

Laudo Arbitral

Exxonmobil de Colombia S.A.

v.

Muñoz Real y Cía. Ltda.

Abril 28 de 2004

Bogotá, D.C., abril 28 de 2004

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el tribunal de arbitramento integrado por Fabio Silva Torres, presidente, Enrique Laverde y Carlos González Vargas, árbitros, Luis Eduardo Gutiérrez Acevedo, secretario, a dictar el laudo que pone fin a este trámite y que resuelve las diferencias contractuales surgidas entre Exxonmobil de Colombia S.A. (“Exxonmobil” para los efectos de este laudo), sociedad legalmente constituida mediante escritura pública 1970 de 22 de junio de 1955 de la Notaría 8ª del Círculo de Bogotá, varias veces reformada, inscrita en el registro mercantil con matrícula 00019126 de la Cámara de Comercio de Bogotá, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, D.C., parte convocante y reconvenida en este trámite arbitral, y Muñoz Real y Cía. Ltda. (“Muñoz Real” para los efectos de este laudo), sociedad legalmente constituida por escritura pública 2070 de 27 de junio de 2000 de la Notaría 25 del Círculo de Bogotá, inscrita en el registro mercantil con matrícula 01023818 de la Cámara de Comercio de Bogotá, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, D.C., parte convocada y demandante en reconvenición dentro del presente trámite arbitral.

El presente laudo se profiere en derecho y con el voto unánime de los árbitros integrantes del tribunal.

A. Antecedentes

I. Etapa prearbitral.

1. En Bogotá, D.C. el 6 de julio de 2000, Mobil de Colombia S.A. hoy Exxonmobil de Colombia S.A. y Muñoz Real y Cía. Ltda. celebraron un contrato de agencia comercial para la operación de una estación de servicio.

2. En el numeral 27 del contrato, obrante en el folio 20 del cuaderno de pruebas, las partes establecieron un pacto arbitral del siguiente tenor:

“Cualquier diferencia o controversia relativa a este contrato o que surja en desarrollo del mismo, su ejecución y liquidación se resolverá por un tribunal de arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Bogotá mediante sorteo entre los árbitros inscritos en las listas que lleva dicha cámara. El tribunal así constituido se sujetará a lo dispuesto por el Decreto 2279 de 1989 y las demás disposiciones legales que lo modifiquen o adicionen, de acuerdo con las siguientes reglas: a) El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros; b) La organización interna del tribunal así como todos los costos y honorarios aplicables, se sujetarán a las reglas por el centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá; c) El tribunal decidirá en derecho, y d) El tribunal funcionará en la ciudad de Santafé de Bogotá en el centro de conciliación y arbitraje de esta ciudad”.

3. El 29 de julio de 2003, con fundamento en la cláusula transcrita, Exxonmobil de Colombia S.A., mediante apoderado judicial designado para el efecto, solicitó la convocatoria de un tribunal de arbitramento con el objeto que se hicieran las declaraciones y condenas que se transcriben más adelante.

4. El 19 de agosto de 2003, la junta directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante sorteo público de árbitros, designó a los doctores Fabio Silva Torres, Enrique Laverde Gutierrez y Carlos González Vargas como árbitros para integrar el tribunal de arbitramento que decidiría en derecho las diferencias entre Exxonmobil de Colombia S.A. y Muñoz Real y Cía. Ltda.

5. Previa aceptación de los designados, el 4 de septiembre de 2003 se realizó la audiencia de instalación, en la que se hizo entrega del expediente a los árbitros, se eligió como presidente del tribunal al doctor Fabio Silva Torres y

como secretario al doctor Luis Eduardo Gutierrez Acevedo, y se fijó como lugar de funcionamiento y secretaría, la sede del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá que para ese momento funcionaba en la avenida Chile de Bogotá.

6. En la misma audiencia, el tribunal profirió el auto 1, admitiendo la solicitud de convocatoria arbitral y ordenando su notificación personal a la convocada, diligencia que se realizó una vez finalizada la audiencia.

7. Posesionado el secretario ante el presidente del tribunal, se ofició a la Procuraduría General de la Nación, comunicándole la instalación del mismo.

8. El 18 de septiembre de 2003, mediante apoderado judicial, la convocada contestó la solicitud de convocatoria, oponiéndose a las pretensiones de la parte convocante, pronunciándose sobre los hechos de la demanda, formulando excepciones de mérito y pidiendo pruebas. En la misma fecha, la convocada formuló demanda de reconvenición a efecto que el tribunal hiciera las declaraciones y condenas que se transcriben más adelante.

9. El 25 de septiembre de 2003, el tribunal de arbitramento mediante auto 2, tuvo por contestada la solicitud de convocatoria y fijó sumas por concepto de gastos de funcionamiento, honorarios y protocolización del expediente. Así mismo, mediante auto 3, admitió la demanda de reconvenición y corrió traslado de la misma a la convocante y reconvenida Exxonmobil de Colombia S.A. por el término de 10 días.

10. El 17 de octubre de 2003, la convocante y reconvenida Exxonmobil de Colombia S.A. dio contestación a la demanda de reconvenición, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, pronunciándose sobre los hechos, formulando excepciones de fondo y pidiendo pruebas.

11. El 4 de noviembre de 2003, el tribunal de arbitramento dio inicio a la primera audiencia de trámite, pronunciándose sobre su competencia en auto 4 y en auto 5 ordenó que los escritos de excepciones formulados por los apoderados de las partes, quedarán a su disposición por el término de tres (3) días a efecto que si lo consideraban pertinente, se pronunciaran sobre las mismas y pidieran las pruebas que pretendieran hacer valer. Igualmente el tribunal en auto 6 suspendió la primera audiencia de trámite, continuándola el 12 de noviembre siguiente con audiencia de conciliación que a la postre fracasó, por lo que mediante auto 7 el tribunal profirió el decreto de pruebas.

II. La controversia.

1. La solicitud de convocatoria y su contestación.

1.1. Los hechos.

Los hechos en que se funda la solicitud de convocatoria pueden resumirse así:

1. Mobil de Colombia S.A. hoy Exxonmobil de Colombia S.A. y Muñoz Real y Cía. Ltda. suscribieron un contrato el 6 de julio de 2000, con varias modalidades contractuales: Un contrato de agencia comercial para la operación de una estación de servicio y para la venta de productos de marca Mobil; un contrato de comodato sobre el inmueble en que operaría la estación de servicio, ubicado en la avenida El Dorado N° 97-60, y sobre los equipos tales como surtidores, tanques de almacenamiento, etc. (anexo 1 del contrato), y un contrato de depósito por una cantidad de combustible suficiente para operar la estación de servicio: 18.776 galones de gasolina corriente, 4.296 galones de diesel y 5.760 galones de premium:

2. De acuerdo con lo pactado por las partes en la cláusula 9ª del contrato de agencia comercial, el combustible tanto inicial como el entregado durante la vigencia del contrato por Exxonmobil a Muñoz Real, era de propiedad de Exxonmobil.

3. El contrato se pactó por un año contado desde el día 7 de julio de 2000 hasta el día 6 de julio de 2001 y en la cláusula 16 del mismo, las partes pactaron una comisión inicial para el agente de noventa y tres (\$ 93) pesos m/cte por cada galón vendido de combustible (gasolina extra, corriente y diesel).

4. En agosto de 2001 y a través de otrosí al contrato, las partes prorrogaron su vigencia hasta el 6 de julio de 2002,

ajustando la comisión para el agente a ciento dieciocho (\$ 118) pesos m/cte por cada galón vendido de combustible (gasolina extra, corriente y diesel).

5. El 3 de marzo de 2003, se suscribió un otrosí más que prorrogó el contrato hasta el 7 de julio de 2003, y ajustó la comisión para el agente a ciento cincuenta y cinco (\$ 155) pesos m/cte por cada galón vendido de combustible (gasolina extra, corriente y diesel).

Exxonmobil dio cumplimiento estricto a todas las obligaciones derivadas del contrato suscrito el 6 de julio de 2000, y aún estando el agente incumplido continuó entregándole combustible, para efectos de mantener en operación la estación de servicio.

7. Las partes establecieron en la cláusula 17 del contrato que los pagos por la reposición de combustible a que estaba obligado Muñoz Real para con Exxonmobil, debían hacerse de contado, al momento de recibir el combustible y en la estación de servicio.

8. No obstante lo anterior, Muñoz Real incumplió de manera reiterada sus obligaciones contractuales referentes al pago desde el inicio de la ejecución del contrato, en por lo menos diez (10) ocasiones, las que se detallan en el acápite respectivo de la demanda y tienen que ver con la devolución por fondos insuficientes de los cheques entregados en pago al momento de recibir el combustible.

9. En septiembre de 2002 y con ocasión de los incumplimientos anotados, Exxonmobil solicitó a Muñoz Real que realizara los pagos únicamente con cheques de gerencia, lo que se hizo aproximadamente durante siete meses, hasta abril de 2003, cuando Muñoz Real pagó las obligaciones contractuales a su cargo, a través de un cheque personal que fue impagado por el banco debido a la falta de provisión de fondos en la cuenta girada.

10. Exxonmobil a través de comunicación de abril 14 de 2003: requirió a Muñoz Real manifestándole que la factura 10000040356 no había sido pagada en tiempo conforme a lo establecido en el numeral 17 del contrato de agencia, exigiéndole que pagara de contado el combustible entregado, tal y como estaba pactado en el contrato. En la misma se requirió para que cumpliera con lo pactado, teniendo en cuenta que en el inventario realizado por Muñoz Real el 1° de abril de 2003 y que fuera entregado a Exxonmobil, se presentaron diferencias entre el combustible inicialmente entregado en depósito y el existente en la estación de servicio, configurándose así según la demandante, otro incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Muñoz Real.

11. Con todo, Muñoz Real inició requerimientos a Exxonmobil endilgando incumplimientos contractuales, desde el 24 de mayo de 2003, aduciendo como fundamento para la terminación unilateral del contrato. Fue así como en comunicación de la fecha anotada señaló que Exxonmobil incumplió la cláusula 7ª del contrato al no entregar el pedido 1000579142 del 22 de mayo de 2003 que debía ser entregado el 24 de mayo del mismo año.

12. Al respecto manifestó Exxonmobil en comunicación de 26 de mayo de 2003, que no estaba en obligación de dar cumplimiento al pedido 1000579142 del 22 de mayo de 2003, estando Muñoz Real en mora del pago de entregas anteriores de combustible.

13. Muñoz Real, en carta de fecha 27 de mayo de 2003, comunicó a Exxonmobil que daba por terminado de manera unilateral el contrato de agencia suscrito el 6 de julio de 2000, estando en mora de pagar la suma de cuarenta y tres millones doscientos cinco mil setecientos noventa y tres pesos m/cte (\$ 43.205.793), pues había entregado un cheque sin fondos a Exxonmobil el 10 de mayo de 2003. Alega la convocarte que la terminación unilateral del contrato fue sin justa causa imputando incumplimientos a Exxonmobil con el objeto de cobrar la indemnización consagrada en el inciso 2° del artículo 1324 del Código de Comercio. Así se lo hizo saber a Muñoz Real en comunicación de mayo 29 de 2003, en la que aceptaba la terminación del citado contrato.

14. Exxonmobil y Muñoz Real suscribieron un acta de entrega y liquidación del contrato calendada 31 de mayo de 2003, entregándose la estación de servicio sin el combustible en razón a un derecho de retención que ejerció Muñoz Real desconociendo la cláusula 17 del contrato y al que había renunciado expresamente en el inciso 2° de la cláusula 19 del mismo. En esta acta Exxonmobil reconoció y pagó al agente la prestación señalada en el inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio y los demás reconocimientos a que tenía derecho el agente.

15. De conformidad con lo establecido en el inciso final de la cláusula 19 del contrato de julio 6 de 2000, Muñoz Real está obligada a pagar a Exxonmobil en calidad de multa, una suma equivalente al 20% de las ventas de los productos del mes a base de las ventas mínimas acordadas, por cada día de retardo, dado que la primera se ha negado a hacer entrega de la estación de servicio en forma completa, pues no entregó el combustible ni su valor, reteniéndolo sin causa legal o contractual atendible.

16. Anota por último la demanda, que Muñoz Real incumplió la obligación de vender como mínimo un volumen mensual de 138.413 galones de combustible durante toda la vigencia del contrato, tal y como se estableció en el literal g) de la cláusula 19 del contrato, en reiteradas ocasiones, pues en julio de 2000 tenía ventas por 116.000 galones mensuales y al momento de la terminación del contrato sin justa causa por parte de Muñoz Real estaba vendiendo un promedio aproximado de 90.000, galones mensuales de combustible, configurándose así dos incumplimientos el de promover las ventas que se disminuyeron sustancialmente y el de las ventas mínimas mensuales de 138.413 galones de combustible.

