

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**

**BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A.**

**CONTRA**

**INVERSIONES EL MIRADOR DE LA CRUZ Y CIA S. EN C.  
Y HELIO CRUZ RÍOS**

**LAUDO ARBITRAL**

Bogotá, D.C., Tres (3) de julio de dos mil doce (2012)

El Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir en derecho las controversias jurídicas suscitadas entre BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A., como convocante, e INVERSIONES EL MIRADOR DE LA CRUZ Y CIA S EN C. y HELIO CRUZ RÍOS, como convocados, profiere el presente laudo arbitral después de haberse surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, Decreto 2651 de 1991, Ley 446 de 1998, Código de Procedimiento Civil y en el Reglamento de Procedimiento del Centro y Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con lo cual decide en forma definitiva la controversia jurídica de que da cuenta la demanda y los escritos de contestación a la misma.

**CAPITULO PRIMERO**

**ANTECEDENTES**

**1.- Partes y representantes.**

La parte convocante en el presente proceso es BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A [en adelante BIOMAX], sociedad comercial debidamente constituida y

domiciliada en la ciudad de Bogotá. Se encuentra legalmente representada por JUAN DAVID PEÑA URIBE, de conformidad con el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, obrante a folios 14 a 17 del Cuaderno Principal No.1 del expediente y estuvo debidamente representada por el apoderado judicial que designó, a quien se le reconoció personería para actuar en el presente proceso de conformidad con el poder obrante a folio 13 del mismo cuaderno principal.

La convocada está integrada por INVERSIONES EL MIRADOR DE LA CRUZ Y CIA S. EN C [en adelante EL MIRADOR], sociedad comercial debidamente constituida y con domicilio principal en la ciudad de Armenia y representada legalmente por HELIO CRUZ RÍOS, socio gestor, de conformidad con el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (Certificado Nacional), obrante a folios 18 a 20 del Cuaderno Principal No.1. Igualmente la convocada está integrada por el señor HELIO CRUZ RÍOS, mayor de edad y domiciliado en Armenia, quien así mismo comparece al proceso a título personal. En este proceso los convocados actúan por intermedio de apoderada judicial constituida mediante los poderes que obran a folios 137, 146 y 154 del mismo Cuaderno Principal, a quien se le reconoció personería para actuar en el presente proceso.

## **2.- El pacto arbitral.**

El pacto arbitral que sirve de fundamento al presente proceso se encuentra contenido en la cláusula Vigésima del documento privado denominado “Oferta Mercantil No.0071/07 Combustibles Líquidos Derivados del Petróleo” de fecha 27 de agosto de 2007, obrante a folios 1 a 9 del Cuaderno de Pruebas No. 1. La cláusula compromisoria en comento es del siguiente tenor:

**“VIGÉSIMA: CLÁUSULA COMPROMISORIA:** *Salvo los procesos de ejecución, en caso de presentarse algún tipo de desacuerdo, cualquiera de las Partes estará obligada, en primera instancia, a solicitar a la otra la solución directa del mismo. A tal efecto, la Parte que considere que existe un desacuerdo notificará de éste a la otra Parte dentro de los veinte (20) días siguientes a la ocurrencia o verificación del mismo, con el fin de que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la notificación, las partes se reúnan para resolver por vía amigable, y dentro de un plazo*

*de veinte (20) días hábiles, el desacuerdo en cuestión. Una vez vencido este plazo, sin que se haya logrado un acuerdo, se deberá recurrir a la figura de la conciliación, la cual se tramitará ante el Centro de Arbitraje y/o Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En caso de que se declare fracasada la Conciliación, que no exista ánimo conciliatorio o que se llegue a acuerdos parciales, las partes deberán acudir inmediatamente al ARBITRAMIENTO, exceptuando los procesos ejecutivos, las diferencias que se presenten entre las partes por razón de este Contrato y que no puedan ser resueltas por ellas mismas, serán obligatoriamente sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento compuesto por tres árbitros designados por el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; salvo que las diferencias a dirimir no superen un monto de cien salarios mínimos legales mensuales, vigentes, caso en el cual las partes designarán de mutuo acuerdo, un solo Arbitro, con el fin de reducir los costos del proceso. El tribunal de arbitramento funcionará en y bajo las reglas y tarifas del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y proferirá su fallo en derecho.”*

### **3.- Convocatoria del Tribunal, designación de los árbitros y etapa introductoria del proceso.**

La integración del Tribunal de Arbitramento convocado, se desarrolló de la siguiente manera:

**3.1.-** La demanda fue presentada junto con todos sus anexos el día 4 de abril de 2011 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien en desarrollo de las disposiciones procesales correspondientes y del pacto arbitral invitó a las partes al sorteo público de designación de árbitros, el cual se realizó el día 26 de abril de 2011, habiendo quedado integrado finalmente el Tribunal por los árbitros CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS, GABRIEL IBARRA PARDO y FRANCISCO MORRIS ORDOÑEZ, quienes de manera oportuna manifestaron por escrito su aceptación.

**3.2.-** Cumplido lo anterior, el día 14 de junio de 2011, se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento, en donde se designó al Doctor HENRY SANABRIA SANTOS como Secretario, quien manifestó oportunamente su aceptación y tomó posesión del cargo de acuerdo con lo señalado por el artículo 20 del Decreto 2279 de 1989. En esa misma audiencia se fijó como sede del Tribunal y de su Secretaría las instalaciones del Centro

de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. (Fls. 130 a 131 C. Principal No.1)

**3.3.-** En esa audiencia, el Tribunal admitió la demanda y ordenó correr traslado de ella a la parte convocada por el término legal de diez días.

**3.4.-** El día 29 de junio de 2011, la parte convocada recibió notificación personal del auto admisorio de la demanda a través de su apoderada judicial. (Fl. 138 C. Principal. No. 1).

**3.5.-** De manera oportuna los integrantes del extremo convocado dieron contestación a la demanda a través de apoderada judicial, aceptando algunos hechos y negando otros, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y formulando excepciones de mérito. En los correspondientes escritos de contestación se solicitó el decreto y práctica de pruebas. (Fls. 139 a 155 del C. Principal No.1).

**3.6.-** Surtido el traslado de las excepciones de mérito por el término y mediante el sistema de fijación en lista de que trata el artículo 108 del C. de P.C., la parte convocante BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A., guardó silencio frente a dichos medios exceptivos.

**3.7.-** Mediante auto del 22 de agosto de 2011, el Tribunal citó a las partes y a sus representantes a la audiencia de conciliación prevista por el artículo 432 del C. de P.C., señalándose que en caso de que no se transigiera sobre la totalidad del litigio, el Tribunal en esa misma audiencia procedería a fijar las sumas correspondientes a honorarios y gastos.

**3.8.-** El representante legal y socio gestor del extremo convocado HELÍO CRUZ RÍOS, mediante correo electrónico remitido el 30 de agosto de 2011, manifestó no tener los recursos económicos para trasladarse a la ciudad de Bogotá y asistir a la audiencia, por lo cual solicitó se fijara nueva fecha para la realización de la misma.

**3.9.-** Mediante auto del 31 de agosto del 2011, el Tribunal accedió a la solicitud formulada por el extremo convocado y, en consecuencia, señaló nueva fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de conciliación y/o fijación de honorarios.

**3.10.-** Dicha audiencia se llevó a cabo el día 6 de septiembre de 2011, y teniendo en cuenta que la parte convocada no asistió a la audiencia, el Tribunal dio por clausurada la etapa de conciliación y, en consecuencia, fijó las sumas por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, así como de funcionamiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, rubros que fueron pagados en forma oportuna por la parte convocante en su totalidad. (Fls. 167 a 170 del C. Principal No.1).

#### **4.- Primera audiencia de trámite, etapa probatoria y alegaciones finales.**

**4.1.-** El día 20 de octubre de 2011, se llevó a cabo la primera audiencia de trámite (Fls. 184 a 193 del C. Principal No.1), donde luego de dar lectura al pacto arbitral y a las cuestiones sometidas a arbitraje, el Tribunal asumió competencia para tramitar y decidir el litigio sometido a su conocimiento, providencia que cobró ejecutoria y firmeza, señalándose por las partes su conformidad con la misma. Por tal razón, en esa misma audiencia, siguiendo el trámite previsto en la Ley, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes en la demanda, en la contestación, en las correspondientes réplicas y demás oportunidades consagradas por el ordenamiento procesal, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

**4.1.1.-** Se recibieron los testimonios de JAVIER PLATA BLANCO, GERMÁN ARANGO FLÓREZ, NATALIA HELENA MONTOYA GÁLVIS y RAÚL ANTONIO DÍAZ MALDONADO. Las declaraciones de estos testigos fueron grabadas en medio magnetofónico y luego de ello se realizó la transcripción de las mismas; de las transcripciones se corrió traslado a las partes en la forma prevista en el artículo 109 del C. de P.C., quienes guardaron silencio.

