

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

MARHER LTDA EN REORGANIZACIÓN

Contra

PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil doce (2012).

Agotado el trámite legal y estando dentro de la oportunidad para el efecto, procede este Tribunal de Arbitramento a proferir en derecho el laudo que resuelve las diferencias planteadas por MARHER LTDA EN REORGANIZACIÓN (en adelante “MARHER”) contra PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A. (en adelante “PETROBRAS”).

A. ANTECEDENTES

1. Las controversias

Las controversias que se deciden mediante el presente laudo se originan en el Contrato de Operación CBOG.048.99 de fecha 9 de septiembre de 1999 (folios 17 y siguientes del cuaderno de pruebas No. 1), suscrito entre SHELL COLOMBIA S.A. y MARHER. La sociedad SHELL COLOMBIA S.A. se

escindió sin liquidarse, para crear la sociedad SHELL COMBUSTIBLES S.A., la cual, a su vez, fue absorbida por PETROBRAS.

2. Las partes del proceso

La convocante y demandante dentro del presente trámite es MARHER, sociedad comercial, legalmente existente y con domicilio en Cáqueza (Cundinamarca). Actualmente en reorganización empresarial

La convocada y demandada es PETROBRAS, sociedad comercial, legalmente existente y con domicilio en Bogotá.

3. El pacto arbitral

El texto del pacto arbitral acordado por las partes tiene la forma de cláusula compromisoria y está contenido en la cláusula vigésima del Contrato de Operación CBOG.048.99 de fecha 9 de septiembre de 1999. El texto de dicho pacto es el siguiente:

“Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Bogotá, que se sujetará a lo dispuesto en las normas comerciales vigentes y demás que las complementen o adicionen, de acuerdo con las siguientes reglas: a) El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros b) La organización interna del tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, c) El tribunal decidirá en derecho, y d) El Tribunal funcionará en Bogotá en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de esta ciudad”.

4. El trámite del proceso

- 1) El día 15 de marzo de 2011 MARHER solicitó la convocatoria de este Tribunal de Arbitramento y formuló demanda contra PETROBRAS ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- 2) De conformidad con el pacto arbitral los árbitros fueron nombrados mediante sorteo público realizado por la Cámara de Comercio de Bogotá el día 29 de marzo de 2011.
- 3) El día 25 de abril de 2011 tuvo lugar la audiencia de instalación en la cual, mediante Auto No. 1, el Tribunal inadmitió la demanda.
- 4) Habiendo sido debidamente subsanada, mediante Auto No. 2, proferido en audiencia del 4 de mayo de 2011, el Tribunal admitió la demanda y de ella ordenó correr traslado a PETROBRAS.
- 5) El mismo 4 de mayo de 2011 la convocada fue notificada del auto admisorio de la demanda y se le corrió el traslado de ley.
- 6) Con escrito radicado el día 17 de mayo de 2011 PETROBRAS dio respuesta a la demanda, en la cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones.
- 7) De las excepciones de mérito formuladas se corrió traslado a la parte demandante mediante fijación en lista del 19 de mayo siguiente, quien se pronunció con escrito del día 24 del mismo mes y año.
- 8) En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 141 del Decreto 1818 de 1998 el Tribunal citó a las partes a audiencia de conciliación, la cual tuvo lugar el día 25 de mayo de 2011, pero se dio por concluida y fracasada ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo.
- 9) En esa misma oportunidad, mediante Auto No. 5, el Tribunal señaló las sumas a cargo de las partes por concepto de gastos y honorarios, las cuales fueron oportunamente consignadas por ellas en igual proporción; costos que

fueron ajustados por virtud de la reforma de la demanda por Auto No. 10 del 20 de septiembre de 2011 e igualmente consignados por las partes.

10) El día 20 de junio de 2011 MARHER presentó reforma de la demanda, la cual se inadmitió por Auto No. 6 proferido en la audiencia que estaba prevista para ese mismo día, a fin de que se integrara con el libelo inicial. Habiendo sido subsanada, por Auto No. 7 proferido en audiencia del 25 de julio de 2011 el Tribunal admitió la reforma integrada de la demanda.

11) Con escrito radicado el 1º de agosto de 2011 la demandada contestó la reforma de la demanda y reiteró su oposición a las pretensiones.

12) De las excepciones de mérito se corrió traslado a la parte demandante, según fijación en lista del día 5 de agosto de 2011 y aquella se pronunció con escrito del 10 de agosto siguiente.

13) Tras la renuncia de uno de los árbitros originalmente designados, aceptada el 4 de agosto de 2011, el panel arbitral quedó reintegrado en definitiva con los suscritos árbitros, según se puso de presente en audiencia del 12 de agosto de 2011.

14) La primera audiencia de trámite tuvo lugar el día 27 de octubre de 2011, oportunidad en la cual, mediante Auto No. 11, confirmado por Auto No. 12, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias surgidas entre las partes. A su vez, en esa misma audiencia el Tribunal decretó pruebas del proceso y señaló las fechas para practicarlas.

15) Entre el 8 de noviembre de 2011 y el 23 de agosto de 2012 se instruyó el proceso.

16) El día 23 de octubre del presente año tuvo lugar la audiencia de alegaciones, en la cual los apoderados de las partes expusieron sus argumentos de manera oral y al final presentaron sendos resúmenes escritos.

17) El presente proceso se tramitó en veintitrés (23) audiencias, en las cuales el Tribunal se instaló y admitió la demanda; integró el contradictorio y surtió los respectivos traslados; asumió competencia; decretó y practicó pruebas; resolvió varias solicitudes de las partes; recibió las alegaciones finales de éstas; y ahora profiere el fallo que pone fin al proceso.

18) Corresponde al Tribunal mediante el presente laudo, decidir en derecho las controversias planteadas, lo cual hace en tiempo oportuno. En efecto, como la primera audiencia de trámite tuvo lugar el 27 de octubre de 2011, el plazo legal para fallar, establecido en seis (6) meses, vencía el 27 de abril de 2012. No obstante, a solicitud de las partes, este proceso se suspendió en las siguientes oportunidades: entre el 30 de noviembre de 2011 y el 31 de enero de 2012 (acta 12); entre el 1 y el 29 de febrero de 2012 (acta 13); entre el 1 y el 18 de marzo de 2012 (acta 13); entre el 23 de junio y el 3 de julio de 2012 (acta 17); entre el 17 y el 25 de julio de 2012 (acta 18); entre el 1 y el 15 de agosto de 2012 (acta 20); entre el 24 de agosto y el 17 de septiembre de 2012 (acta 21); entre el 19 de septiembre y el 22 de octubre de 2012 (acta 22).

En estas condiciones, descontadas las mencionadas suspensiones, que ascendieron en total a 204 días, el plazo para fallar se extiende hasta el 17 de noviembre de 2012.

5. Las pretensiones de la demanda

En su demanda MARHER elevó al Tribunal las siguientes pretensiones:

CAPITULO UNO - PRETENSIONES PRINCIPALES

1.- *Que se declare que entre la **SOCIEDAD MARHER LTDA.**, sociedad constituida mediante la Escritura Pública Número 692 de Notaria Única de Cáqueza (Cundinamarca) del 12 de agosto de 1999, inscrita el 26 de agosto de 1999 de la Notaria Única de Cáqueza (Cundinamarca) aclarada por la escritura No 725 del 12 de agosto de 1999 y con reforma de acuerdo a la*

escritura pública No 762 del 31 de agosto de 1999, también de la Notaria Única de Cáqueza domiciliada en ese mismo municipio en el kilómetro 2 de la Variante Cáqueza-Villavicencio representada por su Gerente HERMAN HERNÁNDEZ, identificado con cédula de ciudadanía número 11.407.121 expedida en Cáqueza, y la sociedad **SHELL COLOMBIA S.A.**, se celebró el 9 de septiembre de 1.999 el contrato distinguido con el número CBOG.048.1999 para la operación de la estación de servicio denominada **CÁQUEZA**, ubicada en el municipio de Cáqueza, Departamento de Cundinamarca, el cual fue asumido sin solución de continuidad por **PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.**, por la compra que hiciera de las acciones de la sociedad **SHELL COMBUSTIBLES COLOMBIA S.A.**, la que previamente, a su vez, se había escindido de la primera.

2.- Que se declare que el contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999, el cual fue asumido por **PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.** por la compra de las acciones de la sociedad **SHELL COMBUSTIBLES COLOMBIA S.A.**, fue redactado en su integridad por **SHELL COLOMBIA S.A.**, en su calidad de contratante dominante, en un formato Pro forma que utilizaba para todas sus estaciones de servicio .

3. a-Que se declare que la relación contractual derivada del contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 ha sido permanente y sin solución de continuidad desde el 9 de septiembre de 1999 hasta la fecha, puesto que la supuesta terminación el día 2 de Julio de 2008, mediante oficio No UN-COL/GDST 0050/2008, es simulada o no tuvo efectos entre las partes.

3. b--Subsidiariamente a la pretensión anterior, solicito que se declare que la relación contractual derivada del contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 ha sido permanente y sin solución de continuidad, desde el 9 de septiembre de 1999 hasta la fecha de su terminación por parte de la sociedad **PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.**, el día 2 de Julio de 2008. Mediante oficio No UN-COL/GDST 0050/2008.

4. Que se declare que **PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.**, como sucesora de la relación contractual, incurrió en abuso del derecho tanto en la celebración como en la ejecución del mencionado contrato.

5.- Que como consecuencia de lo expuesto, se condene a la sociedad **PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.** al pago de todos los perjuicios directos e indirectos causados a la **SOCIEDAD MARHER LTDA** en

virtud del abuso del derecho con respecto al contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 celebrado el 9 de Septiembre de 1.999, del cual es titular, en la cuantía que aparezca acreditada en el proceso.

CAPITULO DOS - PRETENSIONES PRIMERAS SUBSIDIARIAS

1. a-Que se declare que la relación contractual derivada del contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 ha sido permanente y sin solución de continuidad desde el 9 de septiembre de 1999 hasta la fecha, puesto que la supuesta terminación el día 2 de Julio de 2008. Mediante oficio No UN-COL/GDST 0050/2008, es simulada o no tuvo efectos entre las partes.

1. b- Subsidiariamente a la pretensión anterior, solicito que se declare que la relación contractual derivada del contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 ha sido permanente y sin solución de continuidad desde el 9 de septiembre de 1999 hasta la fecha de su terminación por parte de la sociedad PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A., el día 2 de Julio de 2008. Mediante oficio No UN-COL/GDST 0050/2008.

2. Que se declare que la relación contractual derivada del contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 ha sido incumplida por parte de la sociedad PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A. como sucesora de SHELL COLOMBIA S.A., por haber obrado de mala fe al momento de la celebración y/o ejecución y desarrollo del contrato, generándose como consecuencia de ello situaciones imposibles de prever para la sociedad MARHER LTDA.

3- a Que como consecuencia de lo expuesto, se condene a la sociedad PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A. al pago de todos los perjuicios directos e indirectos causados a LA SOCIEDAD MARHER LTDA en virtud del incumplimiento del contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 celebrado el 9 de Septiembre de 1.999, del cual es titular, sin solución de continuidad, en la cuantía que aparezca probada en el proceso.

3.b Subsidiariamente a la pretensión anterior, que como consecuencia de lo expuesto, se condene a la sociedad PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A. al pago de todos los perjuicios directos e indirectos causados a LA SOCIEDAD MARHER LTDA en virtud del incumplimiento del

contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 celebrado el 9 de Septiembre de 1.999, del cual es titular, y que fuera terminado por ella según oficio del UN-COL/GDST 0050/2000 del 2 de Julio del 2008, en la cuantía que aparezca probada en el proceso.

CAPITULO TRES - PRETENSIONES SEGUNDAS SUBSIDIARIAS

1. a-Que se declare que la relación contractual derivada del contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 ha sido permanente y sin solución de continuidad desde el 9 de septiembre de 1999 hasta la fecha, puesto que la supuesta terminación el día 2 de Julio de 2008 mediante oficio No UN-COL/GDST 0050/2008, es simulada o no tuvo efectos entre las partes.

1. b--Subsidiariamente a la pretensión anterior, solicito que se declare que la relación contractual derivada del contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 ha sido permanente y sin solución de continuidad desde el 9 de septiembre de 1999 hasta la fecha de su terminación por parte de la sociedad PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A., el día 2 de Julio de 2008 mediante oficio No UN-COL/GDST 0050/2008.

2. Que se declare, con efecto retroactivo, la invalidez o la ineficacia del literal J) de la cláusula tercera del contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 celebrado entre **LA SOCIEDAD MARHER LTDA. Y SHELL COLOMBIA S.A.** el 9 de Septiembre de 1.999 , cuyo titular por la parte MAYORISTA es **PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.** como sucesor y continuador de la relación contractual primigenia, pues su contenido implica un ejercicio abusivo del derecho y abuso de la posición dominante y por ende la de todas aquellas cláusulas, adendos, otrosí, anexos etc., que sean consecuencia directa o indirecta, o resulten conexas, o derivadas de ellas, o las que aparezcan en cualquier documento suscrito en cualquier época, en el mismo sentido, por haber sido impuestas en el ejercicio abusivo del derecho y del abuso de la posición dominante y sin tener en cuenta lo previsto en el literal b) de las consideraciones específicas del contrato.

3. Que se declare, con efecto retroactivo, la invalidez o la ineficacia de la cláusula cuarta del contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 celebrado entre **LA SOCIEDAD MARHER LTDA. Y SHELL COLOMBIA S.A.** el 9 de de septiembre de 1999 , cuyo titular por la parte MAYORISTA es **PETROBRAS**

COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A. como sucesor y continuador de la relación contractual primigenia, pues su contenido implica un ejercicio abusivo del derecho y abuso de la posición dominante y por ende la de todas aquellas cláusulas, adendos, otrosí, anexos etc., que sean consecuencia directa o indirecta, o resulten conexas, o derivadas de ellas, o las que aparezcan en cualquier documento suscrito en cualquier época, en el mismo sentido, por haber sido impuestas en el ejercicio abusivo del derecho y del abuso de la posición dominante.

4.-Que se declare, con efecto retroactivo, la invalidez o la ineficacia del párrafo tercero de la cláusula quinta del contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 celebrado entre la **SOCIEDAD MARHER LTDA. Y SHELL COLOMBIA S.A.** el 9 de Septiembre de 1.999 , cuyo titular por la parte MAYORISTA es **PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.** como sucesor y continuador de la relación contractual primigenia, pues su contenido implica un ejercicio abusivo del derecho y abuso de la posición dominante y por ende la de todas aquellas cláusulas, adendos, otrosí, anexos etc., que sean consecuencia directa o indirecta, o resulten conexas, o derivadas de ellas, o las que aparezcan en cualquier documento suscrito en cualquier época, en el mismo sentido, por haber sido impuestas en el ejercicio abusivo del derecho y del abuso de la posición dominante por parte del MAYORISTA a lo largo de la relación contractual.

5. Que se declare, con efecto retroactivo, la invalidez o la ineficacia del párrafo primero y párrafo segundo de la cláusula décima del contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 celebrado entre **LA SOCIEDAD MARHER LTDA. Y SHELL COLOMBIA S.A.** el 9 de Septiembre de 1999 , cuyo titular por la parte MAYORISTA es **PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.** como sucesor y continuador de la relación contractual primigenia, pues su contenido implica un ejercicio abusivo del derecho y abuso de la posición dominante y por ende la de todas aquellas cláusulas, adendos, otrosí, anexos etc., que sean consecuencia directa o indirecta, o resulten conexas, o derivadas de ellas, o las que aparezcan en cualquier documento suscrito en cualquier época, en el mismo sentido, por haber sido impuestas en el ejercicio abusivo del derecho y del abuso de la posición dominante.

6.- Que se declare, con efecto retroactivo, la invalidez o la ineficacia de la

cláusula decima primera del contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 celebrado entre la **SOCIEDAD MARHER LTDA. Y SHELL COLOMBIA S.A.** el 9 de Septiembre de 1.999 , cuyo titular por la parte MAYORISTA es **PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.** como sucesor y continuador de la relación contractual primigenia, pues su contenido implica un ejercicio abusivo del derecho y abuso de la posición dominante y por ende la de todas aquellas cláusulas, adendos, otrosí, anexos etc., que sean consecuencia directa o indirecta, o resulten conexas, o derivadas de ellas, o las que aparezcan en cualquier documento suscrito en cualquier época, en el mismo sentido, por haber sido impuestas en el ejercicio abusivo del derecho y del abuso de la posición dominante por parte del MAYORISTA a lo largo de la relación contractual.

7. Que se declare, con efecto retroactivo, la invalidez o la ineficacia de la cláusula décima segunda del contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 celebrado entre **LA SOCIEDAD MARHER LTDA. Y SHELL COLOMBIA S.A.** el 9 de Septiembre de 1999 , cuyo titular por la parte MAYORISTA es **PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.** como sucesor y continuador de la relación contractual primigenia, pues su contenido implica un ejercicio abusivo del derecho y abuso de la posición dominante y por ende la de todas aquellas cláusulas, adendos, otrosí, anexos etc., que sean consecuencia directa o indirecta, o resulten conexas, o derivadas de ellas, o las que aparezcan en cualquier documento suscrito en cualquier época, en el mismo sentido, por haber sido impuestas en el ejercicio abusivo del derecho y del abuso de la posición dominante,

8.a Que como consecuencia del incumplimiento y consecuente indemnización para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 celebrado entre **LA SOCIEDAD MARHER LTDA. Y SHELL COLOMBIA S.A.** el 9 de Septiembre de 1.999, y del cual es titular **PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.**, dado el ejercicio abusivo del derecho en cláusulas que jamás se adecuaron al conocimiento y profesionalismo del **MAYORISTA**, se condene a ésta última a:
i) No imponer, en el entendido que esta declaración tiene efecto retroactivo al momento de la celebración del contrato, a la **SOCIEDAD MARHER LTDA** un volumen de compras y ventas sin un verdadero soporte que garantice la operación de la estación de servicio en términos de conmutatividad y que, por

tanto, la estructura financiera del contrato, producto del conocimiento y profesionalismo del MAYORISTA, sea suficiente para sufragar los costos y riesgos que se le imponen al OPERADOR y además de lugar a la obtención de una rentabilidad razonable conforme a la naturaleza y complejidad de la operación; en tal virtud, se debe ordenar que el contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 ha debido ejecutarse sin la aplicación de las cláusulas y condiciones declaradas ineficaces o inválidas, específicamente por constituir un ejercicio abusivo del derecho y del abuso de la posición dominante contractual por parte del MAYORISTA ii) Reestablecer el equilibrio económico del contrato de OPERACIÓN teniendo en cuenta la rentabilidad del negocio con base en la metodología de valoración realizada por ITANSUCA sociedad de ingeniería S.A como consultor del Ministerio de Minas y Energía, todo a partir de las cifras consignadas en los balances y estado de resultados de la SOCIEDAD MARHER LTDA.

