manera abrupta, sin fórmula de juicio, como un mecanismo para lograr de esa forma la restitución del inmueble que había entregado a Dismarina en virtud del contrato de operación.

Para este Tribunal, la terminación del contrato de operación no podía, tomarse como justificación para terminar de facto el otro ingrediente del contrato y que aún es más importante, como es la distribución de combustibles y lubricantes. Las dos prestaciones están indisolublemente atadas, y su terminación debía ser ajustada a las prerrogativas contractuales.

A pesar de que la conducta adoptada por ExxonMobil estaba, aparentemente, ajustada al derecho aplicable al contrato, la forma como se ejerció, contrarió su propia finalidad, atendiendo los principios y valores en que se inspira el ordenamiento jurídico, tal como lo ha decantado la honorable Corte Suprema de justicia en los diferentes precedentes jurisprudenciales, previamente citados.

Dicha prerrogativa se ejerció de manera desviada y arbitraria, no solo perjudicando los intereses de Dismarina, sino los de la sociedad en general, que ese consumidor final de los productos objeto de distribución, por cuanto el suministro de combustibles y lubricantes, es un verdadero servicio público.

Al respecto es pertinente traer a colación, pronunciamiento de la Corte Constitucional en tal sentido y normativas que regulan la distribución de combustibles:

LA DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLES COMO SERVICIO PÚBLICO EN COLOMBIA.

A la luz del artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del Territorio Nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control, y la vigilancia de dichos servicios...”

Normas contractuales y legales regulatorias de la distribución mayorista y minorista de combustibles.

El Decreto 4299 de 2005., en el Artículo 15 establece las Obligaciones del distribuidor mayorista, diciendo que éste tiene las siguientes: Al respecto, el numeral 2, modificado por el art. 14, del Decreto Nacional 1333 de 2007, establece a su cargo **“Garantizar un suministro de carácter regular y estable de los combustibles a los agentes con los que mantenga una relación mercantil vinculante, sea cual fuere la forma de la misma, salvo interrupción justificada del suministro.”**

Por otro lado, refiriéndose a la distribución de combustibles como servicio público, Ha dicho la Honorable Corte Constitucional⁵⁵⁶, en Sentencia a Demanda de inconstitucionalidad contra el literal h) del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo. Actor: Edwin Palma Egea, Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, Bogotá, D.C., treinta (30) de octubre de dos mil catorce (2014):

“La prohibición que entraña el literal h) del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo no desborda el concepto de servicios públicos esenciales al que se refiere el artículo 56 de la Carta, tal como ha sido interpretado por esta Corporación con fundamento en los convenios 87, 98 y 154 de la OIT. En efecto, el abastecimiento normal de combustibles derivados del petróleo es esencial para la prestación de servicios básicos tales como la salud y el transporte de pasajeros, y por tanto, su suspensión podría poner en riesgo derechos fundamentales tales como la vida y la salud. De igual manera, a diferencia de lo expresado por el actor, la OIT no ha establecido una prohibición expresa que se clasifiquen en esa categoría de servicio público esencial, las actividades dirigidas específicamente al abastecimiento normal de combustibles derivados del petróleo. La Corte consideró que las actividades en cuestión se relacionan con un servicio trascendental...”

De otra arista, hay que tener en cuenta que en el contrato que dio origen a las controversias sometidas a la decisión del Tribunal de Arbitramento, se pactó una **Cláusula de exclusividad** en favor de EXXONMOBIL en el ARTICULO I que se refiere al OBJETO Y GENERALIDADES del siguiente tenor: **“1.2 Exclusividad: En desarrollo del presente contrato, EL OPERADOR acuerda comprar exclusivamente productos MARCA ESSO y MOBIL y/o suministrador por EXXONMOBIL o por los proveedores autorizados de EXXONMOBIL, por consiguiente EL OPERADOR se obliga a NO comprar o recibir productos a titulo algunos de cualquier compañía diferente a EXXONMOBIL.”**

De la anterior estipulación se desprende claramente que la actividad comercial de DISMARINA, en relación con el suministro de combustible y lubricantes, dependía exclusivamente de que estos productos le fueran suministrados por EXXONMOBIL, y ante la unilateral e injustificada suspensión, se le causó un grave perjuicio económico.

Hay que resaltar que el presente contrato NO otorga a EL OPERADOR exclusividad de ninguna naturaleza para vender productos MARCA ESSO Y MOBIL y/o suministrados por EXXONMOBIL o por los proveedores autorizados de EXXONMOBIL; la exclusividad es en beneficio de los productos cuyo proveedor es EXXONMOBIL⁵⁵⁷, pues de ser así todas las estaciones de servicio de la ciudad, se hallarían obligadas a adquirir para su distribución y venta, los productos provenientes de la demandada, únicamente, a través de la demandante. La restricción o limitación en la distribución de los productos que podía vender DISMARINA, también se encuentra contenida de otras disposiciones contractuales.⁵⁵⁸

⁵⁵⁶Sentencia C-796/14, expediente D-10176, M.P. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

⁵⁵⁷Nral 1.2. artículo I.- Exclusividad.- Contrato PBL No.110142.

⁵⁵⁸Nral 3.2. artículo III, Bienes y Equipos, Nral 5.1. artículo V .- Protección al Producto y Bienes,

En el desarrollo de la etapa probatoria, se evidencia mediante testimonio e interrogatorio de parte a la representante legal de la demandante, la suspensión en forma unilateral, del suministro de combustible e insumos a la sociedad DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA. – DISMARINA, por parte de la demandada; así, se encuentra que a Folio 587, el testigo Jaime Escandón Schorborgh, sostiene que la estación duro más o menos un mes sin vender gasolina, que fue el tiempo que se demoraron en la tramitación para un nuevo proveedor. Dicho hecho fue reconocido de manera expresa por EXXONMOBIL al contestar el hecho décimo séptimo de la demanda principal, donde acepta la terminación del “como consecuencia directa de la terminación del contrato de operación”, lo que permite evidenciar que EXXONMOBIL se excedió en el ejercicio de las facultades conferidas, contractualmente; por lo cual mal podría esta demandar exclusividad alguna sobre productos que no entregaba a la operadora convocante.

Vale resaltar y traer a este caso como la Corte ha sostenido al analizar controversias contractuales que “la lealtad, corrección, probidad, buena fe y el abuso del derecho, son parámetros restrictivos y correctores de la autonomía privada.

La buena fe y la proscripción de abuso, constituyen constantes en la formación, celebración, desarrollo, ejecución e interpretación del acto, a punto de ser instrumentos valiosos para controlar el negocio jurídico y el ejercicio de las facultades de terminación unilateral, legales o negociales, en función del justo equilibrio y proporción según el contrato y la solidaridad social.

El abuso, conducta disfuncional en beneficio exclusivo del titular y sacrificio desproporcionado de la contraparte, altera la función objetiva y esquema estructural del derecho.

El juzgador, debe actuar para impedir la consecución o conservación de la asimétrica ventaja, a la luz de los principios constitucionales, legales, función social, la ausencia de derechos absolutos, correlación del poder conferido, ejercicio y su función.

La terminación unilateral en cualquiera de las formas o modalidades, no puede ejercerse con abuso, ni de mala fe, so pena de comprometer la responsabilidad, y en toda controversia respecto de la eficacia o el ejercicio de la facultad, los jueces deben tener especial rigor en la valoración específica del marco concreto de circunstancias para garantizar la justicia al *sujeto iuris*, razón de ser, fundamento genuino, fin primario y último del Estado social de derecho democrático.”⁵⁵⁹

3.4. Los perjuicios reclamados por la parte convocante.

literal f) artículo XV.- Terminación del Contrato PBL No,110142

⁵⁵⁹Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. William Namen V. 30 de agosto de 2011, ref. 11001-3103-012-1999-01957-01

Habiendo definido este Tribunal que la parte convocada incumplió el contrato al haberlo dado por terminado unilateralmente de manera inapropiada y haber incurrido en conductas constitutivas de abuso de sus derechos contractuales, procede ahora definir si dichas conductas ocasionaron perjuicios a la parte convocante, tal como ésta lo reclama en su demanda.

Para ello, primero el Tribunal se referirá a conceptos básicos sobre perjuicios y sus modalidades, para luego aplicar esos conceptos al caso concreto

3.4.1. Concepto de perjuicios y sus modalidades, en el marco de la responsabilidad contractual.

La Corte Suprema de Justicia⁵⁶⁰ al referirse a los elementos de la responsabilidad contractual ha dicho que “...en la acción de resarcimiento en materia contractual, indispensable es demostrar todos los elementos que estructuran la responsabilidad, es decir, la lesión o el menoscabo que ha sufrido el actor en su patrimonio (daño emergente y lucro cesante), la preexistencia del negocio jurídico origen de la obligación no ejecutada, la inejecución imputable al demandado y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño” y que “...todos los elementos del incumplimiento que estructuran la responsabilidad, son autónomos, vale decir, que cada uno tiene existencia por sí mismo y no depende de los demás; se hace indispensable, entonces, la demostración de todos ellos”, hasta el punto que “...en materia de lucro cesante, hay que probar su existencia y cuantía de manera separada al daño emergente, salvo que se presuma tal como lo hace la ley cuando se trata de lucro cesante de prestaciones dinerarias.”⁵⁶¹

Para efectos de determinar la existencia y cuantía de los perjuicios que se reclaman dentro del presente proceso, se trae colación la jurisprudencia arbitral⁵⁶² que al respecto ha sostenido: “En relación con el concepto de perjuicios y de su importancia en la responsabilidad civil, el Tratadista Alberto Tamayo Lombana, plantea, “Sin un perjuicio sufrido por la víctima, no se cuestionaría la responsabilidad.

“Puesto que el fin de la responsabilidad civil es el de reparar, carecería de interés una acción de este género por carencia de perjuicios. Sin interés no hay acción tiene dicho la doctrina⁵⁶³.”

⁵⁶⁰ Sentencia del 14 de marzo de 1996, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, con ponencia del Magistrado Pedro LafontPianeta

⁵⁶¹ Sentencia del 14 de marzo de 1996, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, con ponencia del Magistrado Pedro LafontPianeta

⁵⁶² Laudo arbitral de fecha 22 de diciembre de 2010 – “UNIMEDAS LTDA.” CONTRA HOSPITAL BOCAGRANDE S.A. EN LIQUIDACION.

⁵⁶³ Manual de Obligaciones, La responsabilidad Civil Fuente de las Obligaciones, Alberto Tamayo Lombana, página 33

Adicionalmente la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia reciente ha dicho con relación a la comprensión del daño: “La premisa básica consiste en la reparación del daño causado, todo el daño y nada más que el daño, con tal que sea cierto en su existencia ontológica.

“En el ámbito normativo, la noción de daño comprende toda lesión a un interés tutelado, ya presente, ora posterior a la conducta generatriz, y en lo tocante al daño patrimonial, la indemnización cobija las compensaciones económicas por pérdida, destrucción o deterioro del patrimonio, las erogaciones, desembolsos o gastos ya realizados o por efectuar para su completa recuperación e íntegro restablecimiento, y el advenimiento del pasivo (*damnum emergens*), así como las relativas a la privación de las utilidades, beneficios, provechos o aumentos patrimoniales frustrados que se perciben o percibirían de no ocurrir los hechos dañosos (*lucrum cessans*), esto es, abarca todo el daño cierto, actual o futuro (arts. 1613 y 1614 Código Civil; 16, Ley 446 de 1998; cas. civ. Sentencia de 7 de mayo de 1968, CXXIV).”⁵⁶⁴

La legislación colombiana no define el concepto de perjuicio, pero tal como lo establece el mismo tratadista Tamayo Lombana⁵⁶⁵ en la obra citada, la noción de perjuicio coincide con el significado corriente de la palabra, se concibe como un daño, lesión en el patrimonio etc.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define como:

“1. Detrimiento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa “2. Efecto de perjudicar” 3. Indemnización que se ha de pagar por este detrimento”⁵⁶⁶.

En la literatura jurídica encontramos diversas definiciones de daño, como la que nos presenta el tratadista Javier Tamayo Jaramillo, cuando expresa que “Daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima⁵⁶⁷”.

El Código Civil no define el concepto de daño pero si consagra sus modalidades. El artículo 1613 dispone que “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.

A su turno, el artículo 1614 define estos conceptos así: “Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse

⁵⁶⁴ Sentencia del 9 de septiembre de 2010, con ponencia de Willian Namen Vargas

⁵⁶⁵ Ob. Cit. Página 33

⁵⁶⁶ <http://buscan.rae.es/drae/Srultconsulta?LEMA=perjuicio>.

⁵⁶⁷ De la Responsabilidad Civil, tomo IV, de los perjuicios y su indemnización, 1999, página 5.

a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

En materia de daños prevalece el criterio de la reparación integral, el cual viene definido por el artículo 116 de la ley 446 de 1998: “La valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

Con respecto a las modalidades del perjuicio, corresponde al Tribunal, profundizar sobre las modalidades del perjuicio material previstas en las normas civiles.

La Corte Suprema de Justicia⁵⁶⁸, ha dicho sobre el concepto de daño emergente y lucro cesante lo siguiente: “Noción de daño emergente y lucro cesante. “El daño emergente abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad; en tanto que el lucro cesante, cual lo indica la expresión, está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego, con el mismo fundamento de hecho. Y la pretensión indemnizatoria ha de conformarse a esta clasificación y ubicar adecuadamente los varios capítulos de la lesión.”

Los perjuicios materiales pueden presentarse en un caso de responsabilidad civil como daño emergente y lucro cesante, ambos o solo uno de ellos, pero en todo caso debe probarse como elemento que es de la responsabilidad civil.

3.4.2. Concepto de lucro cesante, sus alcances y características,

Tal como decíamos, el Código Civil define el lucro cesante como “..la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

El tratadista citado anteriormente Alberto Tamayo Lombana⁵⁶⁹, expresa que el lucro cesante es la ganancia frustrada en razón del incumplimiento del Contrato.