**4.1.2.-** Los representantes legales de las partes absolvieron los interrogatorios de parte mutuamente formulados.

**4.1.3.-** La sociedad convocante exhibió a través de su representante legal documentos solicitados por el extremo convocado.

**4.1.4.-** Se decretó la práctica de un dictamen pericial contable a cargo de GLORIA ZADY CORREA PALACIO, perito que oportunamente tomó posesión del cargo y rindió su peritaje, dictamen que fue objetado por el extremo convocado.

**4.1.5.-** Se libraron Oficios con destino a la Superintendencia Financiera de Colombia, a la Notaría 53 del Círculo de Bogotá y al Juzgado de Montenegro, Quindío, los cuales fueron respondidos oportunamente.

**4.1.6.-** Teniendo en cuenta que las pruebas fueron decretadas, practicadas y recaudadas en su totalidad y agotada por lo tanto la etapa de instrucción del proceso, el Tribunal señaló el 29 de febrero de 2012 para celebrar la audiencia final de alegaciones, durante la cual la parte convocante expuso verbalmente sus conclusiones y entregó una versión escrita de la intervención oral efectuada. La parte convocada no asistió a la audiencia, pero previamente remitió por escrito su alegato de conclusión, el cual se ordeno incorporar a los autos (Fls.281 a 289 del C. Principal).

**4.1.7.-** En ejercicio de sus poderes y facultades oficiosas en materia de pruebas, mediante auto del 5 de marzo de 2012 el Tribunal dispuso como prueba que estimó necesaria, oficiar al Ministerio de Minas y Energía con el fin de que dicha entidad remitiera con destino al proceso la copia del acto administrativo por medio del cual se autorizó a la sociedad Inversiones El Mirador de la Cruz & Cía. S. en C, para llevar a cabo, a través de la Estación de Servicio Automotriz denominada “El Mirador de Pueblo Tapao” la actividad de distribución minorista de combustibles líquidos derivados del petróleo, junto con las pruebas allegadas por dicha entidad ante el organismo de control competente, con el objeto de demostrar la existencia y vigencia del contrato de

suministro con un distribuidor mayorista, en los términos previstos en el Art. 21, Ord. A, núm. 8º, del Decreto 4299 de 2005. Igualmente se le pidió certificar si a la fecha, la autorización en referencia conserva vigencia o, en caso contrario, las circunstancias que determinaron su expiración, cancelación o revocación.

Vista la respuesta del Ministerio de Minas y Energía -Dirección de Hidrocarburos- de cuyo contenido da cuenta el oficio obrante a fls. 345 a 350 del cuaderno principal del expediente, por auto de 16 de marzo de 2012 se ordenó requerir a dicha Oficina administrativa para que remitiera la información solicitada por el Tribunal, requerimiento al cual se le dio contestación mediante un segundo oficio en el cual se acompañó copia de la oferta mercantil 071 de 2007 de la empresa Biocombustibles S.A, indicando que la misma se aportó dentro del trámite correspondiente a una investigación administrativa que a la fecha adelanta el Ministerio contra la estación de servicio “El Mirador de Pueblo Tapao” [Fls. 352 y ss, ib.].

#### **5.- Término de duración del proceso.**

El término de duración del presente proceso, al tratarse de un arbitraje institucional, por mandato del artículo 14 del Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, es de seis meses, como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto, término cuyo cómputo inicia a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, esto es, el día 20 de octubre de 2011 (Fls. 184 a 193 del C. Principal No.1), y que de oficio puede ser prorrogado por decisión de los árbitros con sujeción a los límites temporales previstos en la misma disposición reglamentaria recién citada. En consecuencia, el plazo para proferir la decisión habría de finalizar el 20 de abril de 2012, mas sin embargo, por auto proferido el pasado 16 de marzo del año en curso [Acta 10], providencia debidamente notificada a las partes, se prorrogó el término de duración del proceso por tres meses adicionales. Ello implica que el término de duración del presente proceso va hasta el 20 de julio de 2012.

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

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA**

#### **1.- Las pretensiones objeto de la demanda incoada.**

Las pretensiones de la parte convocante fueron formuladas en el libelo en los siguientes términos:

#### **“PRETENSIONES**

*PRIMERA- Que en virtud de la aceptación de la oferta mercantil hecha por los demandados, entre estos y mi mandante se celebró un contrato de suministro regulado por las condiciones contenidas en la oferta de fecha 27 de agosto de 2007 y, en lo no previsto en ellas, por las normas pertinentes del Código de Comercio.*

*SEGUNDA- Que se declare que los demandados incumplieron el referido contrato de suministro.*

*TERCERA- Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a los demandados a pagar a la sociedad Biocombustibles S.A. la indemnización de perjuicios causados por su incumplimiento en la cuantía que resulte probada en el proceso junto con los correspondientes intereses comerciales de mora, desde la época de la causación de los perjuicios hasta el momento en que se realice el pago.*

*CUARTA- En subsidio de la pretensión anterior que se condene a los demandados al pago actualizado o corregido monetariamente (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero), de las sumas que resulten a su cargo desde la época de la causación de los perjuicios hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, y que adicionalmente se ordene pagar intereses legales sobre el monto de perjuicios ya actualizado y para el mismo periodo.*

*QUINTA- Que se condene a los demandados a cumplir dentro los ocho días siguientes a la ejecutoria del laudo con las obligaciones a su cargo que tienen su fuente en el contrato de suministro.*

*SEXTA- Que en el evento de que los demandados no cumplan con las prestaciones a su cargo dentro del término fijado en el laudo, se les condene a pagar todos los perjuicios causados a mi mandante*



*con su inejecución, en la cuantía que se establezca en el correspondiente proceso.*

*SÉPTIMA- Que si hubiere oposición se condene a los demandados al pago de las costas judiciales.”*

## **2.- Los hechos de la demanda.**

Los hechos que sustentan las pretensiones transcritas son, en síntesis, los siguientes:

**2.1.** - BIOMAX es una sociedad legalmente constituida que tiene como objeto social, entre otras actividades, la distribución mayorista de combustibles líquidos derivados del petróleo, a través de plantas de abastecimiento a otros distribuidores mayoristas, a los minoristas o al gran consumidor.

**2.2.** - Por su parte EL MIRADOR es igualmente otra sociedad mercantil que tiene por objeto social, entre otros, la explotación y compra y venta de gasolina o gas y su explotación a través de estaciones de servicio.

**2.3.** - El 27 de agosto de 2007 BIOMAX por intermedio del señor Germán Arango Flórez, apoderado general de tal sociedad, hizo al señor Helio Cruz Ríos, en su propio nombre y en su calidad de socio gestor de Inversiones El Mirador de la Cruz & Cía., propietaria de la estación de servicio “El Mirador del Pueblo Tapao”, una oferta mercantil para el suministro de gasolina motor, extra, diesel corriente (ACPM) y diesel ecológico (ACEM).

**2.4.** - La oferta fue aceptada expresamente por los destinatarios mediante documento de fecha 28 de agosto del año 2007.

**2.5.** - Con la oferta hecha por el demandante y su correspondiente aceptación por parte de los demandados, se perfeccionó entre las partes un contrato de suministro, regulado por las condiciones contenidas en la oferta de fecha 27 de agosto de 2007 y, en lo no previsto en ellas, por las normas del Código de Comercio.

**2.6.** -. De la referida oferta mercantil aceptada por los demandados, puede destacarse lo siguiente:

**2.6.1.** - La vigencia inicial de la oferta fue de doce (12) años “*contados a partir de la fecha de entrada en operación de las estación de servicio debidamente adecuada*”, siempre que la oferta fuera aceptada o, por el tiempo necesario para adquirir 4’320.000 galones de combustible, siempre que este lapso no fuere inferior a 10 años (cláusula undécima).

**2.6.2.** - La cantidad mínima del suministro ofrecido fue de treinta mil (30.000) galones mensuales y un total de cuatro millones trescientos veinte mil (4’320.000) galones durante el término antes señalado.

**2.6.3** - Para el caso de que el destinatario no cumpliera con la compra del volumen esperado antes de que espirara el término de vigencia de la oferta, el negocio jurídico se prorrogaría por el término que fuera necesario hasta completar tal volumen (cláusula 3.2).

**2.6.4.** - Si el destinatario cumplía con la adquisición de los volúmenes de combustible acordados antes de cumplirse el término de diez (10) años, seguiría comprando todo el combustible líquido derivado del petróleo que requiriera vender en la estación de servicio “Pueblo Tapao”.

**2.6.5.** - BIOMAX se obligó a entregar al destinatario -y en efecto entregó- como inversión para que este finalizara las adecuaciones necesarias para el correcto funcionamiento de la estación de servicio, las siguientes sumas de dinero: Cuarenta millones de pesos (\$40’000.000.00) el 15 de septiembre de 2007 y dieciocho millones de pesos (\$18’000.000.00) el ocho de marzo de 2008.

Tal inversión pasaría a ser propiedad del destinatario una vez se comprara el volumen total de cuatro millones trescientos mil galones (4’300.000).

