

Tribunal de Arbitramento

ExxonMobil de Colombia S.A.

v.

Fernando Arturo Rubio Fandiño

Abril 15 de 2008

## **LAUDO ARBITRAL**

Bogotá, D.C., quince (15) de abril de dos mil ocho (2008).

Finalizado el trámite establecido en la ley y encontrándose dentro de la oportunidad para hacerlo, procede este Tribunal de Arbitramento a dictar el laudo que resuelve las diferencias planteadas por EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. frente al señor FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO. El laudo que se profiere se dicta en derecho.

### **1. ANTECEDENTES GENERALES.**

1.1. El primero (1º) de diciembre de dos mil seis (2006) la sociedad EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. (en adelante EXXONMOBIL o LA CONVOCANTE) formuló convocatoria a un Tribunal arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para resolver diferencias de naturaleza contractual con el señor FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO (en adelante también el señor RUBIO FANDIÑO o EL CONVOCADO).

1.2. Previos los trámites de rigor, el Tribunal quedó integrado finalmente por los doctores ADRIANA POLANÍA POLANÍA, STELLA VILLEGAS DE OSORIO y GUSTAVO CUBEROS GÓMEZ y se instaló en audiencia celebrada el siete (7) de marzo de dos mil siete (2007), donde se nombró como Presidente del Tribunal a la doctora ADRIANA POLANÍA POLANÍA y como secretaria a la doctora IRMA ISABEL RIVERA RAMÍREZ.

1.3. El señor RUBIO FANDIÑO fue notificado y oportunamente contestó la demanda el día veintidós (22) de marzo de dos mil siete (2007), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo defensas.

1.4. El Tribunal le corrió traslado de las defensas a la CONVOCANTE.

1.5. El Tribunal adelantó los trámites preliminares previstos en el Decreto 1818 de 1998, fijó los valores de honorarios de árbitros y secretario y los gastos del Tribunal, mediante auto del veinticinco (25) de abril de dos mil siete (2007), los cuales fueron oportunamente pagados al Tribunal íntegramente por EXXONMOBIL.

1.6. El once (11) de julio de dos mil siete (2007), el Tribunal celebró la audiencia de conciliación, la cual fracasó y fue finalizada por solicitud de las partes.

1.7. El once (11) de julio de dos mil siete (2007), se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite y el Tribunal se declaró competente para conocer el asunto planteado en la demanda y en su contestación y decretó las pruebas que consideró pertinentes.

1.8. El día trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008) las partes presentaron alegatos de conclusión y un resumen escrito de los mismos se adjuntó al expediente.

1.9. El proceso se tramitó en quince (15) audiencias, en las cuales se instaló el Tribunal de Arbitramento, se procuró la conciliación entre las partes, el Tribunal asumió competencia y decretó las pruebas solicitadas, se practicaron aquellas que no fueron objeto de posterior desistimiento, se decidieron varias solicitudes de las partes y se recibieron sus alegaciones finales, dando aplicación a lo establecido en el Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, así como, al Decreto 1818 de 1998, en cuanto fue pertinente.

1.10. El presente laudo se dicta en tiempo, lo cual puede apreciarse por las siguientes pautas:

a) Aunque la primera Audiencia de Trámite tuvo lugar el día once (11) de julio de dos mil siete (2007), momento a partir del cual debía contarse el término de duración del proceso, establecido en seis meses, debe tenerse en cuenta la prórroga del término, así como, las suspensiones del proceso solicitadas por las partes.

b) En aplicación del artículo 14 del Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante auto número 27 de fecha diecinueve (19) de noviembre de dos mil siete (2007), el término de duración del Tribunal de Arbitramento se prorrogó hasta el día once (11) de abril de dos mil ocho (2008).

c) No obstante lo anterior, a solicitud de las partes este proceso se suspendió en las siguientes oportunidades:

(i) Entre el día seis (6) de septiembre de dos mil siete (2007) y el día ocho (8) de octubre de dos mil siete (2007), ambas fechas inclusive, (Acta 9).

(ii) Entre el dos (2) de noviembre de dos mil siete (2007) y el día trece (13) de noviembre de dos mil siete (2007), ambas fechas inclusive, (Acta 12).

(iii) Entre el quince (15) de diciembre de dos mil siete (2007) y el día quince (15) de enero de dos mil ocho (2008), ambas fechas inclusive, (Acta 12).

(iv) Entre el dieciocho (18) de febrero de dos mil ocho (2008) y el día catorce (14) de abril de dos mil ocho (2008), ambas fechas inclusive, (Acta 15).

1.11. De acuerdo con lo anterior, el término del proceso arbitral se extiende hasta el diecinueve (19) de agosto de dos mil ocho (2008) y, entonces, el laudo arbitral es proferido dentro de la oportunidad legal.

## **2. RESUMEN DE LOS HECHOS EXPUESTOS EN LA DEMANDA.**

De acuerdo con lo planteado en la convocatoria arbitral y en la correspondiente demanda, los hechos básicos que sirven de sustento a las pretensiones, pueden resumirse de la siguiente manera:

En primer término, el apoderado de LA CONVOCANTE, hace una precisión preliminar para señalar que EL CONVOCADO FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO se encuentra en trámite concordatario ante el Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá, no obstante lo cual, el libelista considera que ello no es obstáculo para adelantar el proceso de restitución, ya que este deriva de una causal distinta de la mora, por lo cual la demanda no altera la finalidad del concordato "... pues seguirá siendo un escenario universal y además por cuanto dentro del proceso de restitución, no podrán exigirse el pago de los cánones anteriores...(sic)".

A continuación, LA CONVOCANTE expone que pretende obtener la restitución de dos inmuebles donde se encuentran ubicadas las estaciones de servicio CAZUCÁ y SAN MATEO, que en adelante serán así denominadas. Para la estación SAN MATEO invoca la cláusula compromisoria contenida en el contrato celebrado entre EXXONMOBIL y EL CONVOCADO el 3 de junio de 1999, ratificada y modificada mediante documento fechado el 29 de enero de 2003, denominado "PACTO ARBITRAL", en tanto que para la estación MOBIL CAZUCÁ invoca la cláusula arbitral contenida en el contrato de subarriendo celebrado el 18 de enero de 2000 entre EXXONMOBIL y EL CONVOCADO, (que ciertamente no existe en dicho documento) la cual según LA CONVOCANTE, también fue modificada por el mismo documento, denominado "PACTO ARBITRAL", suscrito entre las partes el 29 de enero de 2003. De esta manera, los dos contratos estarían amparados bajo una misma cláusula compromisoria, la contenida en el "PACTO ARBITRAL", que en sus partes pertinentes es del siguiente tenor:

### **CLÁUSULAS:**

**PRIMERA:** Las partes deciden de común acuerdo se obligan (sic) a someter todas las diferencias surgidas de los contratos de arrendamiento señalados en la parte considerativa de este documento a la decisión de un Tribunal arbitral y renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces;

SEGUNDA: CLÁUSULA COMPROMISORIA: Por lo anterior, las partes acuerdan que toda diferencia que surja entre las partes, durante el desarrollo de los contratos de arrendamiento señalados en la parte considerativa de este documento, con relación a su ejecución, cumplimiento, terminación, liquidación o sus consecuencias finales, que no puedan ser arregladas amigablemente entre las partes, con excepción de la ejecución de la cláusula penal o de la estimación de perjuicios estipulados en este documento y demás procesos de ejecución que emanen del mismo, será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, integrado por tres (3) árbitros nombrados por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud de cualquiera de las partes. Dicho Tribunal, así constituido, funcionará en Bogotá de acuerdo a las reglas y tarifas del Centro de Conciliación y Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, decidirá en derecho y, como consecuencia, no podrá conciliar pretensiones opuestas, debiendo proceder de acuerdo con lo establecido en el articulado vigente del Decreto 2651 de 1991, Ley 446 de 1998, Decreto 1818 de 1998 y demás normas que le sean concordantes o las que las modifiquen, adicionen o sustituyan. El término para proferir el laudo arbitral será de seis (06) meses. Los gastos que ocasione el proceso arbitral, serán cubiertos por la parte vencida.

(...).

### **2.1. Hechos relativos a la estación de servicio ESSO SAN MATEO.**

En cuanto a la estación de servicio ESSO SAN MATEO, LA CONVOCANTE relata que el 3 de junio de 1999, EXXONMOBIL dio en arrendamiento a FERNANDO RUBIO FANDIÑO el inmueble de la carrera 4 N° 30-05 de Soacha, con sus edificios, equipos e instalaciones, contrato que entró en vigencia a partir del 1° de junio de 1999 y por término indefinido. Dentro de las estipulaciones contractuales, el libelista destaca:

- i) El inmueble solo podrá ser destinado a almacenamiento y venta de combustibles, aceites, grasas y lubricantes que distribuya o venda la ESSO.
- ii) EL ARRENDATARIO se obligó a comprar unas cantidades mínimas de combustibles y lubricantes a la ESSO y a pagar de contado el precio respectivo. Según LA CONVOCANTE, el 29 de enero de 2003 las partes convinieron en el denominado “PACTO ARBITRAL” disminuir las cantidades de combustible originalmente estipuladas.
- iii) EL ARRENDATARIO se obligó a constituir y mantener una póliza de seguros a favor de la ESSO para amparar equipo entregado por esta en comodato y relacionado en el anexo 2, por un valor asegurado de “CUARENTA millones de pesos (\$109’000.000) (sic)” (sic), obligándose EL ARRENDATARIO a presentar la póliza con la constancia de pago dentro de los 10 días siguientes a la celebración del contrato.