La doctrina y la jurisprudencia ha elaborado una serie de principios en relación con el lucro cesante, entre los cuales merecen destacarse: es un concepto incierto; como tal es imposible su prueba fehaciente en la práctica y finalmente parte del presupuesto de ganancias frustradas razonablemente posibles.

⁵⁶⁸ Sentencia del 7 de mayo de 1968

⁵⁶⁹ Ob. Cit, página 41

El profesor Jorge Suescun Melo⁵⁷⁰ es claro al definir los alcances y las características del lucro cesante, cuando expresa:

“Respecto del lucro cesante, esto es, de las ganancias que se dejan de percibir, ha de decirse que este demérito puede ser actual o futuro, pero en cualquier caso suele ser incierto, de suerte que su demostración fehaciente es muy difícil o enormemente compleja, sino imposible en la práctica. De ahí que si se exigiera certidumbre absoluta en cuanto a su ocurrencia, el lucro cesante- como lo afirma el profesor Díez Picazo- nunca se resarciría, pues por definición el lucro cesante es contingente o dudoso.

“Por tanto, “de lo que se trata es de que las ganancias que se invocan como pérdidas (...) sean razonablemente posibles, que no se fundamenten en ilusorias esperanzas”, de manera que se exigen “características de verosimilitud”. “El *lucrum cesans*, a diferencia del *damnum emergens*, participa de todas las vaguedades e incertidumbres de los conceptos imaginarios, lo que hace que para su apreciación reclame de una prueba razonable acerca de lo que hubiera podido ser el verdadero lucro dejado de percibir por causa de la eventualidad perjudicial y en relación con lo que solo pudieran suponerse que son meros sueños de ganancias (...)” (Pascual Estevill, Luis . Derecho de daños T. II, editorial Bosh, 1995, pp.867 y ss.).

“Por ende, lo que debe aparecer en el proceso es una demostración razonable de la verosimilitud de la ganancia que se habría percibido de no mediar el incumplimiento. De otra manera, vale decir, si para el lucro cesante “ se exigiere la demostración absoluta y segura de lo que se iba a obtener y se frustró por el incumplimiento, se impedirían muchas indemnizaciones en casos en que probablemente se habría obtenido el lucro en cuestión, pero cuyo resarcimiento no prosperaría porque no se puede justificar de forma indudable que en efecto se habría obtenido” (Albaladejo, Manuel. Derecho Civil T.II Derecho de Obligaciones V.I.Bosch Editores S. A, Barcelona, 9ª. Ed.1994, p.195).

“El criterio del juez, entonces, habrá de jugar un papel significativo en la determinación de la existencia cierta del lucro cesante, pues “ se considera ganancia frustrada aquella que, con cierta probabilidad, fuese de esperar, atendiéndole curso normal de las cosas o a las especiales circunstancias del caso concreto y particularmente a las medidas y providencias adoptadas. No basta, pues, la simple posibilidad de realizar la ganancia, como no se exige tampoco la absoluta seguridad de que ésta se habría verificado, sin la intromisión del hecho dañoso. Ha de existir una cierta probabilidad objetiva” (...) (Castan Tobeñas, José. Derecho Civil Español Comun y Foral T. III, Derecho de Obligaciones. Reus S. A. 1992 pp 274 y ss), la cual será sopesada por el juzgador, pues “ las cuestiones relativas a la realidad de los daños y perjuicios lo son de hecho, y, por consiguiente, la apreciación de las mismas corresponde al Tribunal sentenciador. O como lo enseñan otros comentaristas, “ se trata de una cuestión fundamentalmente casuística que, por tanto, depende en gran medida de la apreciación del juez (Lasarte A.C. Op.Cit. p.196).

⁵⁷⁰Estudios de Derecho privado, editorial legis.

“En síntesis se reparan las utilidades dejadas de percibir cuando éstas son “verosimilmente probables atendiendo el curso normal de los acontecimiento (Diez Picazo, Luis ,Op.Cit, pag.687.).”.

La Corte Suprema de Justicia, por conducto de su Sala de Casación Civil⁵⁷¹, también ha tenido oportunidad, en diversos fallos, de pronunciarse sobre las características y alcances del concepto de lucro cesante:

“En tratándose del daño, y en singular, del lucro cesante, la indemnización exige la certeza del detrimento, o sea, su verdad, existencia u ocurrencia tangible, incontestable o verosímil, ya actual, ora ulterior, acreditada por el demandante como presupuesto ineluctable de la condena con pruebas idóneas en su entidad y extensión.

“La certidumbre del daño, por consiguiente, es requisito constante ineludible de toda reparación y atañe a la real, verídica, efectiva o creíble conculcación del derecho, interés o valor jurídicamente protegido, ya actual, bien potencial e inminente, mas no eventual, contingente o hipotética (cas. civ. sentencias de 11 de mayo de 1976, 10 de agosto de 1976, G.J. No. 2393, pp. 143 y 320).

“Las más de las veces, el confín entre la certeza y el acontecer ulterior, es extremadamente lábil, y la certidumbre del daño futuro sólo puede apreciarse en un sentido relativo y no absoluto considerada la elemental imposibilidad de predecir con exactitud el desenvolvimiento de un suceso en el porvenir, por lo cual, se remite a una cuestión de hecho sujeta a la razonable valoración del marco concreto de circunstancias fácticas por el juzgador según las normas jurídicas, las reglas de experiencia, la lógica y el sentido común (cas. civ. sentencia de 24 de junio de 1999, exp. 4424).”

En sentencia del 4 de marzo de 1998, con ponencia del Magistrado Esteban Jaramillo Schloss, la Corte dijo:

“Sabido es que en los daños patrimoniales tomados como objeto de indemnización, ha de computarse no sólo la disminución efectiva que sufra el perjudicado en sus bienes (damnumemergens), **sino también aquellos aumentos patrimoniales (lucrumcessans) con que al mismo perjudicado le era dado contar pues, atendiendo al curso normal de las cosas y vistas las circunstancias del caso concreto, se habrían producido de no haber ocurrido el hecho generador de responsabilidad.** Desde antiguo y con apoyo en conocidos textos romanos, tiene declarado la jurisprudencia que la idea fundamental inspiradora de las normas en esta materia, consistente en procurar que de ser posible el perjudicado sea restituido a la misma situación en que actualmente se encontraría de no haber mediado ese hecho dañoso, exige que también reciban adecuada compensación las mermas de ganancia aludidas y, en el ordenamiento positivo vigente en el país, así lo señalan en forma expresa los artículos 1613 y 1614 del Código Civil al reconocer, en línea de

⁵⁷¹ Sentencia del 9 de septiembre de 2010, con ponencia de William Namen Vargas

principio por lo menos, el “lucro cesante” como una de las modalidades en que puede manifestarse el daño patrimonial indemnizable, modalidad que por su propia índole, no puede operar sino dentro de severas restricciones algunas de las cuales, a juicio de la Corte y porque es necesario hacerlo frente al cargo en estudio, ahora corresponde recordar. (Las negrillas no corresponden al texto).

“a) Sea lo primero advertir que salvo contados eventos de verdadera excepción en que legislaciones especiales, acudiendo a criterios de cálculo abstracto de ordinario justificados por la existencia de un tráfico de bienes y servicios que lleva a cabo el empresario damnificado, establecen alternativas indemnizatorias fundadas en la presunción de las condiciones que deben concurrir para que pueda tenerse por configurada la pérdida de una ganancia esperada, **nunca ha sido tarea fácil demostrar detrimentos económicos de esta naturaleza y su real extensión, pues a diferencia de lo que sucede con el “daño emergente” que por definición, en tanto referido siempre a hechos pasados, tiene una base firme de comprobación, el lucro cesante, al decir de los expositores, “...participa de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios...”**, toda vez que “...el único jalón sólido de razonamiento es la frustración de aquellos hechos de que hubiera brotado con seguridad la perdida ganancia, de no haberse interpuesto el evento dañoso. Pero siempre cabrá la duda, más o menos fundada, de si, a no ser esa, otra circunstancia cualquiera hubiera venido a interrumpir el curso normal de las cosas. Sería demasiado severo el derecho si exigiese al perjudicado la prueba matemática irrefutable de que esa otra posible circunstancia no se habría producido, ni la ganancia hubiera tropezado con ningún otro inconveniente. Mas, por obra parte, la experiencia constante nos enseña que las demandas de indemnización más exageradas y desmedidas tienen su asiento en ese concepto imaginario de las ganancias no realizadas. Incumbe, entonces, al derecho separar cuidadosamente estos sueños de ganancia (...) de la verdadera idea de daño.” (Hans A. Fischer. Los Daños Civiles y su Reparación. Cap. 1, B, núm. 4).

“Así, pues, ante la necesidad de que la indemnización por fijar se adecue al postulado que acaba de indicarse, salta a la vista que el problema que entraña la determinación del “lucro cesante” se encuentra fincado en que no es posible aseverar, con seguridad absoluta, como habrían transcurrido los acontecimientos sin la ocurrencia del hecho en que se sustenta la pretensión resarcitoria, luego en este terreno no queda otra alternativa que conformarse por lo general con juicios de probabilidad objetiva elaborados hipotéticamente tomando como referencia procesos causales en actividades análogas, juicios que en consecuencia, no deben confundirse con la existencia de simples posibilidades más o menos remotas de realizar ganancias puesto que, según se dejó dicho líneas atrás y no sobra insistir en el punto, para los fines de la indemnización del daño en la forma de lucro frustrado, el ordenamiento jurídico no tiene en cuenta quiméricas conjeturas en cuanto tales acompañadas de resultados inseguros y desprovistos de un mínimo de razonable certidumbre; “...la posibilidad de importantes ganancias, abonada apenas por una exigua probabilidad, y la de ganancias insignificantes relacionada con una gran verosimilitud —explica en afortunada síntesis el expositor recién citado—, si bien pueden adoptar una relación económica equivalente, sin embargo la ley sólo aprecia como lucro frustrado la segunda ”. (Las negrillas no corresponden al texto).

a) En este orden de ideas, dando por supuesto desde luego que en el ámbito patrimonial la indemnización no debe exceder los detrimentos ciertos experimentados por quien la reclama y que además reconozcan su causa adecuada en el hecho que al responsable le es imputado, la jurisprudencia se orienta sin duda en un prudente sentido restrictivo cuando en sede litigiosa, se trata de admitir la existencia material del “lucro cesante” y de efectuar su valuación pecuniaria, haciendo particular énfasis en que procede la reparación de esta clase de daños en la medida en que obre en los autos, a disposición del proceso, **prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido.** (Las negrillas no corresponden al texto)

3.4.3. Aplicación del concepto de lucro cesante al caso concreto.

En el caso que ocupa la atención de este Tribunal, la parte convocante solicita que, por causa de la declaratoria de incumplimiento y resolución contractual⁵⁷², se condene a la parte convocada a pagarle, por concepto de lucro cesante la suma de cuatro mil setecientos treinta millones ochenta y tres mil pesos (\$4.730.083.000.00), “..dada la frustrada obtención de utilidades, con su actualización monetaria y el reconocimiento y pago de los intereses que se generen, desde la causación del daño hasta la fecha en que se solucione o pague integralmente la debida indemnización”.

A la parte convocante le corresponde probar el lucro cesante que reclama en este proceso, no solo en cuanto a su existencia sino en lo que atañe a su cuantía.

Fundamenta la parte convocante estos perjuicios considerando la antigüedad de las relaciones contractuales entre Convocante y Convocada, y en la proyección financiera que tenía DISMARINA, pues ésta sociedad se encuentra vigente, no se halla disuelta y su termino de duración se fijó hasta el 31 de agosto de 2023, de tal manera que, según la demandante, “..tenía una objetiva y económica proyección mercantil para la obtención de éstas utilidades que se ven frustradas por las antijurídicas, abusivas, abruptas, unilaterales peticiones y actuaciones de la CONVOCADA sin orden judicial que así lo disponga, las cuales constituyen un claro incumplimiento del contrato y son causa generadora de su resolución con los efectos indemnizatorios para el pago de los perjuicios que se concretan en las pretensiones de esta demanda arbitral⁵⁷³”.

En su libelo introductorio, la parte convocante expresó que para demostrar este lucro cesante aporta un dictamen de contaduría del señor Wilberto Tejedor Vega.⁵⁷⁴ Y además solicitó la práctica de un

⁵⁷² Entiéndase para este Tribunal “terminación contractual” como ya se puntualizó.

⁵⁷³ Hecho número 22 de la demanda principal

⁵⁷⁴ Hecho número 22 y acápite de pruebas de la demanda principal

dictamen pericial contable para que, el Perito Contador que designara el Tribunal Arbitral de la lista oficial, y una vez cumpliera la revisión de los libros y documentos contables, así como las nóminas, hojas de vida, contratos, inventarios, registros de compras y de ventas y todos los documentos que estime necesarios, relacionados con la actividad comercial de la sociedad DISMARINA LTDA., rindiera peritazgo sobre la Pérdida de Utilidad o Utilidad Frustrada – Lucro Cesante, precisando su cuantía, considerando la antigüedad de las relaciones contractuales entre Convocante y Convocada, la vigencia y término de duración de la sociedad Convocante y su proyección financiera de utilidades durante los años: 2013-2014-2015-2016-2017, y ante la interrupción abrupta para obtener estas utilidades por la resolución contractual que pretende en la demanda⁵⁷⁵.

Este tribunal, entonces, procede a determinar, si la conducta de la parte convocada, al suspender el suministro de productos a la convocante, generó para ésta perjuicios en modalidad de lucro cesante o utilidad frustrada.

Para llegar a ello es necesario, detenerse a atender una serie de circunstancias atinentes y relativas al asunto bajo estudio, que vienen probadas en el proceso.