**2.6.6.** - Para la estimación de la indemnización de perjuicios causados con ocasión de los volúmenes dejados de comprar, se acordó un mecanismo en el contrato (cláusula decima cuarta).

**2.6.7.** - Como causales de terminación del negocio jurídico se consagraron: el mutuo consentimiento de las partes, el incumplimiento por parte del destinatario de cualquiera de las obligaciones a su cargo o por expiración del término de vigencia de la oferta.

**2.6.8.** - La cláusula vigésima estableció alternativas de solución de las diferencias que se presentarán entre las partes, tales como el arreglo directo y la conciliación, que ya fueron agotados; ésta última se surtió el 20 de agosto de 2010 ante el centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá y fracasó por falta de acuerdo conciliatorio.

**2.7.** - De acuerdo a los registros contables de la parte demandante, la estación de servicio denominada “El Mirador del Pueblo Tapao” reportó el siguiente volumen de compras: en el año 2007 treinta y cinco mil trescientos sesenta y ocho (35.368) galones y en el 2010 treinta y siete mil setecientos setenta y nueve (37.779) para un total de trescientos treinta y dos mil quinientos veintitrés (332.523) galones.

**2.8.** -. En el mes de mayo de 2010 la sociedad convocada dejó de adquirir el combustible a que se había obligado con mi mandante de conformidad con el contrato de suministro celebrado con aquella.

**2.9.-** La parte demandante ha cumplido estrictamente con las obligaciones a su cargo que tienen su origen en el contrato de suministro.

**2.10.-** Los demandados, a su turno, han observado conducta absolutamente contraria, incumpliendo las obligaciones a su cargo, obligando a BIOMAX a presentar la demanda que consta en este escrito, con el fin de obtener judicialmente el resarcimiento de los perjuicios a la que tiene derecho.

**2.11.** - El contrato celebrado por las partes se encuentra en vigor y resulta vinculante para la parte demandada.

### **3.- La contestación de la demanda.**

Según se relató en el capítulo de antecedentes, el extremo convocado integrado por EL MIRADOR y el señor HELIO CRUZ RÍOS, dio oportuna contestación a la demanda, oponiéndose las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. Formuló las siguientes excepciones de mérito: “Inexistencia del Contrato” e “Incumplimiento Contractual”.

Para el extremo demandado, el hecho de que el señor Germán Arango Flórez fuese mandatario o apoderado especial de la parte demandante solamente para concretar y concluir negocios en los Departamentos del Valle del Cauca y Cauca, pero no en el Departamento del Quindío, trae como consecuencia que la oferta mercantil formulada por él en el presente asunto carece de eficacia comercial por ausencia de capacidad jurídica. Por ello, consideran los demandados que el contrato es inexistente y las pretensiones de la demanda deben ser denegadas.

Así mismo, se afirma que, en caso de considerarse que el contrato sí se perfeccionó, el mismo contiene cláusulas leoninas y abusivas, como aquellas que únicamente le permiten a BIOMAX terminar unilateralmente el contrato cuando se presente incumplimiento de los demandados, pero no le permiten a éstos hacer lo mismo si es que la convocante fuera quien incumpliera el contrato.

Y precisamente afirman que la sociedad convocante fue quien incumplió el contrato al no remitir oportunamente y en las cantidades solicitadas, con los pedidos de combustibles realizados por los convocados.

Por todo lo anterior, solicitan que se declaren probadas las excepciones, se nieguen las pretensiones de la demanda y se condene a la parte demandante al pago de Trescientos Millones de Pesos (\$300.000.000,00), por perjuicios

derivados de la no provisión de combustible desde junio de 2010; así mismo, se condena a la convocante al reconocimiento y pago de los perjuicios derivados por el pago de salarios y empleados permanentes que se tiene para la vigilancia de la estación de servicio.

### **CAPITULO TERCERO**

#### **PRESUPUESTOS PROCESALES Y FUNDAMENTOS DEL LAUDO.**

En primer lugar, en cuanto al presupuesto procesal conocido con el nombre de “demanda en forma”, el líbello genitor de este arbitraje reúne los requisitos formales establecidos en la Ley, tal y como lo señaló el Tribunal en el auto admisorio de la demanda, sin que la parte demandada haya cuestionado tal decisión ni haya alegado defectos formales de aquél.

En segundo lugar, en cuanto al presupuesto formal de la competencia del Tribunal para resolver el litigio que aquí se ventila, es pertinente repetir y ratificar lo expresado y decidido en la primera audiencia de trámite sobre este particular, actuación en la cual, frente a las afirmaciones del extremo demandado en cuanto a la inexistencia, inoponibilidad o ineficacia del negocio jurídico, se señaló que de conformidad con lo previsto por el parágrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998, *“La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del Tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente”*, lo cual significa que con independencia de las alegaciones y discusiones acerca de la capacidad jurídica que tenía el mandatario Germán Arango Flórez para formular la oferta mercantil cuya aceptación formalizó el contrato y obligar a BIOMAX, lo cierto es que la cláusula compromisoria allí incorporada es autónoma e independiente de su existencia y validez, y permite por consiguiente al Tribunal pronunciarse en este laudo acerca de las controversias contractuales que se han planteado.

Finalmente, en lo que toca con los presupuestos procesales de la capacidad para ser parte y para comparecer al proceso, el Tribunal los encuentra satisfechos en cuanto tanto demandante como demandados son personas con plena capacidad jurídica al tenor de lo previsto por el artículo 44 del C. de P.C.; así mismo, en cuanto las sociedades que en este proceso han actuado, se observa que han concurrido a través de sus representantes legales debidamente constituidos.

Por cuanto de lo anterior se sigue que la relación procesal existente en el presente caso se configuró regularmente y que en el desenvolvimiento de la misma no se incurrió en defecto alguno que, por tener la trascendencia legalmente requerida para invalidar en todo o en parte la actuación surtida y no encontrarse saneado, imponga darle aplicación al Art. 145 del c de P.C, corresponde ahora decidir sobre el fondo de la controversia sometida a arbitraje con sujeción a los extremos que la delimitan según han quedado ellos reseñados, finalidad en cuya virtud son conducentes las siguientes,

### **CONSIDERACIONES:**

#### **I - LA SUPUESTA OBJECION AL DICTAMEN PERICIAL.**

Ante todo y por cuanto se trata sin lugar a dudas de una prueba de particular relevancia en la especie de autos como habrá de verse a lo largo de las consideraciones que siguen a continuación, es menester dejar sentado que en estricto rigor, no ha existido objeción por error grave idónea en punto de descalificar, en todo o en parte, el mérito demostrativo intrínseco de la experticia elaborada por la perito Gloria Zady Correa Palacio, obrante a fls. 184 a 207 del cuaderno de Pruebas 1 del expediente.

En efecto, la parte demandada en su escrito de objeción afirmó que el reproche contra el dictamen se fundamenta en que *“el cálculo del lucro cesante se hace con base en la oferta mercantil No. 071 del 27 de agosto de 2007, mientras que la oferta mercantil aceptada por el señor Helio Cruz Ríos, socios gestor de Inversiones El Mirador de la Cruz S. en C., es la oferta*

*mercantil No. 066 del 27 de julio de 2007, como consta en el documento anexo a esta comunicación y el cual reposa en el expediente de este proceso”.*

Observa el Tribunal que en el mencionado escrito no se cumple con la exigencia contenida en el numeral 5 del artículo 238 del C. de P.C., toda vez que no se precisa ni singulariza un error de gran trascendencia y notoriedad que traiga como consecuencia que las conclusiones a las que se llegó en el dictamen sean equivocadas, sino que simplemente se censura la experticia por cuanto, en sentir de la parte objetante, los cálculos de las sumas correspondientes al lucro cesante se hacen con apoyo en un negocio jurídico supuestamente diferente al que es materia del presente proceso, lo cual no es cierto, habida cuenta que, revisada la experticia advierte el Tribunal que todos los cálculos, operaciones, comprobaciones y conclusiones que allí se incorporan están exclusivamente referidos al negocio jurídico nacido de la Oferta Mercantil de fecha 27 de agosto de 2007, identificada con el número 0071, que es precisamente el negocio jurídico sobre el cual ha girado la controversia ventilada en este proceso arbitral.

En consecuencia, para el Tribunal lo expresado en el escrito obrante a fl. 249 no constituye una verdadera objeción por error grave, toda vez que en el mismo no existe el señalamiento y, mucho menos, la demostración de un verdadero yerro en el que haya incurrido la perito y, por consiguiente, la objeción habrá de ser negada, siendo claro para el Tribunal que el dictamen se encuentra debidamente sustentado, fundamentado y constituye un medio de prueba pertinente, útil y con suficiente mérito demostrativo.