Señala LA CONVOCANTE que EL CONVOCADO ha incumplido sus obligaciones contractuales precedentemente resumidas, por cuanto:

- i) Está vendiendo y almacenando combustibles y lubricantes que no son distribuidos ni vendidos por EXXONMOBIL (antes ESSO).
- ii) No ha comprado exclusivamente a EXXONMOBIL los combustibles y lubricantes que expende en la estación de servicio SAN MATEO.
- iii) No ha pagado el precio de la totalidad de los productos adquiridos de EXXONMOBIL.
- iv) No ha comprado a EXXONMOBIL los volúmenes convenidos de combustibles y lubricantes y en ciertas épocas, incluso no ha hecho adquisición alguna.
- v) No ha presentado a EXXONMOBIL la póliza de seguro contractualmente convenida.

Al decir de LA CONVOCANTE, los incumplimientos aludidos constituyen causales de terminación del contrato, según lo pactado en las cláusulas tercera y décima tercera del mismo, por lo que concluye que las causales invocadas “...están soportadas en motivos distintos a la mora en el pago de cánones...”.

### **2.2. Hechos relativos a la estación de servicio MOBIL CAZUCÁ.**

En cuanto a la estación de servicio MOBIL CAZUCÁ, relata el libelista que EXXONMOBIL (antes MOBIL DE COLOMBIA S.A.) dio en arrendamiento a FERNANDO RUBIO FANDIÑO el inmueble ubicado en la calle 6 sur N° 6 - 70, entrada a Cazucá, donde funciona la estación de servicio MOBIL CAZUCÁ, mediante contrato suscrito el 18 de enero de 2000, con vigencia por el término de 144 meses a partir del primero de febrero de 2000. Agrega LA CONVOCANTE que en anexo de inventario fechado el 19 de septiembre de 2001, se pactó que los elementos y equipos allí relacionados eran igualmente entregados a título de arrendamiento para el desarrollo del contrato.

Destaca el señor apoderado de LA CONVOCANTE que en el contrato aludido las partes pactaron, como compromisos a cargo de LA ARRENDATARIA, básicamente los siguientes:

- i) Vender única y exclusivamente combustibles y lubricantes suministrados por LA ARRENDADORA.
- ii) Suscribir y entregar en el término de un mes una póliza de seguro contra incendio y otras coberturas por una suma no inferior a cien millones de pesos (\$ 100'000.000).
- iii) Comprar a LA ARRENDADORA un volumen mínimo de combustibles y lubricantes que se encuentran relacionados en la cláusula vigésima y que posteriormente fue disminuido en el pacto suscrito del 29 de enero de 2003.

Aduce LA CONVOCANTE que el señor FERNANDO RUBIO FANDIÑO ha incumplido sus obligaciones contractuales por cuanto:

- i) Está vendiendo combustibles y lubricantes no suministrados por EXXONMOBIL.
- ii) No ha comprado exclusivamente a EXXONMOBIL los combustibles y lubricantes que expende en esta estación.
- iii) No ha pagado la totalidad de los combustibles adquiridos de EXXONMOBIL.
- iv) No ha comprado a EXXONMOBIL los volúmenes convenidos de combustibles y lubricantes y en ciertas épocas, incluso no ha hecho adquisición alguna.
- v) No ha presentado a EXXONMOBIL la póliza de seguro contractualmente convenida.

Reseña LA CONVOCANTE que el señor RUBIO FANDIÑO se encuentra en concordato que se adelanta en el Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá, proceso en el cual se encuentra relacionada EXXONMOBIL como acreedora por la suma de \$ 750'000.000, derivados del no pago de combustibles y lubricantes.

Argumenta LA CONVOCANTE que en las cláusulas cuarta y decimoctava del contrato se prevé que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones estipuladas da lugar a la terminación de la relación contractual.

### 2.3. Hechos relativos a los dos contratos de arrendamiento de las estaciones ESSO SAN MATEO y MOBIL CAZUCÁ.

Señala LA CONVOCANTE que debido al incumplimiento en los pagos por parte de EL CONVOCADO, EXXONMOBIL se vio obligada a promover un proceso ejecutivo mixto en su contra y la de sus coobligados, el cual cursa o cursó en el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá, y que posteriormente, con ocasión del trámite concordatario primeramente reseñado, su representada prescindió de continuar la ejecución contra el señor FERNANDO RUBIO FANDIÑO, prosiguiendo el proceso solo contra los codeudores de este, destacando que según las pretensiones de la demanda ejecutiva aludida, EL CONVOCADO adeuda a EXXONMOBIL por concepto de compra de combustibles y lubricantes \$ 780'290.000, como capital incorporado en el pagaré 0000957N, más intereses moratorios desde el 7 de mayo de 2006, más \$ 13'490.000 por concepto de intereses corrientes incorporados en el pagaré 0000957N.

Concluye el señor apoderado de LA CONVOCANTE en el capítulo de hechos señalando que su mandante ha decidido instaurar el proceso arbitral en razón al incumplimiento de EL CONVOCADO en sus obligaciones contractuales, entre ellas, por no comprar los volúmenes mínimos de combustibles y lubricantes pactados para las

estaciones ESSO SAN MATEO y MOBIL CAZUCÁ.

### **3. RESUMEN DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

En la oportunidad procesal correspondiente, EL CONVOCADO dio respuesta a la demanda arbitral a través de apoderada, en escrito que comienza con unas consideraciones generales para proseguir luego con el pronunciamiento sobre los hechos. En cuanto a lo primero, sostiene la señora apoderada que las relaciones de la sociedad demandante con su cliente estuvieron regidas siempre por contratos de adhesión redactados por EXXONMOBIL y aceptados por el señor FERNANDO RUBIO FANDIÑO, relación que se materializó en tres tipos de contratos como lo fueron de tenencia de inmuebles, de explotación de establecimientos comerciales por cuenta de EXXONMOBIL y de distribución - agencia comercial con suministro. Cuestiona la señora apoderada que a pesar de lo anterior la demanda arbitral se refiere únicamente a lo relacionado con los contratos de tenencia y relata al respecto básicamente:

Con respecto a ESSO SAN MATEO, señala que ESSO COLOMBIANA (ahora EXXONMOBIL) celebró con el señor José Alfonso López Moreno un contrato de arrendamiento por escritura pública 2405 del 26 de noviembre de 1998 de la Notaría 26 de Bogotá y que posteriormente este vendió el inmueble a los señores Carlos Guillermo y FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO, les cedió el Contrato de Arrendamiento y así lo notificó a ESSO, hoy EXXONMOBIL. Luego de la cesión, ESSO y FERNANDO RUBIO FANDIÑO reconocieron estar regidos por el contrato contenido en la escritura 2405. Por tanto, “es este contrato y no el que presentó como prueba la parte actora, el que rige la relación de tenencia sobre el inmueble aludido...”. Agrega que por esta razón LA CONVOCANTE ha invocado una cláusula arbitral que no es aplicable al contrato que rigió las relaciones entre las partes y que además, nadie puede pretender la restitución de un inmueble que no le pertenece, pues el que ocupa la estación ESSO SAN MATEO es de propiedad del señor FERNANDO RUBIO y no de EXXONMOBIL.

En cuanto a MOBIL CAZUCÁ, señala la memorialista que el 27 de diciembre de 1999 mediante escritura pública 3510 de la Notaría 30 de Bogotá, MOBIL DE COLOMBIA (hoy EXXONMOBIL) y Carlos Guillermo y FERNANDO RUBIO suscribieron el contrato de arrendamiento sobre el inmueble que ocupa la estación de servicio, que es el mismo al que se refiere la demanda, pero que el 18 de enero de 2000 “...es decir, luego de firmado el contrato de subarriendo que presentó al proceso la parte convocante, los contratantes acordaron la terminación del contrato de tenencia...” por lo que desde esa fecha no existe ninguna relación de tenencia que vincule a las partes con dicho inmueble.

Concluye la señora apoderada de LA CONVOCADA que su poderdante es titular del derecho de dominio sobre los bienes con relación a los cuales se le señala como arrendatario.