8. b.- *Subsidiariamente a la pretensión anterior, que se declare lo siguiente: que como consecuencia del incumplimiento y consecuente indemnización para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 celebrado entre **LA SOCIEDAD MARHER LTDA. Y SHELL COLOMBIA S.A.** el 9 de Septiembre de 1.999, y del cual es titular **PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.**, dado el ejercicio abusivo del derecho en cláusulas que jamás se adecuaron al conocimiento y profesionalismo del **MAYORISTA**, se condene a ésta última a: i) No imponer, en el entendido que esta declaración tiene efecto retroactivo al momento de la celebración del contrato, a la SOCIEDAD MARHER LTDA un volumen de compras y ventas sin un verdadero soporte que garantice la operación de la estación de servicio en términos de conmutatividad y que, por tanto, la estructura financiera del contrato, producto del conocimiento y profesionalismo del MAYORISTA, sea suficiente para sufragar los costos y riesgos que se le imponen al OPERADOR y además de lugar a la obtención de una rentabilidad razonable conforme a la naturaleza y complejidad de la operación; en tal virtud, se debe ordenar que el contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 ha debido ejecutarse sin la aplicación de las cláusulas y condiciones declaradas ineficaces o inválidas, específicamente por constituir un ejercicio abusivo del derecho y del abuso de la posición dominante contractual por parte del MAYORISTA ii) Restablecer el equilibrio económico del contrato de*

OPERACIÓN teniendo en cuenta la rentabilidad del negocio con base en la metodología T.IR (Tasa Interna de Retorno) a partir del flujo de caja operativo, todo con base de las cifras consignadas en los balances y estado de resultados de la SOCIEDAD MARHER LTDA.

CAPITULO CUARTO- CONDENA EN GENERAL

De prosperar cualquiera de las pretensiones principales o subsidiarias solicito al tribunal:

*Que en todas las condenas en dinero que se ordene pagar a **PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A, como sucesor y continuador de la relación contractual primigenia entre la SOCIEDAD MARHER LTDA y SHELL COLOMBIA S.A,** en favor de mi representada, se condene igualmente, desde que las obligaciones se hayan hecho exigibles y hasta que el pago se verifique, en primer lugar, al pago de los intereses de mora a la tasa máxima establecida por la ley comercial; en subsidio a la tasa de los intereses corrientes Bancarios; en subsidio de las dos anteriores, se condene al pago de la indexación o la corrección monetaria sobre dichas sumas de dinero.*

*Que se condene en costas a la demandada **PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A como sucesor y continuador de la relación contractual primigenia entre la SOCIEDAD MARHER LTDA y SHELL COLOMBIA S.A,** incluidas las agencias en derecho.”*

1. Los hechos de la demanda

La demandante invocó los siguientes hechos:

1.- SHELL COLOMBIA S.A. reinició operaciones en el mercado directo de distribución de combustibles en el año de 1.999.

2.- Para la operación arriba descrita SHELL COLOMBIA S.A. expresó que utilizaría su experiencia y conocimiento en la distribución de combustibles a nivel mundial.

2.1.- En la etapa precontractual a la firma del contrato de operación, SHELL COLOMBIA S.A. no aceptó entregar información a la sociedad MARHER LTDA sobre la estructura financiera del contrato que se pretendía celebrar.

2.2.- Por el contrario, la constante del comportamiento de SHELL COLOMBIA S.A. fue anticipar que las condiciones económicas del contrato resultaban de sus propios estudios de factibilidad y del monto de la inversión.

2.3.- Consecuencia obvia de lo anterior, y a partir de las consideraciones que hizo SHELL COLOMBIA S. A sobre el conocimiento y su experiencia en la distribución y mercadeo de combustibles, se aseguró a su co- contratante adherente que el margen era suficiente para garantizar la conmutatividad del contrato a celebrarse.

3.- SHELL COLOMBIA S.A. y la **SOCIEDAD MARHER LTDA** celebraron un contrato de OPERACIÓN para la estación de servicio CÁQUEZA conforme al siguiente cuadro...

3.1 Haciéndose uso abusivo del derecho y de su posición dominante contractual, el MAYORISTA desde un principio introdujo en los contratos cláusulas abusivas y arbitrarias.

3.2 PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A, por el hecho de la adquisición de la sociedad Shell COMBUSTIBLES COLOMBIA S.A asumió la posición contractual del MAYORISTA sin salvaguarda alguna, o sea en forma integral con todos los derechos, obligaciones y responsabilidades derivados de los contratos de OPERACIÓN de la estación de servicio de CÁQUEZA.

3.3 PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A., luego de haber adquirido la condición de "parte" frente a todos los contratos celebrados por SHELL COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A., incluidos los de operación, mantuvo la ejecución de cada uno de ellos bajo los mismos parámetros de fondo y forma , es decir, sin modificación alguna en lo que respecta a sus términos y condiciones.

3.4.- El contrato de arrendamiento y el contrato de operación son autónomos e independientes en su contenido y finalidad.

4.- El contrato de OPERACIÓN de la estación de servicio de CÁQUEZA indicado en el numeral precedente fue materia de aclaraciones por medio de OTROSIS

5.- Para la celebración del contrato CBOG 048 de 1999 y de los respectivos OTROSIS, se incluyeron consideraciones generales que determinaron, desde un principio, una estructura financiera determinada e impuesta exclusivamente por el MAYORISTA, tal cual se describe y sintetiza a continuación:

a-) Que SHELL es licenciataria de la marca Shell propiedad de Shell International Petroleum Company para comercializar y distribuir productos combustibles, lubricantes y grasas tal como consta en el contrato de licencia de fecha 4 de junio de 1990 suscrita entre Shell Internacional Petroleum Company y Shell Colombia S.A.

b-) Que Shell en calidad de licenciataria posee los conocimientos técnicos y comerciales relacionados con el negocio de comercialización y distribución de combustibles, lubricantes y grasas y tiene derecho a usar las marcas, logotipos y demás enseñas asociadas dicha marca, las cuales representan el Good Will o buen nombre de SHELL.

c-) Que la marca Shell se encuentra debidamente registrada ante la Oficina de Registro de Marcas y Patentes de la Superintendencia de Industria y Comercio.

d-) Que SHELL COLOMBIA S.A ha proyectado dar un gran impulso al mercado de los combustibles, grasas y lubricantes de la marca Shell.

e-) Que el grupo Shell a desarrollado para si y para el uso de la red de comercialización el "Sistema Operativo de Estaciones de Servicio Shell" (SOESS) el cual se encuentra identificado como Manual de Operaciones para Estaciones de Servicio.

f-) Que SHELL posee un lote de terreno a título de arrendamiento por escritura pública en el cual ha construido una estación de servicio

bajo sus propios estándares, la cual está ubicada en el municipio de Cáqueza del Departamento de Cundinamarca.

g-) Que el OPERADOR como empresario mercantil independiente, tiene interés en operar la estación comprando a SHELL combustibles, grasas, lubricantes para revenderlos a terceros por su cuenta y riesgo, bajo el sistema de estaciones de servicio SHELL, utilizándose en su presentación, las marcas SHELL que le sean permitidas.

h-) Que MARHER LTDA es una empresa mercantil que tiene como uno de sus fines la Operación de Estaciones de Servicio, mediante la venta de combustibles y otros servicios complementarios y /o anexos.

6.- Con base en las consideraciones antes enunciadas, el MAYORISTA se comprometía a poner a disposición del OPERADOR sus conocimientos técnicos y los relacionados con la comercialización del negocio de distribución de combustibles, de lubricantes y grasas, lo cual implicaba dar un gran impulso al mercadeo de los productos mediante estándares definidos por SHELL en el " Sistema de Operación de Estaciones de Servicio Shell " (SOESS); de la misma manera y por la no modificación del clausulado, una vez se verificó la transmisión de la posición contractual a PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A., se mantuvo en cabeza del MAYORISTA dicha obligación pero bajo los estándares definidos en el "SISTEMA DE OPERACIÓN DE ESTACIONES DE SERVICIO PETROBRAS. (SOESP)

6.1 El objeto del contrato OPERACIÓN, a diferencia de lo que reza literalmente, es un contrato de renta fija para el MAYORISTA en la medida, y ello es demostrable objetivamente, que éste se reservaba la facultad de definir de antemano todos los factores que incidían en la determinación de la contraprestación del OPERADOR, incluyendo regalías y costos tanto directos como indirectos.

6.2 Bajo la premisa arriba indicada, la contraprestación del OPERADOR es residual dependiendo de la estructura financiera que definiera, a su antojo, el MAYORISTA; siendo esto así, el MAYORISTA estaba en la obligación de tener particular cuidado en la determinación de la ecuación financiera del

contrato, evitando que su propia expectativa de lucro terminara por inhibir o truncar la legítima contraprestación a favor del OPERADOR, específicamente por razón de los compromisos que le exigió adquirir, aún de manera tácita, pero siempre con carácter de compromisos correlativos; de ahí que el MAYORISTA tuviera la responsabilidad de preparar la estructura financiera del contrato de tal forma que las proyecciones financieras compensaran los costos asumidos y predefinidos a cargo del OPERADOR, los riesgos trasladados, y lo que es más importante, que esos cálculos, incluida la sumatoria de costos y regalías, pudiese efectivamente traducirse en la no negación real de remuneración conmutativa a favor del OPERADOR.

7.- En concordancia con lo expuesto en el hecho anterior, lo cierto es que la sociedad MARHER LTDA solo tenía vocación para recibir como contraprestación lo “sobrante”, o si se quiere, lo residual de la estructura financiera definida y limitada en todos sus aspectos por SHELL y luego por PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A, es decir, por la persona jurídica que dentro de los extremos de la relación contractual ostenta la condición de MAYORISTA.

7.1- La SOCIEDAD MARHER LTDA, según se ha dicho, debía recibir un margen como contraprestación de la operación de las estaciones de servicio; no obstante, y como se demostrará con la prueba testimonial técnica y la prueba pericial, ello nunca ocurrió por razón de una estructura financiera que no consultaba la realidad económica del negocio.

8. El MAYORISTA definió y exigió a la sociedad MARHER LTDA los volúmenes de compra de combustibles, y con cargo al margen del minorista, impuso un 25% a título de regalías, todo en el entendido, y así consta implícitamente en las consideraciones del contrato, que su experticio y conocimiento (Know How) garantizaba un margen que fuera suficiente para remunerar la operación de la estación de servicio, eso sí, previa deducción de todos los costos directos e indirectos que debía asumir el OPERADOR sobre la base de las estimaciones impuestas por el MAYORISTA en materia de regalías, personal, impuestos, promociones, necesidades de crédito,

coberturas, amén de la asunción de riesgos, etc.

9.- En virtud de la ejecución del contrato de OPERACIÓN, la sociedad MARHER LTDA debía asumir en su propio nombre y por su propia cuenta y riesgo todos los gastos operacionales, los cuales fueron determinados por el MAYORISTA.

9.1 Según se desprende del clausulado del contrato de OPERACIÓN, la persona jurídica en la que concurre la condición de MAYORISTA es la que define, conforme a su experticio y experiencia profesional, las políticas de operación y mercadeo que considere convenientes para obtener el margen de ingreso que retribuya, a título de contraprestación, la operación de explotación económica de la estación de servicio CÁQUEZA por parte de la sociedad MARHER LTDA.

9.2 El aparte del párrafo segundo de la cláusula primera del contrato de OPERACIÓN que señala que la sociedad MARHER LTDA. Es independiente y que revende los productos por su propia cuenta y riesgo, en estricto rigor, solo se refiere a la asunción del riesgo de la operación integral de la estación de servicio "CÁQUEZA" y no, como es obvio, en la posibilidad de apartarse de las prerrogativas que se reservó el MAYORISTA para fijar el monto de las regalías y los costos que debía asumir el OPERADOR en su propio y exclusivo beneficio.

10.- El objeto contractual lo desarrolló la sociedad MARHER LTDA con enormes dificultades tratándose de la OPERACIÓN, lapso durante el cual adquirió créditos con entidades financieras y terceros para apalancar la operación relacionada con el contrato de Operación.

10.1.- A partir de los postulados jurídicos que determinaron la estructura financiera del contrato de operación, era sobreentendido para el MAYORISTA que la sociedad MARHER LTDA afectaba su órbita patrimonial en cada venta que realizara a un tercero que demandara combustible o lubricantes. O mejor, en cada operación de suministro de combustible al usuario, o en la venta de cualquier producto, la sociedad MARHER LTDA y

los terceros concluían negocios en serie y sucesivos sin que se mantuviera entre estos últimos y el MAYORISTA ningún tipo de permanencia ni vinculación en sus relaciones jurídicas, puesto que la vinculación contractual se establecía entre el usuario o abonado y la sociedad MARHER LTDA.

10.2 La sociedad MARHER LTDA realizó la actividad mercantil como empresario independiente, con su propia infraestructura y organización administrativa, pero a partir de estrictos lineamientos resultantes del conocimiento pleno y absoluto del MAYORISTA en materia de costos, riesgos y rentabilidad.

10.3.- SHELL COLOMBIA S.A de manera abusiva, de mala fe y aprovechándose de su posición dominante contractual, impuso a la sociedad MARHER no solo la regalía a que hace referencia el literal j) de la cláusula segunda del contrato CBOG 048- 99, sino uno adicional que denominó de renta fija por un valor de \$ *DOS MILLONES DE PESOS MENSUALES CON UN INCREMENTO ANUAL EQUIVALENTE AL IPC DEBIDAMENTE CERTIFICADO POR EL DANE.*

10.4.- Según lo establecido en la cláusula décima, párrafo primero, “para que se produzca la terminación normal del contrato o de su prórroga, EL OPERADOR deberá proceder a pagar el valor correspondiente al margen de Distribuidor Mayorista que le corresponda a SHELL por el volumen de galones que hicieren falta para cumplir lo pactado, en relación con el último periodo no liquidado de acuerdo con lo previsto en el párrafo primero de la cláusula cuarta”

10.5 Pero además de la gravosa cláusula para la “salida normal” del contrato, igual el MAYORISTA impuso una cláusula penal monstruosa, desproporcionada e intimidante, tal cual se plasma en la cláusula Décima Primera.

10. 6 Desde el comienzo de la operación de la estación de servicio de Cáqueza, la sociedad MARHER LTDA advirtió a SHELL COLOMBIA S.A. acerca de las dificultades en torno a la estructura financiera del contrato.

11. Conforme al Parágrafo Segundo de la Cláusula Primera del contrato de OPERACIÓN, la sociedad MARHER LTDA debía comprar al MAYORISTA los combustibles y/o productos para revenderlos por su propia cuenta y riesgo., lo cual implicaba que todos y cada uno de los actos en que se descompone la operación iban a recaer necesariamente en la órbita patrimonial del OPERADOR.

11.1 La forma bajo la cual el MAYORISTA determina los riegos y gastos operacionales, las regalías a su favor y el “supuesto” margen de utilidad que debería corresponderle a la sociedad MARHER LTDA, se descompone de las siguientes etapas...

Entonces, hechos los pagos de combustible en las condiciones anotadas, menos los costos directos e indirectos, más el pago de la regalía en función del volumen vendido al precio fijo determinado por el MAYORISTA, es lo que a la postre constituía el presunto margen a favor del OPERADOR.. Este margen como se probará en el proceso, nunca existió.

11.1.1 La sociedad MARHER LTDA estaba en la obligación de comprarle al MAYORISTA los combustibles y/o productos para revenderlos por su propia cuenta y riesgo, según el siguiente detalle: El OPERADOR, por medio de contratos independientes, se compromete a efectuar compras en firme al MAYORISTA, para revender, al precio vigente y bajo su propio riesgo, los productos combustibles y lubricantes. La adquisición de los productos se efectuaba mediante órdenes de compra suscritas por el Gerente del OPERADOR o por dependientes suyos debidamente autorizados de manera general. La adquisición de dichos productos se concretaba por medio de facturas de venta en las cuales se estipularán las condiciones de pago.

Es claro, entonces, que el MAYORISTA se ve beneficiado desde el mismo momento en el cual el OPERADOR le compra el combustible y/o producto a precios de lista, donde obtiene un ingreso representado en el margen del mayorista conforme a las tablas establecidas por el mismo para el efecto, sin incluir los costos del transporte que a su vez está obligado el OPERADOR a

asumir.

11.1.2 El segundo paso en la operación es, ni más ni menos, determinar la cantidad de combustible y/o producto que se debe comprar conforme a la proyección de ventas y de lucro que el MAYORISTA espera por la explotación económica de la estación de servicio. Esta decisión también la determina el MAYORISTA de manera unilateral. Para justificar esta imposición el MAYORISTA hace uso de las consideraciones contempladas en la parte general del contrato arriba mencionadas, vale decir, estudios técnicos y de mercado, así como en su experiencia, para determinar la cantidad de ventas y por tanto la cantidad de combustible y/o producto que la sociedad MARHER LTDA le debía comprar. Esta imposición se refleja *ab initio* en el literal J) de la cláusula segunda del contrato.