## **II - EL HECHO NEGOCIAL OBJETO DE CONTROVERSIA.**

1 . Por cuanto quedó visto, a propósito de la reseña efectuada líneas atrás, que el contenido del litigio por las partes sometido a arbitraje en el proceso del rubro gravita en lo esencial alrededor de la responsabilidad contractual que, pretende la sociedad demandante, se declare que les es atribuible a los demandados por causa del incumplimiento en que incurrieron respecto de obligaciones por ellos contraídas en virtud del contrato de suministro de

combustibles líquidos, derivados del petróleo, “...regulado por las condiciones contenidas en la oferta de 27 de agosto de 2007 y, en lo no previsto por ellas, por las normas pertinentes del Código de Comercio...”, y en la medida que, por sabido se tiene, la justificación de la responsabilidad en mención supone por definición el reconocimiento de la existencia de un contrato válido cuya fuerza vinculante es quebrantada por la falta de cumplimiento ante la cual, valga recordarlo, el ordenamiento legal propende, en tanto hecho antijurídico causante de daño al contratante acreedor y a la vez subjetivamente imputable al deudor, a satisfacer no sólo la prestación a cargo de este último sino también a procurar la reparación íntegra del primero, se hace necesario comenzar por establecer la presencia de este presupuesto en el presente caso, con mayor razón si se advierte que la parte convocada categóricamente la niega al proponer en sendos escritos de contestación visibles a fls. 139 a 153 del cuaderno principal del expediente, la excepción de mérito que en ellos se denominó “Inexistencia del Contrato”.

En efecto, sostienen al unísono los demandados, fundamentando en ello la referida excepción, que la oferta mercantil 0071/07 de venta –Suministro y Abanderamiento- de combustibles, realizada por BIOMAX al MIRADOR en las condiciones que da cuenta el documento privado de fecha 27 de agosto de 2007 aportado con la demanda [Fls. 1 a 8 del cuaderno 1 de Pruebas del expediente], es inexistente y por lo tanto carece de “...*validez alguna*...”, en cuanto quien la suscribió en nombre de la sociedad proponente, no estaba facultado para hacerlo toda vez que “...*su jurisdicción*...” era exclusiva en los departamentos del Cauca y Valle del Cauca, no así en el Quindío, tal como se desprende del poder otorgado mediante la E.P 4010 de 31 de agosto de 2006 de la Notaría 53 de Bogotá D.C que en copia obra igualmente en los autos [Cfr. Fls. 19 a 27 ib.]. En consecuencia, dicen los excepcionantes, “...*el elemento esencial en este caso es la no presentación de la oferta por parte de su representante legal, lo cual indica que esta nunca nació a la vida jurídica, ya quien lo firmó era un colocador de oferta y no tenía las potestades esenciales para suscribir ese contrato de oferta (sic)*...”, por lo que, agregan, resulta imposible “...*que nacieran obligaciones derivadas de un acto que jurídicamente es inexistente*...”, esgrimiendo en estos términos una



argumentación defensiva que, además de imprecisa puesto que al parecer confunde el acuerdo contractual con la oferta que a su formación conduce una vez producida la oportuna e incondicional aceptación del destinatario, es manifiesta su carencia de fundamento en la medida que desconoce, como enseguida pasa a verse, tanto el Art. 2186 del C. Civil como el Art. 844 del C. de Com.

**A .** Por obra de una posición jurisprudencial firmemente consolidada en el país durante siete décadas cuando menos [Cfr. G.J, T. XLVII p.80, y N. 2142 p. 851, entre otras], hoy en día se tiene por sabido que en los casos en que se configura la llamada “Falta de Representación” por defecto o extralimitación del correspondiente poder que habría de constituirla, eventualidad que como lo puntualiza la doctrina [Cfr. Fernando Hinestrosa. La Representación, Cap. XXIII, N, 2] abarca todas aquellas hipótesis en que para el efecto o en la circunstancia específicos “...*el agente actúa (...) diciéndose representante pero sin legitimación: sea porque nunca la ha tenido, sea porque habiéndola tenido la perdió, sin que importe el motivo de la pérdida o cancelación, sea en fin, porque teniéndola no es suficiente, incluyendo dentro del concepto de insuficiencia cualquier extralimitación de poder...*”, los actos de significación comercial en cuya celebración o ejecución llegare a presentarse esta anomalía en cualquiera de las formas apuntadas, si bien ella no es obstáculo para el perfeccionamiento de los mismos, sin embargo tales actos han de tenerse en principio como ineficaces “...*medio tempore...*”, o por mejor decirlo con eficacia en suspenso, pendientes de que la eventual ratificación del supuesto representado ocurra, considerándose al propio tiempo que la gestión desplegada en el entretanto por el sedicente representante cabe encuadrarla “...*dentro de los márgenes de la agencia oficiosa (Art. 2148 del C. Civil), en la medida de la ´utilitas´ de aquella...*” [Fernando Hinestrosa. Op. Cit, p.397].

En síntesis, lo que podría llegar a darse en el caso de ocurrir la representación sin poder, específicamente en la modalidad de extralimitación de las funciones del mandatario puesta de manifiesto en actuaciones excesivas no ratificadas por el mandante, tiene dicho de vieja data la jurisprudencia, es una mera agencia oficiosa que obliga al interesado ante terceros, cuando la gestión

redunda en provecho de este o ha sido ratificada, y en los demás casos se trata de actos cuyos efectos no le son oponibles, “...es decir de actos que en relación con él son ineficaces e inexistentes...”, frente a los cuales, por lo tanto, no está obligado en modo alguno “...a demandar la nulidad absoluta, mucho menos la relativa, de los negocios llevados a cabo por el mandatario fuera de las pautas del respectivo poder...”, bastándole tan sólo no prestarles su consentimiento, teniendo en cuenta desde luego que, por definición y como asimismo lo hace ver la jurisprudencia, “...la inoponibilidad no conduce a la desaparición del negocio sino que neutraliza la producción de los efectos del mismo en frente de alguien, todo bajo el entendido de que su validez entre las partes es incontrovertible. En este caso, el negocio es en sí mismo válido pero es la expansión de sus efectos propios la que se ve disminuida ante quienes, de otro modo, serían sus destinatarios naturales. O lo que es igual, la inoponibilidad hace siempre relación a alguien que por determinadas circunstancias, suscitadas en su propia génesis, no es afectado por el negocio. Pero como éste, entre quienes le dieron origen, no tiene ningún reproche, sigue siendo válido y por ende eficaz. Lo que se desea poner de relieve es cómo, ante el representado, el acto que excede los poderes que ha otorgado no lo afecta...” [C.S.J, Cas. 30 de Nov. 1994, Exp.4025, no publicada].

En otras palabras, de conformidad con el principio general de obligatoriedad de los contratos válidamente perfeccionados, así ellos estén momentáneamente desprovistos de los efectos finales que les son propios en tanto la producción de estos últimos dependa del advenimiento de una “conditio iuris”, hay lugar a decir, así entendidas las cosas, que si bien es verdad que el contrato celebrado por un agente sin poder adolece de ineficacia al no ser oponible frente al representado quien, como consecuencia de una actuación de esa índole, resulta ser víctima de una intromisión abusiva en su esfera jurídica y por consiguiente le asiste la facultad de alegarla cuando fuere de su interés hacerlo, es lo cierto también que la susodicha ineficacia, circunscrito su alcance en la forma vista, no autoriza en modo alguno al tercero contratante, mientras no se produzca la ratificación, a desentenderse unilateralmente del vínculo contractual válidamente perfeccionado y cuyos efectos finales, según se dejó precisado, se encuentran en suspenso; en

espera de que aquél decida si ratifica, o no lo hace, la gestión por él no autorizada y llevada a cabo por el falso representante –falsus procurator- en su nombre, enseña la doctrina [Cfr. Giuseppe Stolfi. Teoría del Negocio Jurídico, Cap. IX Num. 57], “...*el negocio representativo se encuentra en estado de pendencia, ya que aun no se sabe si el consentimiento fue legítimamente manifestado, y por ello la eficacia del acto se halla en suspenso. Esto implica que el tercero contratante y el ‘falsus procurator’ pueden en el tiempo intermedio, por mutuo acuerdo, rescindir el vínculo, no uno de los dos unilateralmente, porque el acto no se halla en trance de constitución, sino que ya fue definitivamente concertado, si bien con la esperanza de ser ratificado y, por lo tanto, no puede declararse ineficaz sino por mutuo disenso...*”, lo que lleva a concluir que la eventual ratificación es de suyo ajena a la estructura del negocio representativo en cuestión cuya fuerza vinculante, completa y perfecta desde que ha sido celebrado, se mantiene entre el agente y el tercero en espera de la manifestación de voluntad del ratificador mediante la cual acepte en su ámbito patrimonial, apropiándose las retroactivamente, las consecuencias de la actuación realizada por el dicho agente, de suerte que, como lo expresan igualmente los expositores [Cfr. C. Massimo Bianca. Derecho Civil, 3. El Contrato, Cap. 2º, N. 49], “...*con la ratificación –que no es confirmación ni tampoco convalidación de actos imperfectos anulables o rescindibles, valga subrayarlo- el representado no celebra un nuevo contrato con el tercero ni estipula el contrato ya estipulado por el representante. La voluntad de quien ratifica esta dirigida más bien a aceptar la actuación del falso representante y por tanto a conferirle aquella posición de legitimación ...(este último)...debió haber tenido al momento de estipular el negocio...*”.