En lo referente a los hechos, EL CONVOCADO acepta unos con observaciones, niega otros, suministra explicaciones sobre otros más y manifiesta atenerse a lo probado, destacándose para los efectos del presente laudo, lo siguiente:

- i) Reconoce haber firmado el documento del 29 de enero de 2003 “PACTO ARBITRAL” y el contrato de arrendamiento del 3 de junio de 1999, pero aclara que el que rige la relación contractual es el contenido en escritura pública 2405 de 26 de noviembre de 1998.
- ii) Acepta que el volumen mínimo de combustibles se menciona en el “PACTO ARBITRAL”. Sin embargo, niega que este último contrato haya modificado el contrato inicial, pues “el contrato que contiene el pacto arbitral invocado por LA CONVOCANTE se celebró con referencia a otros contratos que no estaban vigentes”.
- iii) Admite la existencia del contrato de subarriendo, pero niega que este se haya suscrito el 18 de enero del 2000. Por el contrario, argumenta que se materializó en escritura pública 3510 del 27 de diciembre de 1999, y que fue terminado de común acuerdo el 18 de enero de 2000.
- iv) Niega el incumplimiento y afirma que el contrato no estaba vigente y que “...no es posible ni lógica ni legalmente, que entre las mismas partes coexistan un contrato de arrendamiento con uno de subarriendo si el primero ha sido terminado por ellas”.

#### **4. LAS CONTROVERSIAS PLANTEADAS.**

Con fundamento en los hechos precedentemente resumidos, LA CONVOCANTE formuló en su demanda arbitral las siguientes

##### **4.1. Pretensiones:**

PRIMERA: DECLARAR que entre mi representada EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., en su condición de arrendadora y FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO, en su condición de arrendatario, se celebraron los contratos que se describen a continuación:

a) Contrato de arrendamiento de fecha 3 de junio de 1999, sobre el inmueble ubicado en la Carrera 4 N° 30-05 de Soacha (Cundinamarca), cuyos linderos y demás especificaciones se encuentran en el referido contrato, donde funciona la estación de servicio “ESSO SAN MATEO”, arrendamiento que comprende los edificios, equipos e instalaciones que se encuentren en el mismo. El inmueble se identifica con el folio de matrícula inmobiliaria N° 50S - 40311681 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá - Zona Sur.

b) Contrato de subarriendo de fecha 18 de enero de 2000, sobre el inmueble ubicado en la Calle 6 sur N° 6 - 70 Entrada 4 Cazucá, lotes 17, 15, 13 y 11, cuyos linderos y demás especificaciones se encuentran en el referido contrato, arrendamiento que incluye los edificios, equipos e instalaciones que se encuentren en los inmuebles. Estos predios se identifican con los folios de matrícula inmobiliaria N° 050 - 40112234, 050 - 40112232, 050 - 40112230 y 050 - 40112228, respectivamente, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá - Zona Sur, donde funciona la estación de servicio “MOBIL CAZUCÁ”.

c) Que hacen parte del contrato de subarriendo de la estación de servicio MOBIL CAZUCÁ, los elementos y equipos relacionados en el ANEXO DE INVENTARIO DE ELEMENTOS Y EQUIPOS de fecha 19 de septiembre de 2001, y los que se demuestren que fueron entregados a título de tenencia para el desarrollo del contrato de arrendamiento.

SEGUNDA: DECLARAR terminados los contratos de arrendamiento suscritos entre las partes mencionados en la pretensión primera anterior, como consecuencia del incumplimiento de EL CONVOCADO, entre otras, de las siguientes obligaciones:

i) La compra y almacenamiento de combustibles y lubricantes por parte de EL CONVOCADO para las estaciones de servicio “ESSO SAN MATEO” y “MOBIL CAZUCÁ”, a personas distintas a EXXONMOBIL.

ii) La no compra exclusiva a EXXONMOBIL de los combustibles y lubricantes que almacena y vende en las estaciones de servicio “ESSO SAN MATEO” y “MOBIL CAZUCÁ”.

iii) El no pago de la totalidad de combustibles y lubricantes que adquirió de EXXONMOBIL para las estaciones de servicio SAN MATEO y CAZUCÁ.

iv) La no compra a EXXONMOBIL, del volumen mínimo mensual de galones de combustibles y lubricantes, pactado en los contratos de arrendamiento.

v) Ausencia total de compra de combustibles a EXXONMOBIL desde abril de 2006, e igualmente en algunos períodos anteriores a esta época.

vi) Ausencia total de compra de lubricantes a EXXONMOBIL, desde abril de 2006 e igualmente durante períodos anteriores a esta época.

vii) No haber presentado a EXXONMOBIL, la póliza de seguro contra todo riesgo que señala el contrato.

TERCERA: Como consecuencia de lo anterior, ORDENAR a FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO, que en el término perentorio de cinco (5) días proceda a RESTITUIR a EXXONMOBIL los bienes que se describen a continuación:

a) El inmueble ubicado en la Carrera 4 N° 30 - 05 de Soacha (Cundinamarca), cuyos linderos y demás especificaciones se encuentran en el referido contrato, donde funciona la estación de servicio “ESSO SAN MATEO”, junto con los edificios, equipos e instalaciones que se encuentren en este predio. El inmueble se identifica con el folio de matrícula inmobiliaria N° 50S - 40311681 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá - Zona Sur.

b) El inmueble ubicado en la Calle 6 sur N° 6 - 70 Entrada 4 Cazucá, lotes 17, 15, 13 y 11, identificados con los folios de matrícula inmobiliaria N° 050 - 40112234, 050 - 40112232, 050 - 40112230 y 050 - 40112228, respectivamente, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá - Zona Sur, donde funciona la estación de servicio “MOBIL CAZUCÁ”, junto con los edificios, equipos e instalaciones que se encuentren en dicho inmueble, así como los elementos y equipos relacionados en el ANEXO DE INVENTARIO DE ELEMENTOS Y EQUIPOS de fecha 19 de septiembre de 2001, así como los demostrados en el proceso que fueron entregados a título de tenencia para el desarrollo del contrato de arrendamiento.

CUARTA: Comisionar en el laudo al señor Juez Civil Municipal (Reparto) de Soacha (Cundinamarca), para que en caso que EL CONVOCADO FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO, no dé cumplimiento a la entrega de los bienes inmuebles y muebles en el término señalado por el Tribunal de Arbitramento, proceda a realizar la diligencia de restitución de los bienes descritos en la pretensión tercera. Para tales efectos, deberá librar el despacho comisorio en la misma fecha del respectivo laudo.

QUINTA: CONDENAR en costas a la parte convocada.

#### **4.2. Excepciones:**

EL CONVOCADO, a su turno, en el momento procesal correspondiente a la contestación de la demanda, no rotuló sus defensas como “excepciones”, pero manifestó su oposición a las pretensiones considerando:

a) “Los contratos invocados y cuya declaratoria de terminación se solicita no son los que han servido de marco legal a la relación entre las partes. Haber firmado múltiples contratos tiene una sola explicación consistente en que mi representado debió siempre adherir a cualquier propuesta contractual que le presentara EXXONMOBIL...”.

Sustenta su oposición EL CONVOCADO respecto a la estación ESSO SAN MATEO, afirmando que por escritura pública 2405 de 1998 de la Notaría 26 de Bogotá, se celebró un contrato de arrendamiento con el señor José Alfonso López Moreno; que el inmueble objeto del mismo fue vendido a los señores RUBIO FANDIÑO, al propio tiempo que se les cedió el contrato de arrendamiento “convirtiéndose estos en propietarios y arrendatarios” y que la cesión le fue notificada a la ESSO. Argumenta que después de la cesión, el 15 de abril de 2000, la ESSO y el señor FERNANDO RUBIO reconocieron la celebración y vigencia del contrato de arrendamiento celebrado por la escritura pública mencionada. En cuanto a la estación de servicio “MOBIL CAZUCÁ”, argumenta que según la escritura pública 3510 de 1999 de la Notaría 30 de Bogotá, MOBIL DE COLOMBIA y los hermanos RUBIO FANDIÑO celebraron contrato de arrendamiento sobre el inmueble que ocupa la estación de servicio, en el cual los propietarios actuaban también como arrendatarios. Sostiene, finalmente, que la relación de tenencia terminó por decisión de ambas partes el 18 de enero de 2000, esto es, en fecha posterior a la firma del contrato de subarriendo invocado por la parte demandante.

b) “Las cláusulas compromisorias y el contrato de compromiso al formar parte o haberse suscrito, en este último evento, en relación con contratos que no existen no pueden permitir que válidamente se establezca una relación procesal en un proceso arbitral...”.

Sostiene la señora apoderada de EL CONVOCADO que según el texto de los contratos de arrendamiento celebrados por las escrituras públicas mencionadas, no es a ellos a los que se refieren los antecedentes relacionados en el contrato de compromiso.

c) “Si llegare a decretarse la restitución, los inmuebles tendrían que entregarse AL CONVOCADO que es titular del dominio”.

Argumenta la parte convocada que carecería de sentido que quien no recibe beneficio de la restitución, por no ser

propietario, obtuviera un laudo favorable en razón del proceso.

Con fundamento en lo expuesto, la señora apoderada pide que el Tribunal declare que carece de competencia por haberse invocado para su integración cláusulas compromisorias que no están vigentes por haber sido sustituidas por otras contenidas en contratos diferentes, y como consecuencia de ello se condene en costas y agencias en derecho a la parte CONVOCANTE.