1.2. Las pretensiones de la convocante.

La convocante pretende se hagan las siguientes declaraciones y condenas, las que a continuación se transcriben textualmente:

- “1. Que la sociedad Muñoz Real dio por terminado sin justa causa imputable a Exxonmobil el contrato celebrado el 6 de julio de 2000.
2. Que a la fecha de terminación del contrato, 27 de mayo de 2003, Muñoz Real estaba incumpliendo las obligaciones a su cargo y a favor de Exxonmobil, según se describió en los hechos 15, 16, 30, 31, 37, 38 y 39 de esta demanda.
3. Que como consecuencia, de la declaración anterior, se declare que Muñoz Real está obligada a pagarle a Exxonmobil, los perjuicios causados por dicho incumplimiento, cuyo monto será probado en el proceso y que se le condene al pago de los mismos.
4. Que Exxonmobil no está obligada a pagar a Muñoz Real la indemnización prevista en el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio.
5. Que Exxonmobil cumplió con sus obligaciones frente a Muñoz Real, derivadas del contrato suscrito el 6 de julio de 2000.
6. Que Muñoz Real está en mora de restituir el combustible entregado inicialmente para entrar a operar la estación de servicio o el valor correspondiente a dicho combustible al precio vigente al momento de la terminación del contrato, el cual se probará en este proceso.
7. Que Muñoz Real no tiene derecho a ejercer derecho de retención sobre el combustible entregado inicialmente para entrar a operar la estación de servicio o el valor correspondiente a dicho combustible.
8. Que Muñoz Real está obligada a entregarle a Exxonmobil el combustible inicialmente entregado por esta última para entrar a operar la estación de servicio o su valor al precio vigente al momento de la terminación del contrato.
9. Que Muñoz Real está obligada a pagarle a Exxonmobil la multa prevista en el inciso final del artículo 19 del contrato suscrito el 6 de julio de 2000, cuyo monto se establecerá en este proceso, a partir del 27 de mayo de 2003 y hasta la fecha en que se produzca la entrega de combustible o de su valor, y que se haga la condena en este sentido. En subsidio pido que se declare y que se condene a Muñoz Real a pagar intereses moratorios a la tasa más alta permitida por la ley, sobre el valor del combustible retenido al 27 de mayo de 2003 y hasta la fecha en que se produzca el pago.
10. Que se condene a Muñoz Real al pago de las costas de este proceso”.

1.3. La contestación de la solicitud de convocatoria.

Mediante apoderado judicial, la convocada Muñoz Real y Cía. Ltda., el 18 de septiembre de 2003, dio contestación a la solicitud de convocatoria formulada por Exxonmobil de Colombia S.A. aceptando algunos hechos, negando algunos en la forma planteada por la convocante y rechazando otros. En el mismo escrito se opuso a las pretensiones de la convocante y formuló excepciones de mérito.

En cuanto a los hechos de la demanda, la contestación puede resumirse así:

1. De acuerdo con lo establecido en el contrato de agencia, en la cláusula 16, la remuneración estipulada tenía un componente fijo y uno variable, que la comisión fija era de \$ 93 por galón vendido de combustible, “como remuneración al agente por la operación de la estación, capital de trabajo para otorgar crédito a los clientes y pérdidas del producto por evaporación” y la comisión variable sería determinada por la diferencia del precio/surtidor y precio/planta, atendiendo a la obligación prevista para el agente en la cláusula 10 literal ñ), siendo obligación de Exxonmobil suministrar el precio planta de abastos, lo que nunca hizo.

2. Exxonmobil incumplió con las siguientes obligaciones:

- Entregar el valor de la diferencia entre el precio surtidor y precio planta de abasto, dato necesario para que el agente presentara el informe mensual sobre el que se liquidaba la remuneración variable.
- Pagar la remuneración variable pactada en la cláusula 16 que hacía remisión al literal ñ) de la cláusula 10 del contrato y que se determinaba, de la diferencia entre el precio surtidor y el precio planta de abastos.
- Suministrar oportunamente los lubricantes comprados por el agente, como consta en comunicación enviada el 17 de abril de 2001.
- Suministrar el combustible al agente el 24 de mayo de 2003.

3. Los cheques aducidos como impagados por falta de provisión de fondos, fueron devueltos por el banco en consideración a que Exxonmobil los cobró en la fecha de giro y no al día siguiente de la entrega del combustible, como habían acordado verbalmente las partes.

4. La cantidad de combustible entregada inicialmente fluctuaba con ocasión de la venta permanente de inventarios. Los rangos de entrega de combustibles por parte de Exxonmobil estaban limitados a la capacidad de los carrotanques encargados de realizar los despachos de combustible.

5. Los requerimientos realizados por Muñoz Real a Exxonmobil comenzaron con anterioridad al 24 de mayo de 2003, de ellos no hay soporte escrito por cuanto Exxonmobil por política sugería la discusión verbal.

6. El derecho de retención ejercido por Muñoz Real para garantizar el pago de las obligaciones pendientes que a la fecha no han sido canceladas por la convocante, es legítimo y se ejerció sobre efectos sobre los que no se pactó renuncia alguna.

7. De otra parte, en el acta de entrega Exxonmobil reconoció y pagó al agente una suma por concepto de la prestación señalada en el inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio, pero no se renunció al derecho a que esa suma fuera revisada y reliquidada, ni a su derecho a que fueran declarados los incumplimientos contractuales de Exxonmobil, ni a las condenas que por virtud de la ejecución y terminación del contrato de agencia mercantil se tenga derecho.

8. El incumplimiento aducido por la convocante sobre las ventas mínimas de combustible jamás fue alegado por Exxonmobil y no dio lugar a la terminación pues fue puesta en su conocimiento y consentida por ella. Tal incumplimiento no fue imputable a Muñoz Real pues tuvo su origen en situaciones diversas como apertura de varias estaciones de servicio en el área de influencia de la estación, la implantación de la medida de restricción vehicular conocida como “pico y placa”, la ampliación de esta medida a vehículos de servicio público y la pérdida de clientes importantes.

En cuanto a las excepciones formuladas, la convocada plantea las que denomina excepción de contrato no cumplido, incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la convocante, inexistencia de

obligaciones a cargo de Muñoz Real por supuestos incumplimientos contractuales (entrega de combustible, multa), derecho de retención ejercido legítimamente sobre efectos no contemplados en su renuncia, compensación y cualquiera que resulte probada y exima a la demandada de las pretensiones de la convocante.

2. La demanda de reconvención y su contestación.

2.1. Los hechos de la demanda de reconvención.

Los hechos en que se funda la demanda de reconvención se sintetizan así:

1. En noviembre de 1999, Mobil de Colombia S.A. hoy Exxonmobil de Colombia S.A. contactó al señor Julio Cesar Muñoz Espitia manifestándole su intención de entregarle una estación de servicio para que la operara, esto dado que el señor Muñoz Espitia era conocido como un excelente administrador y para ese momento se desempeñaba como gerente de Arautos S.A. sociedad que administraba y operaba una estación de servicio.
2. Exxonmobil, condicionó la entrega de la estación de servicio a la renuncia previa al cargo de gerente de Arautos S.A. y a la constitución de una sociedad que tuviera por objeto actuar como su agente comercial, por lo que se creó la sociedad Muñoz Real y Cía. Ltda.
3. El 5 de julio de 2000, Exxonmobil le comunica a Muñoz Real que después de un arduo proceso de selección, la mencionada sociedad fue elegida como agente comisionista de la estación de servicio puente aéreo, remitiéndole el contrato de agencia que fue suscrito por las partes.
4. De acuerdo con el demandante en reconvención, la remuneración estipulada en el contrato, tenía un componente fijo y uno variable. Señala que de acuerdo con la cláusula 16, la agenciada por la comisión fija pagaría \$ 93.00 (noventa y tres pesos) por galón vendido de combustible, como remuneración al agente por la operación de la estación, capital de trabajo para otorgar crédito a los clientes y pérdidas del producto por evaporación. En la parte final de la misma cláusula se estipulaba la comisión variable, que se determinaría de la diferencia del precio/surtidor y precio/planta, en concordancia con lo establecido en el literal ñ) de la cláusula 10.
5. Agrega la demanda que en ese orden de ideas, para la presentación del informe que serviría como base de liquidación de la comisión variable, se requería conocer de antemano, el precio planta de abastos, información que nunca fue suministrada por Exxonmobil al agente, violando obligaciones que en su condición de agenciado le correspondían tales como la de pagar la remuneración variable al agente y suministrar lo necesario para la correcta ejecución del encargo.
6. Señala que a comienzos del año 2001, la agenciada incumplió con la entrega de lubricantes a Muñoz Real, como consta en la comunicación de abril 17 de 2001. También manifiesta la demanda que en ejercicio abusivo de su posición contractual, Exxonmobil obligó al agente a participar en actividades ajenas a la operación de la estación, como la venta de productos y servicios de otros empresarios tales como la compra de maletines Benetton y boletas de Mundo Aventura, exigió además viajar a Cancún (México) resaltando que de no viajar, habría incumplimiento de obligaciones contractuales. Esto generó gastos administrativos y obligó al agente a incurrir en una financiación otorgada por Exxonmobil.
7. Indica también que el agente fue reconocido por superar los topes establecidos en venta de combustible y que en comunicación de 4 de junio de 2002, Exxonmobil reconoció la excelente operación de la estación de servicio puente aéreo, certificándola como una de las mejores estaciones de servicio de Mobil.
8. Resalta que los viajes de combustible eran pagos indiscriminadamente con cheques personales o de gerencia, habiéndose comprometido Exxonmobil a consignar los primeros, al día siguiente al de la entrega, sin embargo en contravía de lo acordado, los cobraba en la fecha de giro siendo devueltos por falta de provisión de fondos. De estos incidentes dan cuenta las comunicaciones calendadas 5 de junio, noviembre 7 y diciembre 20 de 2001.
9. A mediados de marzo de 2003, insistentemente Exxonmobil solicitó verbalmente a través de varios de sus funcionarios la devolución de la estación de servicio. Igualmente manifestó frecuentemente que no se continuaría con el suministro de combustible. La devolución del cheque del 10 de mayo de 2003 fue tomado como excusa para

dejar de suministrar combustible al agente, y aunque, luego de la devolución del cheque, se suministraron dos viajes más de combustible que fueron cancelados con cheques personales, inexplicablemente el 24 de mayo de 2003, Exxonmobil se negó a enviar combustible al agente hasta tanto no cambiara el cheque devuelto por uno de gerencia, aduciendo que los pagos realizados mediante cheques personales no le resultaban confiables.

10. Mediante comunicación calendada 24 de mayo de 2003, Muñoz Real manifestó su inconformidad por el incumplimiento en el suministro de combustible solicitado el 22 de mayo, solicitando que como el gerente de territorio les había venido manifestando la intención de dar por terminado el contrato, se hiciera claridad al respecto.

11. En respuesta a la comunicación anotada Exxonmobil contestó que la sociedad incumplida era Muñoz Real por haber resultado impagado el cheque del 10 de mayo por fondos insuficientes. Por su parte Muñoz Real manifestó por escrito que se le estaba exigiendo cheque de gerencia sin sustento contractual alguno, haciendo gravosa su situación y contraria a sus intereses.

12. Manifiesta igualmente la demandante en reconvencción que pedir cheques de gerencia no fue una política constante y que dio lugar a la no entrega de combustible, que fue una conducta transgresora de la obligación legal que tiene el agenciado de suministrar al agente lo necesario para la correcta realización de su encargo, siendo además muestra de la mala fe con que Exxonmobil obró durante la ejecución del contrato. Anota igualmente que la no aceptación de un cheque personal en reemplazo del impagado por fondos insuficientes, “es la no aceptación de un pago legítimo, y entraña el ánimo por parte de Exxonmobil, de no seguir en ejecución del contrato”.

13. En comunicación calendada 27 de mayo de 2003, Muñoz Real manifestó que las actuaciones de los funcionarios de Exxonmobil habían convertido sus procedimientos en conductas anti contrato, a través de las presiones sistemáticas realizadas por sus funcionarios pidiendo la devolución de la estación de servicio. Igualmente se preguntaba Muñoz Real por qué el reemplazo del cheque impagado por otro personal no generaba confianza después de haberse pagado dos despachos posteriores con cheques personales.

14. El 28 de mayo de 2003, Exxonmobil rechazó el incumplimiento que le fuera endilgado, aceptando la terminación unilateral del contrato de agencia.

15. El 31 de mayo de 2003, las partes suscribieron acta de entrega del inmueble, los equipos y la estación de servicio denominada “puente aéreo”. En dicho documento se advierte sobre el derecho de retención que ejerce Muñoz Real sobre el combustible “por aquellas sumas que Exxonmobil le adeude al agente derivadas de la terminación anticipada del contrato”.

16. En comunicación de julio 14 de 2003, Exxonmobil requiere a Muñoz Real para que restituya el combustible inicial entregado en depósito o el valor del mismo al precio vigente al momento de la terminación del contrato, respondiéndole este último que nunca renunció al derecho de retención sobre el combustible.

17. Con ocasión del incumplimiento de Exxonmobil, a Muñoz Real se le causaron perjuicios pues tuvo que dar por terminados anticipadamente contratos laborales que había suscrito, asumiendo las indemnizaciones laborales correspondientes.

2.2. Las pretensiones de la demanda de reconvencción.

La demandante en reconvencción solicita se hagan las siguientes declaraciones y condenas que se transcriben textualmente:

“Primera: Que se declare que entre Mobil de Colombia S.A. hoy Exxonmobil de Colombia S.A. y Muñoz Real y Compañía Ltda., se celebró un contrato de agencia mercantil, contrato que tenía por objeto la operación por parte de la convocante de una estación de servicio ubicada en la avenida El Dorado N° 97-60, durante el período comprendido entre el 7 de julio de 2000 y el 27 de mayo de 2003.

Segunda: Que se declare que Mobil de Colombia S.A. hoy Exxonmobil de Colombia S.A., incumplió el contrato de agencia comercial por las siguientes razones:

- Incumplió sus obligaciones implícitas de entregar el valor de la diferencia entre el precio surtidor y precio planta de abastos, dato necesario para que el agente, presentara el informe mensual sobre el que se liquidaba la remuneración variable.
- Incumplió su obligación de pagar la remuneración variable pactada en la cláusula 16 que hacía remisión al literal ñ) de la cláusula 10 del contrato y que se determinaba de la diferencia entre el precio/surtidor y el precio/planta de abastos.
- Incumplió sus obligaciones contractuales de suministrar oportunamente los lubricantes comprados por el agente, como consta en comunicación enviada por este del 17 de abril de 2001.
- Incumplió sus obligaciones contractuales de suministrar el combustible al agente el 24 de mayo de 2003.