11.1.3 El tercer paso o eslabón en la operación, desde la óptica siempre dominante y abusiva del MAYORISTA, fue y sigue siendo la determinación de la logística necesaria para lograr el desarrollo de la operación de la estación de servicios. Y justamente dentro de esta logística y perspectiva, se encuentran varios gastos, los cuales también son determinados por el MAYORISTA y que a su vez traslada íntegramente el OPERADOR en la forma señalada a continuación:

a) **CONTRATACIÓN DE PERSONAL:** el MAYORISTA basado en sus propios estándares le impone al OPERADOR la cantidad y la remuneración de los empleados que debe contratar, todo de conformidad a la cantidad de combustible que a su turno debe comprarle y vender el OPERADOR. Esta exigencia del MAYORISTA nunca coincidió con la realidad práctica, por ejemplo, exigiendo contadores cuyo nivel de remuneración estaba por debajo de las condiciones reales de mercado, o determinando un número inferior de operarios a los que realmente se necesitan para satisfacer o cumplir con los estándares de calidad exigidos.

b) **PUBLICIDAD Y PROMOCIONES:** es el MAYORISTA quien determina unilateralmente las promociones y publicidad que se debe utilizar en la estación de servicio, pero al igual que en los otros casos es la sociedad MARHER LTDA. La que debe asumir dichos costos. Para justificar esta imposición el MAYORISTA, SHELL y luego PETROBRAS COLOMBIA

COMBUSTIBLES S.A, señalaba que el OPERADOR es quién se beneficia de la publicidad por cuanto se incrementan sus ventas y por tanto sus utilidades, lo cual es inexacto.

c) EL MANTENIMIENTO FÍSICO DE LA ESTACIÓN Y DE LOS ELEMENTOS NECESARIOS PARA SU FUNCIONAMIENTO: EL MAYORISTA también impacta la estructura de costos de la OPERACIÓN, trasladándole al OPERADOR todos los riesgos de conservación y manutención de los bienes y los equipos entregados a título de comodato.

d)- EL TRANSPORTE DEL COMBUSTIBLE Y/O PRODUCTOS: al igual que en los anteriores, el MAYORISTA continua determinado e imponiendo a través del ejercicio abusivo del derecho y de la posición dominante los gastos en que debe incurrir el OPERADOR. Los costos por este concepto deben ser asumidos por el OPERADOR sin poder trasladárselos al consumidor final.

e) PÓLIZAS DE SEGUROS: EL MAYORISTA le exige a la sociedad MARHER LTDA la suscripción de una póliza a su favor para garantizar el pago del total de las obligaciones derivadas del contrato y también una póliza de responsabilidad civil extracontractual para garantizar todos los posibles siniestros derivados de la ejecución del contrato. El costo derivado de la suscripción de estas pólizas debe ser pagado por el OPERADOR, amen que el representante legal de la sociedad MARHER LTDA debía suscribir un pagaré en blanco para esos mismos propósitos.

11.3 Las regalía como contraprestación por la operación de la estación de servicio "CÁQUEZA" fue determinada por el MAYORISTA, según lo establecido en el literal j) de la cláusula tercera del contrato: *"Pagar a título de regalía por el ingreso a la red de operación de estaciones de Servicio Shell el 25% del margen de distribuidor minorista que tenga durante todo el tiempo de la duración del contrato y de sus prórrogas en caso que estén procedan hasta completar 15 años. Dicho pago se hará a partir del primer despacho de combustible que la haga SHELL."*

Lo cuestionable de esta fórmula, obsérvese, es que quien determina todo es el MAYORISTA: por un lado, la cantidad de producto que el OPERADOR debe comprar y pagar y, por el otro, el precio al cual puede revender al público. Lo evidente, tal como reza en el contrato, es el propio MAYORISTA., quien

basado en sus supuestos estudios técnicos y de mercado, así como en su experiencia, toma la decisión unilateral y por tanto determina el valor de sus regalías, sin correr ningún tipo de riesgo EN CASO TAL QUE LOS SUPUESTOS FALLEN y la operación se convierta en deficitaria. Y eso justamente ocurrió desde el inicio mismo del contrato, donde la alta rotación de dinero anestesia y hace perder de vista al OPERADOR que la estructura financiera del contrato está diseñada para crear siempre la expectativa de lucro y recuperación, sin advertir que su mayor esfuerzo se convierte en fuente de enriquecimiento para el mayorista y de su correlativo empobrecimiento “gota a gota”, o sea de manera perceptible pero en términos de generar psicológicamente el convencimiento de que la condiciones pueden cambiar para recuperar lo perdido. Y tan esto es así que en el contrato se deja abierta la posibilidad de revisión de los resultados anuales. Sin embargo lo estipulado fue siempre letra muerta, porque el MAYORISTA desatendió siempre los llamados de MARHER LTDA en ese sentido, tal como se advierte en la prueba documental.

11.3.1 La posición del MAYORISTA, según la estructura del contrato, es asegurar sus ganancias como si fuese un contrato de renta fija sin detenerse a pensar en el margen que le corresponde al OPERADOR.,

11.3.2 Esta formula igual fue conservada por **PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.**

11.4.- De lo expuesto, **PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.** determina y establece de forma unilateral todos y cada unos de los pasos necesarios para llevar a cabo la operación del contrato de OPERACIÓN, específicamente en la medida que impone de manera unilateral los productos, precios, promociones, empleados y demás costos directos o indirectos en la operación de la estación de servicio.

11.5 Para operar la estación de servicio, la sociedad MARHER LTDA, a partir de las imposiciones del MAYORISTA como experto de mercado, compró combustibles al MAYORISTA; realizó a su propio nombre y riesgo las operaciones de reventa, celebró contratos de trabajo con sus colaboradores,

cumplió con sus propias obligaciones fiscales, construyó mejoras para adecuar sus instalaciones, entre otros.

11.6 LA SOCIEDAD MARHER LTDA, por su propia cuenta y riesgo, como expresión de situar los efectos de sus actos en su órbita patrimonial, realizó la operación de la estación de servicio CAQUEZA a partir de la estructura financiera definida unilateralmente por el MAYORISTA, quien se reservó el derecho a definir volúmenes de compra, establecer la regalías a su favor, fijar parámetros de personal a cargo del OPERADOR, promover y explotar el negocio por cuenta y riesgo del OPERADOR, imponer estándares de calidad a costa del OPERADOR y, finalmente, como si lo anterior fuese poco, le impuso a través de un esquema de monitoreo el precio de tablero a los combustibles en la reventa al público.

11.7 El MAYORISTA no asumió responsabilidad alguna por las fallas o interrupciones en el suministro de combustibles.

11.8 El OPERADOR realizó por su propia cuenta toda la gestión de postventa, tales como garantías, servicio al cliente y recepción de pagos por facturación

12.- El MAYORISTA, por la naturaleza del contrato, entregó a título de comodato a la sociedad **MARHER LTDA** los equipos necesarios para la operación de la estación de servicio, todo conforme a inventarios. Ahora, y no obstante que el comodato supone para el comodatario por regla general el cumplimiento de todas las obligaciones de custodia y conservación de la cosa, tratándose de un contrato inmerso en otro que tiene por objeto la operación de una estación de servicio, debe tenerse en cuenta, mejor advertirse, que la administración y custodia de los bienes entregados a ese título, a no dudarlo tienen peso específico en la determinación de los costes que gravitan alrededor de la estructura financiera y rentabilidad de la operación.

12.1- En ese orden, la entrega de los equipos a título de comodato, amen de suponer el traslado de los riesgos de la cosas conforme a los preceptos

de la ley civil y comercial, igual traslada a la sociedad MARHER LTDA todos los gastos de administración y mantenimiento de los mismos.

13.- El término de vigencia inicial pactado fue de tres años prorrogables automáticamente, a menos que una cualquiera de las partes manifestara su intención de darlo por terminado con una antelación no inferior a dos meses antes de su vencimiento.

14.- El MAYORISTA impuso modificaciones, variaciones y restricciones al régimen económico del contrato por lo que la sociedad MARHER LTDA, mediante algunas comunicaciones expresó al MAYORISTA, léase a SHELL y luego a PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A, su rechazo y oposición a las políticas en materia de determinación de regalías, advirtiéndolo en ellas su menoscabo patrimonial.

15.- La estructura de la OPERACIÓN y las nulas modificaciones económicas por voluntad del MAYORISTA, no obstante los requerimientos formulados para el efecto, afectaron de manera grave el equilibrio económico del contrato por las siguientes razones:

- No haber tenido en cuenta la apremiante situación económica de la sociedad MARHER LTDA para efectos de replantear el valor de las regalías.
- No haber efectuado una adecuada estructura de costes para el contrato de OPERACIÓN, incluido el monto de las regalías.
- No tener en cuenta los impactos negativos sobre la rentabilidad el negocio el endeudamiento para garantizar la operación de la estación.
- Inviabilidad del negocio y de la sociedad misma, cuando los estados financieros reflejan que la operación arroja una tasa interna de retorno negativa, lo cual se evidencia a lo largo de la existencia del contrato. Esta situación fue observada y aceptada por la Superintendencia de Sociedades al admitir a la compañía MARHER LTDA al proceso de reorganización empresarial.
- Haber hecho descuentos a MARHER LTDA o deducciones por intereses de mora, cuando, en estricto rigor, las situaciones de retardo en el pago de órdenes de compra y pedidos fueron originadas por la estructura económica del contrato.

- Haber impuesto condiciones discriminatorias en detrimento de la sociedad MARHER LTDA, para realizar operaciones y actividades equivalentes o análogas con otras sociedades operadoras de las estaciones de servicio del MAYORISTA, las cuales si fueron favorecidas con márgenes superiores a los resultantes de los flujos de caja que se evidencian en la parte probatoria, a manera de testimonio técnico en los términos del Código de Procedimiento Civil, y que se pretende ratificar con la prueba pericial.
- Haber trasladado unilateralmente todos los costos y riesgos de la operación sin percatarse que con ello, como se evidenciará en el trámite del proceso, condujo a la sociedad MARHER LTDA al proceso de reorganización empresarial con altos niveles de endeudamiento y pérdida en sus estados financieros.
- Haber introducido en el contrato cláusulas abusivas y arbitrarias.

16.- Pero a más que la ruptura del equilibrio económico del contrato resulta de la simple valoración de los flujos de caja cimentados sobre la contabilidad de la sociedad MARHER LTDA, igual debe advertirse que el MAYORISTA incumplió el contrato de OPERACIÓN a partir de esta simple premisa: los datos estadísticos en relación con las ventas de la estación de servicio "CÁQUEZA", es decir aquellos con base en los cuales el MAYORISTA determinó el presupuesto de compras y ventas que consideró comercialmente viable para la misma, resultaron significativamente distintos a la realidad, tanto que las ventas no coincidieron jamás con los promedios mensuales exigidos en el contrato, tal como se demuestra con los asientos registrados en la contabilidad del OPERADOR.

17.- Los presupuestos levantados y preparados por el MAYORISTA previamente a la firma del contrato de OPERACIÓN, y sus sucesivas prórrogas, sobredimensionaron el volumen de ventas para la estación de servicio CÁQUEZA, tal y como en varias ocasiones tuvo oportunidad de manifestarlo el representante legal de **LA SOCIEDAD MARHER LTDA.**

18.- Para la celebración del contrato de OPERACIÓN y sus prórrogas, el MAYORISTA siempre le fijó a **LA SOCIEDAD MARHER LTDA.** el presupuesto

de compras y ventas que consideró comercialmente viable para la estación de servicio **CÁQUEZA**, incluso cuando aceptó disminuir transitoriamente el volumen de galones de combustible a vender en el OTROSÍ sin Número del 13 de Noviembre de 2001; en tal virtud, como se observa en los estados financieros presentados ante la Superintendencia de Sociedades, lo cierto es que el MAYORISTA trazó la estructura económica del contrato de operación, que además de generar una tasa de retorno negativa en términos de rentabilidad, igual defrauda la legítima expectativa de construir empresa por no cumplirse nunca los promedios mensuales de ventas asignados, ni la rentabilidad alguna a pesar de que el MAYORISTA se comprometió a poner a disposición del OPERADOR sus conocimientos técnicos y los relacionados con la comercialización del negocio de distribución de combustibles, lubricantes y grasas.

18.1 La proyección económica que fuera hecha por el MAYORISTA mediante estándares definidos primero por SHELL en el " Sistema de Operación de Estaciones de Servicio Shell " (SOESS) y luego por PETROBRAS con su "Sistema de Operación de Estaciones de Servicio Petrobras (SOESP), a la postre, y en términos reales, revela que la estructura financiera del contrato estuvo siempre lejos de garantizar rentabilidad alguna para el OPERADOR y antes por el contrario, desde el primer año, al cierre de los estados financieros, demostraba ya que los flujos del negocio requerían la paulatina necesidad de buscar fuentes de financiamiento para soportar la operación exigida por el MAYORISTA.

18.2 La insuficiencia de rentabilidad de una empresa manipulada por los criterios "absolutistas" del MAYORISTA, sumada a la necesidad contraer obligaciones con distintas fuentes de financiación, trajo como resultado que la sociedad MARHER LTDA continuara con la estación de servicio CÁQUEZA bajo la expectativa de recuperación, máxime cuando contractualmente estaba previsto, a lo menos teóricamente, la posibilidad de revisión.

18.3 La realidad de un flujo de caja negativo, incluso al primer año de

operación, fue la causa que determinó que la sociedad MARHER LTDA incurriera en la demanda de créditos con la banca y terceros en general, tal como lo demuestran sus asientos contables.

18.4 La gran cantidad de efectivo que genera la operación de las estaciones de servicio, se repite, jugó un papel preponderante para continuar con un negocio que desde un principio arrojaba resultados negativos en términos de flujo de caja, al punto que esa disponibilidad de caja era el que permitía que año tras año los balances se cerrarán con figuras contables de pagos diferidos a efecto, y esto es trascendental, de presentar como viable la realidad de un negocio que por su estructura estaba llamado , como en efecto ocurrió, a destruir capital de la sociedad MARHER LTDA y /o de sus socios.

18.5 La disponibilidad de caja producto de las “reventas” en efectivo de combustibles y lubricantes, tuvo la particularidad de “anestesiarse” las realidades de una empresa que guardó siempre la expectativa de obtener rentabilidad a través de un marco de concertación en lo que atañe a los márgenes de regalías y costos, pues ese era el camino para tratar de recuperar las pérdidas en ejercicios fiscales anteriores. O para decirlo en otras palabras, causada la pérdida inicial, era obvio que la sociedad MARHER LTDA tuviera siempre la expectativa de “recuperación” en el futuro cercano de manera análoga a la consabida y pertinaz actitud de los agricultores, que a pesar de la multiplicidad de factores que frustran sus cosechas, siempre tienen el ánimo para volver a intentarlo año tras año para redimir las pérdidas.

18.6 Aquí, por la gran significación que tiene frente a los hechos el tiempo de operación de la estación de servicio CÁQUEZA, debe advertirse que la estructura económica del contrato esconde y proyecta una fuerza que anula la espontaneidad de la voluntad como para tomar la drástica decisión de finiquitarlo a sabiendas de pérdidas iniciales y luego acumuladas, amén de créditos por pagar.

18.7 La posición dominante contractual del MAYORISTA y la promesa

siempre latente de posibles mejorías en cada uno de los factores que determinan la estructura financiera del contrato, en suma condujeron a la no terminación anticipada del vínculo contractual; entonces, y ante la certeza de que una terminación podía incluso agravar la situación, a penas resulta comprensible que la sociedad MARHER LTDA hubiese tenido la expectativa de recuperación a partir de una renegociación seria y definitiva de las regalías, sin perder de vista los costes trasladados, los cuales, en su conjunto, marcaban el horizonte financiero de una sociedad con objeto único y creada para la operación de una estación de servicio bajo los estándares del MAYORISTA.

19.- La necesidad de entrar a la ley 1116 de reorganización empresarial terminado el contrato de operación y suscrito uno nuevo denominado de concesión, fue con el propósito de evitar perjuicios económicos a LA SOCIEDAD MARHER LTDA, entre otros los consistentes en la notoria dificultad de dar cumplimiento a todas las obligaciones con PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A, la DIAN, impuestos municipales; el pago de cláusulas penales, multas y sanciones ; el pago de obligaciones laborales y las relacionadas con la administración, custodia y conservación de las instalaciones de la estación de servicio de conformidad con los patrones de PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.

20.- Dentro de los días siguientes a la manifestación hecha por PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A. Para la terminación del contrato, lo cual implicó una estratagema y nuevo abuso de la posición dominante, se conmina a la sociedad MARHER firmar un acuerdo ineficaz cuya estructura fue:

- a.- Salvaguardar el OPERADOR el pago de las deudas anteriores producto de la celebración y ejecución del contrato. (Manifestación de beneficio unilateral para el OPERADOR)
- b.- Declarar que las partes renuncian a cualquier indemnización por la terminación del contrato, sin referencia a la celebración y ejecución, las cuales también estaban y están latentes para el operador.
- c.- Dadas las condiciones del pacto, la renuncia a la indemnización por la terminación también es inocuo en el entendido que la relación jurídica se

siguió manejando con la misma estructura jurídica y financiera sin solución de continuidad.

20.1 El presunto nuevo contrato, denominado de “concesión”, también impuesto por el MAYORISTA, mantiene ininterrumpidamente el esquema de operación sin referencia al número de galones y la regalía fija (la que siempre estuvo camuflada para que el OPERADOR pagara el arriendo del lote a su propietario), lo cual hace y determina que el documento de acuerdo de terminación sea inane en cuanto a sus efectos, no solo por lo allí estipulado, sino además por la realidad jurídica y práctica que se deriva de la conducta de PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.