## **5. TRÁMITE PROCESAL.**

A partir de la declaratoria de competencia por parte del Tribunal, como se reseñó en el punto 1.4 precedente, el proceso arbitral se surtió básicamente de la siguiente manera:

5.1. Se decretaron las pruebas el 11 de julio de 2007, consistentes principalmente en tener como tales las documentales aportadas por las dos partes en conflicto; interrogatorio del representante legal de LA CONVOCANTE y del señor RUBIO FANDIÑO; testimonios de diversos terceros solicitados por LA CONVOCANTE; dictamen pericial a cargo de un perito contador solicitado por LA CONVOCANTE; oficios a diversas entidades solicitados por las dos partes; e inspección judicial en las estaciones de servicio operadas por EL CONVOCADO, previa exhibición de documentos.

5.2. Las pruebas aludidas se practicaron en la forma debida, como constan en el proceso, cerrándose la etapa probatoria el 28 de enero de 2008, cuando se convocó a la audiencia de alegatos.

5.3. El 13 de febrero de 2008, se cumplió la décimo quinta audiencia del Tribunal en la cual, en los términos del artículo 154 del Decreto 1818 de 1998 se oyeron los alegatos de las partes, de los cuales se allegaron al proceso sendos resúmenes escritos y se fijó la fecha del 15 de abril de 2008 para la celebración de la audiencia de laudo respectiva.

Así pues, concluida la instrucción y evaluado debidamente el acervo probatorio, corresponde al Tribunal proferir su fallo en la presente audiencia, de acuerdo con lo señalado en el estatuto arbitral.

## **6. PRESUPUESTOS PROCESALES.**

Revisada la actuación y previamente a proferir el laudo correspondiente, el Tribunal encuentra que están dados los presupuestos procesales por cuanto EXXONMOBIL como persona jurídica se encuentra válidamente representada por su representante legal y FERNANDO ARTURO RUBIO es una persona capaz. Por ende, ambas gozan de capacidad para ser partes, al igual que de capacidad procesal, al actuar en el proceso por intermedio de apoderado judicial. En cuanto a la demanda en forma, se tiene que en el aspecto formal del libelo se acomoda en general a los presupuestos de los artículos 75 a 77 del CPC y que por tratarse de un proceso que proviene de controversias surgidas a partir de dos contratos existentes y válidos y respecto a los cuales fue suscrito un pacto arbitral, contenido en documento separado, le asiste competencia a este Tribunal para conocer y decidir el asunto que aquí se plantea.

## **7. CONSIDERACIONES PREVIAS.**

No obstante lo expuesto, antes de entrar a efectuar el análisis de fondo de la controversia en cuestión, considera el Tribunal que es indispensable pronunciarse expresa y puntualmente sobre la competencia para asumir el conocimiento del caso objeto de decisión, por cuanto de manera reiterativa la señora apoderada de la parte CONVOCADA ha alegado la falta de competencia del Tribunal, argumentando que el asunto debatido no está dentro del ámbito de aplicación del pacto arbitral, pues en su sentir, este se refiere a un contrato que no es el que está vigente entre las partes (CPI, F 156 a 165).

En efecto, el contrato de la estación MOBIL CAZUCÁ no contiene en su texto inicial cláusula compromisoria, no obstante lo cual, las partes confirieron habilitación expresa a los árbitros para conocer del conflicto mediante el documento denominado "PACTO ARBITRAL" que obra a folios 1 a 3 del cuaderno de pruebas N° 1, que expresa en sus partes pertinentes:

## “PACTO ARBITRAL

Entre los suscritos SANTIAGO MARTÍNEZ PINTO, mayor de edad, domiciliado en Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía N° 80.412.655 de Usaquén, obrando en calidad de Apoderado General de EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., (Antes llamada MOBIL DE COLOMBIA S.A. - Sociedad que adsorbió por fusión a ESSO COLOMBIANA LIMITED) sociedad domiciliada en Bogotá, constituida tal como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, quien en adelante se denominará EXXONMOBIL por una parte y FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO, mayor de edad, domiciliado en Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía N° 19.322.550 de Bogotá, obrando en nombre propio, quien en adelante se denominará EL ARRENDATARIO, por la otra parte, han decidido suscribir el presente pacto arbitral que se regirá por las siguientes cláusulas:

### CONSIDERACIONES:

(...)

SEGUNDA: Mediante documento privado de fecha tres (3) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999), EXXONMOBIL y EL ARRENDATARIO suscribieron un contrato de arrendamiento sobre un inmueble ubicado en la carrera 4 No. 30-05 de Soacha, donde funciona la estación de servicio “ESSO SAN MATEO”, a término indefinido. En dicho contrato se pactó un volumen mínimo de compra a cargo de EL ARRENDATARIO y a favor de EXXONMOBIL de TRESCIENTOS MIL GALONES (300.000 GLS.) mensuales de combustible.

(...)

SEXTA: Mediante documento privado de fecha veinte dos (22) de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998), EXXON MOBIL y EL ARRENDATARIO suscribieron un contrato de arrendamiento sobre un inmueble ubicado sobre la calle 6 sur N° 6-70, Entrada 4 Cazucá, donde funciona la estación de servicio “MOBIL CAZUCÁ”, con una vigencia de ciento cuarenta y cuatro (144) meses contados a partir del primero (1°) de febrero de dos mil (2000). En dicho contrato se pactó un volumen mínimo de compra a cargo de EL ARRENDATARIO y a favor de EXXONMOBIL de TRESCIENTOS MIL GALONES (300.000 GLS.) mensuales de combustible.

(...)

### CLÁUSULAS.

(...)

CUARTA: A partir de la firma del presente documento, las partes de común acuerdo deciden ajustar los volúmenes mínimos mensuales de compra pactados en los contratos señalados en la parte considerativa del presente acuerdo de la siguiente manera:

E/S ESSO SANTA ANA:	40,000
E/S ESSO SAN MATEO:	230,000
E/S MOBIL GRANADA:	30,000
E/S MOBIL SANTA HELENA:	80,000
E/S MOBIL SANTA ANA:	120,000
E/S MOBIL CAZUCÁ:	150,000

(...)

SÉPTIMA: En todo lo demás continuará (sic) vigente lo pactado en los contratos de arrendamiento los contratos de arrendamiento (sic) señalados en la partes (sic) considerativa de este documento.

(...)”.

Por consiguiente, el documento hizo mención expresa de los contratos de subarriendo aludidos, esto es, los correspondientes a la estación ESSO SAN MATEO (consideración segunda) y MOBIL CAZUCÁ (consideración sexta), y a continuación de ello, ya en el clausulado expresó “las partes deciden de común acuerdo se obligan (sic) a someter todas las diferencias surgidas de los contratos de arrendamiento señalados en la parte considerativa de este documento a la decisión de un Tribunal arbitral y renunciando (sic) a hacer valer sus pretensiones ante los jueces;...”, pactándose a continuación la cláusula compromisoria que dio lugar a la integración del presente Tribunal.

La aplicabilidad de la referida cláusula al asunto motivo de controversia fue ratificada como confesión por el propio CONVOCADO cuando manifestó en su interrogatorio:

“DR. GARRIDO: ... diga si es cierto sí o no, que el pacto arbitral de fecha 29 de enero de 2003 que se le pone de presente, en el numeral sexto de las consideraciones, comprende el contrato de subarriendo del 18 de enero de 2000 respecto del inmueble está la Estación Móvil Cazucá?

SR. RUBIO: Me pregunta si está incluido?

DR. GARRIDO: Sí, si comprende el pacto arbitral en ese sexto la Estación Móvil Cazucá?

SR. RUBIO: Sí, en el documento esta incluido.

DR. GARRIDO: Si lo comprende el pacto arbitral.

SR. RUBIO: Sí quiero hacer una aclaración con respecto a esto en el momento de la firma donde está incluido este pacto arbitral de la estación Cazucá fue una cuestión que este documento lo hizo la compañía por los contratos ... a eso y estuvieron en varias ocasiones visitándome y con el respeto que ellos se merecen casi obligándome a firmar este documento, yo estuve varias veces reunido con ellos y les dije es que no tengo porque firmar esto no estamos en ninguna diferencia en este momento porque no asistí a ninguna parte realmente no considero que de todas maneras las estaciones como bien se anota aquí, en ese documento son de propiedad nuestra y me veía como muy forzado en esa situación ya que .... de varios factores que lo afectaron de todas maneras fue tanta la presión de esta cuestión que yo les debía una suma de más o menos de \$300.000.000 de pesos en combustible y me vi obligado a firmar dicho documento”.

Resalta el Tribunal que el aludido “PACTO ARBITRAL” data de enero de 2003; que antes de la iniciación de este proceso —además por iniciativa de EXXONMOBIL— habían transcurrido varios años de pacífica ejecución del contrato sin queja ni reclamo conocidos sobre el supuesto forzamiento a EL CONVOCADO para que suscribiera el “PACTO ARBITRAL”, por lo que el Tribunal no considera de recibo la extemporánea invocación de la fuerza que, de haber existido, ha debido demandarse oportunamente por el contratante supuestamente obligado, o al menos ser motivo de reconvención en el proceso, lo cual ciertamente no se produjo.

Para el Tribunal resulta perfectamente coherente la explicación de LA CONVOCANTE sobre la secuencia contractual y el significado de cada uno de los actos integradores del negocio jurídico, porque evidentemente ello responde a la manera como se ejecutó el negocio por varios años entre las partes y en distintos escenarios.