Como punto de partida, está demostrado en el plenario que la convocante continuó operando en la misma estación de servicio, con el suministro de otro proveedor, pues DISMARINA, en el hecho número 20 de la demanda reconoció que “..con la misma finalidad de no agravar el daño que se le causó y se le continúa causando con las indicadas peticiones de terminación- restitución contractual y con la suspensión unilateral de suministros por parte de la sociedad CONVOCADA, y dada su ostensible renuencia a la entrega de estos suministros, en claro y notorio incumplimiento contractual por la convocada, en actitud que hizo imposible la ejecución por las partes de la cláusula de exclusividad contractual por suministros, la sociedad CONVOCANTE, en calidad de CONSUMIDOR celebró un contrato de suministro de combustibles líquidos derivados del petróleo, lubricantes y en general, con la sociedad C.I. ECOS S.A., en calidad de : “PROVEEDOR” para el desarrollo del siguiente objeto.....”. Tal manifestación configura confesión, al tenor de lo preceptuado en el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil.⁵⁷⁶

Por tanto, la cuantificación de ese lucro cesante se hará tomando en consideración la diferencia entre las utilidades que generaba la demandante cuando el suministro lo hacía EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. y las devengadas con los nuevos proveedores, en el evento de que éstas últimas fuese inferiores a las primeras.

Para tal fin, el tribunal admitió y ordenó la práctica de la prueba solicitada por la parte convocante, con la adición de las peticiones formuladas, en debida oportunidad, por la parte convocada y para ello

⁵⁷⁵ Ello puede verificarse en el acápite de pruebas

⁵⁷⁶ Norma vigente para el momento en que se produjo la confesión.

nombró y posesionó al perito Eduardo Hernández Salas, quien oportunamente rindió el respectivo dictamen.

Esta experticia fue objeto de aclaraciones⁵⁷⁷ solicitadas tanto por la demandante⁵⁷⁸, como por la demandada⁵⁷⁹ y luego controvertido por la demandante con otra experticia⁵⁸⁰, elaborada por el Dr. Arnold Enrique Cabarcas Puello, cuyo contenido, se resume en la siguiente tabla, para una mejor ilustración:

| PROYECCIÓN INFORMACIÓN FINANCIERA DISMARINA AÑOS 2013-2017 PERITO ARNOLD CABARCAS PUELLO | | | | | |
|--|-------------|-------------|-------------|-------------|---------------|
| 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | TOTAL |
| 756.297.000 | 788.999.000 | 776.813.000 | 808.288.000 | 841.036.000 | 3.971.433.000 |

Ante las diferencias conceptuales y de resultados establecidas entre las experticias, pues mientras el perito Eduardo Hernández Salas en su dictamen, hace visible que se refirió y entregó resultados con fundamento en hechos reales acaecidos en la empresa DISMARINA a partir del año 2013, sin contar con el suministro de EXXONMBIL, y teniendo en cuenta sólo a los nuevos proveedores; el experto Arnold Cabarcas en su informe, se refirió y entregó resultados con fundamento en hechos que pudieron haber acaecido en la empresa demandante a partir del año 2013, si ésta hubiera seguido contando con el suministro de la parte convocada.

Posteriormente, el Tribunal convocó a la audiencia prevista en el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, a la que concurrieron los peritos Hernández Salas y Cabarcas Puello, quienes fueron interrogados tanto por el Tribunal como por las partes, respecto a sus dictámenes, y de cuya diligencia se concluye, que en el peritaje del Dr. Hernández Salas, se tuvo en cuenta -como ya se dijo- hechos cumplidos para determinar utilidades y proyección, mas no utilidad frustrada por la falta del suministro de combustibles por parte de la convocada; entre tanto, la experticia del Dr. Arnold Enrique Cabarcas Puello, en su experticia se refirió a la utilidad frustrada para los años 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017 de la sociedad Dismarina Ltda., en el evento que la demandada hubiese continuado suministrando combustibles a la demandante.

Como quiera que el Tribunal declarará prósperas las pretensiones primera y segunda de la demanda principal, de conformidad con las consideraciones expuestas previamente, y en particular respecto de la naturaleza del contrato, se hace necesario proceder a efectuar la liquidación de los perjuicios en modalidad de lucro cesante o utilidad frustrada, con base en los siguientes criterios: para llegar a determinar el lucro cesante se tomará entonces como “cálculo actualizado del monto determinado en la experticia del perito Arnold Enrique Cabarcas Puello”, más no el elaborado por el contador Wilberto Tejedor Vega, por falta de sustento técnico y ausencia de soportes o anexos, que así se evidenciaron,

⁵⁷⁷ Del folio 686 al 698.

⁵⁷⁸ Del folio 673 al 679.

⁵⁷⁹ Del folio 671 al 672.

⁵⁸⁰ Del folio 708 al 873.

al aportarse a la demanda una relación denominada “ Proyecciones información financiera 2013 – 2014 - 2015”, obrante a folio 186 del expediente, sin hacer alusión a los fundamentos que tuvo para efectuarla, sin explicar el análisis efectuado sobre dicha proyección, sin aportar documento adicional alguno que sirviera de sustento alguno, ni los fundamentos técnicos de la misma.

La experticia del Perito Eduardo Hernández Salas, bajo el título de “Lucro Cesante Por Perdida De Utilidad O Utilidad Frustrada”, hace una proyección sobre la base de hechos cumplidos, para los años 2015 al 2017, genera una utilidad acumulada antes de impuestos de quinientos siete millones cuatrocientos sesenta y cinco mil pesos (\$507.465.000) y expone como para los años 2013 y 2014, de acuerdo a los libros auxiliares de contabilidad presentaron utilidades acumuladas, antes de impuestos, de trescientos sesenta y siete millones cuatrocientos treinta y seis mil pesos (\$367.436.000) y de acuerdo a las declaraciones de renta presentaron utilidades acumuladas antes de impuestos de cuarenta y cuatro millones novecientos treinta y seis mil pesos (\$44.936.000).

Reitera este Tribunal que la experticia contable y financiera del 3 julio de 2015 presentada por el Contador Público EDUARDO HERNANDEZ SALAS, se realizó desde el punto de vista de los libros auxiliares de contabilidad de la empresa DISMARINA LTDA., para el período comprendido entre los años 2013 y 2017, tal como fue declarado por dicho auxiliar de la justicia en audiencia; su peritaje no tuvo en cuenta en la proyección efectuada, el escenario en que las relaciones comerciales con la empresa EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. se hubiesen continuado desarrollando normalmente ; en ese sentido el perito explicó que para los años 2013 y 2014 se partió de “hechos realizados” y determinó que no procedía proyección alguna.

Sin embargo, el enfoque objeto de la prueba en la demanda arbitral, pretendía que las proyecciones que debía realizar el perito Hernández Salas, giraran en torno a determinar cuáles hubiesen sido los resultados financieros obtenidos por la empresa DISMARINA LTDA, si sus relaciones comerciales con la empresa EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. nunca hubiesen terminado.⁵⁸¹ Esto se desprende del objeto de la prueba en los términos indicados por la Convocante, cuando solicita que se tenga en cuenta la antigüedad de las relaciones comerciales para hacer la proyección, objeto que además fue precisado con las preguntas que en la oportunidad para solicitar las aclaraciones, formuló la parte Convocante.⁵⁸²

Por su parte el experto Dr. Arnold Enrique Cabarcas Puello, al referirse en su trabajo pericial a la utilidad frustrada expresó, que la perdida de utilidad o utilidad frustrada antes de impuestos para los años 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017 de la sociedad Dismarina Ltda., menos las utilidades antes de impuestos efectivamente obtenidas en el segundo semestre de 2013, 2014 y 2015 de acuerdo a las declaraciones de renta, por la no continuidad de los suministros de EXXONMOBIL DE COLOMBIA

⁵⁸¹ Demanda Principal, acápite de pruebas, folio 15.

⁵⁸² Preguntas No. 8, 12, 15, 16 al perito. (folios 673 al 677)

S.A. y la restitución del inmueble donde funciona la estación de DISMARINA LTDA, es la suma de tres mil novecientos veintinueve millones trescientos treinta y ocho mil pesos (\$3.929.338.000).

El incumplimiento por parte de EXXONMOBIL de las estipulaciones contractuales y de las disposiciones legales que le impedían terminar unilateralmente el contrato de suministro de combustibles y lubricantes, como se dirá en la parte resolutive, habrá de generarle las correspondientes consecuencias jurídicas y económicas, consistentes en el resarcimiento de los perjuicios causados a la demandante, resarcimiento que debe ser equivalente a lo probado ahora, como lucro cesante.

Pero para determinar el valor preciso y real del lucro cesante, este Tribunal, tomará en consideración los dos (02) dictámenes periciales rendidos en este proceso por los expertos Hernández Salas y Cabarcas Puello, los cuales examinará de manera coordinada, para finalmente fijar las sumas correspondientes.

Este Tribunal, para fijar dicha suma, se orientará por los siguientes criterios:

1. Tomando como base las utilidades netas percibidas el año 2012 y el primer semestre del año 2013 por parte de Dismarina⁵⁸³, pueden proyectarse las utilidades que pudo generar en el evento de que EXXONMOBIL hubiese seguido suministrando dicho producto.
2. Los extremos temporales de esta proyección comprenden el periodo que va desde el año 2013 hasta la fecha de este laudo, 22 de abril de 2016.

Lo anterior porque este Tribunal no encuentra una justificación razonable para extenderlo hasta el año 2017, por cuanto dentro del presente proceso arbitral, quedó más que definida la naturaleza jurídica del contrato PBL No. 110142, al considerársele atípico y por tanto regido por sus estipulaciones contractuales, dentro de las cuales se encuentra el termino de vigencia inicial (24 meses) y sus respectivas prórrogas (6 meses) cada una⁵⁸⁴ y porque además es la misma demandante DISMARINA quien pide la terminación del contrato en sus pretensiones.

En torno a este asunto, nos trae el tratadista Ernesto Rengifo García, en su obra La Terminación y La Resolución Unilateral Del Contrato, *“Por la terminación (o cesación) judicial pierde el contrato su fuerza para lo futuro, mas quedan en pie los efectos hasta entonces surtidos. Existió desde que fue concertado hasta que tuvo fin, y mientras existió nacieron de él obligaciones y derechos que se respetan. He aquí el sentido de la terminación, aplicable de preferencia a los contratos llamados de tracto sucesivo, ejecutorios por oposición a ejecutados, cuyo cumplimiento se hace en prestaciones periódicas o paulatinas”*.

⁵⁸³ Periodo durante el cual ExxonMobil suministró efectivamente a Dismarina los productos objeto del contrato de distribución

⁵⁸⁴ Artículo VII del contrato PBL No. 110142

Este Tribunal no acoge el límite temporal final de la proyección financiera de DISMARINA LTDA. planteada por el perito Arnold Cabarcas Puello hasta el año 2017, sino hasta la fecha de este laudo, 22 de abril de 2016, por las razones ya expuestas; por tanto la utilidad proyectada, para los años 2013, 2014, 2015 hasta el 22 de abril de 2016, se establece en la suma de dos mil quinientos setenta y tres millones quinientos setenta y seis mil trescientos setenta y siete pesos (\$2.573.576.377.00), dado que las utilidades que pudo haber generado la demandante, si hubiese seguido con el suministro por parte de EXXONMOBIL, arrojó para los siguientes periodos y cuantías así:

| PROYECCIÓN FINANCIERA DE DISMARINA LTDA A PARTIR DEL AÑO 2013 HASTA EL 22 DE ABRIL DE 2016 | | | | | |
|--|-------------|-------------|---------------------|------|---------------|
| ELABORADA POR EL PERITO ARNOLD CABARCAS PUELLO | | | | | |
| 2013 | 2014 | 2015 | hasta 22 abril 2016 | 2017 | TOTAL |
| 756.297.000 | 788.999.000 | 776.813.000 | 251.467.377 | - | 2.573.576.377 |

El Tribunal deja claro que para determinar el monto de las utilidades frustradas, no se incluirá como ingreso el proveniente del servicio de barcaza y carro tanque, tenidos en cuenta en el experticio de Cabarcas Puello, por los motivos que se explican a continuación.

Del análisis de los dictámenes periciales rendidos por el perito Eduardo Hernández Salas y la experticia de parte rendida por el experto Cabarcas Puello, se observa diferencia en cuanto a este punto. Para el perito Hernández Salas no debe tenerse en cuenta para calcular el lucro cesante o pérdida de utilidad frustrada, las ganancias generadas por la explotación económica de la barcaza y el carro tanque, mientras que para el segundo de los peritos mencionados, estos conceptos sí deben tenerse en cuenta para la proyección financiera.

Los ingresos por concepto de servicios de Barcaza y Carro tanque fueron calculados por el perito Cabarcas Puello entre los años 2013 al 2017 en la suma total de mil novecientos dieciocho millones doscientos treinta y nueve mil pesos m/cte., (\$1.918'239.000); pero al calcularlos entre el año 2013 hasta la fecha del presente laudo, la cuantía sería de mil doscientos treinta y nueve millones seiscientos mil cuatrocientos pesos (\$1.239'600.400.00), de acuerdo con los valores que se discriminan seguidamente:

| PROYECCIÓN UTILIDAD FRUSTADA PERJUICIOS SERVICIO DE BARCAZA Y CARROTANQUE | | | | | | |
|---|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|---------------|
| CONCEPTO | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | TOTAL |
| VR. PERJUICIOS AÑO 2013 - 2017 | 361.309.000 | 372.148.000 | 383.313.000 | 394.812.000 | 406.657.000 | 1.918.239.000 |
| VR, PERJUICIOS AÑO 2013 - 22 ABRIL 2016 | 361.309.000 | 372.148.000 | 383.313.000 | 122.830.400 | - | 1.239.600.400 |

Para dar por probado el lucro cesante o utilidad frustrada, es necesario que la parte actora demuestre tanto la existencia como la cuantía de las utilidades que, manifiesta, dejó de percibir.