Tercera: Que se declare que la sociedad Muñoz Real y Cía. Ltda., tiene derecho al pago de la comisión variable pactada en la cláusula 16 del contrato.

Cuarta: Que se declare que la Sociedad Muñoz Real y Cía. Ltda., tiene derecho, desde el día 27 de mayo de 2003, fecha de la terminación del contrato de agencia mercantil, a recibir el pago de la prestación comercial del inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio, liquidada sobre el valor de la comisión variable.

Quinta: Que se declare que la sociedad Muñoz Real y Cía. Ltda., tiene derecho a la indemnización del artículo 1324 inciso 2° del Código de comercio, fijada por perito, en razón de la terminación del contrato de agencia mercantil por causa imputable a Exxonmobil de Colombia S.A.

Que como consecuencia de las declaraciones impetradas, se profieran en contra de Exxonmobil de Colombia S.A., las siguientes condenas:

Sexta: Que se condene a pagar la comisión variable contenida en la cláusula 16 del contrato de agencia comercial, que se calculará con base en la diferencia entre el precio/surtidor y precio/planta.

Séptima: Que se reliquide la prestación comercial del inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio, calculada sobre el valor total de las comisiones fijas y variables.

Octava: Que se condene a pagar a Exxonmobil de Colombia S.A., en favor de Muñoz Real y Cía. Ltda., la indemnización del artículo 1324 inciso 2° del Código de Comercio, por terminación. del contrato por causa imputable a la agenciada.

Novena: Que se condene a pagar a Exxonmobil de Colombia S.A., los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de agencia mercantil, causados a Muñoz Real y Cía. Ltda.

Décima: Que sobre los montos de las condenas anteriores, se le obligue a Exxonmobil de Colombia S.A., a pagar a Muñoz Real y Cía. Ltda., la corrección monetaria y los intereses moratorios de acuerdo a la ley.

Décima primera: Que se condene a pagar a Exxonmobil de Colombia S.A., en favor de Muñoz Real y Cía. Ltda., las costas del proceso que incluirán los honorarios de los árbitros, del secretario, los gastos de administración así como los de protocolización registro y otros, además de las agencias en derecho”.

2.3. La contestación de la demanda de reconvención.

Exxonmobil dio contestación a la demanda de reconvención el 17 de octubre de 2003 mediante escrito en el que hizo un pronunciamiento sobre los hechos, aceptando unos, aclarando y negando otros. Estos se pueden resumir así:

1. Exxonmobil no le manifestó al señor Julio Cesar Muñoz Espitia su intención de entregarle una estación de servicio para que este la operara; Muñoz Real participó en un proceso de selección donde resultó ser favorecida.
2. Muñoz Real. tuvo la oportunidad de revisar los términos del contrato, de hacer observaciones e incluso

abstenerse de suscribir el contrato que le fuera enviado.

3. La única remuneración estipulada en el contrato es la que la demandante en reconvención denomina “componente fijo”. No se pactó remuneración variable a favor de Muñoz Real.

4. La propiedad de los combustibles no se transfería en ningún momento de Exxonmobil a Muñoz Real, este último vendía al público en desarrollo del contrato de agencia comercial.

5. Exxonmobil no estaba obligada a presentar ningún informe mensual ni a suministrar información periódica alguna a Muñoz Real. Por el contrario, el literal ñ) de la cláusula décima impone a Muñoz Real la obligación de el primer día hábil del mes siguiente de cada mes calendario un informe contentivo de la conciliación entre las ventas por surtidor y los viajes facturados, los pagos realizados por los viajes facturados, la numeración de cada una de las mangueras de los surtidores y el inventario físico del combustible al cierre del período al que corresponde el informe.

6. La información aludida en el punto anterior era la base para la facturación de la diferencia entre el precio/surtidor y el precio/planta de abastos, que era un pago que eventualmente debía realizar Muñoz Real a Exxonmobil, y para determinar la comisión a favor del agente.

7. Muñoz Real participó voluntariamente en los programas de maletines Benetton y boletas de Mundo Aventura; estos programas no generaron costo alguno para Muñoz Real pues las boletas fueron obsequiadas por Exxonmobil y el de maletines Benetton dio utilidades pues contribuyó a mantener e incrementar el volumen de ventas.

8. Que igualmente Muñoz Real participó voluntariamente en la convención celebrada en Cancún (México), siendo financiado por Exxonmobil.

9. De acuerdo con el contrato, los pagos a que se obligaba Muñoz Real se harían de contado, sin que existiera acuerdo verbal que contrariara esta estipulación. Las comunicaciones de 5 de junio, noviembre 7 y diciembre 20 de 2001 son manifestaciones unilaterales que no comprometen la voluntad de Exxonmobil en ese sentido.

10. Los viajes de combustible despachados con posterioridad al pagado con cheque sin provisión de fondos, fueron de buena fe y se trata de una circunstancia que aprovecha la demandante en reconvención para alegar una especie de “derecho adquirido” a que Exxonmobil siguiera reponiendo el inventario de combustibles aún encontrándose en mora.

11. Exxonmobil no utilizó excusas para solicitar el pago de las obligaciones que tenía a su favor, pues desde el 10 de mayo Muñoz Real estaba en mora de cumplir las suyas. Si Exxonmobil se hubiera negado a cumplir cualquier despacho de combustible estaría legitimada de conformidad con el artículo 1609 del Código Civil.

12. Ni Exxonmobil ni sus representantes se negaron a recibir cheque alguno de Muñoz Real para recoger el devuelto por fondos el 10 de mayo de 2003.

13. La estación de servicio no fue entregada íntegramente, pues no se hizo entrega del combustible entregado inicialmente en depósito por Exxonmobil a Muñoz Real y que naturalmente hace parte de la misma.

14. De conformidad con la cláusula segunda del acta de entrega, se tiene que Muñoz Real pagó a Exxonmobil el importe del cheque girado para el 10 de mayo de 2003, que le fue devuelto por fondos insuficientes.

15. Muñoz Real al dar por terminado el contrato en forma unilateral el 27 de mayo de 2003, asumió las consecuencias de la terminación anticipada y de las indemnizaciones que dice haber hecho por razón de la finalización de los contratos laborales.

Se opuso igualmente a las pretensiones de la demandante en reconvención, formulando como excepciones las que denominó: cumplimiento de Exxonmobil de las obligaciones contractuales a su cargo, en el contrato no se pactó ninguna remuneración variable a favor de Muñoz Real, la conducta de Muñoz Real y otras cláusulas del contrato interpretadas en conjunto demuestran que en el contrato no se pactó la “comisión variable”, Exxonmobil suministró oportunamente a Muñoz Real lubricantes en abril de 2001, Exxonmobil no incumplió sus obligaciones

contractuales al dejar de suministrar combustible a Muñoz Real el 24 de mayo de 2003, la terminación del contrato hecha el 27 de mayo por Muñoz Real es unilateral y sin justa causa, la vigencia del contrato se extendía únicamente hasta el 7 de julio de 2003, no existen las circunstancias de hecho para que proceda el pago de la indemnización correspondiente al segundo inciso del artículo 1324 del Código de Comercio, es inaceptable la indeterminación de la prueba de la indemnización del inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio, excepción de contrato no cumplido, pago.

B. El trámite arbitral

I. Pruebas decretadas y practicadas.

En la primera audiencia de trámite, el tribunal decretó las pruebas a instancia de las partes y las que de oficio consideró necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

El tribunal estima útil para el sustento de la decisión que se adopta en esta providencia, relacionar los medios de prueba que obran en el proceso y que se incorporaron al expediente, así:

1. Documentales.

La convocante y reconvenida Exxonmobil de Colombia S.A. aportó los documentos relacionados en la solicitud de convocatoria a folios 25 y 26 del cuaderno principal 1, y en la contestación de la reconvenición, relacionados a folio 49 del cuaderno principal 2.

Por su parte la convocada y demandante en reconvenición Muñoz Real y Cía. Ltda. acompañó los documentos relacionados en la contestación obrantes a folio 91 del cuaderno principal 1, y en la demanda de reconvenición, relacionados a folios 11 y 12 del cuaderno principal 2.

2. Oficios.

Con ocasión de los oficios emitidos, se recaudaron los documentos incorporados en el cuaderno de pruebas a folios 512 a 542:

- Comunicación suscrita por la jefe de servicios de la oficina autopista El Dorado del Banco de Bogotá de fecha 23 de diciembre de 2003 informando la causal de devolución de los cheques 074445 y 074451, por \$ 47.767.000 y \$ 43.205.793 respectivamente.
- Comunicación suscrita por el director de hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía adjuntando copia de la Resolución 180451 de 29 de abril de 2003 que modificó la resolución 82438 del 23 de diciembre de 1998 y que establece disposiciones relacionadas con la estructura de precios de la gasolina motor corriente, la Resolución 180452 del 29 de abril de 2003 que modificó la Resolución 82439 de 23 de diciembre de 1998 y se establecen disposiciones relacionadas con la estructura de precios del ACPM, y la Resolución 80278 del 29 de febrero de 1996 que excluyó del régimen de control de precios de productos derivados del petróleo, la gasolina motor extra.
- Comunicación suscrita por el director de hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía aportando la estructura de precios de la gasolina motor corriente, mes a mes desde el año 2000 hasta diciembre de 2003.
- Comunicación suscrita por el director de hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía señalando que la información relativa al precio en planta de abasto constituye una información pública y no tiene ninguna reserva.
- Comunicación suscrita por la directora jurídica distrital (e) sobre vigencia de la medida de restricción vehicular denominada “pico y placa”.
- Certificación de Terpel de la Sabana S.A. sobre ubicación de la estación de servicio La Isabella y su pertenencia a la red de distribuidores de esa sociedad.
- Comunicación de Shell Colombia S.A. informando que no tiene una estación de servicio ubicada en la avenida ciudad de Cali con calle 64 de Bogotá.

- Comunicación suscrita por la jefe de servicios de la oficina autopista El Dorado del Banco de Bogotá de fecha 9 de febrero de 2004 relacionando los cheques emitidos a favor de Exxonmobil con cargo a cuentas de Muñoz Real en el Banco de Bogotá, indicando fechas de giro, número de cheque y valor.

3. Testimonios.

Se recibieron los testimonios de Isabella Gurisatti Barreto (24 de noviembre de 2003), César Augusto Rodríguez Murillo, Julio César Muñoz Espitia (25 de noviembre de 2003), Jesús Eduardo Guerrero, Héctor Mario Martínez, Pedro Ángel León Díaz, Mauricio Andrés Pachón Vargas (1° de diciembre de 2003), los que fueron grabados y de su transcripción se corrió traslado a las partes conforme al artículo 109 del Código de Procedimiento Civil.

El testimonio del señor Julio César Muñoz Espitia fue tachado de sospechoso por el apoderado de la convocante y demandada en reconvención Exxonmobil.

4. Interrogatorio de parte.

Se practicó interrogatorio de parte del Dr Santiago Martínez Pinto en su condición de tercer suplente del representante legal de Exxonmobil (25 de noviembre de 2003). El interrogatorio fue grabado y de su transcripción se corrió traslado a las partes conforme al artículo 109 del Código de Procedimiento Civil.

5. Dictamen pericial.

Se practicó dictamen pericial que rindió la Dra María Consuelo López de la lista del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, sobre los puntos que obran a folios 118 a 120, 144 a 148 del cuaderno principal. El experticio rendido en 3 libros con páginas numeradas de la 1 a la 699, fue objeto de aclaraciones y complementaciones de acuerdo con lo dispuesto en auto 14 de 25 de febrero de 2004, las que obran a folios 549 a 599 del cuaderno de pruebas.

II. Alegatos de conclusión

Concluida la etapa probatoria y practicadas todas las pruebas decretadas por el tribunal, el 18 de marzo de 2004, se surtió audiencia de alegatos de conclusión el 2 de abril de 2004, en la que cada parte por intermedio de su apoderado presentó sus alegaciones finales, entregando los resúmenes que obran en autos.

De esta manera se tiene que el tribunal de arbitramento legalmente instalado para dirimir en derecho la controversia surgida entre las partes procede a decidir de mérito, previo las siguientes consideraciones.

C. Consideraciones del tribunal.

Como quiera que el tribunal encuentra cumplidos los presupuestos procesales y, no advierte causal alguna de nulidad, procede a efectuar el estudio de las pretensiones de las partes y sus excepciones, con base en el recaudo probatorio y a la luz de las normas jurídicas aplicables, dictando el fallo que en derecho corresponde. No obstante, previamente debe pronunciarse sobre la tacha de sospecha formulada por el apoderado de la convocante y demandada en reconvención Exxonmobil con ocasión del testimonio del señor Julio César Muñoz Espitia.

I. Testigo sospechoso.

El apoderado de Exxonmobil tachó de sospechoso el testimonio del señor Julio César Muñoz Espitia aduciendo que en su condición de padre de la representante legal y de los demás socios de la compañía, tiene interés personal en las resultas de proceso. Además que el testigo fue traído para deponer sobre una cantidad de hechos y narraciones que no se indicaron en la contestación a la demanda o en la demanda de reconvención y que por lo tanto impidió a Exxonmobil controvertirlos en debida forma.

Sobre este particular, el tribunal deja constancia de haber apreciado el testimonio tachado de sospechoso de acuerdo con las circunstancias especiales del caso; que igualmente, el mismo no ha sido determinante de las decisiones que obran en la parte resolutive de este proveído, así como de su utilidad parcial para el examen de la conducta desplegada tanto por Muñoz Real como por Exxonmobil, en circunstancias de tiempo, modo y lugar,

respecto de la suscripción del contrato de agencia mercantil objeto de controversia.