Recuerda el Tribunal que según las normas que rigen la interpretación de los contratos, “el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”(1) y que “las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad...”(2).

Desde esta perspectiva, no puede argumentar ahora EL CONVOCADO que los contratos que tienen validez y vigencia son los pactados por escritura pública e ignorar los que derivan de estas, que son justamente los que le imponían obligaciones particulares que claramente incumplió, pero que además, son los que le han permitido operar y explotar-por años las estaciones de servicio aludidas, pues si estos no existieran, o no tuvieran validez o vigencia, igual las estaciones estarían en cabeza de EXXONMOBIL y el señor RUBIO FANDIÑO no tendría

derecho a la tenencia material que hoy evidentemente ostenta.

Por lo expuesto, al encontrarse patente la habilitación de las partes en documentos de estirpe contractual indiscutible, el Tribunal se ratifica competente para conocer del presente litigio, tanto con respecto a la estación ESSO SAN MATEO como a la estación MOBIL CAZUCÁ, con base en los contratos de subarriendo celebrados para el efecto, con las modificaciones y complementaciones contenidas en el pacto arbitral antes referido.

## **8. LAS PRUEBAS FRENTE A LAS PRETENSIONES Y EXCEPCIONES.**

Nota 1: LAS TRANSCRIPCIONES DE LAS DECLARACIONES: Cuando en este capítulo se citen las declaraciones de las partes o de los testigos, se utilizará la versión original tal como reposa en el expediente, sin tener en cuenta las observaciones formuladas por el señor apoderado de la parte CONVOCANTE, que fueron aceptadas por el Tribunal mediante auto número 28 de fecha dieciséis (16) de enero de dos mil ocho (2008), pero que de todas maneras, no modifican en lo sustancial los respectivos textos.

Nota 2: LA TACHA A LOS TESTIGOS: En el transcurso de la etapa probatoria, la parte CONVOCADA formulo tacha en contra de los testigos presentados por EXXONMOBIL cuyos testimonios fueron recibidos por el Tribunal durante la audiencia celebrada el día 29 de agosto de 2007, aduciendo la vinculación de los mismos con la parte CONVOCANTE, razón por la cual los considera sospechosos.

Los artículos 217 y 218 del CPC tienen por objeto conservar el valor y la pertinencia de la prueba testimonial indicando de manera expresa las circunstancias que pueden afectar la credibilidad del testigo, como el parentesco, la dependencia o el interés que tengan con las partes o con los apoderados.

Para este Tribunal, en desarrollo de las facultades legales que le atribuye la norma positiva, es evidente que las relaciones o vinculaciones de cualquier orden que una persona tenga o haya tenido con asuntos relacionados con el objeto de la litis no tiene la virtud de afectar necesariamente su credibilidad, máxime teniendo en cuenta que tratándose de una ejecución contractual, los testigos naturales son justamente quienes tienen alguna vinculación directa con cualquiera de las empresas intervinientes. En el caso presente, ninguna de las actitudes o declaraciones de los testigos, pese a su evidente vinculación con EXXONMOBIL, contiene afirmaciones o juicios que evidencien falta de credibilidad o profesionalismo.

Es necesario resaltar que por su propia esencia y en ello radica su eficacia probatoria, de la relación del testigo con las partes y los hechos objeto del proceso es que adquiere trascendencia y valor su testimonio. Sin relevancia quedaría la declaración de un testigo que no haya tenido ni contacto, ni relación con las partes. De ahí la importancia de la discrecionalidad que la ley le otorga al juez al momento de evaluar la tacha formulada a los testigos.

No existe en el expediente ninguna otra pieza probatoria que ponga en tela de juicio las afirmaciones de los testigos contra quienes se formula la tacha, razón por la cual los testimonios presentados serán tenidos en cuenta por este Tribunal al momento de expedir el laudo.

### **8.1. Sobre la celebración del contrato de arrendamiento de ESSO SAN MATEO.**

#### **8.1.1. Documentales.**

Según los documentos que obran en el proceso, es fácil comprobar que la secuencia contractual sobre el arrendamiento de este inmueble fue la siguiente:

i) Noviembre 26 de 1998: Se celebró contrato de arrendamiento sobre la estación ESSO SAN MATEO a través de escritura pública N° 2405 del 26 de la Notaría 26, entre José Alfonso López Moreno, como arrendador, y ESSO COLOMBIANA LIMITED, como arrendataria, con autorización a esta última para subarrendar el bien en todo o en parte. La vigencia se estableció por 20 años; el canon se pactó en un total de \$1'394.000.000, de los cuales se pagaron 1'350.000.000 en especie (obras ejecutadas por el arrendatario) y \$44.000.000 en dinero de manera anticipada. (C1, F49-55).

ii) Marzo 8 de 1999: José Alfonso López celebró contrato de promesa de compraventa sobre el aludido inmueble y cesión del contrato de arrendamiento a favor de los señores FERNANDO ARTURO Y CARLOS GUILLERMO RUBIO FANDIÑO, quienes actuaron como promitentes compradores y cesionarios, y en tal carácter, admitieron conocer y aceptar los derechos y obligaciones del contrato de arrendamiento sobre el lote mencionado (C1, F33-37).

iii) Marzo 23 de 1999: De acuerdo con el Certificado de Tradición y Libertad del lote que ocupa la estación SAN MATEO, mediante escritura pública 738 de la Notaría 49 de Bogotá, José Alfonso López transfirió por compraventa el referido predio a los señores FERNANDO ARTURO Y CARLOS GUILLERMO RUBIO FANDIÑO (C1, F48).

iv) Mayo 11 de 1999: El señor José Alfonso López Moreno dirigió una carta a ESSO COLOMBIANA LIMITED, comunicándole la venta del inmueble donde funciona la estación ESSO SAN MATEO y la cesión del respectivo contrato de arrendamiento a los señores FERNANDO ARTURO Y CARLOS GUILLERMO RUBIO FANDIÑO (C1, F31).

v) Junio 3 de 1999: Se celebró contrato de arrendamiento sobre la estación ESSO SAN MATEO, por documento privado, en cuyo encabezado figura FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO como “promitente arrendador” (sic) y ESSO COLOMBIANA LTDA. como arrendatario, aunque en el texto del contrato aparezca la segunda como arrendadora y el primero como arrendatario; la vigencia es indefinida, desde el 1° de junio de 1999; el canon de arrendamiento se pacta en \$30.000 pesos mensuales; se establece que el inmueble solamente será destinado a la venta de combustibles, aceites y lubricantes distribuidos por ESSO o cuya venta haya sido autorizada por esta; se dispone que constituyen causales de terminación del contrato los incumplimientos del arrendatario y dentro de estos, los hechos que se traduzcan “en una venta inadecuada o no eficiente de los productos suministrados por la ESSO, indicados o permitidos por esta”; contiene un pacto arbitral para la solución de controversias; el arrendatario se obliga a comprar exclusivamente a la ESSO y se establecen volúmenes mínimos de adquisición mensual de combustibles y lubricantes. (C1, F4-15). El anexo 2 contiene la relación de bienes que entrega la ESSO en comodato (C1, F22-23).

vi) Abril 15 de 2000: Mediante documento firmado por FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO y ESSO COLOMBIANA LIMITED, estos declaran lo siguiente, (C1, F32):

— Reconocen que tienen celebrado y vigente un contrato de arrendamiento contenido en la escritura pública 2405 del 26 de noviembre de 1998 sobre el inmueble en donde ha funcionado la estación ESSO COMPARTIR, ubicado en Soacha, identificado con matrícula inmobiliaria 50S - 40311681.

— Señalan que el valor real de las obras ascendió a la suma de \$ 1.576'617.681 y que por tanto, es esa suma la que ha de tenerse en cuenta para los efectos correspondientes.

— Convienen en causar el canon a partir de mayo del 2000.

— Especifican que las demás estipulaciones del contrato contenido en la escritura pública 2405 y que no fueron modificadas permanecen vigentes.

vii) Enero 29 de 2003: Mediante documento privado las partes firman el pacto arbitral arriba mencionado, en cuya consideración segunda, reconocen la vigencia del contrato de arrendamiento celebrado el 3 de junio de 1999 sobre la estación SAN MATEO y especifican que en dicho contrato se pactó un volumen mínimo de compra a cargo del arrendatario y a favor de EXXONMOBIL de 300.000 galones de combustible. En la consideración cuarta deciden ajustar el volumen de compra a 230.000 galones de combustible. El documento en cuestión contiene una cláusula compromisoria general, que como se vio comprende este contrato, pues alude a solucionar por dicha vía “toda diferencia que surja entre las partes, durante el desarrollo de los contratos de arrendamiento señalados en la parte considerativa de este documento”.