Tal como ya se ha dicho, al interior del desarrollo de los peritazgos rendidos en este proceso surgió una diferencia de criterio, en cuanto a si los ingresos de DISMARINA por concepto de la actividad de

barcaza y carro tanque, debía o no tenerse en cuenta para liquidar las utilidades de dicha compañía, para efectos de este caso, como elemento dentro del concepto de lucro cesante.

El perito mencionado, incluye ese concepto denominado barcaza y carro tanque, como fuente de ingresos dejados de percibir, luego de que cesara el suministro de combustibles y lubricantes por parte de EXXONMOBIL y lo incluye como factor para liquidar las utilidades frustradas.

En cambio, el perito Eduardo Hernández Salas, estima que tal actividad no se debe incluir, por cuanto no hace parte de la operación de la estación de servicio como tal, sino que es un ingreso independiente de la empresa.

De lo expuesto se puede concluir que el tema debe abordarse desde el punto de la relación causal entre el hecho dañoso y el perjuicio propiamente dicho, así como también desde el punto de vista probatorio. Para lo cual el tribunal, hará algunas reflexiones jurídicas sobre los perjuicios, en general, para luego mirar el caso en concreto y sentar su posición frente a este tópico.

El tratadista Javier Tamayo Jaramillo⁵⁸⁵, al referirse a las características del daño señala que “El daño, para que sea indemnizable, debe tener ciertas características. No basta que se produzca un perjuicio patrimonial o moral en cabeza de alguien para que éste pueda demandar reparación. La acción está subordinada al lleno de algunos requisitos. Esas limitaciones están determinadas no solo en consideración al perjuicio mismo, sino a la calidad jurídica de las personas que lo sufren.

En cuanto a las condiciones del perjuicio indemnizable, decimos que éste debe ser cierto (sec.I);y la persona que reclama la indemnización debe ser la misma que resultó perjudicada, aunque el primer bien lesionado no fuera de su propiedad o no fuera su propia integridad la que se vio lesionada (sec.II) ; finalmente, el beneficio moral o económico que se ve disminuido o suprimido debe estar protegido por el orden jurídico, si es que se pretende obtener su reparación”.

Respecto a la certidumbre del daño, dice el mismo autor⁵⁸⁶ que el daño debe ser cierto y salvo contadas excepciones, debe probarlo la parte demandante, de tal manera que si no existe esa certidumbre no habrá lugar a condenar al autor por la acción lesiva.

La certidumbre del daño, según el autor, comprende varios aspectos. En primer lugar, debe haber ocurrido con certeza absoluta, el fenómeno que origina el daño. Lo anterior quiere decir que la conducta activa u omisiva del agente tiene que haberse producido necesariamente, es decir, no puede ser futura y eventual, a tal punto que, el presunto responsable, haya desatado con su conducta una

⁵⁸⁵ Tratado de Responsabilidad, Tomo II, Ed. Legis, segunda edición, 2007, p.335. Omitiremos las notas de pie de página del autor mencionado.

⁵⁸⁶ Obra citada, p.336

cadena de mutaciones en el mundo exterior, cuyo efecto final va a ser la lesión a un bien patrimonial o extrapatrimonial de la víctima.⁵⁸⁷

En segundo término, debe haber certeza absoluta del nexo causal entre el hecho dañoso y el daño mismo, ya que, según el autor citado,⁵⁸⁸ “..Podría presentarse la certidumbre del hecho sin que se sepa a ciencia cierta cuáles van a ser sus efectos; o se conocen los efectos, pero no sin son producidos por ese hecho dañoso, o por otro”.

Concluye el autor diciendo que “..la causa del daño debe ser actual y cierta, como también deberá ser cierta la relación causal entre esa causa dañosa y el daño mismo”.

Igualmente sostiene el autor,⁵⁸⁹ que “..no debe confundirse la certidumbre del daño con la de su cuantía. Para que exista un fallo condenatorio basta la prueba de que la víctima ha sufrido un perjuicio como consecuencia de la acción lesiva del demandado. Desde que el juez tenga la íntima convicción de que ese daño ha existido o existirá, no podrá abstenerse de condenar so pretexto de que no aparece suficientemente cuantificado...”.

Al referirse a la certidumbre del daño y su relación con lo hipotético, el autor mencionado⁵⁹⁰ expresa: “El daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante.

En cambio, el perjuicio es hipotético, y en consecuencia no hay lugar a reparación, cuando la víctima solo tenía una posibilidad remota de obtener un beneficio en caso de que no se hubiera producido la acción dañina. Solo, pues, cuando la demanda no está basada en una simple hipótesis o expectativa, la víctima tendrá derecho a reparación”.

La pregunta que ahora debe resolver este Tribunal es la siguiente : ¿ La decisión adoptada por EXXONMOBIL, consistente en terminar, de manera abrupta, con el suministro de combustibles y lubricantes a DISMARINA, tiene incidencia directa en la disminución de los ingresos de dicha sociedad, por concepto de utilidades derivadas de la actividad de barcaza y carro tanque?.

Sin lugar a dudas, el interrogante plantea un tema de relación de causalidad entre la conducta de EXXONMOBIL y el daño mismo; asunto que este Tribunal aborda, como elemento de la certeza del perjuicio.

⁵⁸⁷ Obra citada, p.337

⁵⁸⁸ Obra citada, p.337

⁵⁸⁹ Obra citada, p.338

⁵⁹⁰ Obra citada,p.339

De igual forma para este Tribunal, es muy importante definir en qué consiste la actividad de barcaza y carro tanque, con el fin de determinar si tiene algún tipo de relación con el contrato celebrado entre las partes y por tanto con la conducta desplegada por EXXONMOBIL.

Se tiene por cierto, que no existen muchas evidencias en el expediente sobre el contenido y alcance de dicha actividad, como fuente de ingresos de DISMARINA LTDA.

Vemos como el perito Eduardo Hernández Salas, en algunos apartes, manifiesta que, dentro de su dictamen, excluyó ese concepto, como ingreso base para liquidar utilidades dejadas de percibir, como consecuencia de la terminación del suministro de combustibles y lubricantes por parte de EXXONMOBIL; aunque reconoce que son ingresos de la empresa, pero que no hacen parte del negocio de la estación de servicio como tal. Para sustentar su posición, el citado perito manifiesta lo siguiente: “..es como si la empresa tuviese un apartamento, lo tuviese en arriendo y la empresa está recibiendo un ingreso por ese alquiler, lo mismo sucede con el tema del carro tanque barcaza, la empresa lo tiene arrendado independientemente al negocio que tiene de estación de servicio, es un negocio, un ingreso aparte que tiene la empresa y no hace parte de la operación de la estación de servicio, adicional a ella también como está en el informe, sobre este servicio no nos fue sustentada ninguna factura, ningún documento o valor donde conste la facturación del mismo, habían asientos globales en el año de hecho en el 2014 había un asiento de 238 millones, el tercero utilizado era el banco Caja Social, aquí tengo también los auxiliares, tengo entendido por manifestaciones verbales de las personas que pusieron a mi disposición que esos son servicios que se le facturaron a una empresa que se llama PETROCOSTA pero el tercero que aparece cargado con esa cuenta es el Banco Caja Social, no sé contablemente si es un error de digitación, pues es lo que aparece en los libros auxiliares, hay otros registros que aparecen con el Nit de la misma empresa, son temas de software que ya en su momento deberán aclarar. Lo que si digo es que pese a que se solicitó, me suministraron los auxiliares no obtuve una factura como tal de la facturación de ese servicio ni tampoco del pago, me dieron un comprobante global donde había unos ciertos ajustes de cuentas contables, donde ajustaban esas cuentas, donde descargaban esos créditos, en fin, era un... que aquí lo tengo a su disposición, donde quedaban esos registros y esos cruces sobre ese servicio, pero si quiero dejar claro, como les digo, no estoy diciendo que el servicio como tal no se haya prestado ni que tampoco no se haya cumplido con los debidos requisitos pero no me fueron sustentados para tenerlos como soportes ”.

Frente a la pregunta del por qué considera que los conceptos de barcaza y carro tanque, no constituyen factor de ingreso, expresó: “No, ratifico: para la empresa, son ingresos y así están registrados en su contabilidad y así están declarados, con las observaciones que ya les comenté, que no estaban soportadas con facturas, que fueron registradas por nota de contabilidad, en fin, pero están declarados y representados en contabilidad ¿por qué lo excluyo de la parte de ExxonMobil? Porque los considero ajenos a la operación de estación de servicios como tal, por ejemplo, ellos tienen otro servicio por ejemplo, la monta llanta o la venta de lubricantes, eso no es venta de combustible, la venta de llantas, pero si hace parte del negocio de estación de servicio y de hecho así está contemplado, el

doctor Arnold también lo contempla, por eso excluyo la parte de barcaza y carro tanque, no por considerar que no son de la empresa, son ingresos de la empresa independientemente su sustentación legal que eso tenga su factura, documentos, están registrados y así están en los auxiliares, lo que yo considero es que no son conexos con la estación de servicio como tal, o sea Dismarina podría seguir ejecutándolo, teniendo o teniendo la estación”.

Y más adelante, respecto de la pregunta que le formuló el apoderado de la parte convocada, el perito Eduardo Hernández Salas contestó: “El servicio de barcaza... por eso era que yo decía que no tenía relación de causalidad con la venta de combustible, porque el servicio de barcaza y carro tanque es un alquiler, es un activo que tiene la empresa y lo alquila. No es que esté vendiendo combustible con él o transportando combustible para la venta; el objeto que siempre se...y así lo dicen los auxiliares es servicio de alquiler de carro tanque y servicio de alquiler de barcaza, no sé si Arnold tenga algo diferente que anotar”.

A su turno, el perito Arnold Cabarcas Puello considera que si hace parte de la actividad y al respecto hace las siguientes afirmaciones:”. En el trabajo que yo realicé se aportaron las pruebas, los auxiliares contables y se considera una actividad conexas a la actividad comercial que realiza Dismarina,..”. “Hay ingresos o actividades que se catalogan a nivel contable y también se encuentran en el 2649, en la norma se llama ingresos conexos, entonces en la parte de “ingresos conexos” se registraron contablemente estos ingresos por barcazas, para efectos del trabajo que se realizó se pidieron los auxiliares contables, yo pedí los auxiliares contables, yo me basé bastante y confronté los auxiliares contables....yo pedí los auxiliares contables de la parte de los servicios y efectivamente estaban catalogados como servicios conexos, si nosotros buscamos la definición de “servicios conexos” en el 2649, vemos que es una actividad absolutamente operacional de la empresa y por lo cual yo procedí a solicitar un dictamen de las características que tiene la barcaza, el cual también aquí tengo la certificación de un experto- porque obviamente yo no soy experto el tema exacto de barcaza- en el cual se estimaron las características de la misma y las ventajas que tendría esta barcaza para años futuros”

Al preguntársele por la relación existente entre la venta por servicios de barcaza y carro tanque y el cambio de un proveedor de combustible, el perito Cabarcas Puello respondió: “Lo primero. ¿Por qué lo incluí?, porque efectivamente tengo conocimiento de que muchas estaciones manejan el servicio de carro tanque como estación, de hecho yo fui asesor de Comercializadora Mamonal y otras estaciones de combustible que quedan en Valledupar en el Cesar y efectivamente eso un negocio que se conoce como actividad conexas a las estaciones de combustible; además de eso, en el 2649, en el plan único de cuenta, también existe un crédito mercantil o un goodwill en el cual las empresas gozan de un prestigio, y una representación y por ende se dan la oportunidad de realizar explotaciones de actividades conexas a eso, es más, de hecho las actividades de combustibles, y lo decía PETROMIL en una de sus charlas, que la estación de combustible como tal no solo se quedó en la venta de combustible ¿qué quiere decir esto?. Que hay muchas actividades conexas, pero el combustible hace parte de su actividad principal, entonces por ende, yo con mucho respeto porque la verdad que estoy

en muchos de los criterios que estableció el doctor Eduardo de acuerdo, únicamente, no estoy de acuerdo en que no realizó la proyección, que él lo tomó desde otro punto de vista, para mi es otro punto de vista, no es que difiera de él, es que el punto que le dio él es diferente al punto que le di yo. Se hubiese manejado haciendo la previa confrontación o circularización con otras entidades similares para ver si efectivamente esto corresponde a actividad conexas o no”.

Para examinar la relación de causalidad mencionada, en primer lugar, debe dejarse debidamente precisado el objeto del contrato que vincula a las partes.

En virtud de la parte del contrato, que las partes denominaron “operación de estación de servicio para vehículos automotores”, el concepto mismo de operación viene definido como “...la ejecución de las diversas acciones y trabajos en el manejo integral de un inmueble con las instalaciones necesarias para el funcionamiento de una estación de gasolina, lo cual implica, pero sin limitarse a ello, reventa de combustibles líquidos y gaseosos, lubricantes, accesorios, prestación de servicios de lubricación, el manejo contable y administrativo, mantenimiento de vehículos y administración de tiendas de conveniencia en los casos en que hubiere lugar”⁵⁹¹.

La operación de una estación de servicios comprende las actividades o negocios que tengan relación con dicha operación, tal como se describe en el aparte del contrato concerniente a “DEFINICIONES Y DECLARACIONES” (Pag.1 del contrato PBL No. 110142).

El acto de terminación de suministro de combustibles y lubricantes, que eran los productos que proveía EXXONMOBIL, si puede tener perfectamente un impacto en temas de distribución al consumidor final de esos productos y de otros conceptos que tengan conexión directa con éstos, como venta de accesorios, prestación de servicios de lubricación, mantenimiento de vehículos y administración de tiendas de conveniencia, por cuanto estas actividades o negocios hacen parte de la adecuada prestación de los servicios principales y como tales pueden verse afectados ante el no suministro de combustibles y lubricantes que tienen el sello de calidad de un proveedor específico, como es EXXON MOBIL DE COLOMBIA S.A.