II. El contrato de agencia comercial para la operación de estación de servicio celebrado entre Mobil de Colombia S.A (Exxonmobil de Colombia S.A.) y Muñoz Real y Cía Ltda.

Este acuerdo entre comerciantes suscrito el 4 de julio del 2000 y reconocido ante notario el 6 de julio de 2000, es la base documental sobre la cual se fundamentó este proceso arbitral y la constitución de la presente terna arbitral. Pero no solamente por el pacto que las partes acordaron para este tipo de jurisdicción, contenido en su texto (27), sino por la interpretación que las partes dieron a algunas de sus cláusulas y la correspondiente conducta contractual asumida, lo que generó la controversia que se resolverá judicialmente en derecho, razón por la cual los árbitros proceden a interpretar el mencionado contrato, de acuerdo con la siguientes consideraciones.

1. Las partes.

De un lado obra la compañía Exxonmobil de Colombia S.A. (antes Mobil de Colombia S.A), quien como distribuidor mayorista de combustibles, contrató los servicios de la compañía Muñoz Real y Cía. Ltda., para que se desempeñara como su agente para la distribución minorista de los mismos.

Es para el tribunal arbitral de la mayor trascendencia considerar en primerísimo lugar la condición misma de las partes, pues de allí parten los análisis subjetivos para arribar a conclusiones objetivas frente a la ley. Se trata entonces de dos empresarios formalmente establecidos, concededores de la actividad comercial que pactaron y desarrollaron durante dos años y diez meses (julio 7/2000 a mayo 27/2003). Quedó también probatoriamente establecido, que los bienes (inmueble, surtidores, equipo y estación de servicio) fueron entregados por el distribuidor mayorista al agente para ejecutar su encargo, quien además impuso sus condiciones y elaboró para el efecto un contrato de agencia comercial, como estrategia de mercadeo, el cual aceptó y suscribió el agente para obrar, como distribuidor minorista a nombre del empresario mayorista.

Esta situación fáctica, contenida en el documento mismo, deja despejado el panorama interpretativo judicial, ya que se está entonces frente a un claro, aceptado y declarado —por las mismas partes en este proceso— contrato de adhesión, llamados así por la propia ley, a su vez explicados y debatidos ampliamente por la jurisprudencia y la doctrina nacionales, lo que conduce necesariamente a interpretarlo bajo esa modalidad o adjetivo que le es propio.

Enmarcada como quedó la anterior característica contractual, es útil y de primera mano precisar lo siguiente:

De tiempo atrás se ha discutido si el juez debe estarse inclinado a favorecer a la “parte más débil” de una relación contractual, por el mismo hecho de esa característica o, por el contrario, debe estarse y ceñirse a lo señalado en el contrato, pues este es una verdadera ley para las partes, en lo que se conoce como el respeto sublime por lo convenido, o *pacta sunt servanda*. Los contratos válidamente celebrados deberán cumplirse.

Estas dos concepciones dejan para fortuna de los análisis objetivos, la posibilidad de hacer ajustes interpretativos intermedios, no con el ánimo ecléctico o de ecuación contractual, sino buscando la racionalidad del pacto.

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia de septiembre del año 77, citada por el profesor Jorge Suescún Melo (Derecho Privado, estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Tomo 1, pág. 257), recuerda que “Sin embargo, la Corte rechazó posteriormente la teoría de que en el contrato por adhesión hay que buscar siempre una interpretación favorable al adherente por el hecho de estar este en una situación de inferioridad, y solo admite este principio interpretativo si se trata de cláusulas ambiguas u oscuras”.

El mismo tratadista (pág. 258) expone otra sentencia de la Corte de Casación Civil, de agosto 29 del año 1980, en la cual se señala que el artículo 1618 del Código Civil no permite que las cláusulas claras sean interpretadas a favor del adherente, pues ellas deben aceptarse tal como aparecen.

Tampoco puede perderse de vista lo dispuesto por el artículo 16 de nuestra codificación civil, la cual ordena que los convenios que se efectúen entre particulares no pueden modificar el orden público, como cuando un juez oficiosamente reduce el exceso en las tasas de interés en operaciones comerciales (C. Co., art. 884). Así las cosas, si lo pactado no es ambiguo o no contradice el ordenamiento obligatorio, no será entonces objeto de apreciación

judicial subjetiva favorable.

Recuerda y acude este tribunal arbitral a otra regla interpretativa de los contratos, la contenida y desafortunadamente poco mencionada del artículo 871 del Código de Comercio, cuya prescripción es la aplicación de la buena fe no solo en la celebración de los contratos (igual que en el C.C., art. 1603) sino también en su ejecución, —la que se ve reflejada significativamente en la conducta que las partes adopten en su desarrollo, llamada conducta contractual— y en consecuencia obligarán no solamente a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural, elevada esta ya a principio constitucional por el artículo 230 de la Carta, lo que le permite al juez ser hacedor de derecho aplicando la justicia a un caso en particular.

2. El objeto.

Después de las partes, el otro elemento cardinal para el fundamento interpretativo es lo que ellas propusieron en el convenio. Sabido, demostrado y dicho está que en el caso en controversia ha sido la agencia comercial, para que a nombre de Exxonmobil, el agente opere la estación de servicio y venda productos del agenciado.

Es en este marco operativo donde se presenta un desarrollo contractual en el cual se pactan, además, un contrato de comodato (para entregar el inmueble y los equipos) y otro de depósito (para entregar el combustible). Esta estructura ha sido llamada por la doctrina como de contratos mixtos o amalgama de los mismos (pág. 396 Felipe Vallejo García, el contrato de agencia comercial citando el laudo arbitral de Roberto Cavalier Flota Mercante Grancolombiana de julio de 1992). No son más que contratos medio para complementar otro, determinante como es llamado dentro de la teoría de la absorción, en este caso el de agencia comercial, el cual en nuestra legislación a partir del año 1971 ya tiene identidad propia como contrato nominado y autónomo. Antes del Decreto 410, las partes tenían que recurrir a este tipo de escalones o etapas contractuales dentro de una compleja armazón comercial independiente de lo que el comisionista ejecutaba, con resultados también independientes dadas las regulaciones de cada negocio jurídico celebrado, debido a la yuxtaposición de reglas relativas a varios elementos.

Resume exitosamente el mencionado laudo arbitral que “la unicidad de este tipo de contratos depende del hecho de que las partes lo han querido como unitario, lo que, según la jurisprudencia, es una cuestión de hecho que en cada caso se debe apreciar” (pág. 397).

Si las partes —como en el asunto que nos ocupa— continúan contemplado una diversidad de contratos, no es para hacer comodatos o depósitos independientes, sino para facilitar sin mayor fundamento jurídico otro, determinante, el de agencia comercial, y estarán ligados por la fatalidad y la suerte de este. Serán entonces las disposiciones sobre agencia las que se apliquen de preferencia, puesto que este contrato autónomo, por su propia naturaleza, conlleva varios elementos. Es así que además, del depósito y el comodato —en este caso pactados—, también encierra otros, como el de mandato (la agencia es una variedad de mandato y algunas de las cláusulas de este le son aplicables, C. Co., art. 1330), el de suministro (combustible) y el de cuenta corriente comercial (pagos, compensaciones de saldos y finiquitos de cuenta entre las partes). Pero todos corren la suerte del objetivo principal. Prueba de ello es que terminado el contrato de agencia comercial de manera unilateral, (como los mandatos) así mismo termina el de comodato, y no podrá el comodante alegar que esta facultad discrecional o potestativa no es aplicable en este tipo de contratos, lo que sería jurídicamente aceptable en otro escenario en donde el comodato sea autónomo. Así se acuda a la figura del comodato, la intención de las partes, especialmente la del comodante (agenciado), no es la de utilizar este título para entregar la tenencia del bien al comodatario (agente), sino la de facilitarle la ejecución del encargo. “Uso del inmueble: El inmueble solo podrá ser destinado por el agente durante la vigencia del contrato para almacenamiento, venta de comestibles(sic), aceites y grasas lubricantes...”, cláusula 4ª del contrato de agencia comercial suscrito entre Exxonmobil y Muñoz Real.

Y el derecho de retención sobre los bienes del empresario, independientemente de si lo realizó en debida forma, no será ejercido por el agente en el evento que le permite el contrato de depósito, sino en aplicación de los derechos que le privilegia el de agencia comercial (C. Co., art. 1326).

Finalmente, las normas especiales del contrato de agencia comercial permiten que este pueda darse por terminado unilateralmente por una cualquiera de las partes (C. Co., art.1324). Su naturaleza parecida a la de un mandato (es

una clase de él) le da tal característica, lo que significa que si, en el caso objeto de análisis por vía de jurisdicción arbitral, Muñoz Real, consideró que su agenciado Exxonmobil, le incumplió los términos y compromisos contractuales, entonces tenía toda la potestad contractual de hacerlo. Se observa en las comunicaciones que el agente le envió a Exxonmobil, los días 26 y 27 de mayo de 2003 obrantes a folios 275, 46 y 47 del cuaderno de pruebas, respectivamente, que aquel da por terminado el contrato aduciendo incumplimiento del empresario al no haberle despachado combustible el 24 de mayo de 2003, según el compromiso de suministro de Exxonmobil (cláusulas 2ª y 7ª), a lo cual le respondió el agenciado, folio 48 del cuaderno de pruebas, que la causal no la consideraba justa, pero que de todas maneras se daría aplicación a lo previsto para su finalización, la que había sido prorrogada por las mismas partes hasta el 7 de julio de ese mismo año, como se observa en el “Otrosí del 3 de marzo de 2003”. El agenciado Exxonmobil consideraba que la causal no era justa porque el agente se encontraba coetáneamente en mora de cumplir sus obligaciones, asunto que se trata en otro aparte de este laudo.

En este orden de ideas y de acuerdo con la anterior fundamentación esquemática, el tribunal analizará las cláusulas contractuales y la conducta asumida por las partes, a medida que desarrolle los diferentes aspectos de la controversia arbitral, para dirimirla.

III. Forma de pago de los suministros.

Entre los deberes a cargo del agente, según los términos del documento traído a los autos, se encuentra el de pagar los suministros de combustibles y lubricantes, pago este regulado por la cláusula 17, en la que se puntualiza que “cada vez” que Mobil (hoy Exxonmobil) reponga el inventario, el agente le entregaría “una suma de dinero “equivalente a cada despacho.

En desarrollo de este compromiso, desde el primer pago hasta el último, las partes hicieron uso de títulos valores, cheques personales en general y de gerencia excepcionalmente. No hay memoria de entrega y recibo de dinero en efectivo.

De acuerdo con el uso en cuestión, los contratantes enmarcaron su actividad (por este aspecto) en lo previsto por el artículo 882 del estatuto mercantil, según el cual la entrega de títulos valores valdrá como pago. Todo lo dicho se desprende de los 268 cheques recibidos por Exxonmobil (antes Mobil) de manos del agente.

El tribunal ha de fijar su atención en los diez (10) cheques que resultaron devueltos por el banco girado, por carencia de fondos, el último de los cuales merece comentario especial. Los nueve primeros tuvieron un final feliz, después de haber sido reconsignados por beneficiaria. Esto es, la acreedora optó por ejercitar su posición de beneficiaria de los citados títulos valores, dejando de lado la acción causal a que tenía derecho en el supuesto de que los cheques se hubieren protestado y devuelto al deudor o, al menos, hubiere constituido la garantía que habla la norma en cuestión en su inciso segundo.

Así, pues, los pagos respectivos se cumplieron práctica y legalmente, en las fechas que aparecen relacionadas por la perita contable (respuesta 16) ratificada en el escrito de aclaración de la experticia del primero de marzo de 2004, de la siguiente manera: “... a la fecha de rendición del dictamen todos los cheques habían sido pagados. El último cheque devuelto, girado en mayo 10 de 2003, fue pagado mediante la figura de la compensación según acta de terminación del contrato de mayo 31 de 2003”.

Revisando la realidad de lo ocurrido, tenemos que el cheque 3074451, contra el Banco de Bogotá, por la suma de 43.205.793, fue devuelto por el girado el 19 del mismo mes, sin que por ello se hubiere reintegrado al deudor, posiblemente a la espera de promover la acción cambiarla en su contra.

El título valor quedó, entonces, en manos de su beneficiaria hasta el momento en que fue recogido (pagado) por el girador, según consta en el acta de entrega de mayo 31 de 2003.

Así se repitió lo sucedido con los nueve (9) cheques que ya se han comentado: la acreedora paralizó cualquier actividad para obtener el pago efectivo, pues tampoco devolvió el título valor, ni promovió la acción causal. Esto, al parecer, a la espera de que se presentara la coyuntura propicia para hacer uso del cheque y no del documento que da fe del contrato, se repite.

Ya, para el momento de la compensación (las partes se pusieron de acuerdo en dejar constancia del pago efectuado por el agente, C.C., art.1714) se someterían a lo previsto por el artículo 879 del Código de Comercio, toda vez que así se dijo expresamente y, además, se expidió paz y salvo para las obligaciones dinerarias a cargo del agente, salvo aquellas expresamente excluidas.

A este efecto es especialmente claro el contenido del punto tercero, parte final, del acta de entrega, pues convence al tribunal de que el agente vino a quedar en paz y a salvo “por cartera” para con Exxonmobil, excluyendo lo atinente a la devolución del combustible entregado en depósito según el contrato, a la vez que quedó latente la reclamación de indemnización presentada por aquel, al amparo del artículo 1326 del Código de Comercio.

Es oportuno decir aquí que, a partir del acta de entrega (mayo 31 de 2003) las partes no se encontraban habilitadas para hacer uso válidamente: de la cláusula compromisoria, en relación con las situaciones objeto de finiquito.