### **8.1.2. Interrogatorio de parte del señor FERNANDO RUBIO.**

Al responder el interrogatorio de parte el señor RUBIO FANDIÑO reconoció de diversas maneras la celebración

de la modalidad de contratación señalada, al manifestar, entre otras cosas:

DR. GARRIDO: (...) Primera pregunta: Diga si es cierto sí o no que con fecha 3 de junio de 1999 usted celebró en su calidad de subarrendatario un contrato de subarriendo con EXXONMOBIL como subarrendador respecto del inmueble donde funciona la Estación de Servicio Esso San Mateo, ruego al Tribunal se le ponga de presente el contrato de subarriendo que está en qué cuaderno perdón?

DR. CIFUENTES: El cuaderno de pruebas 1 folio 4 a 15?

SR. RUBIO: Sí yo firmé este documento junto con una escritura pública.

(...)

SR. RUBIO: Sí lo firmé y hago una aclaración, yo firmé estos contratos porque los directivos o la compañía me dijeron que esa es la forma de negociar con ellos, mas no lo consideré como un contrato de subarriendo, sino como un contrato de comodato.

(...)

DR. GARRIDO: ... diga si es cierto sí o no que el contrato de subarriendo ese contrato que se le puso de presente a usted para la Estación San Mateo se encuentra actualmente vigente, si se encuentra vigente o no se encuentra vigente?

(...)

SR. RUBIO; Si se encuentra vigente a salvedad de los volúmenes de combustibles que se modificaron en enero del 2003, y realmente esto la verdad que se considera como un contrato de subarriendo pero a mí nunca me han cobrado ningún canon de arrendamiento por estos contratos, o sea que considero que es un contrato también como de comodato.

### **8.1.3. Interrogatorio de parte de EXXONMOBIL.**

Por su parte, el representante legal de EXXONMOBIL al responder el interrogatorio explicó así ante el Tribunal el mecanismo de contratación hoy objeto de cuestionamiento:

SR. MARTÍNEZ: "...Cuando EXXONMOBIL ve un punto de venta un inmueble interesante por muchas características por tráfico, por ubicación, por tamaño, por condiciones de vecindad, etc., pues invita a hacer el negocio, en qué consiste el negocio? (...) toma en arriendo el inmueble por un lapso de tiempo que normalmente es a largo plazo, cinco, diez o quince años, eso no hay una norma establecida, y se ofrece pagar al propietario del inmueble un canon de arrendamiento, que normalmente y en la mayoría de los casos lo pagamos por anticipado, independientemente de saber si las ventas van a funcionar o no van a funcionar, lo pagamos por anticipado, y celebramos un contrato de arrendamiento que la mayoría de las veces lo celebramos por escritura y lo registramos en la Oficina de Registro correspondiente, en ese momento se toma una decisión de acuerdo a lo que se convenga con el propietario del inmueble, porque si él quiere ser el operador de la estación de servicio es una opción, se devolvería la tenencia del inmueble a través de un contrato que hemos denominado de subarriendo, (...), y en ese contrato de subarriendo además de todo lo relativo al contrato de arrendamiento, especificamos e incluimos previsiones relativas al suministro del producto, a la exclusividad por que nosotros como cualquier comerciante en general desea que haya exclusividad en sus productos, en ese punto de venta, con unos volúmenes mínimos de compra, al manejo de una imagen porque finalmente el propietario o arrendatario operador que va a operar la estación va a mantener durante el lapso del contrato el manejo de nuestra marca, se regula el manejo de la marca de propiedad de EXXONMOBIL de Colombia, si hay préstamo de equipos, se regula el préstamo o la tenencia de esos equipos, en fin todas las previsiones o cláusulas atinentes a la operación de una estación de servicio con el contrato de arrendamiento...

Ahora, en cuanto al contrato de la estación de servicio San Mateo, puntualmente el aludido representante manifestó:

(...)

SR. MARTÍNEZ: La estación de servicio San Mateo lo que puedo determinar, se pagaron unas obras en especie y EXXONMOBIL aportó esas obras a la estación de servicio como canon pagado en especie, ...

#### **8.1.4. Testimoniales.**

Como resulta apenas natural, quienes mejor pueden dar cuenta y razón sobre los pormenores de la ejecución de un contrato de esta naturaleza son los funcionarios vinculados de una u otra forma a las partes, por cuanto de alguna manera han participado en la operación o han estado cerca de ella. En este sentido, el señor Mauricio García Pardo, empleado de EXXONMOBIL manifestó al Tribunal:

SR. GARCÍA: ..... el canon que se pagó fue \$1.394.000.000 de pesos por veinte años, (...) el de subarriendo, que es el contrato donde se pactan los volúmenes a adquirir y donde se pacta la exclusividad hacia la compañía, fue suscrito si mal no estoy en junio de 1999, ahí había un compromiso de 300.000 galones, y se firmó por veinte años.

DR. GARRIDO: ... usted se refiere a que para ese contrato de arrendamiento, se pactó un canon de \$1.394.000.000 de pesos, quisiera que me confirmara esos cánones como se pagan, de manera anticipada o?

SR. GARCÍA: Sí, (...) adicionalmente hay otra inversión de parte de equipos que se le hizo a la estación de servicio, y el objeto de esta inversión, es tomar en arrendamiento el inmueble, y comprometer al distribuidor, para que el distribuidor durante ese período de tiempo le compre a la compañía el volumen total que vende la estación de servicio...

(...)

SR. GARCÍA: ... bajo documento privado, se le entrega de nuevo la tenencia al distribuidor para que él pueda operar la estación de servicio, obviamente en este contrato, es donde viene el compromiso volumétrico y vienen una serie de condiciones que el operador o en estos momentos el distribuidor, ...

(...)

SR. GARCÍA: ... se firma un contrato de arrendamiento en donde el distribuidor le da la tenencia a EXXONMOBIL, le arrienda el inmueble, y mediante el segundo contrato EXXONMOBIL se lo devuelve.

(...)

SR. GARCÍA: ... es un contrato mediante el cual yo le devuelvo la tenencia del inmueble al distribuidor para que el distribuidor cumpla unos requisitos básicos como por ejemplo que me compre a mí. Que le compre a la compañía a quien le ha hecho la inversión, a quien le ha dado la plata.

(...)

SR. GARCÍA: ... y el de subarriendo tiene un clausulado especial que él debe cumplir, como le digo lo más básico es que nos compre a nosotros, otra cosa es que tiene que vender productos con altos estándares que tiene que mantener la imagen, que la gente debe ser amable con las personas, que tiene que mantener su nivel de inventarios, que tiene que hacer la parte contable, cumplir con los requisitos de la DIAN, toda esta cantidad de cosas, pero lo más básico es que por lo menos nos compren a nosotros, ...

(...).

A su turno, la señora Martha Patricia Chávez, también funcionaria de EXXONMOBIL, quien en una época estuvo a cargo del manejo del cliente FERNANDO RUBIO, como Gerente de Territorio de dicha compañía, reiteró las explicaciones correspondientes a la modalidad de contratación y se refirió al caso concreto bajo estudio, en los siguientes términos:

(...)

SRA. CHÁVEZ: ... cuando un cliente nos muestra una propuesta que básicamente es un terreno para montar una estación de servicio, tenemos que montarle todos los activos fijos que hacen parte para la operación de la estación, que es eso, son los tanques, los surtidores, el cánopi, básicamente eso es lo que necesitan.

(...)

SRA. CHÁVEZ: ... que se firmó más o menos como en noviembre del 98, con una duración de 20 años y a él se le entregaron como entre \$1,300.000 y \$1.400.000 millones de pesos de inversión, no recuerdo exactamente la cifra, ...

Otro testigo vinculado a LA CONVOCANTE, el señor Jaime Andrés Ortega Cruz, Gerente de Ventas de Combustible, se pronunció así respecto a la modalidad de contratación de EXXONMOBIL y sobre algunos apartes de la cuestión que hoy ocupa la atención del Tribunal:

(...)

SR. ORTEGA: ... el arrendamiento del inmueble donde opera la estación de servicio Esso San Mateo, se hizo entre Esso Colombiana Limited hoy EXXONMOBIL de Colombia y el señor Alfonso López eso consta en la escritura pública 2405 del 26 de noviembre de 1998, en ese contrato Esso Colombiana Limite entregó \$1.394.000.000, se invirtieron en obra parcialmente en obras en la estación, otra parte en efectivo, tenía una vigencia de 20 años a partir de ese momento. Luego, el 1° de mayo de 1999, el señor Alfonso López le cedió ese contrato a los señores Carlos Guillermo y FERNANDO RUBIO FANDIÑO, ese es el contrato que está vigente de arriendo sobre el inmueble donde opera la estación de servicio Esso San Mateo.

(...)

SR. ORTEGA: ...es una figura que se ha utilizado históricamente, no solo por parte de EXXONMOBIL sino, por todas las mayoristas y yo me atrevería a decir, que por los menos el 80% de los contratos que tienen hoy en día EXXONMOBIL y los distribuidores mayoristas del país, con los propietarios de inmueble donde funciona las estaciones de servicios que a la vez lo superan, son varios la figura del arriendo y subarriendo. ...

SR. ORTEGA: ... Conozco ese contrato de subarriendo con el señor FERNANDO RUBIO, tiene fecha 1° de junio de 1999, posterior a la cesión del contrato de arriendo del inmueble, con ese contrato se le entregó la tenencia del inmueble para que el señor Rubio operara la estación, es de termino indefinido, ...