En otras palabras un consumidor asiduo de productos EXXONMOBIL que se entera del cambio de proveedor, puede buscar opciones en otra estación de servicio y al encontrarla de paso hace uso de los demás ofertas conexas que haga.

Pero el hecho de que DISMARINA disponga de unos equipos para su arrendamiento, actividad ajena totalmente a las relaciones con EXXONMOBIL, que no tienen nada que ver con la distribución de los productos suministrados por dicha compañía, en nada debería afectarse frente a un cambio de proveedor.

⁵⁹¹ Definición de operación en el capítulo inicial del contrato sobre “DEFINICIONES Y ACLARACIONES”

La parte actora no probó, fehacientemente, esa relación causal entre la conducta de EXXONMOBIL consistente en terminar de manera abrupta el suministro de combustibles y lubricantes, frente a la disminución de los ingresos por concepto de alquiler de carro tanque y barcaza, lo cual era su deber, razón por la cual no se accederá a reconocer dicha pretensión.

Este Tribunal considera que lo relevante o prevalente es establecer la relación causal jurídica entre hecho dañoso y el perjuicio propiamente dicho, de que se habló anteriormente. Aunado a que probatoriamente hablando, la parte actora no pudo demostrar con soportes contables de facturación la causación de dichos ingresos. Esto quedó comprobado a través de las sendas experticias que hacen parte de este proceso, pues ninguno de los peritos dio cuenta en sus anexos de la existencia de dichos documentos, tal como lo aseveró el perito Hernández Salas, no solo en el aparte anteriormente citado de su interrogatorio, sino también en la Respuesta a las solicitudes de aclaraciones a su experticio, pedidas por la parte convocante, presentado el 9 de septiembre de 2015, donde a folio 693, textualmente y frente a la pregunta No.13, expresa: “ En cuanto a la barcaza este un activo del cual DISMARINA LTDA., de acuerdo a los estados financieros, posee un 50% y solo se evidenció registros contables de un ingreso por este concepto, a través de notas contables sin que llegase a evidenciarse la existencia de una facturación, por este concepto; y para prestar este servicio no se requiere de la estación para ello. Lo mismo sucede con el servicio de carro tanque.”

Surtido el traslado de Ley, de dichas respuestas a las aclaraciones y complementaciones mencionadas, las partes por igual guardaron silencio, sin oponerse ni controvertir el dicho del experto, obrantes a folio 704 – 705, Tomo II del cuaderno principal y 706 -707, Tomo III cuaderno principal, respectivamente.

Por este motivo, están llamados a excluirse de la tasación de perjuicios los rubros determinados como utilidad frustrada por servicio de Barcaza y carro tanque en la experticia del Dr. Arnold Enrique Cabarcas Puello en cuantía de Un mil doscientos treinta y nueve millones seiscientos mil cuatrocientos pesos (\$ 1.239.600.400.00), y por ello el monto total a establecerse es la suma de mil trescientos treinta y tres millones novecientos setenta y seis mil pesos (\$1.333.976.000.00) por concepto de lucro cesante o utilidad frustrada a favor de la demandante principal, como se establece a continuación:

| PROYECCIÓN FINANCIERA DE DISMARINA LTDA A PARTIR DEL AÑO 2013 HASTA EL 22 DE ABRIL DE 2016 | | | | | |
|---|-------------|-------------|---------------------|------|---------------|
| ELABORADA POR EL PERITO ARNOLD CABARCAS PUELLO | | | | | |
| 2013 | 2014 | 2015 | hasta 22 abril 2016 | 2017 | TOTAL |
| 756.297.000 | 788.999.000 | 776.813.000 | 251.467.400 | - | 2.573.576.400 |
| Utilidad Antes de Impuestos | | | 2.573.576.400,00 | | |
| Menos servicios de Barcaza y Carrotanque | | | 1.239.600.400,00 | | |
| Total utilidad Proyectada sin Barcaza y carrotanque | | | 1.333.976.000,00 | | |

Partiendo de lo expuesto anteriormente, en cuanto a que la utilidad frustrada proyectada, excluyendo el concepto de barcaza y carro tanque, arroja un valor de \$1.333.976.000,00, se le debe deducir las

sumas correspondientes a las utilidades antes de impuestos, resultantes de la experticia⁵⁹² proyectada con base en las utilidades recibidas por DISMARINA con los nuevos proveedores, durante los años 2013 - 2014 y las proyectadas hasta la fecha del presente laudo, tal como aparece en la tabla que se presenta a continuación, da como resultado la suma de \$578.456.000,00, así:

| UTILIDAD REAL Y PROYECTADA POR EL PERITO EDUARDO HERNANDEZ a 22 de Abril de 2016 | | | | |
|---|------------|-------------|------------------|-------------|
| Utilidad Real 2013- 2014 y proyectada hasta 22 de abril de 2016 por estados financieros | | | | |
| AÑO | AÑO | AÑO | AÑO | |
| 2013 | 2014 | 2015 | Abril 22 de 2016 | TOTAL |
| 347.893.000 | 19.543.000 | 158.451.000 | 52.569.067 | 578.456.067 |
| | | | | |

Por lo tanto este Tribunal reconocerá que EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., deberá cancelar a DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA., el valor de setecientos cincuenta y cinco millones quinientos veinte mil pesos (\$755.520.000,00), que conforme al índice de precios al consumidor - IPC - establecido para el año 2014 (3.66%), para el año 2015 (6.80%) y para el año 2016 (3.60%) equivalen a **OCHOCIENTOS TRECE MILLONES CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL PESOS (\$813.195.000,00)**, los cuales deberán ser pagados a partir de la fecha de la ejecutoria del presente laudo, junto con los intereses causados hasta la fecha del día en que efectivamente se efectúe dicho pago. Lo anterior, se ilustra en el presente esquema.

| PROYECCIÓN UTILIDAD FRUSTRADA DE DISMARINA LTDA A PARTIR DEL AÑO 2013 Y ACTUALIZADA HASTA EL 22 DE ABRIL DE 2016 | | | | | | |
|---|-------------|-------------|-------------|--------------------------------|------|--------------------|
| PROYECCIÓN ELABORADA POR EL PERITO ARNOLD CABARCAS PUELLO - | | | | | | |
| DEDUCIENDO LA UTILIDAD REAL Y PROYECTADA POR EL PERITO EDUARDO HERNANDEZ A 22 DE ABRIL DE 2016 | | | | | | |
| | 2013 | 2014 | 2015 | hasta 22 abril 2016 | 2017 | TOTALES |
| Cabarcas Puello | 394.988.000 | 416.851.000 | 393.500.000 | 128.637.000 | - | 1.333.976.000 |
| Hernández Salas | 347.893.000 | 19.543.000 | 158.451.000 | 52.569.000 | - | 578.456.000 |
| Utilidad Frustrada | 47.095.000 | 397.308.000 | 235.049.000 | 76.068.000 | - | 755.520.000 |
| Indexación 2014 | 48.818.918 | - | - | - | | |
| Indexación 2015 | 52.138.604 | 424.324.944 | - | - | | |
| Indexación 2016 | 54.015.594 | 439.600.642 | 243.510.764 | 76.068.000 | | 813.195.000 |
| | | | | | | |
| IPC | | | | TOTAL UTILIDAD FRUSTADA | | 813.195.000 |
| 2014 - 3,66% | | | | | | |
| 2015 - 6,80% | | | | | | |
| 2016 - 3,60% | | | | | | |

3.4.4. Concepto de daño emergente, sus alcances y características,

Tal como este Tribunal lo expresó anteriormente, la Corte Suprema de Justicia⁵⁹³, ha dicho sobre el concepto de daño emergente lo siguiente: "El daño emergente abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el

⁵⁹²Dictamen pericial Eduardo Hernández Salas

⁵⁹³ Sentencia del 7 de mayo de 1968

advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad;...”

3.4.5. Aplicación del concepto de daño emergente al caso concreto.

Como quiera que está probado que la parte demandada incumplió el contrato PBL No. 110142, en razón de haber desplegado conductas abusivas que condujeron a la terminación abrupta del suministro de los productos objeto del contrato de distribución, procede este Tribunal ahora a definir si con ese incumplimiento se ocasionaron perjuicios en la modalidad de daño emergente a la parte demandante.

A través de la tercera pretensión contenida en la demanda, se implora que por causa de la declaratoria de incumplimiento y resolución contractual, se condene a la parte convocada a pagar a la parte convocante, por concepto de daño emergente, la suma de setenta y un millones novecientos quince mil ciento cuarenta y tres pesos (\$ 71.915.143.00,), con su incremento por actualización legal en futuro como pago de indemnizaciones laborales, y el reconocimiento y pago de los intereses que se generen desde la causación del daño, hasta la fecha en que se solucione o pague integralmente la debida indemnización⁵⁹⁴.

Adjunto al libelo demandatorio, obra una tabla de indemnización laboral relativa a veintitrés (23) trabajadores de DISMARINA LTDA., con corte a diciembre 31 de 2012, y elaborada por el contador Sr. Wilberto Tejedor Vega; a lo que en declaración ante este Tribunal el mencionado profesional apuntó a su ratificación, reconocimiento, y explicación de las bases por las cuales elaboró ese trabajo, por lo que expuso que para elaborar la tabla de indemnizaciones, visible a folio 185, tuvo a su disposición todos los contratos de los empleados de la empresa, en los cuales se determinaba su duración y que tuvo en consideración todas las tablas expuestas o consignadas en el código laboral.

Para demostrar el daño anterior, la demandante solicitó se decretara la práctica de un dictamen pericial contable, para que previa revisión de los libros y documentos contables, así como las nóminas, hojas de vida, contratos, inventarios y todos los documentos que estimara necesarios, relacionados con la actividad comercial de la sociedad DISMARINA LTDA., rindiera peritazgo sobre los GASTOS – DAÑO EMERGENTE -, precisando la cuantía en que debe incurrir o deberá asumir la sociedad convocante, para pagar indemnizaciones laborales por la terminación de los contratos que tiene con sus empleados ante la resolución contractual que se pretende en la demanda.

Ahora, en el dictamen elaborado por el Dr. Eduardo Hernández, Perito Contador designado dentro del proceso, entregó en su experticia un resultado (folios 647 a 650) haciendo observaciones a la tabla presentada por la demandante, y finalmente de manera sustentada, sin ser objeto de controversia alguna, corrige los cálculos indemnizatorios, resaltando que hay trabajadores con más de diez (10)

⁵⁹⁴ Hecho número 21 de la demanda

años de vinculación (folio 650 Tomo II cuaderno principal), determinando que el valor por concepto de indemnizaciones a trabajadores con contrato escrito a término indefinido, a corte 31 de Marzo de 2015, es de noventa y ocho millones noventa y cuatro mil novecientos cuarenta y ocho pesos M/cte (\$98.094.948).⁵⁹⁵

En consecuencia, el incumplimiento por parte de EXXONMOBIL del contrato PBL No. 110142 en los términos expuestos anteriormente, habrá de generar las correspondientes consecuencias jurídicas y económicas, consistentes en el resarcimiento de los perjuicios causados a la demandante, como ya se ha dicho, en aplicación a la previsión que nos trae el Art. 830 del Código de Comercio el cual indica que: “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”; resarcimiento que debe ser equivalente a lo probado, por concepto de daño emergente a favor de la demandante principal.

Sobre el tema de la terminación de los contratos de trabajo y la indemnización de los trabajadores, la Corte Constitucional, en sentencia C -1507 de 2000, Expediente D-2965⁵⁹⁶, dijo lo siguiente :

“Ahora bien, no obstante lo anterior, es importante recordar que esa autonomía de las partes contratantes no es absoluta, y que, en todo caso está morigerada por una serie de principios y preceptos constitucionales y legales que tienden a amparar especialmente al empleado. Precisamente con el fin de proteger al trabajador, la ley ha previsto la indemnización de perjuicios cuando se da por terminado unilateralmente el contrato sin justa causa. Así, aparte de establecer que la indemnización comprende el daño emergente y el lucro cesante, se establecen unas reglas sobre la indemnización que habrá de recibir el empleado, de acuerdo con las clases de contrato laboral, y los años de servicio. A juicio de la Corte, estos factores de medición y el señalamiento de la reparación del daño resultan ser razonables, si se los mira dentro del ámbito de libertad de que goza el legislador para regular esa materia, y sobre todo si se tiene en cuenta lo establecido en el primer inciso del artículo 6 demandado, el cual prevé, en forma genérica, la indemnización de perjuicios”.

De otra arista, nuestro Código Sustantivo del Trabajo, prevé en el artículo 64 que en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios, a favor del empleado y a cargo del empleador, cuando haya lugar a la terminación del mismo sin que aquel haya dado lugar al mismo sin justa causa.

Por tanto EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., deberá asumir el pago de las sumas de dinero a que hay lugar, por tal concepto, tal y como se decretará en la parte resolutoria del presente Laudo.

El nexos causal dentro del asunto que nos ocupa, resulta más que diáfano, por cuanto los contratos de individuales de trabajo suscritos por DISMARINA LTDA., con sus empleados, terminan por la culminación del contrato PBL No.110142, en virtud del pronunciamiento del presente Laudo; y a su

⁵⁹⁵A folios 712 a 851 de los anexos de la experticia

⁵⁹⁶ Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

vez, este contrato se termina en razón del incumplimiento de EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., tal como está acreditado dentro del presente proceso y además los trabajadores se hallan laborando al servicio de la parte demandante a través de la Estación de Servicio, la cual debe ser restituida a la parte demandada y por lo tanto, estos deberán ser desvinculados de la misma.

De esta forma, una vez éste laudo quede en firme, deberá restituir la Estación de Servicio a ExxonMobil y por tanto deberá prescindir de los trabajadores que tiene contratados, procediendo al consecuente pago de las indemnizaciones laborales, generadas por la finalización de los contratos de trabajo vigentes a término indefinido de la Estación de Servicios, ante la terminación del contrato que da origen a esta controversia, por lo que probado está, que a fecha 31 de Marzo de 2015, la cuantía por éste concepto asciende a la suma de noventa y ocho millones noventa y cuatro mil novecientos cuarenta y ocho Pesos M/cte (\$98.094.948)⁵⁹⁷ conforme al dictamen rendido en el presente proceso por el perito Eduardo Hernández.