Que el cheque de mayo 10 de 2003 se encuentra descargado, es cuestión que no acepta reparo desde el 31 de mayo de 2003, día de su compensación, se repite. Es que al efecto debe tomarse en cuenta que la acreedora asumió la conducta necesaria para que ello ocurriera, se reitera, no devolviendo el cheque al girador y compensando su valor con dineros que Exxonmobil resultó debiendo al agente.

Sobre el contenido y alcance del artículo 882 del Código de Comercio, es suficiente, a criterio del tribunal, la opinión que expresa el profesor Jorge Cubides Camacho en su obra Obligaciones, Universidad Javeriana, Colección Profesores, Ed. 1999, pág. 373, en la cual se lee: “Este peculiar caso de condición resolutoria —pues normalmente esta se aplica a la extinción de obligaciones y no de pagos— conlleva a nuestro juicio una alternativa a favor del acreedor: podrá, por una parte, hacer efectivo el pago de la obligación originaria o fundamental, devolviendo el instrumento impagado al deudor o asumiendo la responsabilidad por la no devolución del instrumento; o podrá, por otra parte, perseguir el pago del título valor renunciando a la condición resolutoria y considerando, claro, pagada la obligación originaria o fundamental”.

Como corolario de lo que se ha venido diciendo, el tribunal decidirá desfavorablemente a la convocante la petición sobre supuesto incumplimiento de los pagos por parte de la convocada, Muñoz Real.

IV. Entregas de combustible.

Aparece probado en varias piezas del expediente que la convocante, Exxonmobil, alegando incumplimiento del agente en pagos a su cargo se negó a despacharle combustibles, a sabiendas de que este proceder entorpecería seriamente el compromiso encomendado a Muñoz Real, de promover las ventas de productos suministrados por aquella empresa. Sobre este particular basta examinar tanto la demanda (hecho 25) como la contestación de la reconvencción (punto 5.5.).

Para decidir, el tribunal tomará en cuenta no solo la forma como se desarrolló el contrato durante su vigencia sino, además, la conclusión consignada en párrafos anteriores sobre eficacia de los pagos, en los términos del artículo 882 del Código de Comercio, para concluir igualmente que Exxonmobil no estaba autorizada para negarse a suministrar combustibles a su agente comercial.

Sin lugar a duda, la agenciada se amparó en la posibilidad prevista por el artículo 1609 del Código Civil, como forma de apremiar el pago de los despachos o la provisión de fondos para el pago de los cheques respectivos, adoptando la conducta de no despachar combustibles mientras se pagaren los saldos insolutos a cargo del agente. Este mecanismo pudo resultar procedente, en el supuesto de incumplimiento en los pagos por parte de Muñoz Real, cuestión ya descartada en los párrafos anteriores.

Veamos si, por el contrario, la conducta en cuestión pudo resultar violatoria del contrato. Sobre la norma citada se ha dicho: “... Mediante la *exceptio non adimpleti contractus*, reconocida de manera implícita por el artículo 1609 del Código Civil, cada uno de los contratantes puede negarse a ejecutar su prestación mientras no reciba la respectiva contraprestación, para llegar por ese medio a obtener que la convención se ejecute dando y dando. Por esta excepción es posible preservar el equilibrio contractual y realizar el principio de la buena fe, la noción de causa y la de móviles determinantes del acto jurídico...”. De la Vega Antonio, Derecho de Obligaciones, 4^a Edición, Temis 1986, pág. 105).

La convocante sostiene, en forma equivocada a criterio del tribunal, que se abstuvo de suministrar combustibles porque el agente se encontraba en mora. Sobre este tema es procedente traer a cuento que el pago de las entregas de combustible quedó sometido a dos procedimientos (a tres si se toma en cuenta la exigencia de cheques de gerencia, hecho 2.16 de la contestación a la demanda de reconvención) bien diferentes: el consignado en el documento que da fe del contrato y, además, el adoptado por las partes en el manejo sucesivo de las actividades propias del negocio.

Observa el tribunal que la convocante se acoge exclusivamente al texto del contrato para sustentar sus pretensiones, olvidando que el desarrollo de esta situación fue otro, tal como puede apreciarse en la relación de cheques devueltos por carencia de fondos de que trata la demanda (hecho 16) debidamente confrontada en el dictamen pericial (respuesta 16). Casi todos los cheques se consignaron por Exxonmobil en fechas posteriores a la de su entrega, a la vez que se re consignaron cuando el banco los devolvió por carencia de fondos.

Vale la pena subrayar adicionalmente que, según se encuentra acreditado, Exxonmobil despachó combustibles, en dos oportunidades diferentes, cuando la cuenta del agente registraba saldo a su cargo por una remesa anterior, situación admitida por la acreedora hasta el final de contrato el cual, dicho sea de paso, terminó por decisión de la convocada alegando incumplimiento de Exxonmobil (ver contestación a la demanda de reconvención, literal “b”).

Todo lo que se deja dicho en los párrafos precedentes no hace sino complementar la conclusión anterior de este mismo proveído, sobre no incumplimiento en los pagos a cargo de la convocada.

Consecuentemente, no es viable aceptar que en este caso pueda aplicarse el artículo 1609 del Código Civil. Si no hubo incumplimiento en los pagos, Exxonmobil no estaba autorizada para negarse a suministrar los combustibles, en la época de que trata la demanda.

De otro lado y con relación a la pretensión de la demandante en reconvención, de declarar incumplido el contrato por el no suministro oportuno de los lubricantes comprados por el agente, advierte el tribunal que la falta endilgada nunca se alegó durante la ejecución del contrato y menos se probó dentro del trámite arbitral. Además, el comportamiento de las partes evidencia que nunca hubo dicho quebranto. El dictamen pericial pone en claro que en algunos meses hubo compra de lubricantes y en otros no, pues esta posibilidad se previó en el contrato, porque en materia de lubricantes se pactó que “el agente los adquiere a título de compraventa de Mobil”. En tal sentido habrá de pronunciarse el tribunal.

V. Remuneraciones del agente: Comisión variable y comisión de venta.

Estos dos aspectos los agrupa el tribunal arbitral en una misma consideración, por estimar que la definición de uno de ellos conlleva la del otro.

Los términos contractuales básicos son:

- Operar la estación, vender combustible, encargo de Muñoz Real. Entregar en depósito al agente combustible suficiente para operar, compromiso de Exxonmobil. Cláusula segunda.
- Cada vez que Exxonmobil, reponga el inventario de combustible, el agente Muñoz Real, le entregará una suma de dinero equivalente a su venta en el surtidor, incluida la sobretasa. Cláusula 17.
- Por cada galón vendido el agente Muñoz Real, recibe una comisión de venta. Cláusula 16.
- Mensualmente el agente Muñoz Real, entregará una relación de los volúmenes de combustible vendido y los precios de venta, para que Exxonmobil, los revise y liquide la comisión. Cláusulas 10 literal ñ) y 16.

Necesariamente habrá que acudir a las cosas de la esencia del contrato de agencia comercial, entre las cuales destacamos dos: El encargo que asume el agente al tenor de las instrucciones recibidas y el derecho a su remuneración. En la tan mencionada agencia comercial entre Exxonmobil y Muñoz Real, quedó plenamente establecido que el agente opere la estación de servicios y venda productos Mobil (cláusula 2ª llamada nombramiento). De la lectura e interpretación general, de la cláusula 17, llamada de los pagos del agente a Mobil,

se establece que aquel no podía vender el combustible a precio diferente al de surtidor, porque de otra manera no tendría explicación, ni sentido, el compromiso —en este caso instrucción— de que el agente debía entregarle a Mobil una suma de dinero equivalente a la venta de la cantidad de combustible que le repone, “a precios de surtidor incluida la sobretasa”.

Este simple análisis de la cláusula 17 conlleva deducciones significativas al asunto interpretativo del contrato. Deja en claro que el agente no podía dejar para sí el producido de una venta por encima del “precio surtidor” que le pagó a Mobil en el momento en el cual este le repuso el combustible, porque precisamente el compromiso del agente, o mejor la instrucción que recibió, fue darle al agenciado una suma equivalente al combustible que vendió en el surtidor, o sea, que si el agente llegó a vender —por cualquier circunstancia— por encima del precio al cual recibió el producto, ese será entonces el “precio surtidor” que deberá entregarle a Mobil.

Si el sentido de las cláusulas debe interpretarse, unas por otras, para que produzcan el mejor efecto al contrato, según las voces de los artículos 1620/22 del Código Civil, entonces este juez arbitral encuentra que bajo tales postulados la lectura que le ha dado, a la cláusula 17 arriba expuesta, es la que mejor armoniza con la redacción contenida en las cláusulas 10, literal ñ), y 16 del mismo contrato, en donde se establece que si de la relación mensual de ventas surtidor que el agente envía a Mobil, como reporte, **tanto en volúmenes como en valores**, (resaltado del tribunal), existe diferencia entre “el precio planta” y “el precio surtidor”, llamado “margen minorista”, o sea el de venta al consumidor final, entonces” Mobil lo facturará al agente”, es decir, que deberá ser reintegrado por este al empresario agenciado. Es por ello que tanto en los testimonios, como en la prueba pericial, en este caso específico quedó establecido que no existía ninguna diferencia comercial para las partes que suscribieron el contrato de agencia, entre “precio planta” y “precio surtidor”, pues este último era el precio contractual sobre el cual versaban las instrucciones del empresario. Y tan sólidos fueron los hechos, como esta interpretación, que quedó plenamente demostrado en el experticio realizado a la contabilidad del agente, y aceptado por las partes, que Muñoz Real, no era el responsable del cobro y manejo del IVA que generaba la venta en el surtidor, sino Exxonmobil, quien lo aplicaba del “precio surtidor” que recibía del agente, pues allí estaba incluido. Por la venta del combustible también Exxonmobil era responsable del impuesto de industria y comercio.

Por definición legal y esencial del contrato de agencia comercial, el agente de manera independiente explota o promueve negocios a nombre del empresario —teniendo o no su representación (C. Co., art. 1317)—, o sea, que actúa en su calidad de agente y no de empresario, lo que le impide en este caso bajo análisis judicial, a Muñoz Real adquirir o llegar a tener la calidad de distribuidor minorista, y si no ostentó tal calidad no le asiste razón legal, lógica, ni contractual para reclamar ahora el derecho a esta remuneración, que será para el distribuidor minorista, en este caso Exxonmobil.

Esa diferencia entre precio planta, o sea precio de mayorista y precio surtidor, es decir precio de venta al consumidor, el apoderado de Muñoz Real la llama “comisión variable”, denominación caprichosa pues las partes no lo definieron de tal manera, es ajena al mismo, y por tanto no será considerada así en este análisis judicial.

El mismo contrato de agencia comercial y la ley de interpretación, no le permiten al agente Muñoz Real, tener el “margen minorista” como remuneración, según quedó explicado, además porque al operar aquel a nombre de Exxonmobil reconoció la propiedad de este sobre los combustibles que comercializaba. Tampoco quedó expresamente pactado en su texto que Exxonmobil le permitiera a Muñoz Real, tener derecho contractual sobre tal margen como remuneración, lo que le impide al tribunal deducirlo o interpretarlo válidamente de esa manera.

Llega a esta deducción el tribunal porque el margen minorista quedó dentro de las instrucciones del contrato (cláusulas 10 literal ñ) y 16) y no como remuneración, pues no de otra manera se entendería cómo, ni por qué el agente nunca lo reclamó durante la ejecución del contrato (ni en el momento de los reajustes de la comisión fija, ni tampoco lo argumentó como causal de terminación del contrato y muchos menos lo exigió en el acuerdo de finiquito del mismo), en una declarada y manifiesta conducta contractual del no ejercicio de un derecho que viene ahora a solicitar, carece por tanto de causa legal y contractual, como quedó establecido, para demandarlo a último momento por vía judicial. Mal puede el juez otorgarle un derecho sin existir causa para ello.

Ya se ha mencionado la remuneración pactada o señalada para el agente, como la segunda esencia del contrato de agencia comercial. Se encamina entonces la revisión arbitral a la primera parte de la cláusula 16, pagos a (sic) el

agente - comisión, la cual también ha sido aceptada por todos como de remuneración fija, establecida inicialmente en \$ 93 pesos por galón vendido de combustible, reajustada en dos oportunidades agosto de 2001 y marzo de 2003, llegando a \$ 155, por galón vendido, situación contractual así establecida y desarrollada que por lo tanto no requiere de ninguna otra interpretación adicional ni declaración judicial. La inconformidad alegada por el agente Muñoz Real, en su demanda en reconvención, es que además de esa comisión fija tenía derecho a otra remuneración, el “margen minorista” que reclama para sí.

El tribunal ha dejado en claro la precariedad de tal derecho, lo que de contera deja de lado la interpretación de que el precio minorista sea una remuneración adicional para el agente Muñoz Real. Así las cosas, la interpretación con mejor efecto de la parte final de la cláusula 10 literal ñ), que armoniza con la 16, es que la primera de ellas señala dos momentos. Uno, para establecer si existió diferencia entre el precio en planta y precio surtidor, para cobrarla al agente si la había. Por ello requiere que la información mensual contenga los precios de venta. Y dos, el de revisar el número de galones vendidos para establecer la comisión fija pactada a favor del agente. Por ello se exige que la información contenga el volumen mensual de ventas.

Así las cosas, Muñoz Real, agente comercial no tenía derecho a considerar el margen minorista como una remuneración a su favor por la venta de un producto, en este caso los combustibles, el cual según instrucciones debía venderlo al mismo precio que lo recibía, a nombre de su agenciado y, darle a este el producido de su encargo, situación contractual plenamente establecida que así habrá de declararla este tribunal arbitral.