20.2. El denominado acuerdo de terminación del contrato de operación es, a la luz del derecho contractual, intrínsecamente ineficaz para producir efecto alguno y, como si fuese poco, tampoco está llamado a producir consecuencias, en tanto que la relación jurídica primigenia permaneció de manera idéntica pero bajo un ropaje contractual de distinto nombre: el contrato de “OPERACIÓN” pasó a llamarse de “concesión”.

21.- Al no terminar el contrato C BOG 048 de 1999, PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A. se mantuvo y se mantiene en la posición de no concederle a la sociedad MARHER LTDA ningún reconocimiento por la ruptura de la ecuación económica del contrato, o de indemnizarla por su abuso, a pesar de conocer de antemano cuales eran y son las razones para la difícil situación económica que está atravesando la sociedad MARHER LTDA, tal como puede inferirse de distintas comunicaciones y de su derecho de inspección sobre la contabilidad del operador

22.- El MAYORISTA hizo previsiones en el contrato en el sentido que de la ejecución del contrato de operación no podía inferirse la existencia de una agencia comercial, sociedad de hecho u otra figura de carácter contractual.

23.- EL MAYORISTA le facturaba y le sigue facturando regalías a la sociedad MARHER LTDA a partir del margen minorista del valor de las

ventas de los combustibles y lubricantes, previa solicitud elaborada y remitida por el OPERADOR.

24.- El pago de las facturas de compra de combustibles y lubricantes estuvo soportado por una línea de crédito abierta a instancias de PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A en el Banco HSBC; en tal virtud, y por tratarse de un crédito rotativo, se generaban intereses sobre las sumas que se entregaban a la sociedad MARHER LTDA para el apalancamiento de la operación de las estaciones de servicio.

25.- Desde el inicio de la vigencia del contrato CBOG 048 de 1999, la cual se extiende hasta ahora, la sociedad MARHER LTDA no recibió rentabilidad plausible por la operación de las estación de servicio CÁQUEZA; por tanto, el MAYORISTA incumplió y sigue incumpliendo las obligaciones relacionadas con la determinación de la estructura financiera del contrato e indujo al OPERADOR a no obtener rentabilidad alguna y a altos niveles de endeudamiento para poder mantener la operación. La consecuencia no es otra distinta a que la situación financiera de la sociedad MARHER LTDA ha sido afectada en forma injustificada en el entendido que su trabajo no la retribuye - y mucho menos le otorga rentabilidad-, específicamente por el abuso de la posición dominante contractual del MAYORISTA y del ejercicio abusivo de unas cláusulas concebidas para garantizar su propio beneficio a expensas, por supuesto, de su co- contratante.

25.1 El volumen de compras en términos de galones, cuota que es impuesta por el MAYORISTA, es uno de los factores para determinar el ingreso de cada estación de servicio. En efecto, el MAYORISTA exige a la sociedad **MARHER LTDA** un valor por galón como regalías de acuerdo al volumen comprado mensualmente, el cual multiplicado por el número de galones da como resultante una cifra que representa un costo más dentro del marco global de gastos de la operación de la estación de servicio. Este costo, se ha dicho, ha sido previamente proyectado y calculado por el MAYORISTA de manera tal que no inhiba la posibilidad de obtener el OPERADOR rentabilidad por su actividad y riesgo. Por eso, del precio de tablero al público menos la sumatoria del costo que representa el

pago de la REGALÍA y de los otros gastos que se le trasladan y en lo que incurre la sociedad **MARHER LTDA**. Tales como: salarios y prestaciones, servicios públicos, dotaciones, seguros, mantenimiento, etc... Sería “teóricamente” el ingreso o utilidad que queda en cabeza del OPERADOR, la cual, como ya se ha reiterado en diferentes apartes, es nula.

25.2 el MAYORISTA impuso la estructura financiera del contrato a través de diferentes tipos de documentos, tales como OTROSIS al contrato, circulares, correos electrónicos, cartas, entre otros, pero ellas no fueron previa y libremente discutidas entre las partes y constituyeron abuso de su posición dominante en materia contractual.

25.3 Como antes se manifestó, el MAYORISTA fijó de manera abusiva a la sociedad **MARHER LTDA** las cuotas de compras y ventas supuestamente en responsables análisis de mercado y en datos estadísticos en relación con las ventas de cada una de las estaciones de servicio, más sin embargo, todas esas previsiones solo demuestran que el MAYORISTA fue el único beneficiado de una relación que no fue conmutativa desde el inicio y respecto de la cual el OPERADOR, ante semejante asunción de derechos y responsabilidades unilaterales por parte del MAYORISTA, nada pudo prever.

26. Aunque en el contrato de OPERACIÓN el MAYORISTA determinó unilateralmente los volúmenes de compra, regalías y determinación de costos operativos, ello, no obstante la arrogancia infinita de quien todo lo puede y todo lo dicta, igual significaba atraer para sí la responsabilidad de estructurar el negocio de suerte tal que generara, a lo menos, la rentabilidad media de un negocio donde traslada riesgos, costos y predefine para sí el valor de la regalía. Por consiguiente, si la rentabilidad no se da, o los presupuesto definidos para alcanzarla determinan que los márgenes sean exiguos frente a las condiciones medias del mercado o de la naturaleza del negocio, es obvio que quien las impone, por demás con mano férrea, asuma y corra con las consecuencias negativas de los errores de su previsión, si lo que hizo fue actuar de buena fe, o de su enorme apetito de lucro, si actuó a sabiendas del desequilibrio económico que con ello causaba al contrato.

Entonces, sea que de buena o mala fe no se haya obtenido rentabilidad por parte del OPERADOR, o que ella sea inferior a la que puede predicarse de un negocio de naturaleza similar, lo cierto es que el MAYORISTA debe asumir la indemnización de perjuicios por el abuso de su posición dominante contractual y del ejercicio abusivo de las cláusulas impuestas en el contrato dado su corte unilateral, o si se quiere omnímodo, que reviste este particular tipo de OPERACIÓN.

27.- El MAYORISTA fijó a la sociedad MARHER LTDA, por el carácter residual de su remuneración, de manera tácita - y en algunos casos expresamente, un estrecho o nulo margen de maniobra para atender los gastos mensuales que demandaba su operación comercial.

27.1 No obstante que el estrangulamiento paulatino de la finanzas de la sociedad MARHER LTDA se trataba de mitigar con conceptos de personal tales como sueldos de la gerencia, aumento de sueldos a los trabajadores nunca por encima del mínimo legal, dosificación de recargos por trabajo nocturno, prestaciones, parafiscales, o también por los honorarios pagados por servicios de contabilidad, revisoría fiscal, o mediante políticas de ahorro de servicios públicos de la estación de servicio, el resultado de la operación NUNCA fue rentable.

28.- El MAYORISTA, a diferencia de lo que instituye una sana política comercial, trasladó al OPERADOR todos los costos de las promociones realizados a lo largo de la vigencia del contrato de OPERACIÓN. Por eso, en vez de incentivar la promoción con disminución porcentual de las regalías que debía pagarle el OPERADOR u otorgarle descuentos en la operación de compra del combustible donde se concentra su margen de mayorista, tanto SHELL y luego PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A, contra toda previsión de lógica económica, igual mantuvieron la férrea decisión de seguir estrangulando los estados financieros de quien promovía sus productos para alcanzar un beneficio intangible, como es el posicionamiento de la marca, así no se aumentarían las ventas. La realidad

es que la sociedad MARHER LTDA era quien debía soportar la carga a su costo.

29.- La sociedad MARHER LTDA por la situación antes referenciada del contrato CBOG 048 de 1999 y que se mantiene sin solución de continuidad por PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A, no tuvo alternativa distinta a la de solicitar los beneficios de la ley 1116 de 2006 a partir de una memoria explicativa...

30.- El MAYORISTA, a la luz de lo expuesto, incumplió y sigue incumpliendo el contrato de OPERACION al no estimar una adecuada estructura financiera.

30.1 El negocio establecido por el MAYORISTA nunca ha sido rentable para el OPERADOR, toda vez que está estructurado sobre la base de conocimientos técnicos y de mercado que no se aplicaron, ni se aplican, o simplemente no son ciertos; las ventas de la estación de servicio durante toda la vigencia del CONTRATO C BOG 048 de 1.999, incluso hasta la fecha, así lo demuestran.

30.2 El representante Legal de la sociedad MARHER LTDA manifestó en reiteradas ocasiones, a representantes del MAYORISTA., la inconveniencia de las condiciones establecidas por esta sociedad, toda vez que representaban innumerables gastos y por consiguiente un margen muy bajo o insuficiente para atender obligaciones directamente relacionadas con la operación del negocio, entre ellas, las que surgen de créditos adquiridos con la banca y terceros...

30.3 En conclusión, el MAYORISTA, haciendo uso abusivo del derecho y de su posición dominante contractual, traslada todo el riesgo de la operación del contrato de OPERACIÓN a la sociedad MARHER LTDA., impidiendo por tanto que esta última reciba un margen de utilidades razonable como contraprestación de todas las condiciones que se le imponen. Y del otro lado de la balanza, se encuentra el MAYORISTA, quien sin asumir ningún tipo de riesgo, siempre asegura un margen fijo de ganancias o regalías a su favor.

30.4 El MAYORISTA, como consecuencia de su equivocada concepción acerca del equilibrio del contrato, terminó por castigar una vez más al OPERADOR con otra serie de arbitrios que afectaron considerablemente los estados de resultado del OPERADOR, así:

30.5 Cobró intereses de mora en pagos de facturas, sin advertir que el excesivo nivel de endeudamiento y el impacto ocasionado sobre los estados financieros fueron, sin excepción, la causa de su imputación.

31.- EL MAYORISTA, en ejercicio abusivo del derecho, impuso siempre las condiciones económicas del contrato sin consultar los intereses de la sociedad MARHER LTDA. En efecto, de manera reiterada disminuyó el valor de la rentabilidad del negocio o desconoció las condiciones reales del mercado al asignar los costos de operación, trasladó al OPERADOR funciones administrativas suyas; obligó a LA SOCIEDAD MARHER LTDA a aceptar todas las modificaciones al contrato y a suscribir acuerdos, compromisos u otrosíes.

31.1 El MAYORISTA, si bien varió transitoriamente las cuotas de compras y ventas que se basaban supuestamente en responsables análisis de mercado y en datos estadísticos, no ha permitido ninguna **reconsideración sobre la estructura económica del contrato.**

32.- El MAYORISTA, PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A., ostenta en el mercado una posición dominante y desarrolla su actividad mercantil en condiciones de predominio contractual frente al OPERADOR.

33.- El MAYORISTA impuso al OPERADOR dedicación exclusiva y estableció exclusividad.

34.- El MAYORISTA diseñó y elaboró un documento "*pro forma*", el cual presentó al OPERADOR para su firma sin posibilidad de discusión; de manera, pues, que el contrato firmado por la convocante no era diferente a

los contratos firmados en esa misma época por otras sociedades operadoras de estaciones de servicio del MAYORISTA.

35.- LA SOCIEDAD MARHER LTDA se vio forzada a aceptar los distintos documentos presentados por el MAYORISTA, específicamente en aquellos donde imponía sus condiciones respecto de promociones y demás gastos operativos, lo cual deja en evidencia la conducta abusiva y de posición dominante en la relación contractual. Esta situación se refleja a lo largo de la historia del contrato, pues PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A mantuvo y exigió, en un todo, el clausulado impuesto por Shell.

36.- EL MAYORISTA desde el inicio mismo de la relación jurídica con la sociedad MARHER LTDA estableció parámetros perjudiciales para mantener el punto de equilibrio del OPERADOR, pues difería, sin razón, la decisión de reajustar el margen de las regalías no obstante que tenía conocimiento del impacto y desequilibrio del contrato de OPERACIÓN

37.- EL MAYORISTA se nutrió y benefició de los pagos en efectivo y anticipados de los impuestos y sobretasas en materia de combustibles.

38.- No obstante las reuniones efectuadas con SHELL y luego con PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A para determinar una solución directa frente al evidente rompimiento de la ecuación financiera del contrato como consecuencia directa del abuso de la posición dominante de carácter contractual y del ejercicio abusivo de sus cláusulas, o si se quiere de su conmutatividad a partir de una situación que estuvo determinada y predefinida por su voluntad, nunca hubo acercamiento para hallar nuevas fórmulas para calcular las regalías y el consecuente margen residual a favor del OPERADOR de la estación de servicio CÁQUEZA ; en tal virtud, y teniendo en cuenta que este aspecto es protuberante aunque no único en lo el que realmente define la rentabilidad, esta conducta viene a afianzar por vía directa la legitimidad de lo que se reclama.

39.- El abuso de la posición contractual dominante y el ejercicio abusivo de sus cláusulas, se tradujo para la sociedad MARHER LTDA en una pérdida

constante a lo largo de la operación, destruyendo capital y sin remunerar la rentabilidad del negocio de la distribución de combustible minorista.

40.- El MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA contrató a la sociedad ITANSUCA PROYECTOS DE INGENIERIA S.A. para realizar un trabajo con el fin de establecer el marco conceptual y metodológico con el fin de valorar económicamente los márgenes de la cadena de distribución de combustibles.

40.1 El resultado del estudio arriba indicado se entregó el 2 de diciembre de 2010 y se encuentra publicado en la página Web del MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA y de FENDIPETROLEOS.

40.2 Las fuentes para desarrollar la metodología propuesta por ITANSUCA implica al interesado tener como soporte sus estados financieros básicos y, en especial, el estado de resultados.

41.- Con fundamento en los estados financieros de la sociedad MARHER LTDA desde el inicio de la ejecución del contrato CBOG 048 de 1999, se aplicó la tasa de descuento anual hallada por la metodología para estaciones de servicio del estudio de ITANSUCA arrojando un resultado, según el cual PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A. frustró, con la estructura económica del contrato, por demás impuesta al OPERADOR, la rentabilidad del negocio, al punto que su recuperación por el periodo de vigencia del mencionado, si su terminación se entiende que acaeció el 8 de septiembre de 2008, el contrato asciende a la suma de MIL MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS (\$ 1.000.373.967.00), lucro cesante dentro de los extremos de la indemnización que se solicita; si es lo contrario, como en efecto lo es, o sea que el contrato de mantuvo sin solución de continuidad, el valor de la rentabilidad no obtenida y frustrada por la mala fe y abuso de PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A asciende a la suma de MIL CIENTO SESENTA Y TRES MILLONES SETESCIENTOS OCHENTA MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS. (\$ 1.163.780.465.)

41.1 Bajo los mismos supuestos arriba indicados, el perito puede establecer el valor de la rentabilidad dejada de percibir hasta la fecha.

41.1.1 Atendiendo que la Sociedad Marher Ltda solicitó ante la Superintendencia de Sociedades ser admitida al Proceso de Reorganización, la cual fue aceptada mediante Auto Número 430-012414 el 22 de Julio de 2010, proceso en que se han cumplido con los requisitos de Ley encontrándose en este momento en preparación del acuerdo de pagos el cual se le deberá presentar a La Superintendencia de Sociedades en el mes de Marzo de 2011. En este proceso se argumento que la Sociedad Marher Ltda insistiría ante las autoridades competentes en la recuperación de recursos.

41.1.2 Conocido lo anterior se procedió a oficiar a FENDIPETROLEO Seccional Bogotá –Cundinamarca y Llanos Orientales solicitando:

” Los estudios técnicos sobre el mercado, administración y rentabilidad de la distribución de derivados del petróleo” que debe realizar Fendipetroleo atendiendo lo contenido en el artículo 5 de la ley 26 de 1989 el cual contempla que disponen de un Estudio Técnico que permita determinar el margen de distribución minorista complementario al margen de distribución que POR LEY FIJA EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA EN FORMA MENSUAL

41.1.3 Se obtuvo respuesta en forma escrita el pasado 22 de diciembre, así:

”Me permito con el presente dar respuesta a su atenta solicitud de fecha 12 de diciembre del año en curso, informándole que esta Dirección Ejecutiva Fendipetroleo Seccional Bogotá Cundinamarca y Llanos Orientales, no tiene los estudios técnicos sobre mercado, administración y rentabilidad de derivados del petróleo, que permita determinar el margen de distribución minorista complementario al margen de distribución que por ley fija el gobierno nacional. De otra parte le informo que las conclusiones del estudio de márgenes elaborado por ITANSUCA los puede encontrar en la página

web de Fendipetroleo, www.fendipetroleo.com. Cordialmente Alejandro Ribero Rueda Director Ejecutivo de Fendipetroleo.

41.1.4 Con la información sugerida por FENDIPETROLEO, la sociedad MARHER procedió a revisar y aplicar la metodología del informe ITANSUCA, obteniendo el resultado ya indicado.

41.1.5.- Los anexos y soportes. ANEXO TÉCNICO (Resumido) PARA DETERMINAR LA RENTABILIDAD ADECUADA POR LA OPERACIÓN DE LA ESTACIÓN PETROBRAS ,UBICADA EN EL KILÓMETRO 2 DE LA CARRETERA BOGOTA –VILLAVICENCIO OPERADA POR LA SOCIEDAD MARHER Ltda. Nit 832003919-5...

4.1.1.6. El resultado se muestra en las siguientes tablas...

41.2 Siendo el estudio de ITANSUCA un referente, el ejercicio para calcular su rentabilidad también es susceptible de hallarse a través de utilizar un flujo de caja con el fin de establecer la tasa interna de retorno a partir de una tasa de descuento del 12, 036 por ciento anual

42.- EL OPERADOR, según documental aportada y reflejada en los estados financieros, durante la vigencia del contrato C.BOG .048 de 1.999 contrajo obligaciones financieras por un valor de QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS UN MIL SETECIENTOS VEINTIUN PESOS (\$546.701.721), concepto que hace alusión al daño emergente dentro de los extremos de la indemnización que se solicita.