El anterior valor de indemnizaciones, equivalen a 152,238 salarios mínimos legales a 31 de marzo de 2015, lo cual actualizado al salario mínimo del año 2016 equivale a un valor de ciento cuatro millones novecientos sesenta y un mil doscientos cincuenta pesos con veintinueve centavos (\$104.961.250,29) y eventualmente generará el pago de los intereses que se llegaren a causar a partir de su ejecutoria, hasta la fecha en que se solucione o pague integralmente la debida indemnización por parte de la demandada.

3.5 CONSIDERACIONES SOBRE DEL JURAMENTO ESTIMATORIO

La parte convocante en la demanda estima los perjuicios que reclama en la suma total de cuatro mil ochocientos un millones novecientos noventa y ocho mil ciento cuarenta y tres pesos (\$4.801.998.143.00), discriminados así: cuatro mil setecientos treinta millones ochenta y tres mil pesos (\$4.730.083.000.00) por concepto de lucro cesante y setenta y un millones novecientos quince mil ciento cuarenta y tres pesos (\$71.915.143.00) por concepto de daño emergente.

Al momento de la contestación de la demanda, la parte convocada se opone, rechaza su reconocimiento como perjuicios y objeta la cuantía estimada, aduciendo dos razones: en cuanto al valor de daño emergente, que los contratos cuya liquidación causaría esos valores a su terminación, continuaban vigentes y por tanto la convocante no ha incurrido en tal costo por ese valor y conceptos y en cuanto al valor del lucro cesante estimado porque del texto de la demanda se concluye que la sociedad convocante seguía desarrollando la actividad de distribución y expendio de combustibles con otro proveedor. Concluye la parte convocada diciendo que la cuantía de los perjuicios presentados por la convocante, es ilegal e injusta en las voces del mismo artículo 206 y por tanto deberá tenerse en cuenta por el Honorable Tribunal para aplicar la sanción pecuniaria que corresponde.

⁵⁹⁷ A folio 650 del expediente

Arguye la convocada que la ilegalidad, la ausencia de seriedad en el juramento y justificación de la estimación de perjuicios, se establece, con certeza, apreciando los documentos de prueba aportados por la convocante que indican que solo transcurrieron seis días (6) entre la terminación formal del Contrato de Operación con EXXONMOBIL y la reanudación de actividades de distribución de combustibles en la Estación de Servicios La Marina, mediante el contrato de suministro suscrito con la sociedad C.I. ECOS S.A. (Contrato a folios 340 y acta de entrega a folios 337).

Sostiene además, que los documentos aportados bajo la firma del contador WILBERTO TEJEDOR VEGA no pueden demostrar los perjuicios, la proyección de unas indemnizaciones a contratos de trabajo aún en ejecución y menos aún, tener por utilidades dejadas de percibir, las proyecciones financieras futuras, carentes de toda sustentación en el desarrollo mismo de la actividad de distribución de combustibles.

Ante la ausencia de toda seriedad y sensatez en el valor de los perjuicios estimados y jurados, reitera el rechazo categórico y solicita al Tribunal adoptar en su momento las sanciones pecuniarias correspondientes.

Procede entonces este Tribunal a determinar si hubo excesos en la estimación de los perjuicios reclamados por la parte convocada y si tal exceso amerita la aplicación de las sanciones legales.

El artículo 206 del Código General del Proceso,⁵⁹⁸ dispone lo siguiente: “Artículo 206. *Juramento estimatorio*. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Modificado ley 1743 de 2014, art. 13. Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o

⁵⁹⁸ Vigente desde el año 2012

quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada” (Las negrillas no corresponden al texto)

Este Tribunal deberá determinar dos aspectos: en primer lugar, si la cantidad estimada excede en un 50% a la que resultó probada en este proceso, y en segundo término, si es procedente, en este caso, aplicar la sanción de que trata la norma.

Como se dijo anteriormente, la cantidad estimada por la parte convocante a título de perjuicios es la suma total cuatro mil ochocientos un millones novecientos noventa y ocho mil ciento cuarenta y tres pesos (\$4.801.998.143.00), y la probada es la suma total de mil cuatrocientos treinta y ocho millones novecientos treinta y siete mil cuatrocientos noventa y cinco pesos con veinticuatro centavos (\$1.438.937.495.24), lo cual indica que la diferencia entre una cifra y otra es de tres mil trescientos sesenta y tres millones sesenta y un mil seiscientos cuarenta y ocho pesos con veinticuatro centavos (\$3.363.061.648.24).

La suma probada (Mil cuatrocientos treinta y ocho millones novecientos treinta y siete mil cuatrocientos noventa y cinco pesos con veinticuatro centavos (\$1.438.937.495.24), más el 50% de la misma (Setecientos diez y nueve millones cuatrocientos sesenta y ocho mil doscientos cuarenta y cuatro pesos \$719.468.244.00) dan como resultado total la suma de Dos mil cientos cincuenta y ocho millones cuatrocientos seis mil doscientos cuarenta y cuatro pesos (\$2.158.406.244.00), lo cual indica que la suma estimada (Cuatro mil ochocientos un millones novecientos noventa y ocho mil ciento cuarenta y tres pesos \$4.801.998.143.00), supera con creces ésta última.

En cuanto a la aplicación de la sanción equivalente al diez por ciento de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada, este Tribunal considera que, aunque el artículo 206 del Código General del Proceso, consagra en su inciso cuarto una sanción para el evento de que exista una diferencia del 50% entre la cantidad estimada y la probada en el proceso, equivalente al 10% de esa diferencia, tal sanción no es aplicable en este caso debido a que no se observa temeridad en la estimación, que es lo que pretende sancionar la norma en mención.

En efecto, según la sentencia C-279 de 2013 de la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, *“Las sanciones previstas en el artículo 206 de la Ley 1564 de 2012 tienen finalidades legítimas, tales como preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas “temerarias” y “fabulosas” en el sistema procesal colombiano, fundamentadas en la violación de un bien jurídico muy importante como es la eficaz y recta administración de justicia que puede ser afectado a través de la inútil, fraudulenta o desproporcionada puesta en marcha de la Administración de Justicia. Es así como el inciso cuarto y el parágrafo de este artículo (206 de la Ley 1564 de 2012), establecen sanciones específicas por la estimación incorrecta de las pretensiones: del diez por ciento (10%) de la diferencia si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) de la que resulte probada, y del cinco por ciento (5%) si las pretensiones fueron desestimadas, encontrando la Corte que la sanción del inciso cuarto no es excesiva ni*

desproporcionada y resulta razonable, ya que el demandante si obtiene un pago de sus pretensiones, debiendo descontar un diez por ciento de la diferencia entre lo estimado y lo probado”.

Este Tribunal estima que no hay temeridad en la estimación del demandante en cuanto al lucro cesante, que es donde se presenta el exceso, porque, en primer lugar, se orientó por experto en dicha estimación⁵⁹⁹, y en segundo lugar, este Tribunal excluyó como parte de ese concepto el servicio de barcaza y carro tanque, que era realmente un ingrediente que cambió sustancialmente la cuantía y es claro que ese ítem fue objeto de diferencias de criterios entre los peritos que rindieron sus dictámenes.

En síntesis no hay mérito para aplicarle la sanción procesal que consagra la ley a cargo de la parte convocante, por cuanto no hubo temeridad en dicha estimación.

3.6 CONTRAPRESTACIÓN POR LA OPERACIÓN

Ya este Tribunal concluyó que el contrato no terminó desde el 30 de junio de 2013, como lo pidió la parte convocada en su demanda de reconvencción, sino que la terminación produce sus efectos a partir del presente laudo.

Por ello, en justicia y equilibrio contractual, los derechos y obligaciones de las partes, derivados de dicha relación contractual, en lo que concierne a la operación de la estación de servicio, deben cumplirse por las partes; no obstante, las protuberantes diferencias entre ellas en lo que respecta a la Distribución.

En virtud de la continuación del contrato de Operación, la parte convocada siguió usando y disfrutando de la Estación de Servicio hasta la fecha de este laudo, solo que lo hizo con otro proveedor, tal como se ha probado plenamente en este proceso arbitral.

Por tratarse de un contrato mercantil y bilateral, correlativamente, la convocante DISMARINA estaba obligada cumplir con su principal obligación que consiste en pagar la remuneración pactada en dicho contrato por concepto de la Operación de dicha estación de servicios, hasta el momento de la terminación; sin embargo este Tribunal no se pronunciará sobre tal aspecto, por cuanto el mismo no fue un tema sometido a consideración⁶⁰⁰.

En efecto, este Tribunal entiende que su competencia no puede ir más allá de los extremos de la Litis y dentro del contexto de la misma, no existe pretensión alguna⁶⁰¹ ni excepción de mérito, de la parte

⁵⁹⁹ Este Tribunal se refiere al dictamen rendido por el contador Wilberto Tejedor Vega, que aportó la parte convocante como anexo de la demanda

⁶⁰⁰ Ello se justifica en el hecho de que la parte convocada se limitó a pedir que el contrato estaba terminado desde el 30 de junio de 2013 y no reclamó sumas por concepto de operación posteriores a esa fecha.

⁶⁰¹ Bien pudo la parte convocada, en la demanda de reconvencción, formular una pretensión subsidiaria, en el sentido de reclamarle a la convocante, el pago de la contraprestación pactada en el contrato.

convocada, en que reclame dichos valores; así como, tampoco plantea dicho asunto dentro del curso del proceso, razón por la cual no es procedente hacer pronunciamiento alguno en ese sentido.

Por ello, si la parte demandada principal y demandante en reconvencción, a bien lo tiene, podrá utilizar otras vías para formular dicho reclamo, toda vez que esta única instancia ha hecho el pronunciamiento que en Derecho estaba obligada a proferir, en virtud de la existencia de la cláusula compromisoria que les forzaba a las partes a acudir ante esta justicia arbitral.

4.- EXCEPCIONES DE MERITO PROPUESTAS POR EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. CONTRA LA DEMANDA PRINCIPAL.

4.1.- AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PBL No.110142 DEL 2 DE FEBRERO DE 2010.

Partiendo de que la parte convocada, al momento de formular las excepciones de fondo dentro del proceso arbitral que nos detiene, no hace una argumentación ni fundamentación de la misma, sino que se circunscribe a simplemente enunciarla, echaremos mano del planteamiento hecho al momento de contestar la demanda principal, y al respecto podemos deducir que conforme a las repuestas dadas al *Hecho décimo primero*, al sostener que “se acepta el hecho en cuanto a la oposición de la convocante al termino de prorroga y en frente a los motivos de oposición se repite que constituyen opiniones jurídicas improcedentes como hechos, independientemente a que no se comportan en lo jurídico”. De otro lado, manifiesta en su respuesta al *Hecho décimo cuarto*.” Sentencia o laudo arbitral antecedente. Se niega el hecho. EL CONTRATO DE OPERACIÓN constituye un acuerdo autónomo entre las partes, que regula entre otros aspectos la forma de terminación y liquidación del contrato. Como tal pacto legítimo, no requiere de orden judicial o de laudo para configurar su terminación.” Y finalmente, en relación con el *Hecho décimo séptimo*, se dijo: “Oposición a la restitución y terminación del suministro. Es cierto en cuanto a la oposición de la convocante. Lo es también respecto de la terminación del suministro como consecuencia directa de la terminación del contrato de Operación.

En síntesis, entonces presume y deduce el Tribunal que la parte convocada, para formular esta excepción de mérito, se basa en que:

- 1.- EXXONMOBIL solicitó la terminación del contrato PBL No.110142, dentro del término y la oportunidad acordada entre las partes.
- 2.- EXXONMOBIL no requería de pronunciamiento judicial ni arbitral para dar por terminado el contrato PBL No.110142.
- 3.- EXXONMOBIL dio por terminado el contrato de suministro en razón de la culminación del de Operación.

En relación con lo anteriormente mencionado, este Tribunal se remite y reitera lo sostenido en este Laudo arbitral respecto de las pretensiones primera y segunda de la demanda principal, en cuanto a que EXXONMOBIL, si bien tenía el derecho de dar por terminado el contrato PBL No.110142,⁶⁰²incumplió su obligación contractual de asumir una conducta acorde con los principios rectores de las relaciones contractuales en todas sus etapas, la buena fe, probidad, corrección y uso normal de los derechos, en los términos expuestos, para la terminación de dicho negocio jurídico.

4.2.- TERMINACION LEGÍTIMA DEL CONTRATO DE OPERACIÓN DE ESTACIONES DE SERVICIO PBL NO.110142 DEL 2 DE FEBRERO DE 2010 CONFORME A SU TEXTO, LEY PARA LAS PARTES.

Tal como ya se ha decantado por este operador de justicia, la solicitud de terminación del contrato PBL No. 110142 por parte de EXXONMOBIL, aunque prevista en el contrato, contrario a lo manifestado por la excepcionante, se trató de una terminación ilegítima, en los términos ya expuestos.

Aunado a lo anterior, EXXONMOBIL tenía la obligación contractual de dar por terminadas ambas prestaciones, consistente en dar aviso previo a DISMARINA, tanto para la disolución del contrato de Operación como para el de Distribución; empero cumplió con la primera de estas, mas no con la segunda, tal como se deduce y aprecia del contenido de la comunicación GJ.-015-13 calendada 15 de abril de 2013, suscrita por el representante legal de la excepcionante y dirigida a su homólogo de la sociedad demandante, en la que, puntualmente, sostuvo: “ ..les manifestamos la determinación la Compañía (sic) de dar por terminado el presente contrato de Operación a la fecha de terminación de la prórroga del mismo, que se encuentra en curso, es decir, el treinta (30) de junio de 2013.” Las subrayas son nuestras.