Importa, pues, hacer énfasis en la genuina significación jurídica sustancial predicable de la ratificación a que hace referencia el Art. 2186 del C. Civil, conceptuada esta –poniéndolo en palabras de la Corte Suprema de Justicia [Cas. 24 de agosto de 1938, atrás citada]- como “...*el medio normal de que las consecuencias de un negocio jurídico, perfecto en sus otros aspectos, realizado por un gestor de negocios, se produzcan en el patrimonio del dueño del negocio, al cual eran ajenas hasta entonces...*”. Mediante ella, que en tesis general puede ser expresa –consistente en cuanto tal en una declaración

unilateral recepticia frente al tercero contratante del legitimado para ratificar- o tácita –emergente en este caso de una conducta concluyente de similar configuración recepticia desplegada por ese mismo sujeto legitimado-, el negocio contractual, concertado para este último sin poder, entonces se hace suyo, consolidándose retroactivamente, al ponerse de manifiesto por cualquiera de estas dos maneras legalmente admisibles, su conformidad con la actuación que a su nombre realizó el sedicente representante, asumiendo por contera las consecuencias vinculantes que para aquél de dicho negocio han de seguirse, es decir que tales consecuencias *“...se verifican directamente en la esfera jurídica del representado como si este hubiese concedido con anterioridad la autorización representativa. Según una conocida fórmula, el negocio concertado para el ‘dominus’ deviene negocio del ‘dominus’, y ello tiene lugar no desde el momento en que se declara la ratificación, sino desde que el negocio ratificado se concertó: Así como el representado hace suya tal como es la declaración de voluntad emitida por el gestor frente al tercero, la producción de sus efectos no puede separarse del momento en que tuvieron lugar, dejando a salvo los derechos de terceros...”* [Giuseppe Stolfi, Op. Cit. p.250], postulados de doctrina suficientemente claros en los que sin duda se apoya el texto del Art. 844 del C. de Com.

**B .** De las consideraciones precedentes se siguen razones de peso para desestimar por falta de fundamento la excepción de “Inexistencia del Contrato” hecha valer por la parte convocada en el presente proceso arbitral. En síntesis, son ellas las siguientes:

( i ) Aceptando apenas en gracia de avanzar en el análisis que por motivo de la delimitación territorial del apoderamiento contenido en la Escritura Pública 4010 de 31 de agosto de 2006 otorgada en la Notaría 53 de Bogotá, efectivamente el mandatario Germán Arango Flores, al suscribir y darle curso a la Oferta mercantil 0071/07 de suministro de combustibles líquidos derivados del petróleo fechada el 27 de julio de 2007 dirigida al MIRADOR, desbordó la autorización representativa mediante dicho poder conferida por BIOMAX, la falta de representación de tal forma configurada en el supuesto, hipotético también, de que esta última entidad no hubiere ratificado dicha gestión por su

naturaleza equiparable a la agencia oficiosa, no le es dado alegarla a los excepcionantes con el ostensible propósito de pretender, con sorprendente desparpajo, evadir la fuerza obligatoria del vínculo contractual de cuyo incumplimiento los hace civilmente responsables la demanda.

( ii ) Tiene origen este vínculo en un contrato de suministro completo y debidamente perfeccionado como consecuencia de la aceptación de la Oferta en mención por su destinatario, ocurrida la primera el 28 de agosto de 2007 [Cfr. F. 9 del cuaderno 1 de Pruebas], contrato que a lo sumo, asumiendo que en realidad existió la insuficiencia del poder justificante de la representación de BIOMAX que se atribuyó Germán Arango Flores, estaría desprovisto de un requisito de eficacia frente al suministrador ofertante, susceptible de ser integrado posteriormente mediante la ratificación expresa o tácita de este último, pero en manera alguna se trataría de un acuerdo contractual inexistente, y menos todavía absolutamente nulo o anulable; y por último,

( iii ) En abundancia se desprenden del expediente argumentos de prueba concluyentes de los que se deriva la segura convicción de que, aún teniendo por cierto que carecía de poder el mandatario Germán Arango Flores para adquirir “procuratio nómine” los compromisos contractuales en referencia, la sociedad convocante ratificó dicha actuación desde un comienzo, aceptándola en su totalidad y recibiendo en su patrimonio las consecuencias vinculantes de la misma tal y como resulta del interrogatorio de parte absuelto por conducto del representante legal de aquella, del dicho de los testigos Natalia Elena Montoya Galvis, Javier Plata Blanco y Raul Antonio Diaz Maldonado [Cfr. Fls. 1 a 6 y 16 a 40 del cuaderno de Pruebas 2 del cuaderno de Pruebas 2 del expediente], corroborado ello por el hecho no controvertido de haberle suministrado a la convocada para el abastecimiento de la estación de servicio “El Mirador de la Cruz”, documentando las respectivas entregas y el precio mediante la secuencia de facturación descrita en el dictamen elaborado por la perito Gloria Zady Correa Palacio [Cfr. Fls. 184 a 207 del cuaderno principal], 248.313 galones de combustibles líquidos derivados del petróleo entre los meses de agosto de 2007 y mayo de 2010.

2 . Sabido como es que el esquema principal de formación del consentimiento bilateral se articula en una oferta seguida de su aceptación, actos de cuya conjunción emerge en condiciones normales el acuerdo contractual vinculante para las partes, y siendo el suministro mercantil de cosas muebles o servicios, al tenor de la definición del mismo contenida en el Art. 968 del C. de Com, un contrato consensual en el cual la entrega de tales bienes no es elemento que cobre relevancia para su existencia sino que la tiene para efecto de las prestaciones periódicas o continuadas que pone a cargo del suministrador o proveedor, en la especie de autos demuestran a cabalidad los documentos visibles a Fls. 1 a 9 del cuaderno de Pruebas 1 del expediente que en efecto, en virtud de la aceptación de la Oferta 0071/07 de fecha 27 de agosto de 2007, se celebró y perfeccionó entre BIOMAX y los convocados, distribuidora mayorista -la primera- de combustibles líquidos derivados del petróleo y distribuidores minoristas al consumidor final a través de estaciones de servicio -los segundos-, un convenio con el objeto de efectuar aquella el suministro a estos de una “...*cantidad mínima mensual de 30.000 galones y un total de 4’320.000 galones...*” de gasolina motor, extra diesel corriente (ACPM) y diesel ecológico (ACM), que requieran o vendan al público en el establecimiento denominado, “...*Estación de Servicio El Mirador de Pueblo Tapao (Quind.)*”, estipulándose la vigencia del acuerdo por doce años a partir de la entrada en operación, debidamente adecuado, de dicho establecimiento, y una modalidad de precio variable acorde con el carácter periódico del aprovisionamiento así concertado, con referencia a los precios establecidos por el Gobierno Nacional en la fecha de cada entrega de combustibles conforme a los pedidos realizados por el suministrado según sus necesidades, haciéndose constar de manera expresa que este último, además de actuar con plena libertad y autonomía, con sus propios medios y para su beneficio, asume en forma directa e individual, “...*todos los costos, gastos y riesgos relacionados con la venta al público de los productos suministrados por BIOCOMBUSTIBLES*”.

Participa, pues, el acuerdo en cuestión de las características típicas del contrato de suministro, entre ellas la de originar obligaciones duraderas y de ejecución periódica a cargo de las partes que lo celebran, por lo que bien

puede decirse que se trata de un contrato marco o normativo por cuya virtud tales obligaciones, durante el periodo pactado de vigencia de la relación de tracto sucesivo así forjada, pueden dar lugar a múltiples prestaciones independientes entre sí pero regidas uniformemente por dicho contrato, implantándose de esta forma entre aquellas, un mecanismo flexible de relativa complejidad cuya razón de ser, en lo que respecta al cometido funcional que desde el punto de vista económico justifica su utilización, radica básicamente en la finalidad previsor a que obedece y que, frente a la compraventa cuando la obligación de entrega del vendedor ha de llevarse a cabo por fracciones sucesivas a lo largo del tiempo, le imprime la peculiar fisonomía diferenciadora que a las claras lo identifica. En este sentido, puntualiza la doctrina [Raul Bercovitz Alvarez. Contratos Mercantiles, Vol. I, Cap. II, Num. vii. Obra colectiva. Dir. A. Bercovitz Rodriguez-Cano y Ma. A. Calzada Conde], “...el suministro parte de un convenio único y previo, que se ejecuta mediante una serie de prestaciones periódicas y continuas, por medio de entregas diferidas, englobadas en el contrato general que las disciplina y contempla frente al resultado final pretendido, que por ello las vincula, ya que obedecen a una finalidad previsor a...”, dando ocasión esas sucesivas entregas “...a las correspondientes operaciones de liquidación de cuentas, en razón a la misma estructuración del pacto, cuya determinación lo es en razón a tener cierta duración temporal en la realización las prestaciones múltiples generadoras del precio a satisfacer por las mismas...”, lo que además de eliminar de por sí los altos costos de transacción en tiempo y recursos por lo común asociados a la celebración aislada de contratos de compraventa cada vez que surja la necesidad de hacerlo, implica apreciables ventajas para el suministrado, de una parte, en la medida que asegura en su favor “... la disponibilidad del objeto del suministro en forma parecida a lo que ocurre en un contrato de apertura de crédito, ...(estribando)...la diferencia en que en éste la disponibilidad se refiere al dinero o a medios que permitan obtenerlo, mientras que en el suministro se refiere a cosas o a energías inmateriales...” [Joaquin Garrigues. Tratado de Derecho Mercantil. T. III Cap. xxxix, N. 1167], y por otra parte, también repercute provechosamente respecto del empresario proveedor en lo que hace referencia a la posibilidad de planificar su producción –si se trata de un fabricante o importador- o sus existencias si, v.rg, su actividad hace