43.- El denominado contrato de concesión, que es el mismo de operación, se sigue ejecutando a la fecha.

44.- Por razón de acudir a la ley 1116 de 2006 con el propósito de obtener un acuerdo de reorganización empresarial, PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A decidió aumentar la presión, por un lado, no despachando combustible los 4 primeros días después de la notificación de la radicación del proceso ante la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES y,

por el otro, retirando el crédito y exigiendo pago en efectivo anticipado par el despacho de combustible.

45.- La conducta abusiva y de posición dominante contractual la sigue ejerciendo PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A. trasladando costos al OPERADOR, ahora en el tema de los seguros, el cual curiosamente pasó de una cobertura para la estación de 1.056.725. 448 respecto del periodo comprendido entre el 31 de julio de 2009 y el 31 de julio de 2010, a una cobertura por más del doble, es decir por la suma de \$ 2.363.071.000. para el periodo entre el 1 de octubre de 2010 y el 1 de octubre de 2011.

46.- La estructura del contrato de operación y/o concesión ha llevado a la ruina a varios operadores.

47.- El diseño del contrato de operación, impuesto por SHELL COLOMBIA S.A y luego asumido por PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A, imponía e impone al OPERADOR una camisa de fuerza para impedir la terminación del contrato.

48.- Tanto SHELL COLOMBIA S.A como PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A, por razón de lo múltiples reclamos efectuados por el OPERADOR, crearon expectativas sobre la revisión de la estructura económica del contrato de operación.

49.- Las posibilidades de revisión integral de la estructura del contrato de operación, no obstante lo pactado en el contrato para el efecto, no se ha materializado hasta la fecha.

2. La oposición de la demandada

PETROBRAS se opusieron a las pretensiones de la demanda y formuló las siguientes excepciones de mérito:

1. PRIMERA EXCEPCIÓN: TRANSACCIÓN

2. SEGUNDA EXCEPCIÓN: FALTA DE COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS PARA CONOCER DE TODAS LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

3. TERCERA EXCEPCIÓN: FALTA DE COMPETENCIA DE LOS ARBITROS PARA PRONUNCIARSE SOBRE EL CONTRATO DE CONCESIÓN No. P.CN.BOG.08.069 SUSCRITO ENTRE LAS PARTES EL NUEVE (9) DE SEPTIEMBRE DE 2008 O CUALQUIER OTRA RELACION COMERCIAL EXISTENTE ACTUALMENTE ENTRE ELLAS.

4. CUARTA EXCEPCIÓN: INAPLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO AL CONTRATO DE OPERACIÓN No. CBOG.048.99, OBJETO DE ESTE TRAMITE ARBITRAL.

5. QUINTA EXCEPCIÓN: INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS MATERIALES O SUSTANCIALES PARA APLICAR LA TEORIA DE LA IMPREVISIÓN. (Art. 868 del Co. de Co.).

6. SEXTA EXCEPCIÓN: INAPLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN PARA CONTRATOS TERMINADOS.

7. SÉPTIMA EXCEPCIÓN: IMPROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA O INVALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DEL *“CONTRATO DE OPERACIÓN DE ESTACION DE SERVICIO SUSCRITO ENTRE SHELL COLOMBIA S.A. Y MARHER LTDA NO. CBOG.048.99”* EL 9 DE SEPTIEMBRE DE 1999.

8. OCTAVA EXCEPCIÓN: INEXISTENCIA DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE POR PARTE DE PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A. EN EL *“CONTRATO DE OPERACIÓN DE ESTACION DE SERVICIO SUSCRITO ENTRE SHELL COLOMBIA S.A. Y MARHER LTDA No. CBOG.048.99”* DEL 9 DE SEPTIEMBRE DE 1999.

9. NOVENA EXCEPCIÓN: INEXISTENCIA DE ABUSO DEL DERECHO POR PARTE DE PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A. EN EL “CONTRATO DE OPERACIÓN DE ESTACION DE SERVICIO SUSCRITO ENTRE SHELL COLOMBIA S.A. Y MARHER LTDA No. CBOG.048.99” DEL 9 DE SEPTIEMBRE DE 1999.

10. DECIMA EXCEPCIÓN: INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL “CONTRATO DE OPERACIÓN DE ESTACION DE SERVICIO SUSCRITO ENTRE SHELL COLOMBIA S.A. Y MARHER LTDA No. CBOG.048.99” DEL 9 DE SEPTIEMBRE DE 1999, POR PARTE DE PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.

11. DÉCIMA PRIMERA EXCEPCIÓN: EL “CONTRATO DE OPERACIÓN DE ESTACION DE SERVICIO SUSCRITO ENTRE SHELL COLOMBIA S.A. Y MARHER LTDA No. CBOG.048.99” DEL 9 DE SEPTIEMBRE DE 1999, NO ES UN CONTRATO DE ADHESIÓN.

12. DÉCIMA SEGUNDA EXCEPCIÓN: INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES.

13. DÉCIMA TERCERA EXCEPCIÓN: BUENA FE CONTRACTUAL DE PETROBRAS.

14. DECIMA CUARTA EXCEPCIÓN: VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE POR PARTE DE MARHER LTDA. AL IR CONTRA SUS PROPIOS ACTOS (*VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIO*)

15. DECIMA QUINTA EXCEPCIÓN: NADIE PUEDE ALEGAR SU PROPIA CULPA

16. DECIMA SEXTA EXCEPCIÓN: FALTA DE CAUSA POR PARTE DE MARHER LTDA. PARA DEMANDAR

17. DECIMA SÉPTIMA EXCEPCIÓN: INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DE MARHER LTDA.

18. DECIMA OCTAVA EXCEPCIÓN: CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES POR PARTE DE PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.

19. DECIMA NOVENA EXCEPCIÓN: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

20. VIGÉSIMA: EXCEPCIÓN GENÉRICA (306 del C.P.C.)

3. Respuesta a los Hechos de la Demanda

En su contestación a la demanda PETROBRAS se pronunció aceptando como ciertos los hechos relacionados con la celebración del Contrato de Operación No. CBOG-048.99 para la Estación de Servicio Cáqueza; la asunción de la posición contractual de SHELL por PETROBRAS; que el Contrato de Arrendamiento suscrito entre SHELL y Carlos Alberto Hernández Ladino es un contrato independiente al Contrato de Operación suscrito entre SHELL y MARHER; y la entrega por PETROBRAS a MARHER a título de comodato todos los bienes muebles constitutivos de la estación de servicio para su correcta operación y servicio.

Por lo demás PETROBRAS efectuó las siguientes precisiones:

1) PETROBRAS continuó ejecutando el Contrato de Operación No. CBOG.048.99 en los mismos términos y condiciones pactadas inicialmente entre SHELL y MARHER, pero las partes de común acuerdo modificaron algunas de las estipulaciones iniciales.

2) Las condiciones específicas que determinaron la estructura financiera del Contrato de Operación suscrito entre SHELL COLOMBIA S.A. y MARHER no obedecieron a condiciones impuestas por el Mayorista sino que fueron el resultado de conversaciones, discusiones y negociaciones con el señor Carlos Alberto Hernández Ladino, quien posteriormente cedió su derecho a

suscribir el citado contrato a su hijo Herman Hernández Rojas, socio de MARHER.

3) El Contrato de Operación No. CBOG.048.99, no es un contrato de “*Renta Fija*”, sino que corresponde a un Contrato de Operación mediante el cual MARHER se obligó a operar una Estación de Servicio de propiedad del Distribuidor Mayorista (Estación CLDO) construida en un 100% con recursos de SHELL COLOMBIA S.A., a cambio de: (i) recibir una utilidad consistente en la diferencia entre el precio de compra del combustible y el precio de venta al consumidor final por unos galones mínimos mensuales determinados y, (ii) pagar progresivamente al Distribuidor Mayorista (SHELL/PETROBRAS) el monto de la inversión realizada para poder poner en marcha la estación (Cláusula Tercera literal j) del Contrato), en la medida en que MARHER, por voluntad propia y de los propietarios del inmueble donde se ubica la Estación de Servicio, asumió amortizar el costo de inversión realizado por SHELL COLOMBIA S.A. a cambio de que los susodichos propietarios del inmueble se quedarán con la estación a la finalización del contrato de arrendamiento.

4) La estimación contractual de un promedio mínimo de galones mensuales que se compromete a comprar MARHER a PETROBRAS no es una cláusula que convierte el contrato en un Contrato de Renta Fija. Se trata de una cláusula que le permite al Distribuidor Mayorista recuperar los costos de inversión, ya que la regalía variable está en función de los galones vendidos, la asesoría técnica del Mayorista, la licencia de uso de marca y la capacitación, entre otros, de todas las instalaciones de la estación de servicio que son de su propiedad y que están al servicio de MARHER para beneficio y lucro propio.

5) La contraprestación para el Operador no es residual en la relación comercial sostenida entre SHELL/PETROBRAS y MARHER. La estructura financiera fue negociada por las partes y la contraprestación estipulada para el Operador es consecuente con su inversión y con las expectativas de venta.

6) La contraprestación que recibe el Operador es el resultado de su esfuerzo particular por la venta de combustible y no tiene que ver con las acciones u omisiones del Mayorista.

7) El margen de MARHER como contraprestación con el que se hicieron las proyecciones para la Estación de Servicio Cáqueza era del 75% del margen Minorista ponderado que para el año 1998 era de \$95.65 pesos/galón, mientras que el margen del Mayorista ponderado para la misma época era de \$50.72 pesos/galón. El margen obtenido por MARHER era perfectamente razonable, aun con la deducción del 25% pactada como *Regalía*, en la medida en que MARHER no hizo ningún tipo de inversión.

8) PETROBRAS nunca exigió a MARHER vender el combustible a determinado precio, fijando con ello su margen de intermediación. MARHER siempre fue libre, dentro de lo estipulado por la ley, para vender el combustible al precio que considerara necesario, tal y como lo hacen todos los Operadores de PETROBRAS.

9) Las partes de MUTUO ACUERDO aceptaron que existiría un mínimo de volúmenes de combustibles que sería adquirido por MARHER, con el objeto de garantizar al Mayorista el cubrimiento de los gastos de inversión, asesoría técnica, licencia de uso de marca y capacitación, entre otros.

10) El Mayorista NUNCA fija los gastos operacionales del Minorista. Dichos gastos los determina y causa el Operador con base en su propia estructura económica y material. Los mayoristas sugerían a sus Operadores Minoristas una estructura de costos que le garantizaba una buena rentabilidad, pero no era una imposición y, de hecho, MARHER nunca la adoptó.

11) La regalía variable del 25% del Margen Minorista, así como la regalía fija de \$2.000.000.00 mensual, fueron pactadas por las partes y no corresponden a un abuso de la posición dominante del Mayorista, sino por el contrario, a la justa remuneración para éste último por haber realizado una inversión millonaria en obras y equipos para el usufructo de un Operador o

Concesionario, según sea el caso, como lo es el retorno de la inversión en cualquier negocio.

12) El precio de adquisición del combustible por parte del Mayorista es fijado vía Resolución por el Ministerio de Minas y Energía, y no por el propio Mayorista. El Operador Minorista puede pedir lo que desee en cada pedido de combustible. El precio de venta de combustible del Mayorista al Minorista es determinado vía Resolución por parte del Ministerio de Minas y Energía, y no por el Mayorista. El Mayorista no cobra anticipadamente al Minorista el Impuesto SOLDICOM, que en realidad es una contribución, lo que sucede es que el Mayorista, según lo dispuesto en el Decreto 3322 de 2006, debe obligatoriamente recaudar el SOLDICOM en cada factura de venta al Minorista para posteriormente pagarla a la administradora del fondo durante los cinco (5) primeros días de cada mes. El Operador de la Estación debe mantener precios de mercado para que sea competitivo. El pago del canon de arrendamiento por parte de PETROBRAS al señor Carlos Alberto Hernández Ladino, nunca fue asumido por MARHER. Existió un acuerdo entre el señor Carlos Alberto Hernández Ladino, MARHER y SHELL COLOMBIA S.A. mediante el cual PETROBRAS pagó cánones anticipados a MARHER, por solicitud de Carlos Alberto Hernández Ladino, cruzándose los cánones de arrendamiento con la regalía fija (\$2.000.000.00) que debía pagar MARHER a SHELL COLOMBIA S.A., tal y como lo demuestra el Otrosí de fecha 17 de octubre de 2002.

13) PETROBRAS calcula el volumen mínimo de combustibles a ser negociado con el Minorista, con fundamento en un estudio técnico serio que se denominó "*Proyecto vía al Llano, Estación de Servicio Shell Cáqueza*", elaborado por SHELL COLOMBIA S.A. en diciembre de 1998. Tal volumen mínimo no es una cifra impuesta unilateralmente por el Mayorista, sino que ella es negociada, dependiendo de las condiciones propias del mercado y de su evolución. En otrosí al Contrato se renegó el monto mínimo de galones a ser adquiridos por MARHER, pasando de 180.000 galones/mes a 170.000 galones/mes y se le condonó el pago de la sanción por los quince (15) meses anteriores.

14) PETROBRAS no cobró a MARHER el valor de las campañas de publicidad y promociones en la Estación de Servicio.

15) Tanto para la fecha de suscripción del Contrato de Operación No. CBOG.048.99, como para los contratos que se celebran en la actualidad, la suscripción de las Pólizas de Seguros a las que hace alusión la parte convocante obedecen a una obligación legal del Minorista, de acuerdo con lo dispuesto en el derogado artículo 39 del Decreto 1521 de 1998 (vigente al momento de la suscripción del contrato) y el artículo 21 del Decreto 4299 de 2005 vigente en la actualidad, de manera que su no suscripción constituye un incumplimiento grave de la normatividad legal vigente.

16) PETROBRAS hace de manera permanente un monitoreo del mercado de combustibles en todas las zonas atendidas por sus Minoristas para poder asesorarlos pero nunca con carácter obligatorio.

17) Las fallas en el suministro de combustible por causas imputables a MARHER no tienen porqué ser responsabilidad de PETROBRAS y constituyen además incumplimiento del contrato. PETROBRAS nunca dejó de ofrecer combustible a MARHER para su compra.

18) Aunque jurídicamente el propietario del lote de terreno y el Operador no eran un mismo ente jurídico, en la práctica si eran la misma persona, todo por voluntad propia de la convocante y su familia, situación que tanto SHELL como PETROBRAS aceptaron de buena fe, hasta el punto de pagar cánones de arrendamiento por anticipado para que MARHER a su vez pudiera pagar la cartera vencida.

19) Para la época de suscripción del Contrato de Operación No. CBOG.048.99, existían estaciones de servicio ubicadas en la misma zona, las cuales vendían volúmenes de combustible muy superiores al mínimo estipulado en el Contrato de Operación

20) El Acta de Terminación del Contrato de Operación No. CBOG.048.99 es un verdadero acto jurídico que tiene el alcance de una transacción con

efectos de cosa juzgada, el cual fue aceptado voluntariamente por MARHER en su momento.

21) La facturación que le hacía PETROBRAS a MARHER antes de agosto de 2008 tenía origen en el Contrato de Operación No. CBOG.048.99 y la facturación que le hace hoy y a partir de agosto de 2008, tiene su origen en el Contrato de Concesión P.CN.BOG.08.069.

22) La única obligación que impone PETROBRAS en la operación de cualquier estación de servicio, dentro de las cuales se encuentra la Estación de Servicio Cáqueza, es la de seguir ciertos procesos y niveles de servicio para cumplir con los estándares de operación de PETROBRAS a nivel mundial y acorde con la normatividad nacional e internacional en materia de distribución de combustibles. Esta regulación es parte integral del Contrato y corresponde al Sistema de Operación de Estaciones de Servicio Petrobras, el cual fue incumplido reiteradamente por MARHER, generando riesgos para los vehículos atendidos.

23) Con la expedición del Decreto 4299 de 2005, la exclusividad que era hasta entonces una obligación de carácter contractual, se convirtió en una obligación legal y hoy en día el Minorista no puede distribuir combustibles provenientes de más de un Mayorista.

24) El Ministerio de Minas y Energía contrató a la compañía ITANSUCA PROYECTOS DE INGENIERIA S.A. para la realización de un estudio relacionado con la distribución de combustibles. No obstante, dicho estudio de no es definitivo ni comprende todas las variables del negocio de distribución minorista de combustibles. Únicamente comprende variables para estaciones de servicio donde el Minorista realiza toda la inversión y por tal motivo no puede ser aplicado al Contrato de Operación No. CBOG.048.99 suscrito en el año 1999. Y, finalmente, tal estudio tiene como fin modificar el esquema para la determinación de los márgenes mayoristas y minoristas que actualmente maneja el Ministerio de Minas y Energía y por lo tanto, sus variables y metodología no son aplicables a las operaciones actuales de Estaciones de Servicio, como la Estación de Servicio Cáqueza.

25) Ante la reiterada mora y las constantes y permanentes devoluciones de cheques por fondos insuficientes en que venía incurriendo MARHER como Operador de la Estación de Servicio desde el mes de noviembre de 2009, entre PETROBRAS y MARHER se acordó que a partir del mes de diciembre del año 2009, los despachos de combustibles serían efectuados siempre y cuando se realizara por parte de MARHER LTDA. pagos anticipados, condición ésta que fue aceptada por el Operador, tal como se puede evidenciar en el correo electrónico de fecha 13 de Enero de 2010. El día 29 de Junio de 2010, PETROBRAS notificó a MARHER la terminación del Contrato de Concesión No. P.CN.BOG.08.069 a partir del 1 de Julio de 2010, fundamentada en los incumplimientos de las obligaciones contractuales. Solamente hasta el día 6 de Julio de 2010, es decir, 5 días después MARHER informó a PETROBRAS haber elevado solicitud de reorganización empresarial, lo que desvirtúa que el pago en efectivo y por anticipado de los despachos se hubiesen generado como consecuencia de la notificación de haber solicitado ante la Superintendencia de Sociedades la Reorganización Empresarial.