4.3.- AUSENCIA DE TODO PERJUICIOCAUSADO POR EXXONMOBIL A LA SOCIEDAD CONVOCANTE COMO CONSECUENCIA DE LA LEGITIMIDAD DE SU PROCEDER PARA TERMINAR EL CONTRATO DE OPERACIÓN PBL No.110142.

Procede este Tribunal, a pronunciarse en relación con esta excepción, en el sentido que de la contestación de la convocada a los hechos décimo quinto y vigésimo de la demanda principal, se colige en cuanto al primero de los hechos mencionados, que para la impugnante no se causaron perjuicios de ninguna índole, dado que para la terminación del contrato, EXXONMOBIL actuó de manera legítima y en consecuencia no se generó obligación resarcitoria alguna a favor de DISMARINA. Y respecto del vigésimo hecho aludido, según su parecer la convocante no tiene derecho a que se le reconozca indemnización, por cuanto continuó desarrollando actividad económica lucrativa derivada del establecimiento de comercio integrado al inmueble que debió haber devuelto a la terminación del contrato de Operación.

⁶⁰² Artículo XV del Contrato PBL No.1110142.

Adicionalmente, no puede echarse de menos, la respuesta dada por la misma excepcionante en el numeral vigésimo segundo de la contestación de la demanda, denominada “ Obligación indemnizatoria” en la que afirma que su representada no acepta ser la responsable y causante de los perjuicios que se reclaman, por tratarse de una proyección financiera, como un ejercicio matemático que no corresponde al carácter actual, real y cierto exigido por la Ley, para el reconocimiento del perjuicio, en tanto continuó desarrollando su actividad mercantil.

Empero, conforme a lo ya dicho, este Tribunal se reafirma en las mismas consideraciones expuestas, respecto de las excepciones de fondo tratadas, concluyendo, sin lugar a hesitación, que EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. deberá indemnizar a DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA., por los perjuicios causados en virtud del incumplimiento del contrato PBL No.110142, en los términos y condiciones definidos al analizar la indemnización a que tiene derecho la convocante dentro de este proceso arbitral.

4.4.- GENERICA DE IMPROCEDENCIA DEL DERECHO PRETENDIDO POR LA SOCIEDAD CONVOCANTE, A PARTIR DEL INCUMPLIMIENTO DE SUS PROPIAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.

Se acude a la contestación dada por la misma respecto al hecho sexto cuando afirma en cuanto a lo dicho por la convocante en la demanda, que su representada siempre ha cumplido con la totalidad de sus obligaciones contractuales derivadas del contrato PBL No.110142, de acuerdo con las facturaciones que le ha venido presentando EXXONMOBIL a DISMARINA.

Asunto respecto del cual la parte convocada EXXONMOBIL aseveró que era cierto respecto del pago de la obligación de la contraprestación por el otorgamiento de la Operación; pero en el acervo probatorio, no obra documento o prueba alguna que permita demostrar que DISMARINA LTDA., incumplió sus obligaciones en la ejecución del contrato aquí controvertido. Tanto es así, que la contraparte, al momento de la contestación de la misma, no invoca, no alega, no cuestiona, incumplimientos contractuales en desarrollo de la ejecución del contrato por parte de la convocante, sino a partir de la solicitud de terminación y liquidación del mismo, al negarse a restituir el inmueble y al celebrar contrato con otro proveedor.

Para este Tribunal, la negativa de DISMARINA a la terminación del contrato, a la restitución del inmueble, a la interrupción del suministro y la contratación con otro proveedor, no pueden apreciarse como un incumplimiento contractual, por todas las razones de hecho y de derecho expuestas a lo largo de este proveído, se generaron a raíz del abuso del derecho en que incurrió EXXONMOBIL DE COLOMBIA para la terminación del contrato PBL No.110142, en los términos antes expuestos.

5.- EXCEPCIONES PROPUESTAS POR DISMARINA CONTRA LA DE LA DEMANDA DE RECONVENCION.

5.1.- En relación con la PRIMERA EXCEPCION DE FONDO denominada textualmente de ; “PREVALENCIA DE LA REALIDAD CONTRACTUAL EXISTENTE ENTRE LAS PARTES --- INESCINDIBLE Y ESENCIAL RELACION Y CONEXIÓN ENTRE EL CONTRATO DE ARRIENDO DE LA EXXONMOBIL COLOMBIA S.A. CON LA AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES Y EL CONTRATO DE QUIEN RECONVIENE CON LA SOCIEDAD QUE REPRESENTO--- EXISTENCIA DE CONTRATO DE SUBARRIENDO OPERATIVO”.

Dada la relación contractual entre las partes, DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA Y EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., a partir de la celebración del contrato de arriendo desde el 1º de enero de 1991 y los posteriores acuerdos de voluntades suscritos entre las mismas, antecedentes negociales que fueron analizados al abordar la naturaleza jurídica del contrato PBL No. 110142, queda claro que independientemente de las denominaciones que se le hayan dado a dichos contratos, el negocio jurídico que nos ocupa no tiene el carácter de SUBARRIENDO OPERATIVO que le quería dar la parte demandante principal y demandada en reconvención.

Y menos, que pueda considerarse que exista una conexión inescindible o una relación esencial entre el contrato de arriendo de la EXXONMOBIL suscrito con la AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES, tal como lo pretende argüir DISMARINA LTDA., con el de “SUB ARRIENDO OPERATIVO”, celebrado entre EXXONMOBIL Y DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA., precisamente por el carácter autónomo que este Tribunal de arbitramento, al contrato PBL N°.110142 de Operación de Estación de Servicio para Vehículos Automotores y de Distribución de Combustibles y Lubricantes.

El contrato de arriendo llevado a cabo entre EXXON MOBIL DE COLOMBIA S.A., y la AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES, tiene por objeto, simple y llanamente : “PRIMERA.OBJETO: Mediante el presente contrato EL ARRENDADOR entrega a título de arrendamiento a EL ARRENDATARIO la tenencia para el uso y goce sobre dos (2) lotes de terreno que hacen parte de uno de mayor extensión denominado EL LIMBO junto con las edificaciones que en él se encuentran levantadas, sus anexidades, dependencias, usos, costumbres y servidumbres, ubicados en el sector de Bocagrande de la ciudad Cartagena D.T. y C., identificados con cédulas catastrales No. 01-01-0060-005-000 y 01-01-0060-009-000, inscritos al Folio de Matricula Inmobiliaria No. 060-50149 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Cartagena...” mientras que el contrato objeto de controversia de Operación de Estación de Servicio para Vehículos Automotores y de Distribución de Combustibles y Lubricantes, es una unidad patrimonial con vida propia, que no requiere de otro acuerdo de voluntades para su ejecución.

Pero analicemos los efectos de la conexidad, figura también denominada por la doctrina como de encadenamiento contractual.

La teoría de los negocios coligados, ha sido elaborada por la jurisprudencia Francesa e italiana, la cual tiene admitido como principio general que las partes, en el ejercicio de su autonomía contractual pueden dar vida, con un solo acto, a contratos diversos y distintos, que aun conservando

la individualidad de cada tipo negocial y aun permaneciendo sometidos a su propia disciplina, están sin embargo coligados entre sí funcionalmente y con relación de dependencia recíproca, que trae como consecuencia que las vicisitudes de uno repercuten sobre los otros, condicionando su validez y ejecución. Haciendo aplicación de este criterio se registran numerosas sentencias que han establecido, por ejemplo, que la resolución o nulidad de un contrato puede motivar la resolución de todo el conjunto, siempre que las dos prestaciones de los convenios sean conexas e inescindibles desde el punto de vista económico debido a la unidad del fin perseguido⁶⁰³.

También se sostiene o afirma que el efecto capital de la conexidad contractual está determinado por la circunstancia de que las vicisitudes sufridas por uno de los contratos que conforman el sistema contractual, repercute, de alguna manera, en mayor o menor grado, en los restantes negocios que integran la red; lo cual obliga a analizar la posibilidad de “neutralizar” los efectos de uno de los contratos del sistema, si en cualquiera de los otros se produce una causal de ineficacia, invalidez, resolución o incumplimiento.

Autores, como, Tobías y De Lorenzohan⁶⁰⁴ han dicho que la existencia de la pluralidad de negocios vinculados jurídicamente, lleva a entender que casi siempre la finalidad última solo podrá lograrse si *todos* los negocios ligados resultan *válidos*, de ahí que mediando un nexo entre ellos resulta convincente afirmar que el negocio válido solo estará en condiciones de producir sus efectos propios si el restante es –a su vez- válido; en caso contrario no producirá sus efectos normales por una causa que le es extrínseca (la invalidez de otro negocio) y no intrínseca a su propia formación. Resulta válido pero *ineficaz*. En suma, la existencia del nexo determina que la invalidez de uno de los negocios acarree la ineficacia del restante negocio válido.

Con base en dicho criterio, la invalidez de uno de los negocios ligados se proyectará conduciendo a la ineficacia del otro cuando el nexo sea de tales características que la finalidad económica perseguida sólo pueda lograrse si ambos producen la plenitud de sus efectos: dicho de otra manera, que ambos negocios son “inseparables” en la obtención de la única finalidad económica. Por el contrario, si con la producción de efectos del negocio válido es factible la obtención, meramente parcial, de la finalidad económica perseguida, es decir que los negocios son “separables”, la invalidez del restante no incidirá en la eficacia del válido.

Como enseñan Weingarten y Ghersi⁶⁰⁵ “la doctrina italiana ha estudiado con profundidad el tema desarrollando una concepción objetiva de la empresa como unidad económica, en el que cada una

⁶⁰³ WEINGARTEN Celia – GHERSI Carlos, op. cit., pág. 1352; citando jurisprudencia de la Corte Di Cassazione italiana, sentencia del 18.10.60 y de la Corte De Apello di Napoli, sentencia del 31.10.66.

⁶⁰⁴ TOBIAS José W. - DE LORENZO, Miguel Federico, op. cit., pág. 1414; donde puede verse el análisis que realizan estos autores en cuanto a la aplicación -dentro de un sistema contractual- de la teoría de la lesión (art. 954), la teoría de la imprevisión (art. 1198, 2do. párrafo), el pacto comisorio (art. 1204) o la excepción de incumplimiento contractual (art. 1201).

⁶⁰⁵ WEINGARTEN, Celia – GHERSI, Carlos, op. cit. en nota 35, pág. 1350.

de las sociedades que la integran son simples fragmentos productivos de una única y misma empresa. Todo el grupo de empresas es el centro del beneficio y por lo tanto de riesgo y responsabilidad”.

En esta línea de pensamiento, se recomendó que en los supuestos de conexidad contractual, la responsabilidad puede extenderse más allá de los límites de un único contrato otorgando al consumidor una acción directa contra el que formalmente no ha contratado con él, pero ha participado en el contrato conexo, a fin de reclamar la prestación debida o la responsabilidad por incumplimiento.

Em estos encadenamientos contractuales, la circunstancia de estar cada contrato al lado del outro hace que presenten una configuración especial: "conviven", se necesitan unos con otros, a tal punto que no es posible pensarlos en forma aislada; y las vicisitudes sufridas en uno de ellos repercuten sobre los restantes, poniendo en tela de juicio el *efecto relativo* de los contratos previsto por Velez Sarfield.

El fenómeno representado por la conexidad contractual, debe abordar el análisis del derecho de los consumidores y usuarios, obedece a las nuevas formas de contratación en masa de las sociedades modernas donde precisamente han proliferado las redes contractuales.

La doctrina Argentina considera como caracteres de esta figura: “**a) Pluralidad de contratos:** La conexidad contractual supone la celebración de dos o más contratos distintos. Se entiende que existe un contrato si la causa es única, y una pluralidad de contratos si concurren varias causas autónomas y distintas. Concibiendo la causa del contrato como la función económico-social que aquél cumple en cada caso.

b) **Heterogeneidad:** La conexidad es un fenómeno diverso que comprende el estudio de todas aquellas relaciones en las que los contratos son instrumentos para la realización de una operación económica y que incluye:

- a) Relaciones de consumo entre grupos de prestadores y grupos de consumidores (contratos de turismo, de tarjetas de crédito, de financiación para el consumo, de leasing, tiempo compartido).
- b) Relaciones interempresarias, que incluyen las redes asociativas y las cadenas contractuales, y la terciarización.

c) **Finalidad Económica Supracontractual:**

Otro de los caracteres es la presencia de una finalidad económica que trascienda la individualidad de cada contrato, una finalidad que se satisface en el conjunto⁶⁰⁶. Esa finalidad económica supracontractual constituye la razón de ser de la unión de varios contratos en un sistema de manera que si se desequilibra la misma, se afecta todo el sistema y no un solo contrato, vinculando la causa en estos supuestos a sujetos que son parte de distintos contratos situándose fuera del vínculo bilateral pero dentro del sistema o red contractual⁶⁰⁷.

El interés en el funcionamiento del sistema es lo que mantiene unidos a los contratos conexos⁶⁰⁸.”

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, podemos concluir que si bien la parte demandada en reconvencción y demandante principal, hace alusión a la existencia de dos contratos, empero, la heterogeneidad como elemento constitutivo de la figura de la conexidad, pues entre estos dos contratos no se dan relaciones de consumo entre un grupo de prestadores y de consumidores; y si bien se trata de relaciones entre empresas, estas no incluyen redes asociativas, ni cadenas contractuales y menos tercerización. Y en cuanto a la Finalidad Económica Supracontractual, como ese otro y tercer carácter de la conexidad, debemos decir que tampoco se cumple, por lo que consideramos que no ha operado dicho fenómeno; amén de que en el Contrato PBL No.110142 no se estableció clausula alguna condicionando el mismo al contrato suscrito entre EXXONMOBIL y LA AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES.