parte de una cadena de comercialización, atendidas a tal efecto las cantidades y plazos a los que se haya comprometido para efectuar las entregas previstas en el contrato, factor este fuente indiscutible de un legítimo interés patrimonial que, al decir de la doctrina [Raul Bercovitz Alvarez, Op. Cit, Vol. I, p.392], le permite “...desarrollar una actividad económica planificada, pudiendo prever los ingresos y gastos futuros de su empresa y consiguiendo con ello una cierta estabilidad en su negocio...”.

En este orden de ideas, sin mayor dificultad se comprende la singular relevancia que tiene la determinación contractual de la medida de la prestación –cantidad- en que ha de materializarse el aprovisionamiento estipulado, determinación que puede hacerse directamente, fijando la cantidad que ha de entregarse periódicamente en los plazos acordados, o de manera indirecta, empleando con tal propósito, como patrones de referencia posibles, las necesidades del suministrado, la capacidad del suministrador o la combinación de ambos elementos mediante la previa definición de un mínimo y un máximo, señalando así “...la obligación de compra mínima del suministrado, y la obligación de venta máxima del suministrante...” [Javier Arce Gargollo. Contratos Mercantiles Atípicos. 2ª.Parte, Cap. vi], alternativa esta última que en la práctica se estima normal y conveniente en tanto delimita objetivamente el margen en que puede moverse el suministro, afrontándose el problema frecuente de la falta de adecuación, por exceso o por defecto, de los pedidos con respecto a las expectativas empresariales de aquél proveedor que en modo alguno, por imperativo del postulado de la buena fe que consagra con plausible amplitud el Art. 871 del C. de Com, puede menospreciarlas el suministrado que piense con probidad y proceda lealmente en el cumplimiento de la obligación de hacer en cuestión.

### **III - EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL QUE RECIPROCAMENTE SE IMPUTAN LAS PARTES.**

1 . Por obvias razones enunciadas líneas atrás y que, en homenaje a la brevedad, no viene al caso volver a repetir ahora, en el marco del contrato de suministro el tema del incumplimiento de los contratantes debe recibir un



tratamiento consonante con las características de dicho contrato, siguiendo para el efecto las directrices fijadas por el Art. 973 del C. de Com, precepto éste de conformidad con el cual se define por la ley lo que en ese entorno comercial específico debe entenderse por incumplimiento al igual que las medidas allí previstas, de índole resolutoria y compensatoria de perjuicios, que en interés del acreedor afectado, sea el proveedor o sea el suministrado, apuntan a remediarlo, partiendo de la base de que, consistiendo el suministro en una serie de prestaciones distintas y de ejecución periódica, sin embargo la regla lógica de la no propagación del incumplimiento actual a las prestaciones futuras no es de invariable aplicación a todos los supuestos imaginables, toda vez que como lo advierte Garrigues [Op.Cit, N. 1.170] desde una perspectiva conceptual perfectamente clara, *“...El incumplimiento de una o varias prestaciones surte efecto respecto del contrato entero cuando engendra una inseguridad respecto de los futuros cumplimientos. De este modo se une al elemento objetivo del incumplimiento el elemento subjetivo de la falta de confianza en el futuro comportamiento del contratante que ya incumplió una vez. El elemento fiduciario propio del contrato de suministro explica que no sea suficiente por sí mismo el incumplimiento de una prestación, sino que se necesita que a él se añada un elemento extrínseco consistente en un estado no transitorio en el suministrador o en el suministrado, de tal naturaleza que ponga seriamente en duda la capacidad futura para hacer frente a las propias obligaciones...”*.

En definitiva, lo que a la luz del citado precepto legal puede llevar a la terminación del vínculo contractual por entero, unida ella, llegado el caso, a la exigencia de la correspondiente indemnización compensatoria integral del daño ocasionado al interés positivo del contratante acreedor lesionado, es el incumplimiento en cuanto síntoma de grave inseguridad hacia el futuro para este último, atendidas en consecuencia las circunstancias objetivas causantes de dicha transgresión y la proyección que de ellas es de esperarse habrán de tener en delante, desde luego sin que este requisito constituya impedimento para que, frente a incumplimientos de otro tipo carentes de la dimensión “resolutoria” apuntada, tenga cabida el ejercicio directo de acciones indemnizatorias de perjuicios de la naturaleza de la que, en la especie sub lite,

hizo valer la sociedad convocante, sin perder de vista, asimismo, que como contrato bilateral que es, el suministro por lo general no se sustrae a la conocida mecánica sinalagmática que de los contratos de ese género es propia al tenor de los Arts. 1546 y 1609 del C. Civil concordantes con el Art. 870 del C. de Com, mecánica en virtud de la cual la parte afectada por el incumplimiento puede invocar la llamada excepción de contrato no cumplido que por su estructuración y funcionamiento, tiene dicho la jurisprudencia desde antiguo [G.J, T. LV p.71], equivale a la excepción dilatoria de fondo de “petición antes de tiempo”, puesto que con ella “...no se persigue la exoneración de la deuda sino suspender o retardar temporalmente la pretensión del demandante para obtener la ejecución completa y recíproca de las obligaciones bilaterales...”.

2 . De la prueba recaudada en el proceso, en particular de la información que proporciona –junto con sus Anexos- el dictamen elaborado por la perito Gloria Zady Correa Palacio conjuntamente ponderada con los testimonios de Javier Plata Blanco y Natalia Elena Montoya, con la declaración de parte rendida -en lo conducente con fuerza de confesión judicial provocada- por el demandado HELIO CRUZ RIOS y en fin, con la documentación remitida por la Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía, obrante a Fls. 345 y siguientes del cuaderno principal del expediente, esta última requerida de oficio por el Tribunal, fluye de suyo evidencia clara, precisa y convincente acerca de los siguientes hechos relevantes con base en los cuales hay lugar a concluir que en lo que al incumplimiento de los demandados atañe, la acción indemnizatoria de perjuicios frente a ellos entablada por la sociedad actora tiene asidero, más no ocurre igual cosa con la excepción de “Incumplimiento contractual” alegada al responder la demanda, en la medida que los hechos en mención ponen de manifiesto una situación antijurídica lesiva del legítimo interés de dicha entidad, en cuanto tal injusta y que tiene como responsables civilmente a aquellos mismos demandados, dado que entraña la violación intencional por parte de estos últimos de una relación jurídica contractual vinculante a la que el Derecho positivo [Arts. 1602 del C. Civil y 4º del C. de Com.] le brinda amplia y categórica protección.

**A** . Demuestran primeramente los medios probatorios citados que la obligación contraída por los suministrados de realizar mensualmente pedidos de combustible en cantidad mínima de 30.000 galones, con independencia del descuento en el precio en el caso de adquirir un mínimo de 15.000 galones por mes [Cfr. Cláusula 4ª de la Oferta 0071/07], nunca tuvo ejecución completa, efectiva y oportuna durante el período transcurrido entre los meses de agosto de 2007 y mayo de 2010, es decir mientras de hecho conservó vigencia el aprovisionamiento estipulado, sin que se haya establecido en modo alguno que obedeció esa repetida deficiencia a caso fortuito o fuerza mayor sobrevinientes sin culpa de aquellos. Al contrario, de la detenida lectura de los testimonios recién aludidos bien cabe colegir que ella obedeció a una irracional fijación empresarial de la cuantía del suministro de combustibles requerido para el abastecimiento de la estación de servicio “El Mirador de la Cruz de Puerto Tapao (Quind.)”, equivocación que por supuesto y haciendo prevalecer antes que nada el sentido común, no es excusable y por ende no hace desaparecer la ilicitud del resultado, esto es del cambio que, por efecto del incumplimiento, se produjo en el estado jurídico con antelación creado por la obligación de hacer insatisfecha en la forma que queda vista.