4. Pruebas practicadas

Como prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus posiciones las partes aportaron varios documentos y, adicionalmente, la demandada aportó una experticia.

A solicitud de las partes se recibieron los testimonios de Alice Andrea Rodríguez Rodríguez, Santiago José Ramírez Tello, Fabián Alfredo Portilla Freire, Jaime Isaac Frysz Luker, José Hernando Díaz Valdiri, Martha Paola Sánchez Martínez, Edgar Iván Castillo Martínez, Juan Pablo Luengas Álvarez y Nicolás Serrano Álvarez,.

A petición de la demandada se recibió el interrogatorio al representante legal de MARHER y mediante Auto No. 30 del 26 de julio de 2012 el Tribunal resolvió tener por no justificados los motivos de la inasistencia de los

representantes legales de PETROBRAS a la audiencia de interrogatorio de parte y tener por no presentado oportunamente el interrogatorio en pliego cerrado que pretendió hacer valer la demandante.

Se adelantaron sendas exhibiciones de documentos por parte de MARHER y de PETROBRAS.

Igualmente, a petición de la demandante se recibió un dictamen por parte de un perito experto en asuntos financieros, el cual fue objetado por aquella, motivo por el cual, también a petición suya, se rindió otro dictamen.

En esta forma se concluyó la instrucción del proceso durante la cual las partes tuvieron la oportunidad de controvertir las pruebas en los términos de ley.

B. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL Y LA CORRELATIVA EXCEPCIÓN PROPUESTA

De manera inicial corresponde al juzgador verificar la concurrencia de los presupuestos procesales que, como condiciones necesarias exigidas por la ley, le permitan en su oportunidad proferir la decisión de fondo que dirima la controversia sometida a su conocimiento. En el presente caso, de las partes se predica su capacidad para ser sujetos de la relación procesal y para comparecer a ella directamente, estando debidamente representadas por sus procuradores judiciales y no existe reparo alguno tanto por lo que atañe a la aptitud formal de la demanda, como de la adecuación del trámite.

Como quiera que la parte convocada a este proceso arbitral, PETROBRAS, ha cuestionado la competencia de este Tribunal para conocer y dirimir la controversia materia del arbitramento como Segunda y Tercera excepciones que consigna en la contestación de la demanda, sobre lo cual se reafirma en

los alegatos de fondo, el Tribunal, en un todo de acuerdo con lo consignado en la providencia que desató el recurso interpuesto en la primera audiencia de trámite (folios 447 y ss. del Cuaderno Principal 1), reitera su jurisdicción y competencia para este asunto; empero, abundará su determinación con las razones que enseguida se exponen.

Respecto de la posición de las partes sobre este cardinal aspecto, cotejada concretamente con las pruebas allegadas, se resalta que:

1. Para la demandante, MARHER, el único contrato realmente celebrado fue el denominado de Operación, que en su sentir se encuentra vigente para el momento de la presentación de la demanda, sin solución de continuidad desde el 9 de septiembre de 1999, ya que la supuesta terminación de dicho contrato y, se entiende, la génesis de un Contrato de Concesión, los califica de simulados.

2. Las pruebas documentales allegadas a su instancia y, de manera integral, las pretensiones de la demanda dan cuenta inequívoca de que las diferencias surgieron con causa en ese único contrato ya mencionado, y no en otro.

3. La parte demandada impugnó el auto por virtud del cual el Tribunal asumió competencia, con apoyo en la existencia del contrato de Concesión y en el "Acta de Terminación de Contrato de Operación No. CBOG.048.99", razón por la cual afirmó que el inicial de Operación ya reseñado se había finiquitado.

4. Al descorrer el traslado del recurso de Reposición (folios 457 vuelto y 458 del Cuaderno Principal 1) la convocante señaló que *"En este caso si se observa el simple tenor literal de lo que allí se estableció está referido única y exclusivamente a la terminación del contrato, su sentido y alcance no involucra ni la celebración de contrato ni mucho menos la ejecución que en el fondo es el tema que se está debatiendo en este proceso, las pretensiones está estructuradas sobre la base de una serie de hechos que nacen de una serie de cláusulas a nuestro juicio abusivas que finalmente fueron las que*

determinaron la situación económica que en este momento se solicitan como base de las pretensiones formuladas para el contrato de Operación”.

5. En la contestación de la demanda y a manera de excepciones de mérito (folios 396 y 397 del Cuaderno Principal 1) la demandada fundó sus defensas bajo la consideración medular de que el contrato de Operación fue terminado por mutuo acuerdo de las partes y que dicho acuerdo tiene el alcance de la transacción respecto de cualquier diferencia anterior a su fecha; y que, respecto del Contrato de Concesión, el Tribunal no tiene competencia por no haberse incluido allí pacto arbitral.

Como se dejó establecido en aparte anterior, el objeto de las pretensiones de la demanda se contrae a las declaraciones y condenas impetradas dentro del marco de las relaciones negociales ajustadas entre MARHER y PETROBRAS, concretamente con causa en el Contrato de Operación CBOG.048.99 del 9 de septiembre de 1999; en el mencionado contrato, precisamente, se incluyó el pacto arbitral para dirimir las controversias en los términos de que se da cuenta en otra parte de este Laudo.

Sin perjuicio de la autonomía del pacto arbitral, el cuestionamiento aludido por la convocada tiene por fundamento una consideración claramente sustancial consistente en la terminación por mutuo acuerdo del contrato de operación, con alcances de transacción definitiva respecto de cualquier indemnización por la terminación del mismo; igualmente, que entre las partes el día 9 de septiembre de 2008 se ajustó un nuevo contrato denominado de Concesión e identificado con el No. P.CN.BOG.08.69, cuyos términos regirían su relación comercial a futuro, contrato éste en que, según se afirma por el extremo pasivo, no se incluyó la cláusula compromisoria; así las cosas, fluye con nitidez que tal argumentación apunta a desvirtuar la pretensión; en otras palabras, dicho medio defensivo deberá considerarse al momento de establecer el fundamento de la pretensión en su expresión fáctica de acuerdo con los términos de la demanda, que no como ausencia de los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia del Tribunal.

Las razones consignadas por el Tribunal en su momento para soportar su competencia consistieron en que las pretensiones contenidas en la demanda lo fueron con apoyo en el contrato de operación y, particularmente, dentro de los términos de la cláusula arbitral, que ciertamente buscan pronunciamientos sobre la permanencia y alcance del mencionado contrato; aspecto que, adicionalmente, fue propuesto como excepción de fondo por la parte convocada y, en razón de ello, debía ser materia de decisión en este laudo.

En efecto, para el Tribunal es claro que la totalidad de las pretensiones de la demanda, principales y subsidiarias, se fundamentan en la vigencia del primero de los contratos mencionados; y, consecuentemente, si dicha negociación fue sustituida o cambiada sustancialmente por el contrato de concesión, ese solo hecho resultaría de suyo suficiente para desestimar la demanda, puesto que respecto de la relación sustancial debatida en este proceso carecería la demandante del interés subjetivo, serio y actual en la pretensión; bajo esta hipótesis, por el hecho propio de las partes al celebrar el nuevo acuerdo, (art. 1602 Código Civil), se extinguiría jurídicamente el primigeniamente ajustado; sin embargo, respecto de aquél contrato no se formuló, ni podía hacerse, pretensión alguna por la convocante.

Si el contrato de Operación se encontrare terminado – y ese en un asunto que se debate en este ligio – de allí no se sigue necesariamente que las partes estén inhibidas de formular demanda por controversias surgidas durante su vigencia o que nacieron por causa o con ocasión de su terminación. De manera que el hecho de la terminación puede poner fin al contenido contractual pero no tiene la virtud de extinguir la cláusula compromisoria que es la que habilita al Tribunal para juzgar tales controversias.

Lo anteriormente expuesto conduce a encontrar no probadas la Segunda Excepción de mérito denominada por la demandada *“Falta de competencia de los árbitros para conocer de todas las pretensiones de la demanda”* y la Tercera denominada *“Falta de competencia de los árbitros para pronunciarse sobre el Contrato de Concesión NO. P.CN.BOG.08.069 suscrito entre las partes el nueve (9) de septiembre de 2008 o cualquier otra relación comercial*

existente actualmente entre ellas”, no en el sentido de que el Tribunal pueda conocer de pretensiones surgidas al amparo de este segundo negocio – que como se vio no están consignadas en la demanda – sino bajo la perspectiva de considerar que la competencia del Tribunal la otorga la pretensión, cuya alegación consiste en aducir que el segundo contrato no existió porque la terminación del primero fue simulada. Bajo ese entendido, de llegar a reconocer el Tribunal la terminación del Contrato de Operación y el nacimiento del de Concesión, esa circunstancia impediría acceder la prosperidad de la demanda pero no afecta la competencia que está atribuida tanto para acceder a las pretensiones como para negarlas, aun con fundamento en la existencia de un contrato que no tenga cláusula compromisoria, el cual solo tendría valor como prueba pero no como fuente de la habilitación de los árbitros.

2. EL OBJETO DEL DEBATE – PRECISIÓN EN TORNO A LAS PRETENSIONES RECLAMADAS DENTRO DEL ENTORNO DE ESTE PROCESO

Conviene poner de presente de entrada que la condición en que PETROBRAS se convirtió en parte contractual dentro del Contrato de Operación CBOG.048.1999 no fue, en estricto sentido, como se propone en la Pretensión Principal 1 y, por inercia se plantea en otras subsiguientes o subsidiarias, porque el hecho de que la convocada lo hubiera “asumido” el contrato, sin solución de continuidad. En puridad lo que ocurrió fue algo distinto; el Contrato de Operación objeto de este proceso fue suscrito el 9 de septiembre de 1999 entre SHELL COLOMBIA S.A. y MARHER (folios 17 y siguientes del cuaderno de pruebas No. 1) y, aunque las partes no aportaron el certificado de existencia y representación legal de SHELL COLOMBIA S.A., del texto del Otrosí No. 3 del Contrato de Operación (folios 79 y 79 vuelto del cuaderno de pruebas No. 3), en concordación con el certificado de existencia y representación legal de PETROBRAS (folio 98 del cuaderno principal No. 1), se desprende que el origen de la calidad de la convocada como parte contractual fue el siguiente:

1) El 14 de septiembre de 2005 SHELL COLOMBIA S.A. se escindió sin disolverse y destinó en bloque parte de su patrimonio, concretamente el correspondiente al negocio de combustibles, para la constitución de una nueva sociedad cuya razón social fue SHELL COMBUSTIBLES S.A.

2) Por lo anterior, por ministerio de la ley se produjo una cesión de la primera a la segunda, de todos los contratos relacionados con estaciones de servicio, entre ellos el contrato de Operación que es objeto de este proceso¹.

3) Posteriormente, el 1º de mayo de 2006 se consolidó la venta de las acciones de SHELL COMBUSTIBLES S.A. a PETROBRAS y, como consecuencia, aquella sociedad, constituida el 14 de septiembre de 2005, cambió su nombre por el de PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.

De manera que, en rigor, no hubo una cesión de posición contractual ni PETROBRAS “asumió” el contrato por la compra de acciones, sino que la convocada, con su nombre actual, es la misma persona jurídica que antes se denominaba SHELL COMBUSTIBLES S.A., quien fue la cesionaria del contrato como producto de la transferencia de parte del patrimonio de la escidente – que no se disolvió –, a la sociedad beneficiaria en ese entonces recién creada, SHELL COMBUSTIBLES S.A.².

Así las cosas, la mencionada pretensión 1 podría ser intrascendente en cuanto, aparentemente tan solo está pidiendo se declare la existencia del contrato y en tanto solo señala que el mismo “*fue asumido sin solución de continuidad por PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A., por la compra que hiciera de las acciones de la sociedad SHELL COMBUSTIBLES COLOMBIA S.A., la que previamente, a su vez, se había escindido de la primera*”. Sin embargo, la connotación que la demandante le da a la expresión “*sin solución de continuidad*” no parece tener el alcance de advertencia en el sentido de que éste jamás terminó por causa de la escisión mencionada ni por el cambio de nombre de la sociedad beneficiaria, producto de una negociación de acciones. En efecto, como consta en las pretensiones subsiguientes la

¹ Cfr. Artículo 9 de la Ley 222 de 1995.

² Cfr. Numeral 1o del artículo 3 de la Ley 222 de 1995

convocante emplea esa expresión para pedir al Tribunal declarar que el Contrato de Operación se ejecutó “*sin solución de continuidad*” hasta la presentación de la demanda porque, como ya se señaló, el acta de terminación por mutuo acuerdo y la celebración del nuevo contrato de Concesión, para la convocante no tienen efectos jurídicos o no tanto como para considerar terminado el primero.

Lo dicho lleva al Tribunal al examen de las pretensiones subsiguientes y resulta importante para determinar el marco de la Litis. Así, como ya se reseñó, dentro del denominado Capítulo Uno – Pretensiones Principales –, en la pretensión 3 a) la demandante pide “*se declare que la relación contractual derivada del contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 ha sido permanente y sin solución de continuidad desde el 9 de septiembre de 1999 hasta la fecha, puesto que la supuesta terminación el día 2 de Julio de 2008, mediante oficio No UN-COL/GDST 0050/2008, es simulada o no tuvo efectos entre las partes*” (subraya el Tribunal); y en la 3 b), de “*manera subsidiaria*” solicita “*se declare que la relación contractual derivada del contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 ha sido permanente y sin solución de continuidad, desde el 9 de septiembre de 1999 hasta la fecha de su terminación por parte de la sociedad PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A., el día 2 de Julio de 2008. Mediante oficio No UN-COL/GDST 0050/2008* (Subraya el Tribunal).

Esas dos pretensiones son replicadas dentro del Capítulo Dos – Pretensiones Primeras Subsidiarias –, como pretensiones 1 a) y 1 b), y dentro del Capítulo Tres – Pretensiones Segundas Subsidiarias – también como pretensiones 1 a) y 1 b).

Como se ve, en la principal 3 a) del capítulo de Pretensiones Principales y en las pretensiones primeras y segundas subsidiarias 1 a), MARHER pide se declare que el contrato de Operación se encuentra vigente hasta la fecha de la demanda porque la terminación unilateral de PETROBRAS del 2 de julio es simulada o no tuvo efectos; y que, en la subsidiaria 1 b) del capítulo de pretensiones principales, así como en las pretensiones primeras y segundas subsidiarias 1 b), solicita se declare que el contrato se encontró vigente hasta

la fecha de su terminación unilateral. Respecto a estas pretensiones subsidiarias, puede tratarse de un yerro en la redacción pero, de la literalidad de las mismas, se desprende que no tendrían ninguna trascendencia jurídica así entendidas porque es evidente que un contrato se encuentra vigente desde la fecha de su celebración hasta la fecha de su terminación y esta consideración sería suficiente para que, de negarse la respectiva pretensión principal, no prosperaran tampoco las subsidiarias. Sin embargo, nuevamente destaca el Tribunal la importancia que la demandante le da a las expresiones “*permanente*” y “*sin solución de continuidad*” para destacar que lo que quizás quería pedir MARHER es que se declarara “*que la relación contractual derivada del contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 ha sido permanente y sin solución de continuidad, desde el 9 de septiembre de 1999 hasta la fecha*”. Sin embargo, esa interpretación carecería de sentido o estaría vedada al juez efectuarla, porque habría que atribuir una fuente de ineficacia – en sentido amplio – a la mencionada terminación unilateral: simulación – que es el soporte de la pretensión principal –, nulidad, inexistencia, ineficacia liminar, inoponibilidad, etc. Y si se tratara de la primera causa – la simulación – no existiría diferencia con la pretensión principal. Pero lo cierto es que, además de lo expuesto sobre los límites para la interpretación judicial, la pretensión carece de causa petendi y el fallo no podría ser congruente³.

La diferencia fundamental entre los tres capítulos de pretensiones, principales, primeras y segundas pretensiones subsidiarias, estriba en que, en el primero, al amparo de la pretensión 4, la demandante solicita se declare que PETROBRAS incurrió en “abuso del derecho”; en el segundo, bajo la pretensión 2, MARHER pide se declare que la demandada “incumplió” el contrato “por haber obrado de “mala fe”; y en el tercero, como pretensiones 2 a 7, la convocante acusa una serie de cláusulas contractuales de abusivas y reclama su “invalidez” o su “ineficacia”.

Adicionalmente, en el mencionado capítulo Tercero, bajo las pretensiones 8 a) y su subsidiaria 8 b), pide a su vez se declare “*Que como consecuencia del incumplimiento y consecuente indemnización para el restablecimiento del*

³ Cfr. Artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

equilibrio económico del contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999... dado el ejercicio abusivo del derecho en cláusulas que jamás se adecuaron al conocimiento y profesionalismo del MAYORISTA, se condene a ésta última a:

i) No imponer, en el entendido que esta declaración tiene efecto retroactivo al momento de la celebración del contrato, a la SOCIEDAD MARHER LTDA un volumen de compras y ventas sin un verdadero soporte que garantice la operación de la estación de servicio en términos de conmutatividad y que, por tanto, la estructura financiera del contrato, producto del conocimiento y profesionalismo del MAYORISTA, sea suficiente para sufragar los costos y riesgos que se le imponen al OPERADOR y además de lugar a la obtención de una rentabilidad razonable conforme a la naturaleza y complejidad de la operación; en tal virtud, se debe ordenar que el contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 ha debido ejecutarse sin la aplicación de las cláusulas y condiciones declaradas ineficaces o inválidas, específicamente por constituir un ejercicio abusivo del derecho y del abuso de la posición dominante contractual por parte del MAYORISTA ii) Reestablecer el equilibrio económico del contrato de OPERACIÓN teniendo en cuenta la rentabilidad del negocio con base en la metodología de valoración realizada por ITANSUCA sociedad de ingeniería S.A como consultor del Ministerio de Minas y Energía, todo a partir de las cifras consignadas en los balances y estado de resultados de la SOCIEDAD MARHER LTDA.” (Pretensión 8 a.) o, subsidiariamente, “con base en la metodología T.I.R (Tasa Interna de Retorno) a partir del flujo de caja operativo, todo con base de las cifras consignadas en los balances y estado de resultados de la SOCIEDAD MARHER LTDA.” (Pretensión subsidiaria 8 b.).