5.2.- LA SEGUNDA EXCEPCIÓN DE MÉRITO planteado por la parte demandante principal y demandada en reconvencción, como de “INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. – INCUMPLIMIENTO DEL ARRENDATARIO EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. DE IMPERATIVAS NORMAS DE ORDEN PUBLICO - CARENCIA DEL DEBIDO PAGO INDEMNIZATORIO DE LA EXXONMOBIL DE COLOMBIA A LA SOCIEDAD QUE REPRESENTO”, debemos analizarla por separado, así:

A criterio de este Tribunal, EXXONMOBIL, incumplió el contrato de Operación de Estación de Servicio para Vehículos Automotores y de Distribución de Combustibles y Lubricantes, empero no precisamente por las alegaciones propias del excepcionante, basadas en la inaplicación de las normas mercantiles que regulan el arrendamiento de un establecimiento comercial, sino por cuanto la demandante en reconvencción y demandada principal, le suspendió el suministro del combustible y demás lubricantes a DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA., incumpliendo el contrato de Distribución

⁶⁰⁶ GASTALDI, José M., CENTANARO, Jorge, COLLA, Guillermo, su ponencia presentada en la comisión n° III sobre Contratos Conexos, XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fé, setiembre de 1999.-

⁶⁰⁷ LORENZETTI, Ricardo L. "Redes Contractuales, Contratos conexos y Responsabilidad", Revista de Derecho Privado y Comunitario n° 17, Editorial RubinzalCulzoni, pág. 222.-

⁶⁰⁸ LORENZETTI, Ricardo L. ¿Cuál es el cemento que une las redes de consumidores, de distribuidores o de paquetes de negocios" Aproximación a la Conexidad Contractual como fundamento imputativo, L.L. 1995-E.

junto con el de Operación de Estación de Servicio que tenían celebrado, tal como ha quedado sentado, precedentemente.

Y es por ello, que consideramos que no habrá lugar a reconocer dicha excepción a favor de la parte demandada en reconvención y demandante principal, en la parte resolutive del presente Laudo.

En consecuencia, la excepción de “INCUMPLIMIENTO DEL ARRENDATARIO EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. DE IMPERATIVAS NORMAS DE ORDEN PUBLICO”, alegado por la parte demandada en reconvención y demandante principal, no está llamada a prosperar, dado que se ha desvirtuado el carácter de SUBARRIENDO OPERATIVO del Contrato de Operación de Estación de Servicio para vehículos automotores y de Distribución de Combustible y Lubricantes; no siendo aplicables, en consecuencia, las normas del contrato de arrendamiento, regulado en el Código de Comercio Colombiano, en el artículo 518 y siguientes.

Y por último, respecto de la excepción de “CARENCIA DEL DEBIDO PAGO INDEMNIZATORIO DE LA EXXONMOBIL DE COLOMBIA A DISMARINA LTDA”., debemos afirmar que si bien este pago será objeto de reconocimiento por parte de este Tribunal, el mismo solo tiene cabida en virtud del presente Laudo Arbitral, advirtiéndose que no tiene como causa el alegado incumplimiento de contrato de subarrendamiento operativo.

5.3.- Y en cuanto A **LA TERCERA EXCEPCIÓN DE MÉRITO**, invocada de INAPLICACION CLAUSULAS PENALES INEFICACES Y ENORMES, el Tribunal NO entrará a pronunciarse respecto de esta, como quiera que no hay lugar a imposición de cláusula penal alguna en contra de DISMARINA LTDA, por parte de EXXONMOBIL, al haber sido esta la parte incumplida dentro de la relación contractual.

Y solo en dicho evento, es que sería procedente hacer el análisis sobre la viabilidad de aplicación de las cláusulas atacadas.

6. COSTAS PROCESALES

Con miras a resolver sobre las costas, el Tribunal considera pertinente destacar que este proceso arbitral se inició antes de la entrada en vigencia del Código General del Proceso y bajo la vigencia de la Ley 1563 de 2012, teniendo en cuenta que estamos en presencia de un arbitraje de carácter privado.

Sobre la base de lo anterior, para resolver, el Tribunal observa que la actuación de las partes en el presente proceso se ha ceñido a los principios de transparencia y lealtad procesal, cada quien en defensa de su posición, sin que jurídicamente se les pueda reprochar en el manejo de la problemática. Es así como ninguna de las partes actuó con mala fe en la acción o en la defensa, sus

planteamientos fueron serios y sustentados, guardaron la altura debida en esta clase de litigios y mantuvieron respecto del juez y de las partes la lealtad debida. Por lo anterior, el Tribunal se abstendrá de imponer condena en costas

Adicionalmente, destaca el Tribunal que el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 42 de la Ley 794 de 2003, el cual dispone en su numeral 6 lo siguiente: *“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”*. Es decir, que cuando prospera la demanda, apenas de manera parcial, el juez puede abstenerse de imponer condena en costa.

Al respecto, el Tribunal considera que si bien es cierto que se impondrá una condena por concepto de perjuicios a la parte Convocada, también lo es, que es por un valor sustancialmente inferior del pedido por la parte Convocante, lo cual permite al Tribunal entender que no existe una parte absolutamente vencedora ni una parte absolutamente vencida, de tal manera que ello constituye motivo suficiente para que el Tribunal se abstenga de imponer condena en costas. Pero, además, la conducta leal y proba de las partes durante el trámite arbitral también es motivación para que el Tribunal se abstenga de condenar en costas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las diferencias entre DISTRIBUIDORA LA MARINA LIMITADA Y EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y de conformidad con la habilitación conferida por las partes,

RESUELVE:

- I EN RELACION CON LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN PRESENTADA POR EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. CONTRA DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA Y LAS EXCEPCIONES FORMULADAS CONTRA LAS MISMAS POR PARTE DE ESTA.**
 1. Declarar que el contrato de OPERACIÓN DE ESTACION DE SERVICIO PARA VEHICULOS AUTOMOTORES Y DISTRIBUCION DE COMBUSTIBLES Y LUBRICANTES PBL No. 110142, suscrito entre EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. y DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA, el 2 de febrero de 2010, no terminó el 30 de junio de 2013. En consecuencia, no prospera, la pretensión primera de la demanda de reconvencción, en los términos expuestos en la parte motiva de este Laudo.
 2. Declarar que DISTRIBUIDORA MARINA LTDA no ha incumplido las obligaciones contractuales estipuladas para el evento de la terminación y liquidación del contrato, por lo tanto no prospera la pretensión segunda de la demanda de reconvencción, por los motivos expuestos en la parte considerativa.

3. Declarar que la sociedad demandante y demandada en reconvención DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA., no deberá pagar a EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. las sumas de dinero por los conceptos de Cláusula Penal y por pena por incumplimiento de la obligación de restituir la ESTACION DE SERVICIO. En consecuencia, no prospera la pretensión tercera de la demanda reconvención, por las razones expuestas en la parte motiva del presentelaudo.
 4. Desestimar la pretensión cuarta de la demanda de reconvención, al haber sido excluida la misma, denominada “ Otros perjuicios” por la parte demandante en reconvención y demandada principal, por los motivos indicados en la parte considerativa.
 5. Denegar la pretensión quinta de la demanda de reconvención, consistente en que DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA, pague las costas del proceso, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.
 6. Declarar que no hay prevalencia de la realidad contractual respecto del contrato de arrendamiento, sobre el contrato de Operación de estación de servicio de vehículos automotores y distribución de combustibles y lubricantes; ni conexidad entre el contrato de arrendamiento de la Exxon Mobil de Colombia S.A. con la Agencia Logística de las Fuerzas Militares; como tampoco existencia de contrato de subarriendo operativo. Por lo tanto se declara no probada la primera excepción de fondo formulada por la demandante principal y demandada en reconvención, en los términos y con el alcance indicados en la parte motiva de esta providencia.
 7. Declarar infundada la segunda excepción de mérito planteada por la parte demandante principal y demandada en reconvención, catalogada como de: “INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. – INCUMPLIMIENTO DEL ARRENDATARIO EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. DE IMPERATIVAS NORMAS DE ORDEN PUBLICO - CARENCIA DEL DEBIDO PAGO INDEMNIZATORIO DE LA EXXONMOBIL DE COLOMBIA A LA SOCIEDAD QUE REPRESENTO”, por los motivos expuestos en la parte considerativa del presente Laudo.
 8. Desestimar la tercera excepción de fondo de inaplicación de cláusulas penales ineficaces y enormes, dado que el Tribunal no entró a pronunciarse respecto de esta, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.
- II. EN RELACION CON LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL PRESENTADA POR DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA CONTRA EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. Y LAS EXCEPCIONES FORMULADAS CONTRA LAS MISMAS POR PARTE DE ESTA.**

1. Declarar que EXXON MOBIL DE COLOMBIA S.A. incumplió el contrato de OPERACIÓN DE ESTACION DE SERVICIO PARA VEHICULOS AUTOMOTORES Y DISTRIBUCION DE COMBUSTIBLES Y LUBRICANTES PBL No. 110142, como un contrato atípico y autónomo, suscrito con DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA, el 2 de febrero de 2010, en los términos y con el alcance indicados en la parte motiva de esta decisión arbitral. En consecuencia, prospera la pretensión primera de la demanda principal.
2. Declarar la terminación del contrato de OPERACIÓN DE ESTACION DE SERVICIO PARA VEHICULOS AUTOMOTORES Y DISTRIBUCION DE COMBUSTIBLES Y LUBRICANTES PBL No. 110142, suscrito entre EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. y DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA, el 2 de febrero de 2010, a partir de la fecha de la presente decisión arbitral, por las razones y con el alcance indicados en la parte considerativa de este laudo. En consecuencia prospera la pretensión segunda de la demanda principal.
3. Condenar a EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., a pagar a DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA, por concepto de daño emergente, la suma de CIENTO CUATRO MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y UN MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS CON VEINTINUEVE CENTAVOS (\$104.961.250,29), así como al pago de los intereses que se llegaren a causar a partir de la ejecutoria de este laudo, hasta la fecha en que se efectúe dicho pago. Por lo que prospera la pretensión Tercera de la demanda principal.
4. Condenar a EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., a pagar a DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA, por concepto de lucro cesante, la suma de OCHOCIENTOS TRECE MILLONES CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL PESOS (\$813.195.000,00), los cuales deberán ser pagados a partir de la fecha de la ejecutoria del presente laudo, junto con los intereses que se causen hasta la fecha del día en que efectivamente se efectúe dicho pago. Por lo que se declara próspera la pretensión cuarta de la demanda principal.
5. Declarar que no prospera la petición de condena en costas del presente proceso arbitral, por las razones y con el alcance indicados en la parte motiva de esta providencia. Por lo tanto se deniega la pretensión quinta de la demanda principal.
6. Declarar infundada la primera excepción de mérito de ausencia de incumplimiento del contrato PBL No.110142 del 2 de febrero de 2010, alegada por la parte demandada principal, al momento de la contestación de la demanda, conforme a lo indicado en la parte motiva de esta providencia.
7. Declarar no próspera la segunda excepción de fondo denominada "Terminación legítima del contrato PBL No.110142 del 2 de febrero de 2010, conforme a su texto, ley para las partes", alegada por la parte demandada principal, al contestar la demanda, según lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

8. Declarar infundada la tercera excepción de mérito rotulada “Ausencia de todo perjuicio causado por EXXONMOBIL a la sociedad convocante, como consecuencia de la legitimidad de su proceder para terminar el CONTRATO DE OPERACIÓN PBL No.110142”, propuesta por la parte demandada principal, en su contestación, por los motivos planteados en la parte considerativa del presente Laudo.
9. Declarar infundada la cuarta excepción de fondo denominada genérica de: “Improcedencia del derecho pretendido por la sociedad convocante, a partir del incumplimiento de sus propias obligaciones contractuales. Con esta premisa además de la condena en agencias y costas de este proceso, a la demandada deberá imponérsele por el Honorable Tribunal la sanción prevista en el parágrafo del artículo 206 del C. de P.C.”, por las razones expuestas en la parte motiva del presente Laudo.

III. EN RELACION CON OTRAS DECISIONES DEL TRIBUNAL

1. Ordenar a DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA., que en el término de 15 días hábiles contados a partir de la ejecutoria del presente laudo, restituya a EXXON MOBIL DE COLOMBIA S.A., la ESTACIÓN DE SERVICIO descrita en el artículo III – BIENES Y EQUIPOS, en virtud de la terminación del contrato de OPERACIÓN DE ESTACION DE SERVICIO DE VEHICULOS AUTOMOTORES Y DISTRIBUCION DE COMBUSTIBLES Y LUBRICANTES No. PBL No.110142, cuya culminación se declara en este Laudo arbitral.
2. Ordenar a DISTRIBUIDORA LA MARINA LTDA, que como consecuencia de la terminación del CONTRATO DE OPERACIÓN DE ESTACION DE SERVICIO DE VEHICULOS AUTOMOTORES Y DISTRIBUCION DE COMBUSTIBLES Y LUBRICANTES No. PBL No.110142, proceder en los términos establecidos en el artículo XVI del mismo, denominada LIQUIDACION DEL CONTRATO.
3. Declarar causado el saldo final de los honorarios de los árbitros y del secretario del Tribunal, ordenando su pago. El presidente efectuará, en la oportunidad de ley, la liquidación final de gastos y de la misma rendirá cuenta razonada a las partes, efectuando la restitución de los saldos en el evento de que a ello hubiere lugar, conforme al artículo 28 de la Ley 1653 de 2012.
4. Ordenar el pago de los honorarios pendientes al perito contable EDUARDO HERNANDEZ SALAS, en razón del cumplimiento de sus funciones como tal, dentro del presente proceso arbitral.

5. Disponer que por Secretaria se expidan copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes, así como copia simple para el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena.
6. Disponer la entrega del expediente al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, para su archivo.

Esta providencia quedó notificada en audiencia.

JAIME BECERRA GARAVITO
Árbitro Presidente

MARIA DE LOS ANGELES BETTIN SIERRA
Árbitro

LILIANA BUSTILLO ARRIETA
Árbitro