Respecto al argumento de que la sola remuneración fija del contrato de agencia no era rentable y le generó cuantiosas pérdidas a Muñoz Real, quiere resaltar el tribunal, que otra sería la suerte del contrato de agencia y del agente, si dentro del término de ejecución hubiere solicitado la revisión judicial del mismo por considerar que circunstancias extraordinarias e imprevistas (restricción vehicular para transporte de servicio público, aumento del número de estaciones de servicio, incremento de ventas ilegales de combustible) le resultaban excesivamente onerosas, tal como lo contempla el artículo 868 del Código de Comercio, que es desarrollo legal de la figura doctrinal de la teoría de la imprevisión, circunstancia esta que el agente nunca la propuso y que no es posible hacerlo ahora, mucho menos que el tan referido contrato ya fue liquidado, finiquitado en sus cuentas y sobre el particular nada se dijo. Muñoz Real tenía igualmente una oportunidad contractual de manifestar su inconformidad a la remuneración según lo contempla el último párrafo de la cláusula 29.

VI. El derecho de retención y su renuncia.

Soportada en los hechos 31 y 32 de la solicitud de convocatoria, la convocante pretende se declare que Muñoz Real está en mora de restituir el combustible entregado inicialmente para entrar a operar la estación de servicio, o el valor correspondiente a dicho combustible al precio vigente al momento de la terminación del contrato, porque no se encontraba facultada para ejercer derecho de retención alguno, ya que voluntariamente había renunciado a ello. Al respecto, la parte convocada replicó que si bien era cierto que la renuncia del derecho de retención se estableció dentro de las cláusulas del contrato, esta no contemplaba la del combustible.

Observa el tribunal que el combustible fue entregado a un título inequívoco, el de depósito. De acuerdo con las normas comerciales que regulan la figura del depósito, existe derecho de retención en favor del depositario, única y exclusivamente para garantizar el pago de obligaciones dinerarias a cargo del depositante y que se encuentren directamente relacionadas con el depósito (C. Co., art. 1177).

Para pronunciarse con respecto a la pretensión formulada por Exxonmobil, ha de tener en cuenta el tribunal, básicamente los siguientes elementos:

1. El hecho de la retención.
2. La renuncia pactada de la retención.
3. Los bienes sujetos a retención.
4. El contrato de depósito del combustible, como elemento del contrato de agencia comercial.

1. La retención del combustible.

El acta de entrega del inmueble, los equipos y la estación de servicio denominada “puente aéreo” de fecha 31 de mayo de 2003 por parte de Muñoz Real a Exxonmobil en virtud de la terminación del contrato de agencia mercantil celebrado entre las partes antes señaladas, en sus cláusulas quinta, sexta y octava da cuenta de la ocurrencia de la retención de combustibles por parte de Muñoz Real en las siguientes cantidades: 17.235 galones de gasolina corriente, 5.308 galones de gasolina premium y 4.186 galones de diesel.

2. La renuncia pactada de la retención.

El contrato suscrito entre las partes en su cláusula 19 consagra una renuncia al derecho de retención que le concede la ley al agente comercial, al comodatario y al depositario así: “19. (...), pues el agente renuncia en todo caso a los requerimientos privados y judiciales y al derecho a oponerse a la cesación de este contrato mediante caución bajo la ley, según se(sic) el caso, y al derecho de retención que a cualquier título le conceden las leyes sobre el Inmueble, el equipo y la estación. A la terminación de este contrato por cualquier causa, el agente se obliga a restituir a Mobil el inmueble junto con el área de la tienda, el equipo y la estación en el mismo estado en que fue recibido, salvo el deterioro natural causado por el uso legítimo del mismo; por tanto, el agente es responsable de todo daño o pérdida del inmueble, el equipo y la estación”.

En efecto tanto el estatuto mercantil como el Código Civil contemplan esta figura de la retención de bienes como mecanismo de garantía de pago de un crédito originado en la respectiva relación contractual (llámese agencia comercial, comodato o depósito por ejemplo) a favor de una de las partes contratantes (agente, comodatario o depositario). El artículo 1326 del Código de Comercio regula la figura de la retención en el contrato de agencia comercial, ejerciéndose hasta cuando se cancele el valor de la indemnización y limitándola al monto de la misma. Este estatuto legal, en su artículo 1177, hace lo pertinente con respecto al contrato de depósito comercial, para garantizar el pago de las sumas líquidas que le deba el depositante, relacionadas directamente con el depósito.

En tratándose del depósito propiamente dicho regulado por el Código Civil, los artículos 2258 y 2259 se refieren a la misma materia, autorizando el derecho de retención, solo en razón de las expensas para la conservación de la cosa, que probablemente hubiera hecho el depositante teniéndola en su poder, y por perjuicios derivados del depósito. En cuanto al contrato de comodato el mismo Código Civil en sus artículos 2207, 2216, 2217 y 2218 reglamentan lo concerniente a la retención del bien, consintiéndola mientras se efectúa la indemnización por las expensas para la conservación de la cosa o por los perjuicios ocasionados por la mala calidad o condición del objeto prestado.

Ahora bien, es bien sabido que nuestro ordenamiento legal autoriza la renuncia de derechos expresamente consagrados por la ley, como lo establece el artículo 15 del Código Civil, con la sola limitante que no esté prohibida su renuncia y que la misma no contravenga el orden y las buenas costumbres (C.C., art. 16).

3. Los bienes sujetos a retención.

Al tenor de la cláusula que consagra la renuncia al derecho de retención, el tribunal observa que en desarrollo de los distintos negocios jurídicos contenidos en el contrato suscrito por las partes (agencia comercial, comodato, depósito, suministro) la renuncia recae sobre el derecho de retención del inmueble, de los equipos y de la estación. El inmueble y los equipos fueron entregados al agente a título de comodato de conformidad con las cláusulas 1ª y 6ª del contrato. La estación de servicio “puente aéreo” es el objeto del encargo materia del contrato de agencia comercial suscrito por las partes para que sea operada a nombre de Mobil (hoy Exxonmobil) por el agente Muñoz Real en el inmueble ya comentado. Se trata entonces de un bien, establecimiento de comercio de propiedad de la convocante, distinto del inmueble y de los equipos dados en comodato, que se entiende a la luz del artículo 516 del Código de Comercio integrado por distintos bienes, derechos y obligaciones, entre los cuales se cuentan “las mercancías en almacén o en proceso de elaboración, los créditos y los demás valores similares” (C. Co., art. 516, num. 3º).

El Decreto 1521 de 1998, “por el cual se reglamenta el almacenamiento, manejo, transporte y distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo, estaciones de servicio” define estación de servicio como un

“establecimiento destinado al almacenamiento y distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo y/o gaseosos, excepto gas licuado de petróleo (GLP), para vehículos automotores, a través de equipos fijos (surtidores) que llena directamente los tanques de combustible...”. De lo cual se concluye obviamente que la mercancía principal de dicho establecimiento es el combustible, que fue entregado al agente en depósito de acuerdo con la cláusula 1ª del contrato.

Con base en las anteriores consideraciones el tribunal entiende que cuando el agente Muñoz Real acordó mediante cláusula expresa renunciar al derecho de retención de la estación, ello comprende todos los bienes, derechos y obligaciones que la conforman, entre los cuales tiene especial significación la mercancía “combustible”, elemento consubstancial de la operación de la misma estación de servicio, bien que fue entregado a título de depósito por Exxonmobil al agente Muñoz Real.

Si examinamos el tema siguiendo al efecto las enseñanzas del profesor Arturo Valencia Zea (Derecho Civil, tomo II, págs. 559 y ss.) tendremos que llegar entre otras, a las siguientes conclusiones respecto del derecho de retención:

— Constituye un derecho real de prenda. “Es el derecho de retener una cosa a un acreedor para que este cumpla una obligación en los casos en que no puede realizarse la compensación” como medio de pago (op. cit., pág. 560).

— Se traduce en el retardo de la entrega de la cosa, cuando existe una causa justa.

— Implica un acto unilateral de quien lo ejerce.

La legislación colombiana carece de lo que podría llamarse la tipificación del derecho de retención, pese a que lo autoriza en varias disposiciones: artículos 970, 971, 1746, 2218, 2417 numeral 2º del Código Civil; 1177, 1326 del Código de Comercio, entre otras.

Con todo, los tratadistas explican la naturaleza de esta figura como una modalidad específica de la “excepción de contrato no cumplido” de que trata el artículo 1609 del Código Civil, pues la presentan como la respuesta de quien se encuentra obligado a restituir una cosa que tiene a título precario, cuando a la vez es acreedor de quien tiene derecho a recibir ese mismo bien, por concepto de expensas o recompensas generadas por el manejo y administración de este. El tenedor asegura así el pago del crédito a su favor.

A esta altura del debate no se trata de definir si existe o no el derecho de retención a favor de Muñoz Real. Lo que se afirma es que tal prerrogativa fue renunciada expresamente cuando se dijo en la estipulación 19 del contrato traído al expediente que el agente “... renuncia en todo caso. ... al derecho de retención que a cualquier título le concedan las leyes sobre el inmueble, el equipo y la estación...” (transcripción parcial).

Dejando de lado el aspecto que hace relación al tratamiento jurídico especial dado por las partes a los combustibles (entregados en depósito y no en comodato) y considerando, como ya lo hemos expresado, que la gasolina forma parte integrante de la estación de servicio, cabe preguntarse si el derecho de retención es renunciable al momento de contratar o solo puede prescindirse de él después de que se haya hecho uso de esta prerrogativa.

Como se verá en el capítulo dedicado a las excepciones propuestas, en los escritos de contestación de las demandas, de convocatoria y de reconvenición, aquellas pueden estar constituidas por hechos impeditivos o por hechos extintivos del derecho que se reclama por el actor, por la convocante o por la convocada, en este caso.

Al respecto, el maestro Valencia Zea señalaba “Se estima que este mismo fundamento prevalece en el derecho moderno, para el cual el ejercicio del derecho de retención constituye una simple excepción, lo que es válido para la constitución del derecho que no dispone de acción alguna. En efecto, la retención debe ser alegada en el momento en que la otra parte reclama la cosa que se le debe, y se hace valer como consecuencia natural de la acción que se ejerce contra el deudor de una cosa y a fin de enervar la efectividad de la acción, mientras al que retiene la cosa no se le cancele un crédito” (Derecho Civil, tomo II, Derechos reales, Edit. Temis, 1967, pág. 528). Este pensamiento fue recogido en el artículo 92 numeral 3º del Código de Procedimiento Civil que señala que la contestación de la demanda contendrá “las excepciones que se quieran proponer contra las pretensiones del demandante, salvo las previas, y la alegación del derecho de retención si fuere el caso”.

Enfocada como queda la cuestión, el tribunal estima que el derecho de retención no puede renunciarse *a priori*, por constituir una excepción de mérito cuya existencia no nace (ni muere) por voluntad de las partes.

En el caso que nos ocupa, la excepción de contrato no cumplido, que se sustenta en un hecho de los llamados extintivos, debe ser examinada y decidida judicialmente en cuanto a su procedencia, como ocurriría con la excepción de pago, o con la de prescripción.

El maestro Valencia Zea al referirse al tema expresaba: “Debemos examinar si la ley trata de desarrollar algún principio general, o si arbitrariamente ha resuelto otorgar la retención en unos casos concretos, de suerte que si la ley no la otorga, debe entenderse que no existe el derecho. Característica fundamental del pensamiento del hombre civilizado, es el exigir que las leyes tengan una razón de ser, es decir, que tengan una causalidad adecuada, pues, de lo contrario, la ley representaría un acto arbitrario. En consecuencia, podemos anticipar que las aplicaciones que la ley hace del derecho de retención, están lejos de representar actos arbitrarios o acomodaticios; en otras palabras, que la ley no se fundamenta en sí misma, sino en un principio superior capaz de reducir a unidad congruente y racional los diversos casos de retención. Este principio superior es el de la equidad entendida en el sentido de igualdad de condiciones para las personas que son mutuamente deudoras y acreedoras. Es absurdo jurídico “que quien tiene un derecho contra una persona y además una cosa de ella, si esta cosa le puede asegurar la realización de aquel derecho se la entregue quedándose, o pudiendo quedarse burlado””.

Para efectos de acoger la norma aplicable al asunto materia de la pretensión séptima (derecho de retención) de la convocante, el tribunal, tal como lo ha expresado anteriormente, entiende que los diversos negocios jurídicos comprendidos en el contrato suscrito por las partes no pueden considerarse independientes y autónomos (comodato, depósito) sino que todos ellos están destinados a facilitar la ejecución del encargo contenido en el contrato de agencia comercial celebrado. Por lo cual serán las disposiciones legales que regulan la agencia mercantil las que el tribunal aplicará de preferencia. De tal suerte que el derecho de retención sobre los bienes del empresario, que para el caso que nos ocupa recayó sobre el combustible, fue ejercido no en el evento que le permite el contrato de depósito, sino en aplicación de los derechos que le privilegia el de agencia comercial (C. Co., art. 1326).

Y si en gracia de discusión aceptáramos que fuese viable la renuncia del derecho de retención consagrado legalmente, dentro del marco conceptual de la autonomía de la voluntad privada, principio rector de nuestro ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre los particulares, quienes pueden hacer todo aquello que no les esté prohibido, con el único dique de no desconocer normas imperativas o de orden público, cabría preguntarse si tal renuncia sería válida frente a una terminación abusiva o injusta del contrato por la parte favorecida con la renuncia pactada, cuando además el hecho se cumple dentro de la ejecución de un contrato de adhesión.