Las demás pretensiones, en esencial, son consecuenciales de todas las anteriores y buscan la condena al pago de los perjuicios (pretensión principal 5 y pretensiones primeras subsidiarias 3 a) y 3 b) y al pago de las costas (Capítulo Cuarto). O son fundamento adicional de las pretensiones principales, para que el Tribunal declare que SHELL COLOMBIA S.A. fue quien redactó el contrato (Pretensión Principal 2).

Recapitulando, entonces, pone de presente el Tribunal que la demandante aspira a que se declare que el contrato de Operación se encuentra vigente

porque su aparente terminación unilateral es simulada o no tiene efectos. Esta es su pretensión fundante ya que las demás solo pueden tener cabida si el contrato está vigente. Y con fundamento en esa vigencia del contrato o, como lo denomina la actora, la “permanencia” y falta de “solución de continuidad”, aspira a que el Tribunal declare, ya que PETROBRAS incurrió en “abuso del derecho”, ya que “incumplió” el contrato “por haber obrado de “mala fe” o ya que debe declararse con efectos retroactivos, la “invalidez” o “ineficacia” de algunas cláusulas contractuales por ser abusivas. Y, adicionalmente, pide se impartan una serie de instrucciones a PETROBRAS para la ejecución del contrato y se le ordene atender el restablecimiento del equilibrio económico, todo lo cual lo hace derivar de un incumplimiento que no pidió expresamente o, por lo menos, técnicamente.

De manera que por simple lógica el tema de la simulación debe ser el primero en abordarse, tanto desde el punto de vista de la pretensión, como desde la órbita de las excepciones de mérito y, en ese sentido, debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, *“Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, podrá abstenerse de examinar las restantes”*. En ese sentido, dentro del análisis propuesto que implica abordar la alegada simulación, la Primera Excepción formulada por la demandada y denominada *“Transacción”*, así como la Décima Novena consistente en la *“Prescripción de la acción”* deben considerarse simultáneamente.

No se abordará preliminarmente la excepción de Prescripción, planteada como Décima Novena, como parecería lógico al amparo de la norma procesal antes mencionada, porque ella solo busca enervar las segundas pretensiones subsidiarias y, entonces, primero debe el Tribunal resolver sobre la suerte de las principales y de las primeras subsidiarias.

3. LA ALEGADA SIMULACIÓN

En esencia la demandante funda su acción de simulación en los siguientes

hechos:

18.8 *La posición dominante contractual del MAYORISTA y la promesa siempre latente de posibles mejoras en cada uno de los factores que determinan la estructura financiera del contrato, en suma condujeron a la no terminación anticipada del vínculo contractual; entonces, y ante la certeza de que una terminación podía incluso agravar la situación, a penas (sic) resulta comprensible que la sociedad MARHER LTDA hubiese tenido la expectativa de recuperación a partir de una renegociación seria y definitiva de las regalías, sin perder de vista los costes trasladados, los cuales, en su conjunto, marcaban el horizonte financiero de una sociedad con objeto único y creada para la operación de una estación de servicio bajo los estándares del MAYORISTA.*

19.- *La necesidad de entrar a la ley 1116 de reorganización empresarial terminado el contrato de operación y suscrito uno nuevo denominado de concesión, fue con el propósito de evitar perjuicios económicos a LA SOCIEDAD MARHER LTDA, entre otros los consistentes en la notoria dificultad de dar cumplimiento a todas las obligaciones con PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A, la DIAN, impuestos municipales; el pago de cláusulas penales, multas y sanciones ; el pago de obligaciones laborales y las relacionadas con la administración, custodia y conservación de las instalaciones de la estación de servicio de conformidad con los patrones de PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.*

20.- *Dentro de los días siguientes a la manifestación hecha por PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A. Para la terminación del contrato, lo cual implicó una estratagema y nuevo abuso de la posición dominante, se conmina a la sociedad MARHER firmar un acuerdo ineficaz cuya estructura fue:*

a.- Salvaguardar el OPERADOR el pago de las deudas anteriores producto de la celebración y ejecución del contrato. (Manifestación de beneficio unilateral para el OPERADOR)

b.- Declarar que las partes renuncian a cualquier indemnización por la terminación del contrato, sin referencia a la celebración y ejecución, las cuales también estaban y están latentes para el operador.

c.- Dadas las condiciones del pacto, la renuncia a la indemnización por la terminación también es inocuo en el entendido que la relación jurídica se siguió manejando con la misma estructura jurídica y financiera sin solución de continuidad.

20.1 *El presunto nuevo contrato, denominado de “concesión”, también impuesto por el MAYORISTA, mantiene ininterrumpidamente el esquema de operación sin referencia al número de galones y la regalía fija (la que siempre estuvo camuflada para que el OPERADOR pagara el arriendo del lote a su propietario), lo cual hace y determina que el documento de acuerdo de terminación sea inane en cuanto a su efectos, no solo por lo allí estipulado, sino además por la realidad jurídica y práctica que se deriva de la conducta de PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.*

20.2. *El denominado acuerdo de terminación del contrato de operación es, a la luz del derecho contractual, intrínsecamente ineficaz para producir efecto alguno y, como si fuese poco, tampoco está llamado a producir consecuencias, en tanto que la relación jurídica primigenia permaneció de manera idéntica pero bajo un ropaje contractual de distinto nombre: el contrato de “OPERACIÓN” pasó a llamarse de “concesión”.*

21.- *Al no terminar el contrato C BOG 048 de 1999, PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A. se mantuvo y se mantiene en la posición de no concederle a la sociedad MARHER LTDA ningún reconocimiento por la ruptura de la ecuación económica del contrato, o de indemnizarla por su abuso, a pesar de conocer de antemano cuales eran y son las razones para la difícil situación económica que está atravesando la sociedad MARHER LTDA, tal como puede inferirse de distintas comunicaciones y de su derecho de inspección sobre la contabilidad del operador.*

43.- *El denominado contrato de concesión, que es el mismo de operación, se sigue ejecutando a la fecha*

De lo anterior establece el Tribunal que el fundamento de la alegada simulación consiste en que el esquema de ejecución y la relación contractual en el nuevo contrato de Concesión es prácticamente idéntica a la contemplada en el primigenio contrato de Operación, salvo por las referencias *“al número de galones y la regalía fija”*.

Llama la atención del Tribunal que la simulación alegada – y aún la declaratoria consistente en que *“no tuvo efectos entre las partes”* – se predique de la *“terminación el día 2 de Julio de 2008, mediante oficio No UN-COL/GDST 0050/2008”* emanado de PETROBRAS y no del *“Acta de Terminación de Contrato de Operación No. CBOG.048.99 suscrito entre Petrobrás Colombia Combustibles S.A. y Marher Ltda”* el 1º de agosto de 2008 (folio 163 del cuaderno de pruebas No. 2), invocada por la demandada, y cuya existencia la reconoce la demandante al afirmarla como un acto producido dentro de los días siguientes a la manifestación de terminación del contrato de Operación por parte de PETROBRAS como *“una estratagema y nuevo abuso de la posición dominante” por medio del cual “se conmina a la sociedad MARHER firmar un acuerdo ineficaz”*. También llama la atención que dentro de su pretensión la demandante tampoco incluya el de Concesión P.CN.BOG.08.069 del 9 de septiembre de 2008 en la medida en que en los hechos invocados le atribuye el ser un mero ropaje que camufla el negocio primigenio.

La simulación ha sido tradicionalmente predicable de los actos jurídicos bilaterales o multilaterales o, en fin, de los negocios jurídicos en los cuales intervienen por lo menos dos agentes, por ello se habla en general del *“acuerdo simulatorio”* puesto que las partes emiten una manifestación de voluntad que no corresponde a su real intención . Por esa razón la doctrina descarta como actos simulados, desde el punto de vista jurídico, la reserva mental, el dolo, las adquisiciones de bienes bajo nombre de otro y los actos unilaterales, entre otros. Tal concepto parte de la propia noción expuesta por los autores.

Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta⁴, por ejemplo, señalan que la simulación “*consiste en el concierto entre dos o más personas para fingir una convención ante el público, en el entendido de que esta no habrá de producir, en todo o en parte, los efectos aparentados; o en disfrazar, también mediante una declaración pública, una convención realmente celebrada, con el ropaje de otro negocio diferente; o en camuflar a una de las partes verdaderas con la interposición de un tercero*”. Y señalan que sus características son, precisamente, la divergencia entre la voluntad real y su declaración pública, el concierto simulatorio entre los agentes y el propósito de esos agentes generar una apariencia frente a terceros. Por eso, sobre el aspecto que llama la atención del Tribunal, concluyen que no se puede configurar la simulación en los casos de reserva mental porque “*no se ofrece un engaño al público, porque esa intención real no se manifiesta mediante una declaración oculta dirigida a la otra parte y de que esta tenga conocimiento*” ni en actos unipersonales, “*en los que, por definición, hay un agente único y, por ende, una voluntad y una declaración únicas*”.

Gabriela Rossello⁵ señala que “*Un negocio simulado... es aquel que tiene una apariencia distinta de la realidad, o porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece; el negocio que aparentemente es serio y eficaz es en sí ficticio y mentiroso o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto*”. Y, siguiendo a Ferrara, expresa que, “*Este negocio aparente está destinado a provocar una ilusión ante el público, que es inducido a creer en su existencia o en su naturaleza tal como aparece declarada, cuando en verdad o no se realizó o se realizó otro negocio diferente al expresado en el contrato*”. Finalmente, sobre el aspecto que se antoja fundamental en este aparte del laudo, referido a la contradicción deliberada entre la declaración de voluntad y la voluntad interna, pone de presente que “*en la simulación tenemos una declaración de voluntad disconforme con lo efectivamente querido por las partes*”.

⁴ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Editorial Temis. Bogotá. 1980. Págs. 115 y ss.

⁵ ROSSELLO, Gabriela. Simulación. En Nulidades de los Actos Jurídicos. Director Carlos A. Ghersi. Editorial Universidad. Buenos Aires. 2005. Págs. 101 y ss.

Por su parte Héctor Cámara⁶, diciendo recoger la tesis de la mayoría de los tratadistas, define el acto simulado como *“el acuerdo de las partes, de dar una declaración de voluntad a designio divergente de sus pensamientos internos, con el fin de engañar inocuamente, o en perjuicio de la ley o de terceros; llamándose simulación el vicio que afecta ese acto”*.

En punto de los actos unilaterales el referido autor señala lo siguiente:

“La doctrina no es uniforme en saber si la ficción procede en los actos unilaterales, exhibiendo tres posiciones al respecto.

“La corriente que podríamos denominar clásica, halla una imposibilidad jurídica de ficción en los actos unilaterales, ya que el vicio por definición requiere el acuerdo de las partes. Otros autores han sostenido que cabe la simulación en las declaraciones unilaterales recepticias únicamente abriendo más el campo de la figura, para llegar hasta un tratadista propugnando que en todo acto unilateral es posible la ficción.

“La primera posición, definida por numerosos juristas, afirma que en los negocios unilaterales no se concibe la simulación por faltar la concertación de las partes generadora de la ficción; solo participando dos voluntades puede presentarse esta figura. Éste es nuestro punto de vista.

“Messina, Longo y Loreto entre otros, consideran que la simulación es propia de las declaraciones unilaterales recepticias, cuya manifestación de voluntad es dirigida a una persona que deba tener conocimiento: v. gr., la notificación de la cesión del crédito, una intimación, el desahucio, etc. Barasi también auspicia dicha tesis, expresando que con la declaración el destinatario coopera en la formación del acto, lo mismo aceptando que percibiendo; por ello contempla aquí la posibilidad de simulación.

“Nosotros no participamos de esa opinión, ‘ya que si bien en estos casos se crea una situación parecida a la de simulación, no podemos identificar ambas, pues si admitiéramos dicha tesis, tendríamos que sostener

⁶ CÁMARA, Héctor. Simulación en los Actos Jurídicos. Segunda Edición. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1958.

igualmente que en testamento habría la posibilidad de simulación, lo que es inadmisibles; sólo habrá reserva mental o en todo caso una doble reserva mental.

“La otra posición – sin adeptos conocidos – es de escaso valor; la mencionamos a título simplemente informativo. Ha sido expuesta por Pontes de Miranda, para quien es posible la simulación en cualquier hipótesis. Este autor agrega que el error de los juristas en este punto está en confundir ‘unilateralidad del acto jurídico’ con ‘unilateralidad de las maniobras de los simulantes’; en un acto unilateral puede haber bilateralidad en las maquinaciones, en los conciliábulos, por lo cual cabe la ficción.

“De esta tesis no haremos especialmente su crítica, pues carece de fundamento a nuestro parecer, según todo cuanto llevamos dicho”.

Federico De Castro y Bravo se refiere a la simulación de declaración unilateral, de carácter negocial, para indicar que *“Las declaraciones de voluntad dirigidas a modificar o extinguir una relación negocial pueden ser simuladas, en cuanto sobre ellas pueda existir y exista acuerdo o cooperación entre quien la emite y la persona a quien va dirigida y respecto de la que habrá de producir efecto inmediato (declaración recepticia)”*⁷.

Para el Tribunal la simulación trascendente, desde el punto de vista jurídico, es la que es fruto de los negocios jurídicos, porque la reserva mental, por ejemplo, puede ser considerada socialmente como una discordancia con la realidad, y el acto unilateral puede reflejar manifestaciones que el otorgante en su fuero interno no piensa. Pero todas esas manifestaciones individuales no tienen trascendencia porque no afectan la órbita de las demás personas y son esencialmente modificables o revocables por el individuo que las soporta o las manifiesta, según el caso, salvo que hayan generado derechos frente a terceros. Por esta misma última razón no puede darse seriamente la posibilidad de que el acto unilateral o unipersonal pueda ser revocable por simulación a iniciativa de su autor con perjuicio para destinatarios de derechos adquiridos al amparo de la manifestación original.

⁷ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El Negocio Jurídico. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1985. Pág. 347.

Con todo conviene poner de presente que los actos unilaterales no susceptibles de atacarse por la vía de la simulación son los absolutos y no pueden incluirse aquellos que, habiendo sido formulados con destino a terceros, supongan, en virtud de su aceptación, un verdadero negocio jurídico bilateral o multilateral más o menos complejo, como ocurre con la oferta en los términos de los artículos 845 y siguientes del Código de Comercio porque la oferta oportuna y debidamente aceptada determina la celebración de un negocio jurídico obligatorio como si el acuerdo hubiera sido el producto de un solo acto jurídico y no de la suma de dos o más manifestaciones coincidentes de voluntad.

Con fundamento en lo expuesto no podría accederse a las pretensiones basilares de la demandante antes mencionadas porque la terminación unilateral de PETROBRAS no puede considerarse jurídicamente simulada.

Sin embargo, pone de presente el Tribunal que la terminación del contrato de Operación transmitida a MARHER mediante comunicación UN-COL/GDST 0050/2008 del 2 de julio de 2008 y que obra a folio 65 del cuaderno de pruebas No. 1, fue formulada con fundamento en una cláusula contractual y tal decisión como tal existe, sin que se encuentre prueba alguna que permita concluir que quien la formuló estaba de acuerdo o en connivencia con su destinatario sobre la irrealidad o falta de conformidad con la verdad de tal manifestación. De manera que lo que correspondería en derecho era determinar si tal decisión de PETROBRAS estaba conforme con el contrato o no y ese no es el ámbito del concepto de la simulación.

En efecto, en esa comunicación PETROBRAS, por intermedio del señor Juan Claudio Nicora, Director de Operación y Comercialización, le informa a MAHER, lo siguiente:

“Teniendo en consideración a (sic) que el día 8 de Septiembre de 2008 vence la segunda prórroga del Contrato de Operación de la Estación de Servicio No. CBOG.048.99 y De conformidad con lo estipulado en la cláusula DECIMA del Contrato de Operación de la Estación de Servicio No.

CBOG.048.99 que establece ‘... Finalizado este plazo, el contrato se prorrogará automáticamente por 3 años más si ninguna de las partes manifiesta su intención de no continuar con el contrato con por lo menos dos meses...’, me permito comunicarle que nuestra compañía dará por terminado el mismo a partir del día 8 de Septiembre de 2008, fecha en la cual vence la segunda prórroga, para lo cual el señor Fabián Portilla estará entrando en contacto con usted para coordinar lo relacionado con los trámites para recibir de nuestra parte la estación de servicio.

“Teniendo en consideración lo anterior y dado que Petrobras Colombia Combustibles S.A., entrará a celebrar un nuevo contrato con otro operador, si es de su interés participar en dicho proceso le agradecemos comunicarse con el señor Silvio Organdino Schroeder al teléfono 3135000”.

Examinada la cláusula Décima invocada en la comunicación anterior (folio 20 del cuaderno de pruebas No. 1) el Tribunal encuentra que, efectivamente, tras el plazo inicial de tres años, el contrato se entendía prorrogado automáticamente por un periodo igual, salvo que una de las partes manifestara su intención en contrario con por lo menos dos meses de anticipación, de manera que la comunicación de PETROBRAS debía efectuarse a más tardar el 7 de agosto de 2008 y, como consecuencia, habiéndose efectuado el día 2 de julio, el Tribunal encuentra cumplidos los términos previsto en la estipulación contractual. En ese sentido más que de terminación del contrato la comunicación está referida a la manifestación del interés en no renovarlo, lo cual desde el punto de vista jurídico es bien distinto. La copia de la referida carta que obra a folio 65 del cuaderno de pruebas No. 1 no tiene constancia de recibo por parte de MARHER, pero la parte demandante no ha negado haberla recibido oportunamente, al punto que la invoca en su petitum.