(...)

SR. ORTEGA: En la estación de servicio Esso San Mateo se pagaron \$1.394.000.000 por el arrendamiento del inmueble por un período de 20 años.

(...)

DR. GARRIDO: Preguntado. Yo la verdad es que no sé si usted ya dio respuesta a esto, me parece que no pero, si usted me lo dice quisiera que usted informarla cuál es el valor de las inversiones realizadas por EXXONMOBIL en los inmuebles donde se encuentran las estaciones de servicios? Cazucá y San Mateo.

SR. ORTEGA: Correcto. Las inversiones que realizó EXXONMOBIL son los cánones que pagó por anticipado, para las dos estaciones como mencioné sumaban \$1.894.000.000, más el préstamo de \$325.000.000 que se le hizo al señor Rubio, más el cupo de crédito que el señor Rubio dejó de pagar, más el valor de los equipos de nuestra propiedad entregados en comodato al señor Rubio que como mencioné tiene un valor comercial aproximado de \$200.000.000.

(...)

DR. LONDOÑO: ... Empiezo por preguntarle al doctor Ortega, en virtud de esa que usted denominó figura contractual por excelencia FERNANDO RUBIO tiene hoy la doble calidad de arrendador y subarrendatario del mismo inmueble?

SR. ORTEGA: FERNANDO RUBIO y Carlos Guillermo Rubio son los arrendadores del inmueble, FERNANDO RUBIO es el arrendatario de los inmuebles, así es.

(...)

DR. LONDOÑO: (...) doctor Ortega, en esta relación comercial que hay entre FERNANDO RUBIO y EXXONMOBIL que evidentemente es de naturaleza contractual cuáles son los derechos y las obligaciones que surgen para las partes de los distintos negocios que hay entre ellas?

SR. ORTEGA: Bueno, básicamente hay un contrato en el que el propietario del inmueble, en este caso los señores Carlos Guillermo y FERNANDO RUBIO le entregan en calidad de arriendo a EXXONMOBIL de Colombia los inmuebles, en virtud de esos contratos EXXONMOBIL se obliga a pagar un canon, lo pagó y los contratos tienen cierta vigencia. Hasta ahí lo que tiene que ver con la relación comercial con ese primer contrato.

Luego, y la forma como se estructura la figura jurídica por excelencia que se utiliza en ese negocio, es que se devuelve la tenencia del inmueble, que fue entregado en arrendamiento a la compañía mayorista a los mismos propietarios para que lo operen dentro de ese contrato ellos adquieren, pues cada parte adquiere ciertas obligaciones, la compañía se obliga a suministrarle el combustible entre otras y los subarrendatarios se obligan a adquirir en forma exclusiva los combustibles y lubricantes de la compañía que les entregó la tenencia nuevamente, de ese inmueble y a cumplir con unos volúmenes mínimos de compras que son los que la compañía utilizó para justificar las inversiones, que hizo en el contrato original de arriendo.

Yo no mencioné en ningún momento un contrato de comodato, mencioné que ahí equipos entregados en comodato al señor Rubio, porque no me consta la existencia de un contrato de comodato; en la gran mayoría de los casos existe un contrato de comodato, existe el contrato de arriendo, contrato de subarriendo que es el que obliga, el que le da la tenencia del inmueble nuevamente a la persona que lo opera y lo obliga a comprar exclusivamente y a adquirir algunos volúmenes mínimos y existen paralelamente, o como anexos de ese contrato de subarriendo un contrato de comodato por los equipos que se entregan para la operación de la estación, en este caso no me consta la existencia de esos contratos lo que sí me consta es que hay equipos de nuestra propiedad que se entregaron en virtud de, en comodato al señor Rubio.

Por lo expuesto, es nítido para el Tribunal que a pesar de existir el contrato de arrendamiento por escritura pública primeramente citado —y precisamente por ello— las relaciones cuyo incumplimiento se alega son las derivadas del segundo contrato, el de subarriendo del 3 de junio de 1999 y que es precisamente aquel al cual se refiere la cláusula compromisoria contenida en el pacto arbitral del 29 de enero de 2003.

## **8.2. Sobre la celebración del contrato de arrendamiento de MOBIL CAZUCÁ.**

### **8.2.1. Documentales.**

Según los documentos que obran en el proceso, es fácil comprobar que la secuencia contractual sobre el arrendamiento de este inmueble fue la siguiente:

- i) Agosto 19 de 1999: Mediante escritura pública 2354 de la Notaría 45 de Bogotá, que aunque no figura en el expediente, se cita en la que se menciona en el punto siguiente, los hermanos RUBIO FANDIÑO adquirieron varios inmuebles de la sociedad ASESORÍA Y URBANIZACIONES DEL SUR LTDA.
- ii) Diciembre 27 de 1999: Por medio de la escritura pública 3510 de la Notaría 30 de Bogotá se celebró contrato de arrendamiento sobre el inmueble de la estación MOBIL CAZUCÁ entre los señores CARLOS GUILLERMO RUBIO FANDIÑO Y FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO arrendadores y MOBIL DE COLOMBIA S.A., como arrendataria. Se pactó una duración de 144 meses contados a partir del 1° de febrero de 2000; se previó un canon por el período completo de \$ 500'000.000, pagadero anticipadamente el día en que fuera entregada a MOBIL copia de la Escritura debidamente registrada; se dio autorización a MOBIL para ceder el contrato o subarrendar el inmueble por la totalidad o por parte del término contractual; se pactó una primera opción de compra a favor de MOBIL, en caso de venta del inmueble y derecho preferencial para arrendamiento al vencimiento del contrato. Adicionalmente, se declaró que si se terminaba el contrato antes del vencimiento, los

arrendadores devolverían la parte del arriendo pagada y no disfrutada, ajustada con el índice de inflación de los años efectivamente disfrutados. (C1, F56-67).

iii) Enero 18 de 2000: Se celebró contrato de subarriendo entre MOBIL DE COLOMBIA S.A., como arrendadora y CARLOS GUILLERMO RUBIO FANDIÑO Y FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO como arrendatarios sobre el inmueble donde funciona la estación de servicio denominada CAZUCÁ. Se pactó un término de 144 meses contados a partir del primero (1º) de febrero del año 2000; se estableció un canon mensual de \$ 100.000; se convino exclusividad para que los arrendatarios vendieran única y exclusivamente combustibles y lubricantes suministrados por la arrendadora; se fijó la obligación para el arrendatario de suscribir y entregar a la arrendadora una póliza de seguro por una suma no inferior a \$ 100'000.000; se consagró una obligación a cargo del arrendatario de comprar a la arrendadora un volumen mínimo mensual de 400.000 galones de combustible por los dos primeros años y 300.00 (sic) galones mensuales por el resto del contrato y 600 galones de lubricantes durante cada mes; se pactó una pena por incumplimiento de 1.000 SMMV. Este contrato carece de cláusula compromisoria. (C1, F79-85).

iv) Enero 18 de 2000: Se suscribió un documento denominado “Terminación anticipada por mutuo acuerdo del contrato de arrendamiento entre CARLOS GUILLERMO RUBIO FANDIÑO Y FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO Y MOBIL DE COLOMBIA S.A. (hoy EXXONMOBIL). De este vale la pena destacar: a) La fecha de esta terminación anticipada, la cual coincide con la de celebración; b) En el título del documento se alude a la terminación del arrendamiento, mientras el encabezado se refiere a un subarriendo, que sería el del punto anterior; c) En las consideraciones se dice que se termina cualquier relación jurídica entre las partes, “anterior o posterior”(¿?); d) Las partes se declaran a paz y salvo y renuncian a cualquier reclamación derivada de las etapas precontractuales, de celebración y ejecución del contrato. (C1, F86).

v) Enero 18 de 2000: Se celebró un nuevo contrato de subarriendo entre MOBIL DE COLOMBIA S.A., como arrendadora y FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO como arrendatario, sobre el inmueble donde funciona la estación de servicio denominada CAZUCÁ. Se pactó un término de 144 meses; se estableció un canon mensual de \$100.000; se convino exclusividad para que el arrendatario vendiera única y exclusivamente combustibles y lubricantes suministrados por la arrendadora; se fijó la obligación del arrendatario de suscribir y entregar a la arrendadora una póliza de seguro por una suma no inferior a \$ 100'000.000; se consagró una obligación a cargo del arrendatario de comprar a la arrendadora un volumen mínimo mensual de 400.000 galones de combustible por los dos primeros años y 300.000 galones mensuales por el resto del contrato, y 600 galones de lubricantes durante cada mes; se pactó una pena por incumplimiento de 1.000 SMMV. El contrato carece de cláusula compromisoria. (CP, F98-104).

Como se desprende de los resúmenes de los dos subcontratos que tienen la misma fecha, se trata de convenciones básicamente idénticas, cuya diferencia sustancial y casi única es que en el primero los arrendatarios eran dos: CARLOS GUILLERMO Y FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO, en tanto que en el segundo solo figura como tal el señor FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO.