**B** . A pesar de la rotunda afirmación de los demandados, en el sentido de que BIOMAX no atendió del modo debido “...en múltiples oportunidades...” los pedidos de combustibles a ella cursados para el aprovisionamiento de la estación de servicio “El Mirador de la Cruz”, lo cierto es que no obran pruebas en el expediente que sustenten en los hechos tal afirmación, toda vez que apenas si se observa un ligero vestigio sobre el particular en el inconveniente ocasional, acontecido en los días postreros de mayo y la primera semana de junio de 2010, motivado por el pago anticipado mediante cheque de un pedido de combustible, incidente cuyos pormenores relató la testigo Natalia Elena Montoya Galvis y que consideradas su causa, naturaleza, forma y escasa relevancia, de por sí solo no autoriza a hacer valer la excepción legal correspondiente, ordenada a enervar la acción de perjuicios incoada en la demanda; y por último,

C . En mérito de la declaración de parte rendida por el demandado HELIO CRUZ RÍOS, cuyos efectos en cuanto constitutiva de confesión judicial por representante legal de conformidad con los Arts. 194 y 198 del C. de P.C se hacen extensivos a la sociedad INVERSIONES EL MIRADOR DE LA CRUZ & CIA. S. en C, quedó evidenciado en el plenario con suficiente claridad que, obrando desde luego a plena conciencia y aduciendo la pérdida sobreviniente por parte suya, al igual que de la sociedad acabada de nombrar, del interés “...de tener ninguna relación de vínculo contractual...” con la empresa aquí demandante, tuvo a bien aquél, a su arbitrio, suscitar de hecho la ruptura del contrato de suministro de combustibles concertado con dicha empresa, retirando los emblemas y avisos que identificaban la marca comercial de esta última, ante potenciales consumidores y en franca contradicción con normas de control contenidas en el Dcr. 4299 de 2005, como el distribuidor mayorista de combustibles líquidos derivados del petróleo que abastecía la estación de servicio “El Mirador de la Cruz”, y colocando bajo “bandera blanca” esta última desde ese mismo momento en adelante, procurando de este modo “...solicitarle a otra empresa que ...(le)...vendiera combustibles...”, lo que sin mucho esfuerzo permite intuir el origen y razón de ser de la proyectada, o mejor aún “prometida”, incorporación posterior de la tantas veces aludida estación de servicio a la cadena de comercialización de la denominada Organización Terpel S.A, circunstancia esta de la cual dan noticia los documentos que como pruebas allegadas por iniciativa oficiosa del Tribunal, obran a Fls. 345 a 350 del cuaderno principal del expediente.

En resumen, aún cuando al comportamiento observado por los demandados no le haya asistido un especial ánimo nocivo sino, tal vez, el propósito de obtener, integrándose a otra red comercializadora, una mejor posición comercial como agente distribuidor minorista de combustibles en la estación del servicio “El Mirador de la Cruz”, es patente el deliberado desconocimiento, sin mediar causa razonable justificativa de tal proceder, del contrato de suministro celebrado con la convocante y por ello hay lugar a declarar que, como esta última lo pide, los demandados incurrieron en el incumplimiento que se les imputa y, en tal concepto, deben ser tenidos como civilmente responsables de los perjuicios patrimoniales cuyo resarcimiento por aquella

misma entidad le es reclamado, en el entendido que por fuerza de las circunstancias apuntadas procede otorgarle al derecho de la demandante tutela por resarcimiento únicamente, habida cuenta de la destrucción, hacia el futuro y con ocasión del aludido incumplimiento, del vínculo contractual, asumiendo de conformidad con el parecer de la doctrina [Cfr. Vincenzo Roppo. El Contrato del 2000 Cap. 3º num. vi, Turin 2005] que “...un contrato que permanece sin ejecución por largo tiempo (...) es un contrato que está definitivamente muerto, que no se concibe pueda resucitarse con el éxito de un litigio. Y entonces –se pregunta- sobre qué se centra el litigio? Una vez más sobre el resarcimiento de los daños derivados de la inejecución del contrato, que ha signado irremediabilmente su fin. Emerge, en esta perspectiva, la fuerza del hecho, porque es el hecho del incumplimiento unido al hecho de la voluntad resolutoria, aquello que en definitiva mata al contrato, antes y más allá de cualquier verificación formal acerca de la subsistencia de los presupuestos legales de la resolución.(...) Y del mismo modo emerge el protagonismo de la cuantificación del resarcimiento, porque la determinación judicial de la gravedad, la imputabilidad, el tiempo, el modo y las consecuencias del incumplimiento sirve no tanto para dilucidar si el contrato esta vivo o muerto, sino, dando por descontada su muerte, esencialmente para establecer la entidad de las consecuencias resarcitorias que resultan del mismo,...”, de donde se sigue, prosigue el mismo autor en cita, que “...no se trata de un problema de (tutela por) vínculo, porque el vínculo ciertamente esta destruido; es sólo un problema de (tutela por) resarcimiento, que parte de la destrucción del vínculo...”.

En otros términos, frente al hecho de haberse consumado desde el mes de junio de 2010 la extinción ilícita del vínculo contractual en mención, le asiste a la convocante el derecho a exigir la consiguiente responsabilidad por daños al interés lesionado como consecuencia de ese modo arbitrario de proceder de los convocados, sin que le sea dado a aquella exigir la ejecución compulsiva y en naturaleza, por parte de estos últimos y dentro de los ocho días siguientes a la ejecutoria del laudo, de “... las obligaciones a su cargo que tienen su fuente en el contrato de suministro...”, entre ellas la de continuar efectuando pedidos mensuales de combustible hasta agosto de 2019 alcanzando la

cantidad total de 4'320.000 galones, así como tampoco pretender que a los mismos convocados se les condene al pago de perjuicios meramente conjeturales, llegado el caso de que en el futuro incurran en nuevos incumplimientos de las susodichas obligaciones.

Están llamadas a prosperar, en consecuencia, al igual que ocurre con la Primera, las pretensiones identificadas en la numeración consecutiva del capítulo petitorio de la solicitud de convocatoria [Demanda] como Segunda y Tercera, no así las pretensiones Quinta y Sexta.

#### **IV . LA INDEMNIZACION DE LOS PERJUICIOS.**

1 . Siguiendo la legislación común sobre el particular vigente en el país, puede decirse que en último análisis, la cláusula penal es *“...un pacto o acuerdo de voluntades que estructura una pena convencional destinada a regular potenciales efectos sancionatorios derivados del retardo o del incumplimiento de una obligación, en particular para delimitar un esquema de aseguramiento en caso de tal incumplimiento y no sólo una estimación de los perjuicios indemnizables correspondientes...”*, de donde se sigue que en este amplio contexto conceptual, más que una modalidad obligacional dicha estipulación viene a ser *“...un espectro real de posibilidades contractuales para regular, por completo, los efectos sancionatorios de un incumplimiento, y también para estimar el monto de los perjuicios resultantes...”* [Andrew Abela Maldonado. Derecho de Las Obligaciones. Vol I, Cap. iv, Obra Colectiva, Crd. Marcela Castro de Cifuentes], de tal suerte que puede, entonces, hacer las veces, además de esa liquidación convencional anticipada de los daños previsibles –dice el mismo autor en cita-, *“... de una modalidad de apremio al deudor, de una garantía adicional para estimular el debido cumplimiento, de una pena adicional a la indemnización compensatoria, de una forma de medir y sancionar el retardo en el cumplimiento, o una combinación de varias de ellas...”*.

Así, pues, sin circunscribirse únicamente a ese posible desempeño funcional, lo que con mayor frecuencia suele darse en el tráfico jurídico son las cláusulas

penales con carácter indemnizatorio en las cuales, como lo tiene definido la jurisprudencia [G.J, T. LXVI p.65], “...*la pena establecida en la cláusula penal se considera equivalente a los perjuicios, esto es, como el reconocimiento antelado de que, en su caso, se producen, y la fijación también antelada de su valor...*”, partiendo de la premisa de que esa clase de estipulaciones constituyen manifestación presumiblemente válida del postulado de la autonomía de la voluntad que, en materia de resarcimiento de daños contractuales, ha recibido expresa consagración en los Arts. 1604 y 1616 del C. Civil al preceptuar que las reglas generales aplicables a la liquidación judicial de dichos daños, pueden ser modificadas por los contratantes estableciendo, mediante las cláusulas a que se viene haciendo alusión, un mecanismo de liquidación anticipada cuya observancia no sólo resulta ser obligatoria para quienes lo pactaron, sino también para la autoridad jurisdiccional, judicial o arbitral, que conozca de la eventual controversia a que diere origen el incumplimiento del respectivo contrato, debiendo aquella en consecuencia, al asumir la necesidad de su ejecutabilidad prevalente sobre aquellas reglas generales, “...*limitarse a declarar la procedencia o improcedencia de la pena que se reclama, sin que le sea lícito, de ordinario, alterar la suma prevista por las partes a título de pena, a menos que sea esta enorme, o que el acreedor haya aceptado el cumplimiento parcial de la obligación principal, casos en los cuales puede ser disminuida en la forma prescrita por la ley...*” [Sergio Gatica Pacheco. Aspectos de la Indemnización de Perjuicios por Incumplimiento de Contrato, 5ª Parte N. 229].