Esta línea argumentativa conduce a que esa manifestación unilateral de PETROBRAS ha podido cuestionarse desde el punto de vista jurídico, en tanto se ajustaba o no al contrato, pero no desde la perspectiva de la simulación. Aun en ese escenario, la doctrina en general ha precisado que la prueba de la simulación interpartes de una declaración supuestamente

simulada que conste por escrito reclama como la prueba por excelencia el contradocumento que *“Velez define... como ‘ acto destinado a quedar secreto, que modifica las disposiciones de un acto ostensible”*⁸. Rossello agrega que, *“se ha precisado que el contrato simulado no es modificado o destruido por un acto posterior, sino que, desde el principio es un acto no serio, aparente y la contradicción secreta está destinada a constatar históricamente esta ficción”*⁹.

En nuestro sistema jurídico y al amparo del sistema de la libre apreciación del juez que en buena hora reemplazó al de tarifa legal probatoria, no existe limitación, pero el actor debe demostrar el acto real o, por lo menos, la simulación, y pedir, la nulidad o la inexistencia del acto aparente, la prevalencia del real o la mera simulación. Solo que, al amparo del artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, *“Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”*.

Y como lo ponen de presente Ospina Fernández y Ospina Acosta, la insinceridad de las declaraciones contenidas en documentos públicos o privados auténticos solamente puede ser establecida por las partes *“mediante probanzas de igual valor, como una contraescritura, o un principio de prueba por escrito que haga verosímil la simulación y complementado por otros medios, inclusive las declaraciones de testigos, los indicios, etc. y, sobre todo, por la confesión judicial de parte ‘que es la prueba por excelencia”*¹⁰.

Ningún elemento de convicción aportó MARHER que acreditara que la manifestación de PETROBRAS de no querer prorrogar el contrato de Operación era simulada porque ni los testigos ni la declaración de parte abordaron tal aspecto de la litis. Ni siquiera se citó a declarar al señor Juan

⁸ ROSSELLO, Gabriela. Ob. Cit. Pág. 110.

⁹ ROSSELLO, Gabriela. Ob. Cit. Pág. 110.

¹⁰ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA. Ob. Cit. Pág. 144.

Claudio Nicora, Director de Operación y Comercialización de PETROBRAS, como autor de la comunicación que se reputa simulada.

Es más, claramente la calificación de acto de terminación del Contrato como simulado, desaparece si, según se afirma en el alegato de conclusión, capítulo 6 *“En cuanto al acta de terminación y su frase sacramental ‘renuncian recíprocamente a reclamar cualquier suma de dinero a la otra parte, como indemnización generada por la terminación del CONTRATO DE OPERACIÓN...’, se resalta que la renuncia se realizó, exclusivamente, con respecto a los posibles perjuicios que se hayan originado por la terminación del contrato, los cuales por supuesto, no se originan, como que la terminación ocurrió de común acuerdo.*

“Con respecto a los perjuicios que se reclaman en este proceso, los cuales se basan en el abuso del derecho y las actuaciones de mala fe de la demandada, son conductas que se predicen al MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN Y DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO y nada tienen que ver con la terminación que se insiste, ocurrió de mutuo acuerdo.

“Luego, la renuncia a reclamar perjuicios se contrae, exclusivamente, a aquellos que pudieron derivarse de la terminación, pero no de su celebración y ejecución que son momentos contractuales anteriores”.

Es decir, la propia parte demandada reconoce la existencia del acuerdo de terminación del contrato de Operación, solo que interpreta que la transacción solo cubrió los perjuicios originados en ese momento y no los causados antes.

Esa falta de apoyo probatorio se predica inclusive si, con un criterio ciertamente amplio, e imposible de aplicar en este caso, el Tribunal entendiera que el acto reputado de nulo no fuera el acto de terminación unilateral, sino la mencionada “Acta de Terminación de Contrato de Operación No. CBOG.048.99 suscrito entre Petrobrás Colombia Combustibles S.A. y Marher Ltda” o el contrato de Concesión P.CN.BOG.08.069 del 9 de septiembre de 2008.

No basta, como lo pretende la demandante, fundar la simulación en la mera similitud en la estructura de los contratos de Operación y de Concesión. No resulta extraño ni criticable que dos partes, por razones diversas, decidan dar término a una relación vigente y darse mutuo paz y salvo, para dar paso a una nueva, fundada en los mismos elementos estructurales, pero libre de incertidumbres en torno a reclamaciones precedentes. Esa posibilidad es probable en relaciones contractuales de larga duración, en contratos que con el paso de los años han sufrido varias mutaciones y múltiples modificaciones que quedan dispersas, o en relaciones contractuales que han implicado alteraciones de las partes o de la composición accionaria de los agentes originales, como pudo haber sido el caso de PETROBRAS. Pero, además, entre los contratos de Operación y de Concesión, ajustados entre MARHER y PETROBRAS existen diferencias que no resulta del caso abordar y que pone de presente la demandada. Es más, la simple decisión de dar fin a un contrato, con finiquitos mutuos, para acordar uno nuevo que no tenga cláusula compromisoria, es factible y debe respetarse.

Así las cosas las mencionadas pretensiones fundantes, que permiten avanzar en las demás, están condenadas al fracaso por la improcedencia de la declaración de simulación solicitada frente a actos unilaterales o por la falta de prueba de la misma.

4. LOS EFECTOS DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO

Estando descartada la simulación pretendida, queda por establecer si la terminación unilateral transmitida por PETROBRAS mediante comunicación UN-COL/GDST 0050/2008 del 2 de julio de 2008 “tuvo efectos”, ya que, como se recordará, dentro del denominado Capítulo Uno – Pretensiones Principales –, en la pretensión 3 a) la demandante pide *“se declare que la relación contractual derivada del contrato de OPERACIÓN N° CBOG.048.1999 ha sido permanente y sin solución de continuidad desde el 9 de septiembre de 1999 hasta la fecha, puesto que la supuesta terminación*

el día 2 de Julio de 2008, mediante oficio No UN-COL/GDST 0050/2008, es simulada o **no tuvo efectos entre las partes**" (subraya el Tribunal).

No cualifica la demandante cuál es la causa o la fuente jurídica de su pretensión para anular, de manera subsidiaria a la simulación, los efectos de esa terminación. Sin duda no puede tratarse de términos sinónimos (la "o" disyuntiva lo confirma) porque si el acto "no tuvo efectos" es porque era real y no simulado. Y el acto simulado tiene efectos hasta tanto se produzca la declaración judicial, que es la que tiene esa virtud restauradora del orden, con efectos retroactivos al amparo de la nulidad absoluta.

Con todo el Tribunal entiende que tal referida pretensión no está enfocada bajo una de las figuras jurídicas que buscan la ineficacia de los actos jurídicos – como ciertamente lo es la simulación y la nulidad absoluta – sino que pone de presente que, no obstante lo dicho en la comunicación, el contrato continuó ejecutándose. Sin embargo, en esta línea, no resulta clara tal alegación porque al amparo de la cláusula Décima del Contrato, en concordancia con la referida comunicación, los efectos de la decisión de no prorrogar aquél solo tendrían lugar a partir del 8 de septiembre de 2008. Sin embargo, en favor de la tesis de la demandante, la existencia de la denominada "Acta de Terminación de Contrato de Operación No. CBOG.048.99 suscrito entre Petrobrás Colombia Combustibles S.A. y Marher Ltda" del 1º de agosto de 2008 (folio 163 del cuaderno de pruebas No. 2), permitiría concluir que la terminación comunicada por la convocada del 2 de julio de 2008 no tuvo efectos porque el contrato de Operación finalmente fue terminado por virtud del Acta, que es treinta días posterior, y por ello mismo, la fecha a partir de la cual se produciría ya no fue el 8 de septiembre de 2008 – se entiende a partir de las 0 horas – sino a el 9 de septiembre a partir de las 06:00 horas.

En efecto, el numeral PRIMERO de ese documento señala que las partes acuerdan "*Dar por terminado de MUTUO ACUERDO a partir de las 06:00 Horas del día 9 de Septiembre de 2008 el CONTRATO DE OPERACIÓN No. CBOG.048.99*" y, entonces, si fue en este documento en donde las partes decidieron dar por terminado el contrato, la comunicación del 2 de julio de

2008 “no tuvo efecto” por la fuerza de los acontecimientos o por la decisión de las partes, así el contenido del Acta desborde la mera terminación.

Esta conclusión exige averiguar cuáles fueron los alcances de la pluricitada Acta y la excepción de transacción propuesta.

5. EL “ACTA DE TERMINACIÓN DE CONTRATO DE OPERACIÓN NO. CBOG.048.99” Y LA EXCEPCIÓN DE TRANSACCIÓN

Bajo esta denominación en el escrito de contestación a la demanda reformada la convocada propuso la excepción de Transacción, la cual por su naturaleza y alcance debe decidir el Tribunal, previamente.

La parte convocada al sustentar la excepción, expresa:

“El once (11) de agosto de 2008, las partes del presente trámite arbitral terminaron de mutuo acuerdo el Contrato de Operación No. CBGOG.048.99, suscrito el 9 de septiembre de 1999, conforme consta en el documento denominado “ACTA DE TERMINACIÓN DE CONTRATO DE OPERACIÓN No.CBOG.048.99 SUSCRITO ENTRE PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A. y MARHER LTDA.” (Prueba Documental No. 19), en la que se pactó lo siguiente:

“ACUERDAN:

PRIMERO: Dar por terminado de MUTUO ACUERDO a partir de las 06:00 Horas del día 9 de Septiembre de 2008 el CONTRATO DE OPERACIÓN No. CBOG.048.99.

SEGUNDO: EL OPERADOR a partir de la fecha de la firma de la presente Acta de Terminación, adelantará todas las acciones para realizar la entrega de la Estación de Servicio “CAQUEZA” en el día y la hora señalada en el numeral anterior.

TERCERO: EL OPERADOR manifiesta que no obstante la terminación de Mutuo Acuerdo, ello no implica extinción a su favor de las obligaciones dinerarias que existieren a su cargo con ocasión de la terminación contrato, por consiguiente manifiesta que se obliga para con PETROBRAS a cumplir con la totalidad de las mismas si las hubiere en los plazos y condiciones en que

fueron adquiridas y derivadas del CONTRATO DE OPERACIÓN No. CBOG.048.99.

CUARTO: EL OPERADOR y PETROBRAS renuncian recíprocamente a reclamar cualquier suma de dinero a la otra parte, como indemnización generada por la terminación del CONTRATO DE OPERACIÓN No. CBOG.048.99.” (Subrayas fuera del texto).

Del contenido de la citada Acta de Terminación del Contrato de Operación, se demuestra claramente que las partes de MUTUO ACUERDO terminaron dicho contrato a partir del 9 de septiembre de 2008, dejando únicamente pendiente el pago por parte de MARHER de las obligaciones dinerarias que existieren a su cargo y a favor de PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.

Es claro que la citada Acta de Terminación por mutuo acuerdo tiene el alcance de una TRANSACCIÓN y por ello tiene plena capacidad para enervar cualquier pretensión relativa al CONTRATO DE OPERACIÓN No. CBOG.048.99, puesto que las partes de manera clara y expresa allanaron sus controversias de forma definitiva y previeron los eventuales litigios futuros, todo lo cual conduce a producir efectos de cosa juzgada, tal como lo dispone el artículo 2483 del Código Civil”.

Concluye solicitando declarar probada la excepción, y en consecuencia, proceder a dar por terminado el proceso.

El Tribunal debe abordar la cuestión planteada en la medida en que, de prosperar la excepción propuesta, abarcaría la totalidad de la controversia planteada de cara al contrato objeto de este proceso, que no puede ser otro que el de Operación CBOG.048.99.

Sobre el contrato de transacción nuestra Corte Suprema de Justicia ha señalado que “... son tres los elementos específicos de la transacción, a saber: primero, la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio; segundo, la voluntad e intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por una relación cierta y firme;

*tercero, la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas*¹¹.

En el presente caso el Tribunal encuentra que respecto de la prenombrada “Acta de Terminación de Contrato de Operación No. CBOG.048.99” se cumplen los elementos de existencia en la medida en que, como lo revela la misma causa petendi las partes eran conscientes que la terminación de aquel podía generar controversias y querían ponerle fin a la incertidumbre mediante su decisión de señalar la inexistencia de perjuicios y de deudas pendientes, salvo las que eran exigibles al operador hasta ese momento.

No resulta admisible la interpretación de la demandante en el sentido de que los perjuicios transigidos eran únicamente los causados con motivo de la terminación acordada de común acuerdo porque, precisamente, esa forma de poner término a la relación comercial, a diferencia de la comunicación del 2 de julio de 2008, impedía la alegación de perjuicio alguno. De manera que la expresión según la cual *“EL OPERADOR y PETROBRAS renuncian recíprocamente a reclamar cualquier suma de dinero a la otra parte, como indemnización generada por la terminación del CONTRATO DE OPERACIÓN No. CBOG.048.99”* no puede calificarse y, en consecuencia, el Tribunal entiende que las partes superaron la simple manifestación unilateral de PETROBRAS y establecieron que la terminación era de mutuo acuerdo y que no generaba perjuicio alguno. El mismo texto del acta pone de presente que lo transigido fue cualquier reclamación presente o pasada porque se dejó a salvo una obligación vigente en los siguientes términos *“EL OPERADOR manifiesta que no obstante la terminación de Mutuo Acuerdo, ello no implica extinción a su favor de las obligaciones dinerarias que existieren a su cargo con ocasión de la terminación del contrato, por consiguiente manifiesta que se obliga para con PETROBRAS a cumplir con la totalidad de las mismas si las hubiere en los plazos y condiciones en que fueron adquiridas...”*.

Si lo anterior no fuera suficiente debe poner de presente el Tribunal que la propia parte demandante en el hecho 19 reconoce que accedió por voluntad

¹¹ Cfr. Cas. Civ. Diciembre 12 de 1938, XLVII, 479-480 y Cas. Civ. Junio 6 de 1939, XL-VIII, 268.

propia a dar por terminado el contrato de Operación, en los siguientes términos: *“La necesidad de entrar a la ley 1116 de reorganización empresarial terminado el contrato de operación y suscrito uno nuevo denominado de concesión, fue con el propósito de evitar perjuicios económicos a LA SOCIEDAD MARHER LTDA, entre otros los consistentes en la notoria dificultad de dar cumplimiento a todas las obligaciones con PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A, la DIAN, impuestos municipales; el pago de cláusulas penales, multas y sanciones ; el pago de obligaciones laborales y las relacionadas con la administración, custodia y conservación de las instalaciones de la estación de servicio de conformidad con los patrones de PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A.”*. De manera que la terminación de mutuo acuerdo y la iniciación de un nuevo contrato resultan comprensibles en el entorno fáctico relatado por la actora y confirmado desde otra perspectiva por la demandada.

Como consecuencia de lo expuesto el Tribunal acogerá la excepción en comento.

C. OBJECCIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL

El dictamen pericial contable-financiero fue rendido el día 28 de febrero de 2012 y a solicitud de las partes fue objeto de aclaraciones y complementaciones efectuadas por la perito el día 22 de junio siguiente. Finalmente, que dicho dictamen fue objetado parcialmente por MARHER mediante escrito radicado el día 16 de septiembre de 2011.

No obstante, como el dictamen pericial tenía por finalidad establecer, en últimas, los eventuales perjuicios derivados de la operación sufridos por la demandante, que no se están reconociendo, no resulta del caso, por sustracción de materia entrar a resolver la objeción.

D. COSTAS

Como ha quedado expuesto, no prosperarán las pretensiones de la demanda. Por lo anterior, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil se impone la condena en costas a la parte demandante. En consecuencia, ésta deberá pagar a la demandada las agencias en derecho, que el Tribunal, teniendo como base los honorarios de un árbitro, fija en la suma de \$13.000.000; rembolsarle las sumas correspondientes a los gastos y honorarios del Tribunal asumidos por ella, que ascendieron a \$27.000.000; y rembolsarle las sumas por honorarios y gastos que le fueron reconocidos al perito, las cuales ascendieron a \$5.000.000 y a \$189.130, respectivamente.

En conclusión, la parte demandada deberá pagar a la demandante por concepto de costas, incluida la partida de agencias en derecho, la suma de \$45.189.130.

Finalmente, los excedentes no utilizados de la partida de gastos, si los hubiera, serán rembolsados por el Presidente del Tribunal a las partes en igual proporción.

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir en derecho las controversias surgidas entre MARHER LTDA EN REORGANIZACIÓN, como demandante, y PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A., como demandada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley, y por habilitación de las partes,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar probada la Primera Excepción de mérito formulada por la demandada y denominada “Transacción”.

SEGUNDO. Negar las pretensiones de la demanda.

TERCERO. Por sustracción de materia, abstenerse de resolver la objeción por error grave formulada por la parte demandante al dictamen pericial.

CUARTO. Condenar a la sociedad MARHER LTDA EN REORGANIZACIÓN a pagar a la sociedad PETROBRAS COLOMBIA COMBUSTIBLES S.A. la cantidad de cuarenta y cinco millones ciento ochenta y nueve mil ciento treinta pesos (\$45.189.130) moneda corriente, por concepto de costas.

QUINTO. Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes.

Notifíquese.

MARCO TULIO GUTIÉRREZ MORAD

Presidente

DELIO GÓMEZ LEYVA

Arbitro

LUIS AUGUSTO CANGREJO COBOS

Árbitro

ROBERTO AGUILAR DIAZ

Secretario