Al respecto también es importante mencionar que aun en los contratos de adhesión la autonomía de la voluntad ha tenido pleno reconocimiento, con pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia cuando dice: “Para que un acto jurídico productivo de obligaciones constituya contrato, es suficiente que dos o más personas concurren a su formación, y poco importa que, al hacerlo, una de ellas se limite a aceptar las condiciones impuestas por la otra; aun así, aquella ha contribuido a la celebración del contrato, puesto que voluntariamente ha aceptado, habiendo podido no hacerlo... Es claro que si la adhesión de una parte a la voluntad de la otra basta para formar el contrato, todas las cláusulas del mismo se deben tener como queridas y aceptadas por el adherente” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de diciembre de 1970. Magistrado ponente: Guillermo Ospina Fernández).

Y algunos tratadistas consideran las cláusulas de renuncia de derechos como cláusula de no responsabilidad, las cuales tienen la virtualidad de limitar o reducir el régimen de responsabilidad consagrado por la ley, cuando esta misma no lo prohíba. Así lo ha aceptado la doctrina y la jurisprudencia. Basta citar sobre esta materia los comentarios del profesor Jorge Suescún: “Pero, entre tanto, en el estado actual de nuestro derecho, debe admitirse que las cláusulas de reducción, limitación y exoneración de responsabilidad son plenamente válidas —en los contratos en los que el legislador no las prohíba— en lo relativo a incumplimiento de obligaciones contractuales generado por culpa leve o levísima del deudor. Esta conclusión es inatacable, por cuanto la ley (C.C., art. 1522) prohíbe solamente la condonación futura del dolo, al cual se asimila la culpa grave, de manera que se entiende que

dicha condonación futura es plenamente válida para la culpa leve y la levísima, ya que el deudor seguirá siendo responsable por el incumplimiento debido a su protuberante falta de cuidado, de diligencia y previsibilidad, o debido a su mala fe” (Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Jorge Suescún Melo. Cámara de Comercio de Bogotá. Universidad de los Andes. 1996). En aplicación de esta corriente del pensamiento jurídico se podría concluir que si por convención se puede modificar el alcance legal de la responsabilidad de los contratantes, la renuncia de un derecho consagrada en una cláusula contractual está autorizada por la ley, con las restricciones antes comentadas.

Y en el caso que nos ocupa la ley no ha prohibido la renuncia del derecho de retención la cual no podría calificarse como contraria al orden público y las buenas costumbres, pues se realiza en consideración al interés individual del renunciante.

Frente al inequívoco hecho de la renuncia a ejercer el derecho de retención sobre los bienes y valores del empresario que se hallen en poder o a disposición de Muñoz Real, el tribunal ha de considerar además la circunstancia de que en tratándose de un contrato de adhesión, la aplicación del principio de la buena fe que informa la celebración y ejecución de los contratos se hace más exigente (C Co., art. 871 y C.C., art. 1603), y debe medir el alcance de las responsabilidades de los contratantes en el suceso de la terminación del convenio bilateral.

La ley define los límites de la responsabilidad en que puede incurrir el deudor en función de la utilidad o provecho que obtenga del contrato (C.C., art. 1604). Si este último se ha celebrado “para beneficio recíproco de las partes” los contratantes responderán hasta de la culpa leve en caso de incumplir sus compromisos, es decir si no han obrado con la “diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios” (C.C., art. 63). Y cuando la relación bilateral se desarrolla entre comerciantes, la evaluación de sus conductas se realizará teniendo como patrón de referencia el comportamiento que hombres de negocios prudentes, dedicados a la misma actividad y enfrentados a iguales circunstancias, hubiesen asumido.

4. El contrato de depósito del combustible, como elemento del contrato de agencia comercial.

En capítulo anterior el tribunal definió que el agenciado Exxonmobil había dado origen a la terminación del contrato de agencia mercantil sin justa causa, al no suministrar combustible a su agente para poder cumplir el encargo al que se comprometió: vender combustibles a terceros. Dicho incumplimiento necesariamente ocurrió por negligencia, descuido o imprudencia de Exxonmobil, es decir a título de culpa. Al analizar la conducta del agenciado, conocedor de las condiciones del contrato suscrito entre las partes que incorporaba la renuncia del derecho de retención, entre otros bienes del combustible, el no suministro del mismo representaba una situación de privilegio para Exxonmobil frente a su contratista, al no poder este último, en principio, retener algún bien o valor del agenciado para proteger un crédito que pudiese haber surgido en desarrollo del contrato en contra del agenciado. De ahí que de acuerdo con el concepto del profesor Guillermo Ospina Fernández el tribunal entiende que se configuró un abuso del derecho, el cual “consiste en el ejercicio del mismo sin la prudencia y cuidado propios de una persona diligente y cuidadosa” (Derecho Civil — Obligaciones. Folleto 1. Guillermo Ospina Fernández. Pontificia Universidad Javeriana. 1970, pág. 60). Abuso que se consolidaría con el ejercicio del derecho a la aplicación de la cláusula de renuncia al derecho de retención, colocando a su cocontratante en situación de desventaja, generando un desequilibrio evidente entre las partes. De ahí que el tratadista Felipe Vallejo García haya afirmado: “Si se demostrare que el empresario revocó el contrato por justa causa o que el agente comercial lo terminó abusivamente (sin mediar incumplimiento del empresario), toda retención es abusiva y el agente resulta obligado a indemnizar los perjuicios ocasionados al empresario” agregando “si el juez califica de abusiva o injusta la terminación del contrato, difícilmente sostendrá la cláusula de renuncia. La culpa grave del empresario deja sin efectos la estipulación” (El Contrato de Agencia Comercial, Felipe Vallejo García. Legis Editores S.A., 1999, págs. 103-104, 118). Es decir si media una conducta abusiva en cabeza de uno de los contratantes de la agencia mercantil, quien haya incurrido en la misma debe indemnizar a la otra por los perjuicios causados. Y si también se convino la renuncia del derecho de retención por parte del agente, el agenciado no podrá prevalerse de dicha circunstancia para asegurar los efectos de su comportamiento abusivo.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia ha reiterado la existencia de un abuso, cuando con base en el poder de negociación, quien establece los términos y condiciones que el otro acepta, aprovecha para sí, por acción o por

omisión, algunas estipulaciones en detrimento del equilibrio contractual. “Y un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, lo suministra el ejercicio del llamado “poder de negociación” quien encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso una oposición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación” (Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, 19 diciembre 1994, expediente 3972, magistrado ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss, proceso de Sociedad Constructora Arinco Ltda. contra Corporación Popular de Ahorro y Vivienda Corpavi).

El tribunal, bien considerando que el derecho de retención es irrenunciable por constituir una excepción de mérito, ora aplicando la teoría del abuso del derecho, aunque fuese viable mediante convención renunciar al citado derecho, ha de denegar la pretensión de la convocante de declarar incumplido a Muñoz Real por haber retenido el combustible entregado originalmente en depósito o el valor del mismo al precio vigente en el momento de la terminación del contrato.

El tribunal considera improcedente hacer condenación al pago de la multa pedida por la convocante (petición 9 de la solicitud de convocatoria) como consecuencia de la conclusión establecida en los párrafos anteriores. Por lo que hace a la liquidación y pago de intereses moratorios, se adoptarán las medidas que correspondan, toda vez que las dos partes quedan obligadas a pagar recíprocamente las sumas que se indicarán en la parte resolutive.

VII. Faltantes de combustible en depósito.

La parte convocante en su petición inicial solícita la declaración de mora de Muñoz Real con respecto de la obligación pactada en el parágrafo de la cláusula 17 del contrato, que consagra que a la terminación del mismo, el agente deberá acreditar el pago del valor del combustible entregado a la iniciación del contrato, al precio vigente. Igualmente solícita la declaración de la obligación de entregar dicho combustible. La parte convocada controvierte la pretensión de Exxonmobil aduciendo que tal parágrafo reseña prestaciones a las cuales se obligaba el agente al finiquito del contrato, pero que no estipula renuncia alguna a la retención del combustible (punto 34 de la contestación), y continua sustentando diciendo que no puede predicarse incumplimiento por parte de Muñoz Real por la retención del combustible, ya que está ejerciendo una facultad legal, cual es el derecho de retención, para garantizar obligaciones que a la fecha están pendientes de pago por parte de la convocante.

Precisa “Jamás ha negado la convocada que el combustible sea de Exxonmobil, simplemente lo ha retenido, en virtud de que no existe ni prohibición legal ni contractual para ello”.

El tribunal considera que sin mayores prolegómenos y con base en lo ya analizado en lo que se refiere al derecho de retención del combustible, se debe denegar la pretensión de la convocante (Nº 6) de declarar en mora a Muñoz Real por la no restitución del combustible originalmente entregado por parte del agenciado, del cual se precisan las siguientes cantidades, calidades y precios, a 30 de mayo de 2003:

Combustible	Galones	Precio unitario	Valor total
Gasolina corriente	17.235	\$ 3.968	\$ 68.388.480
Gasolina extra	5.308	\$ 5.130	\$ 27.230.040
Diesel (ACPM)	4.186	\$ 2.749	\$ 11.507.314

Y en cuanto a la pretensión 8 de declarar que Muñoz Real está obligada a restituirle a Exxonmobil el combustible inicialmente entregado para entrar a operar la estación de servicio o su valor al precio vigente al momento de la terminación del contrato, el tribunal la concederá sometida a la compensación que resultare de las condenas recíprocas, de acuerdo con lo pedido.

VIII. Metas de ventas mínimas.

La parte convocante solicita la declaración de incumplimiento de Muñoz Real de la obligación pactada en la cláusula 19, literal g) del contrato, referida a la venta como mínimo de un volumen mensual de 138.413 galones de combustible, durante toda la vigencia del contrato. Aduce la convocante que el incumplimiento en las ventas mínimas ha sido sostenido desde enero de 2002 con un decrecimiento cada vez mayor, hecho que además acredita el quebranto de la obligación de promover las ventas.

La parte convocada controvierte la pretensión, afirmando que dicho incumplimiento no fue jamás alegado por Exxonmobil y que, por el contrario, siempre tuvo conocimiento de la misma y lo consintió. Que esto se debió a situaciones tales como la apertura de varias estaciones de servicio en el área de influencia de la estación, la implantación de la restricción vehicular del pico y placa, la ampliación de dicha medida al servicio público y la pérdida de clientes importantes.

El tribunal para pronunciarse con respecto a la pretensión formulada por Exxonmobil ha de tener en cuenta básicamente los siguientes elementos:

1. La cláusula contractual que comprende la obligación del agente comercial Muñoz Real de cumplir una meta de ventas mínimas (cláusula 19 literal g)), que reza lo siguiente: “Si el agente no vende 138.413 galones mensuales de combustible y no le compra a Mobil, 100 galones mensuales de lubricantes, el contrato terminará, excepto si a juicio de Mobil las condiciones del mercado han cambiado”.
2. El dictamen pericial rendido en lo concerniente a las ventas mensuales de combustibles efectuadas en la estación ubicada en la avenida El Dorado N° 97-60 de Bogotá, D.C. por la sociedad Muñoz Real, como agente comercial de Exxonmobil según contrato reconocido ante Notario el 6 de julio de 2000.
3. Los testimonios rendidos, entre otros, por los señores Mauricio Andrés Pachón Vargas y Héctor Mario Martínez, representantes de Exxonmobil, y por el señor Julio César Muñoz.

La prueba pericial indica que Muñoz Real vendió un volumen menor a 138.413 galones mensuales durante varios períodos (fl. 334 del dictamen pericial).

Los testigos Mauricio Andrés Pachón Vargas y Héctor Mario Martínez, representantes de Exxonmobil al ser indagados sobre el asunto en cuestión, expresaron lo siguiente:

“Dr. Falla: ¿Mobil estaba de acuerdo con los volúmenes de venta de la estación?

Sr. Pachón: Nosotros sabemos que las estaciones se están viendo afectadas en Bogotá por la inversión de la competencia en combustibles.

Dr. Falla: Después de la entrega de la estación por parte de Muñoz Real ¿cuál es el comportamiento en las ventas?

Sr. Pachón: “Desafortunadamente siguen bajando” (testimonio Mauricio Andrés Pachón Vargas, fl. 504, cdno. de pruebas).

(...).

“Dr. González: En respuestas que ha dado a las preguntas que le han formulado ha mencionado que el mercado de venta de combustible y en particular de Exxonmobil ha disminuido en términos generales y que para el caso específico de la estación puente aéreo operada por Muñoz Real también se ha dado ese fenómeno de disminución de..., bajo ese conocimiento entendió Exxonmobil que la causal de terminación del contrato de agencia comercial por no vender el volumen de galones mensuales pactados en el contrato no podía darse de acuerdo con la cláusula 19.

Sr. Pachón: Asumo que es la cláusula de volumen de...

Dr. González: La cláusula g) (sic) literal g).

Sr. Pachón: Nosotros tomamos ahí la excepción. Nosotros no tenemos ninguna objeción al volumen comprado ni

que lo haya comprado un tercero” (testimonio Mauricio Andrés Pachón Vargas, fl. 505 del cdno. de pruebas).

“Dr. Laverde: Y en el caso específico de la estación puente aéreo ¿qué paso?”

Sr. Martínez: Se la entregamos a la compañía operadora y esa estación no se ha cerrado aún está trabajando común y comente y la compañía operadora la está trabajando sin problema.

Dr. Laverde: ¿El volumen de ventas es satisfactorio?

Sr. Martínez: Está dentro del volumen para el área comercial, sí. Nosotros somos conscientes que el volumen si ha bajado, pero sí es satisfactoria la operación” (testimonio Héctor Mario Martínez, fl. 475 del cuaderno de pruebas).