En este orden de ideas, salta a la vista la singular importancia de la cláusula en mención en la medida que, permitiéndole a las partes “...*fijar de antemano las reglas de juego y las sanciones que se derivan de su incumplimiento mutuo o unilateral (en muchos casos, y válidamente, con reglas de juego diferenciables según el tipo de incumplimiento, el retardo y el tipo de obligación, todo de acuerdo con el riesgo asociado a cada obligación o parte en particular)...*” [Abela Maldonado. Op. Cit, p.147], le otorga al acreedor legitimado para hacerla valer, un conjunto de excepcionales prerrogativas, a saber: “... *En primer término, lo libera de la dificultad de probar los perjuicios, porque hay derecho a exigir el pago de la pena establecida por el sólo hecho*

*de incumplirse la obligación principal; en segundo lugar, el incumplimiento de la obligación principal hace presumir la culpa del deudor, y por esta circunstancia, el acreedor también queda exonerado de comprobar dicha culpa (Art. 1604 del C. Civil); en tercer lugar, evita la controversia sobre la cuantía de los perjuicios sufridos por el acreedor ...”* [G.J, T.CLII p. 450], lo que en otras palabras significa que, acaecido el incumplimiento, ha de operar, en línea de principio y de modo automático, la cláusula penal, sin que pese sobre el acreedor la carga de demostrar la real existencia de los perjuicios cuya indemnización reclama, y sin que la falta de esa prueba pueda ser invocada por el deudor alegando que tales perjuicios no los experimentó el demandante o que su valor real es inferior al monto de la pena convencionalmente estipulada.

2 . Puesto el análisis en este punto y toda vez que no se remite a duda alguna que la Cláusula Decima-Cuarta de la Oferta 0071/07, intitulada “Estimación de Perjuicios” en dicho documento, hace las veces de una cláusula penal de carácter indemnizatorio, específicamente prevista para el evento de incumplimiento por los suministrados de la obligación de compra mínima de combustibles por ellos contraída, se impone declarar la procedencia legal de su aplicación en el presente caso, al haberse demostrado, tal y como con anterioridad quedó puntualizado a espacio, que aquellos dejaron de adquirir para el abastecimiento de la estación de servicio “El Mirador de la Cruz”, la cantidad de los productos distribuidos por BIOMAX a que se obligaron, poniéndole fin, de hecho y sin el consentimiento de esta última entidad, al contrato de suministro en cuestión.

Por lo tanto y teniendo en cuenta para el efecto los estimativos efectuados en el dictamen elaborado por la perito Gloria Zady Correa Palacio [Anexo 2], tantas veces aludido a lo largo de estas consideraciones, al tenor del Prg. 14.2 de la ameritada cláusula la indemnización por el señalado concepto asciende para la fecha del laudo a la cantidad de \$597.952.759,00, la cual corresponde a: (i) La suma de \$192.558.784,00 (rentabilidad dejada de percibir por BIOMAX hasta el 30 de junio de 2012); más, (ii) La suma de \$405.393.975, valor que fue fijado en la experticia como la rentabilidad dejada de percibir en



el tiempo faltante para la expiración en el mes de agosto de 2019, del plazo acordado de doce años, importes éstos actualizados tomando como coeficiente de reajuste el IPC, indicador económico reputado por la ley [Art. 19 de la L. 794 de 2003] de notoriedad pública.

**3** . Finalmente, dada la terminación abrupta del contrato y como detrimento económico específico en la modalidad de daño emergente, corresponde el resarcimiento, hasta donde es posible desde luego, de las consecuencias que para la operación comercial de la convocante hubieron de derivarse por efecto de la definitiva interrupción del plazo de vigencia de aquella vinculación contractual.

Desde este punto de vista, entonces, hay lugar a tener en cuenta la inversión en cuantía de \$58.000.000,00 realizada por dicha entidad con el fin de adelantar y concluir la adecuación de la estación de servicio “El Mirador de la Cruz”, en concreto el importe no amortizado de la referida inversión fijado pericialmente también en la suma de \$44.708.333,00 que corresponde a los 111 meses a los que, de no haber acontecido ese incumplimiento, es razonable suponer que se habría extendido el periodo completo de amortización durante toda la vigencia del término de duración del suministro.

Concluyendo, el monto de la indemnización que tiene derecho a obtener la convocante, asciende a la suma de \$642.661.012,00, que corresponde a la suma de \$597.952.759,00, (lucro cesante) y \$44.708.333,00 (inversión realizada por la convocante en la aludida estación de servicio y no amortizada).

#### **CAPITULO CUARTO**

#### **LAS COSTAS Y SU LIQUIDACION**

Teniendo en cuenta que las pretensiones no prosperan en su totalidad, el Tribunal dará aplicación a la norma incorporada en el numeral 6 del artículo 392 del C. de P.C., la cual lo autoriza para disponer parcialmente en relación

con la condena en costas y, en tal virtud, condenará al extremo convocado al pago del 80% de las mismas.

Según consta en el expediente, la convocante pagó las siguientes cantidades de dinero por concepto de expensas, es decir, los valores invertidos en la tramitación del proceso:

a.- Honorarios y gastos totales del presente Tribunal de Arbitramento, en la suma de \$29.500.000,00.

b.- Honorarios de la perito Gloria Zady Correa Palacio en la suma de \$3.000.000,00.

En consecuencia, por concepto de expensas, la suma cancelada por la parte convocante es de \$32.500.000,00.

Por concepto de agencias en derecho el Tribunal fija la suma de \$7.000.000,00, suma que está dentro del rango autorizado por la normatividad vigente, para un total de costas de \$39.500.000,00, de las cuales la parte convocada será condenada a pagar el 80% de las mismas, por un valor de \$31.600.000,00.

### **DECISION**

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento integrado para resolver las diferencias entre BIOCOMBUSTIBLES S.A, por una parte, y por la otra INVERSIONES EL MIRADOR DE LA CRUZ & CIA, S. EN C. y HELIO CRUZ RIOS por la otra, con el voto unánime de sus miembros, por autoridad de la ley y en cumplimiento de la misión encomendada por los compromitentes para tal fin,

### **RESUELVE:**

**Primero.** Desestimar la objeción por error grave formulada por la parte demandada respecto del dictamen rendido por la perito Gloria Zady Correa Palacio. En consecuencia, de conformidad con los Arts. 239, 388 y 389 del C. de P.C, la perito tiene derecho a hacer suyos los honorarios señalados por auto de trece (13) de enero del año en curso.

**Segundo.** Declarar que en virtud de la aceptación de los demandados, entre ellos y la sociedad convocante se celebró un contrato de suministro de combustibles líquidos derivados del petróleo, regulado por las condiciones contenidas en la Oferta Mercantil 0071/07 de fecha veintisiete (27) de agosto de 2007 y, en lo no previsto en ellas, por las normas dispositivas aplicables de los códigos de Comercio y Civil.

**Tercero.** Desestimar por falta de fundamento las excepciones de fondo que al contestar la demanda, los demandados formularon con la denominación de “Inexistencia del Contrato” e “Incumplimiento Contractual”.

**Cuarto.** Declarar que los demandados incumplieron el contrato de suministro al que hace referencia el Segundo ordinal dispositivo.

**Quinto.** Condenar solidariamente a los demandados INVERSIONES EL MIRADOR DE LA CRUZ & CIA. S. EN C. y HELIO CRUZ RIOS a pagarle a la sociedad BIOCMBUSTIBLES S.A, dentro de los diez días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente laudo como indemnización de los perjuicios por esta última experimentados en concepto de daño emergente y lucro cesante, la cantidad de SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y UN MIL DOCE PESOS (\$642.661.012,00,), mas los intereses de mora sobre esa suma o saldos de la misma, liquidados a la máxima tasa legal comercial autorizada y que llegaren a causarse una vez vencido el señalado plazo.

**Sexto.** Desestimar por falta de fundamento, las pretensiones identificadas como Quinta y Sexta en el Capítulo petitorio de la solicitud de convocatoria [Demanda] que al presente proceso le dio comienzo.

**Séptimo.** Condenar solidariamente a INVERSIONES EL MIRADOR DE LA CRUZ & CIA. S. EN C. y a HELIO CRUZ RIOS a pagarle a la sociedad BIOCOMBUSTIBLES S.A, la suma de TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$31.600.000,00.), por concepto de costas, de conformidad con la liquidación efectuada en la parte dispositiva de este laudo.

**Octavo.** Expedir con destino a las partes copia auténtica del presente laudo arbitral.

**Noveno.** Realizar la liquidación final de gastos y rendir cuentas de las mismas con destino a la parte convocante.

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,**

**CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS**

**Presidente**

**GABRIEL IBARRA PARDO**

**Árbitro**

**FRANCISCO MORRIS ORDOÑEZ**

**Árbitro**

**HENRY SANABRIA SANTOS**

**Secretario**