Y el señor Mauricio Pachón agregó:

“... las ventas de Exxonmobil de Colombia han bajado un 20%, hay territorios que se ven más afectados que otros (...). Todas las entradas por Fontibón o Engativá, Suba, Usme, están llenas de centros ilícitos de combustible en donde una casa en un garaje encuentras un surtidor y te venden por encima del sofá” (fls. 495 y 496 del cdno. de pruebas).

Por su parte el testigo Julio César Muñoz, que actuó como representante legal de Muñoz Real durante la ejecución del contrato, manifestó lo siguiente:

“Cuando abrieron las estaciones del sector y decretaron el pico y placa yo tenía un potencial de clientes muy grande en lo que era el servicios de taxis del aeropuerto, de hecho ellos fueron clientes míos hasta cuando decretaron el pico y placa del servicio público, que ahí se me recortó: abrieron una estación de Texaco, en lo que se llama en el argot de las estaciones el corredor vial, situación por la cual perdí clientes, las ventas se fueron para abajo, pues si antes con 148 de promedio, con lo que yo ganaba no me daba, con menos ventas pues mucho peor...

Además de eso Engativá se volvió centro de las estaciones de servicio ilegales, yo me quejé mucho porque ellos nunca tomaron una acción real y verídica para que cerraran esas estaciones que me perjudicaron muchísimo en el servicio público y comenzó la debacle (...)” (fl. 389 del cdno. de pruebas).

El tribunal al apreciar las pruebas practicadas a la luz del contenido de la cláusula 19 literal g) del contrato suscrito entre las partes, observa que aunque el agente Muñoz Real en varios períodos mensuales no alcanzó la cantidad de 138.413 galones de combustibles estipulados en la cláusula citada, tal situación fue reconocida por Exxonmobil como un cambio en las condiciones del mercado, razón por la que eximió a Muñoz Real del cumplimiento exacto de la meta de ventas mensuales contenida en el contrato.

Con base en lo anterior el tribunal, sin necesidad de definir el alcance de la obligación contraída en el sentido de si se trata de una obligación de medio o de resultado ateniéndose a lo probado y al contenido de la cláusula 19 literal g), decide que no debe prosperar la pretensión segunda en lo que se refiere al incumplimiento del contrato señalado en los numerales 38 y 39 de los hechos de la demanda de convocatoria.

IX. Prueba de perjuicios.

En la demanda de reconvención se pretende el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de agencia mercantil, causados a Muñoz Real. En consecuencia, probado como quedó el incumplimiento del contrato de agencia por parte de Exxonmobil en lo relacionado con su compromiso de suministrar combustible, lo que necesariamente conduce a la legitimación para que el agente Muñoz Real diera por terminado el contrato por justa causa imputable al empresario, y por ende el derecho que le asiste de solicitar la indemnización (la cual según el Código Civil comprende tanto daño emergente como lucro cesante art. 1613), llamada por la ley comercial equitativa, fijada por peritos, como una retribución a su esfuerzo en la labor encomendada, se tiene que el experticio dio como resultado una indemnización de \$ 18.208.894, no controvertida por las partes y discriminada así: lucro cesante \$ 9.834.009; gastos de publicidad \$ 1.152.426 y liquidación de personal \$ 7.222.459, como daño emergente, la que será reconocida y decretada por el tribunal.

En lo que tiene que ver con la indemnización del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio por la

liquidación del contrato de agencia, la misma resulta impróspera por cuanto el mencionado derecho indemnizatorio le fue cancelado al agente en el acuerdo de liquidación y dentro de este trámite arbitral no se reconocen sumas adicionales a favor del agente.

X. Las excepciones.

Como es sabido, el demandado dentro de una determinada actuación judicial, en un proceso concretamente, puede presentar excepciones y defensas en general, entendiendo las primeras como hechos que enerven la demanda o hechos que extingan el derecho. Las defensas se reducen generalmente a la negativa de los hechos que sirven al actor para fundamentar su pretensión.

Bien puede suceder que el demandado demuestre que el derecho pretendido por el actor nunca nació a la vida jurídica o que, por otro lado, habiéndose generado por la ley o por el contrato, ya no es posible su reconocimiento por haberse producido algún hecho que lo hace desaparecer. En esta última eventualidad podría pensarse en la excepción de pago o bien en la de contrato no cumplido que son situaciones extintivas de la pretensión.

Las argumentaciones presentadas en relación con las demandas objeto de examen contienen las siguientes excepciones de mérito: pago, propuesta por la convocante; contrato no cumplido, compensación y derecho de retención, formuladas por la convocada.

Los demás argumentos de las partes en este mismo sentido no constitutivos de excepción, vendrían a ser defensas que, como tales, hacen relación a situaciones puntuales contenidas en los hechos de la demanda, constituyendo así elementos examinados y considerados igualmente en este laudo.

La excepción de pago consiste en que Exxonmobil canceló el 31 de mayo de 2003 la indemnización prevista en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, según la liquidación consignada en el acta de entrega de la estación, es cuestión que el tribunal tiene por probada, pues no queda duda de que Exxonmobil cumplió cabalmente su compromiso frente a Muñoz Real, tomando en cuenta la presentación que, para ese momento reflejaba su contabilidad. Solo que la misma acta contiene salvedades que apuntan a indemnizaciones no contempladas dentro de los guarismos que rigieron la contabilidad de Exxonmobil hasta el último momento del negocio.

Por estas consideraciones el tribunal declarará probada la excepción de pago propuesta por la convocante, para el ítem de que trata el inciso primero del artículo 1324 ya comentado.

En lo que hace a las excepciones de contrato no cumplido por falta de suministro de parte de Exxonmobil y legitimidad del derecho de retención ejercido por Muñoz Real sobre elementos recibidos en calidad de depósito, cuya procedencia ha de decidirse favorablemente, fueron examinadas en capítulos anteriores.

De otro lado, respecto a la excepción de compensación, la misma se aplicará como consecuencia de los derechos y condenas que se llegaren a reconocer en este laudo, derivadas de la viabilidad del derecho de retención por parte del agente y la existencia de créditos a cargo de la depositante Exxonmobil que reconoce el tribunal. Así las cosas, se harán las siguientes compensaciones:

— El valor correspondiente a la indemnización a favor del agente que asciende a la suma de \$ 18.208.894, será compensado en la misma suma, con el valor que tenía el combustible retenido con corte a mayo 30, día de la liquidación del contrato.

— En lo relacionado con el valor de las condenas que se decretarán, las mismas también serán objeto de compensación según se dirá en la parte resolutive.

XI. Indexación de sumas a pagar.

Sobre el valor del remanente de combustible una vez efectuada la compensación de que trata el punto anterior —que deberá ser devuelto por el agente que lo retuvo— se aplicará la indexación o actualización monetaria de acuerdo con el índice de precios al consumidor desde el primero de junio de 2003, hasta el día de ejecutoria del

presente laudo, a fin de mantener el valor constante del precio de combustible, que para efectos de su devolución debía ser el del día de la liquidación del contrato.

D. Decisión

El tribunal de arbitramento legalmente habilitado e instalado para dirimir las diferencias entre Exxonmobil de Colombia S.A. y Muñoz Real y Cía. Ltda., en su doble condición de demandantes y demandados recíprocamente, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. En cuanto a las excepciones de mérito propuestas por la convocada Muñoz Real y Cía. Ltda. contra las pretensiones de la solicitud de convocatoria:

1. DECLÁRANSE probadas las excepciones de contrato no cumplido, la del ejercicio del derecho de retención y la de compensación, en los términos que se indican en este laudo arbitral.
2. Los demás aspectos formulados impropriamente en el capítulo de las excepciones, se consideran como simples defensas cuyo examen se encuentra consignado a lo largo del presente laudo.

Segundo. Por lo que hace a las excepciones de mérito propuestas por Exxonmobil de Colombia S.A., contra las pretensiones de la demanda de reconvención:

1. DECLÁRANSE probadas las distinguidas con los números 5.2 y 5.3, relativas a la inexistencia de remuneración adicional o complementaria, consideradas por este tribunal como falta de causa, así como la del número 6, sobre pago, en los términos que se indican a continuación.
2. Los demás aspectos formulados impropriamente en el capítulo de las excepciones, se consideran como simples defensas cuyo examen se encuentra consignado a lo largo del presente laudo.

Tercero. Por cuanto hace a las pretensiones formuladas por la parte convocante Exxonmobil de Colombia S.A.:

1. NIÉGANSE las pretensiones contenidas en los números 1 a 7, lo mismo que la distinguida con el número 9.
2. En cuanto a la pretensión del número 8, en relación con la entrega de combustible o su equivalente en dinero efectivo, por parte de Muñoz Real y Cía. Ltda., la convocante tiene derecho a su reintegro parcial en las condiciones que se indican en el punto quinto subsiguiente.

Cuarto. Por cuanto hace a las pretensiones formuladas por Muñoz Real y Cía. Ltda., como parte demandante en reconvención:

1. DECLÁRASE que entre las sociedades Exxonmobil de Colombia S.A., antes Mobil de Colombia S.A. y Muñoz Real y Cía. Ltda., se celebró el contrato de agencia comercial contenido en el documento reconocido ante Notario en julio 6 de 2000, con las modificaciones de agosto de 2001 y marzo 3 de 2003, para la operación de estación de servicio ubicada en la avenida El Dorado N° 97-60 de Bogotá, D.C.
2. DECLÁRASE igualmente, que el empresario agenciado Exxonmobil de Colombia S.A., incumplió el mencionado contrato de agencia comercial, al no suministrar el combustible al agente Muñoz Real y Cía. Ltda., el 24 de mayo de 2003, según lo expuesto en la parte motiva.
3. DECLÁRASE que el agente Muñoz Real y Cía. Ltda., tiene derecho a la indemnización por la terminación del contrato de agencia mercantil, por causa imputable al empresario agenciado, de que trata el artículo 1324 del Código de Comercio, inciso segundo.
4. Como consecuencia de las declaraciones anteriores se CONDENA a la sociedad Exxonmobil de Colombia S.A., a pagar a Muñoz Real y Cía. Ltda., las siguientes sumas de dinero:

4.1. Por concepto de la indemnización según la estimación hecha por la perita, de acuerdo con lo pedido en los

puntos 8 y 9 del escrito de reconvencción y lo dicho en la parte motiva de esta providencia \$ 18.208.894.

La anterior suma será objeto de compensación entre las partes.

5. DENIÉGANSE las demás pretensiones contenidas en la demanda de reconvencción en los puntos tercero, cuarto, sexto y séptimo. Así como la pretensión segunda, en lo referente a la entrega del valor de la diferencia entre precio surtidor y precio planta de abastos, para liquidar la remuneración variable, el pago de la remuneración variable y el suministro oportuno de lubricantes, según lo dicho en la parte motiva de este laudo.

6. DENIÉGASE la indexación pedida por sustracción de materia, debido a la compensación.

Quinto. Compensación: Con los dineros retenidos por Muñoz Real y Cía. Ltda. por concepto de venta de los combustibles, a fecha mayo 30 de 2003, esto es \$ 107.125.834, procederá la compensación por concepto de la indemnización de \$ 18.208.894, quedando a esa misma fecha un saldo a favor de Exxonmobil de Colombia S.A. por \$ 88.916.940.

La anterior suma deberá ser indexada desde el primero de junio de 2003 hasta el día de la ejecutoria del presente laudo, de acuerdo con el índice de precios al consumidor (IPC) y se pagará dentro de los cinco (5) días siguientes. A partir del vencimiento de dicho plazo se causarán intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida, hasta el día de su pago.

Sexto. Costas y agencias en derecho: CONDÉNASE a las partes al pago de las costas de este arbitramento incluidas las agencias en derecho, en las siguientes proporciones: 90% a cargo de la convocante y demandada en reconvencción, y 10% a cargo de la convocada y demandante en reconvencción.

Las agencias en derecho se estiman en la suma de \$ 7.000.000.

En virtud de lo señalado en estas condenas, por costas y agencias en derecho, a Exxonmobil de Colombia S.A. le corresponde la suma de \$ 33.702.750 y a Muñoz Real y Cía. Ltda. la suma de \$ 3.744.750 de acuerdo con el detalle siguiente:

Honorarios de árbitros	\$ 20.865.000
Honorarios de secretario	\$ 3.477.500
Gastos de administración centro	\$ 1.855.000
Protocolización, registro y otros	\$ 2.000.000
Gastos de pericia	\$ 250.000
Honorarios perita	\$ 2.000.000
Agencias en derecho	\$ 7.000.000

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que las partes depositaron en la oportunidad legal correspondiente los honorarios y gastos de funcionamiento del tribunal, y habiendo igualmente pagados en la proporción correspondiente los gastos y honorarios de la pericia, es claro que Exxonmobil de Colombia S.A. deberá pagar la suma de \$ 18.479.000 a título de costas y agencias en derecho a Muñoz Real y Cía. Ltda. a partir de la ejecutoria de esta providencia. Esta suma también podrá ser compensada como se ha indicado, una vez realizada la indexación de que trata el punto quinto.

Séptimo. Se ordena a la secretaría del tribunal entregar a cada una de las partes copia auténtica de esta providencia.

Octavo. Se ordena a la secretaría del tribunal remitir copia de esta providencia al centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para sus archivos.

Noveno. Se ordena protocolizar el expediente en una Notaría del Círculo de Bogotá, una vez se encuentre en firme el laudo arbitral.

Décimo. La presidencia del tribunal entregará el saldo de honorarios a los árbitros y al secretario y rendirá cuentas a las partes.

Notifíquese y cúmplase.

Fabio Silva Torres, presidente—*Enrique Laverde Gutiérrez* y *Carlos González Vargas*, árbitros.

Luis Eduardo Gutiérrez Acevedo, secretario.