Como anexo del contrato aparece una declaración sobre los elementos que forman parte del arriendo, fechada el 19 de septiembre de 2001, es decir, mucho tiempo después de la “terminación” del contrato resumida en el punto iv) de este numeral, es decir, que dicha declaración de elementos correspondió en efecto a la estación Cazucá pero en razón del segundo de los aludidos contratos, esto es, del que tiene como arrendatario únicamente por el señor FERNANDO RUBIO. (CP, F105-107).

vi) Por su parte, en el certificado de tradición y libertad del inmueble que obra en el proceso consta que la propiedad del bien en efecto fue compartida entre los hermanos RUBIO FANDIÑO, quienes lo arrendaron a MOBIL DE COLOMBIA por escritura pública debidamente registrada. (C1, F70).

### **8.2.2. Interrogatorio de parte señor FERNANDO RUBIO.**

Sobre la celebración de esta contratación se manifestó así EL CONVOCADO en su declaración de parte:

“(…)

DR. GARRIDO: Tercera pregunta: diga como es cierto sí o no, que con fecha 18 de enero de 2000 usted celebró en su calidad de subarrendatario un contrato de subarriendo con EXXONMOBIL como subarrendador respecto del inmueble donde funciona la Estación de Servicio Móvil Cazucá, se le pone de presente.

DR. CIFUENTES: El documento obra a folios 24 a 30 del cuaderno de pruebas N° 1.

SR. RUBIO: Sí.

DR. GARRIDO: Pregunta cuatro:

SR. RUBIO: Contrato de subarriendo, también considero igual de la misma forma el otro contrato al igual que el de San Mateo por considerarlo de la misma forma, y así me ordenaron que lo firmara, al igual que considero que nunca me han cobrado ningún canon de arrendamiento por este concepto.

DR. GARRIDO: Cuarta pregunta: Diga si es cierto sí o no, que el contrato de subarriendo de fecha 18 de enero de 2000 que se puso de presente, respecto del inmueble donde funciona la estación de servicio se encuentra actualmente vigente?

SR. RUBIO: Si, al igual que el de San Mateo también tiene la variación en los volúmenes.

(...)

DR. GARRIDO: Diga como es cierto sí o no que el contrato de subarriendo que se terminó anticipadamente mediante documento de fecha 18 de enero de 2000 que se pone de presente, fue el suscrito entre Carlos Guillermo y usted con EXXONMOBIL respecto de la estación de servicio Móvil Cazucá?

SR. RUBIO: Sí doctor sí lo firmé.

DR. GARRIDO: Mi pregunta es si el que se terminó anticipadamente es el documento que se le pone de presente?

SR. RUBIO: Sí correcto.

(...)

DR. CUBEROS: Estamos hablando de Móvil Cazucá, el 18 de enero se firmó un contrato, y ese mismo día se terminó, empecemos por ahí, recuerda qué pasó?

SR. RUBIO: Si unos inconvenientes que tuvo mi hermano Guillermo, entonces no podía seguir siendo representante legal de esa estación entonces consultamos con la compañía porque se iba a presentar unas cuestiones jurídicas en las cuales tenía problemas familiares, entonces se traspasó el contrato a nombre mío y eso fue lo que sucedió”.

De esta manera, resulta coherente el que el mismo día se hubiera celebrado un contrato, se hubiera convenido su terminación y se hubiera firmado de nuevo el convenio sobre el mismo objeto y con idénticas estipulaciones, suprimiendo del segundo a uno de los arrendatarios, al señor CARLOS GUILLERMO RUBIO FANDIÑO, maniobra motivada por los mismos arrendatarios, orientada a liberarse de unos riesgos que tenía el mantener a uno de los integrantes de la parte arrendataria como sujeto contractual, por lo cual no puede esta misma parte venir a prevalerse de tal situación para aprovecharse de la confusión generada e invocar inexistencia del contrato.

### **8.2.3. Testimoniales.**

El señor Mauricio García Pardo, quien como ya se señaló es funcionario de LA CONVOCANTE, manifestó sobre este contrato:

SR. GARCÍA: ...este contrato también se firmó como documento privado, (...) se firma este otro contrato que también existe de Cazucá que lo llamamos subarriendo mediante documento privado, mediante el cual nosotros le devolvemos la tenencia al distribuidor, al dueño de la estación para que la maneja y realice su actividad económica en esa estación.

(...)

SR. GARCÍA: ... el de arriendo básicamente hace mención al inmueble, y obviamente a lo que se encuentra ahí, como son los techos que se llaman cánopis, los equipos de distribución, los tanques, las líneas, las tuberías toda esa cuestión, nos lo da en arrendamiento y nosotros lo devolvemos en tenencia, entonces no es únicamente el lote, sino es todos los equipos y todo para que pueda funcionar la estación de servicio como tal.

(...)

La señora Martha Patricia Chávez, también funcionaria de la entidad demandante señaló sobre el particular:

(...)

SRA. CHÁVEZ: ..., ese fue un contrato de diciembre de 99 más o menos y el de documento privado fue enero de 2000, en el contrato por escritura pública a Fernando se le entregaron por Cazucá fueron \$500.000.000 de pesos de inversión y ya era un contrato por doce años.

(...)

En coincidencia con lo anterior, el testigo Jaime Andrés Ortega Cruz, responsable por EXXONMOBIL de las estaciones de servicio de Bogotá y Cundinamarca, expresó:

(...)

SR. ORTEGA: Correcto. Doctor Garrido conozco ese contrato, es la escritura pública 3510 del 27 de diciembre de 1999, en la que los señores Carlos Guillermo Rubio y FERNANDO RUBIO le dieron a Mobil de Colombia S.A., hoy EXXONMOBIL de Colombia S.A., en arrendamiento cinco inmuebles que conforman el lote de terreno donde hoy funciona la estación de servicio Mobil Cazucá por un plazo de 12 años, contados a partir del 1° de febrero del año 2000, y en contraprestación a lo cual Mobil de Colombia les pagó un canon de \$500.000.000 (quinientos millones de pesos), anticipados en totalidad.

(...)

SR. ORTEGA: También conozco el contrato de subarriendo mediante el cual Mobil de Colombia le devolvió la tenencia de los inmuebles donde funciona la estación de servicio Mobil Cazucá al señor FERNANDO RUBIO, está vigente hasta el 1° de febrero del año 2012, y

(...)

SR. ORTEGA: ... en la estación Mobil Cazucá se pagaron \$500.000.000 por el arrendamiento de los inmuebles, por un período de 12 años,...

(...)

### **8.3. Sobre los elementos y equipo de MOBIL CAZUCÁ.**

#### **8.3.1. Documentales.**

En un anexo al contrato de subarriendo del 18 de enero de 2000, suscrito el día 19 de septiembre de 2001, se detallan los elementos y equipos instalados en el inmueble donde funciona la estación MOBIL CAZUCÁ, donde aparecen como tales dispensadores, avisos, equipos de lubricación, etc., lo cual, por una parte, acredita que los mismos formaban parte del contrato de subarriendo mencionado y por la otra, demuestran que en septiembre de 2001 se encontraba vigente el subcontrato sobre la estación CAZUCÁ antes mencionado, precisamente el celebrado por el señor FERNANDO RUBIO como arrendatario y cuya existencia y validez ha tratado de ponerse en entredicho en el curso del proceso. (CP, F105 - 107).

#### **8.3.2. Interrogatorio de parte del señor FERNANDO RUBIO.**

Por su parte, en su interrogatorio rendido ante el Tribunal, EL CONVOCADO aceptó la vinculación de los elementos y equipos a la contratación en mención, cuando manifestó:

DR. GARRIDO: ... Diga si es cierto sí o no, que hacen parte del contrato de subarriendo de la Estación de Servicio Móvil Cazucá, además del inmueble los elementos y equipos relacionados en el documento denominado anexo de inventario de fecha 19 de septiembre de 2001, que por favor solicito que se le ponga de presente.

(...)

SR. RUBIO: Sí.

(...)

Por lo expuesto y ante la claridad de la prueba documental y la confesión al respecto, el Tribunal habrá de concluir que ciertamente, los elementos y equipos allí referidos formaron parte del contrato y de subarriendo de la estación MOBIL CAZUCÁ, lo cual, por lo demás, coincide con el procedimiento establecido por las partes para el negocio, en virtud del cual EXXONMOBIL recibía el inmueble, lo dotaba y lo devolvía al propietario, ya como subarrendatario, pero debidamente adaptado como estación de servicio.

#### **8.4. Sobre la compra y almacenamiento de combustibles y lubricantes para ESSO SAN MATEO y MOBIL CAZUCÁ a personas distintas a EXXONMOBIL.**

##### **8.4.1. Documentales.**

Obra en el proceso una certificación referenciada PRE-235-2007 emanada de Brio de Colombia S.A., en la que dicha entidad da fe de que suministra combustibles a las estaciones ESSO SAN MATEO y MOBIL CAZUCÁ desde noviembre de 2003. (C1, F195 a 200).

Aunque la certificación mencionada en el punto anterior, que no ha sido desvirtuada, sería suficiente para demostrar el suministro de combustibles a EL CONVOCADO por parte de dicho tercero, la prueba en cuestión se encuentra corroborada por centenares de facturas de venta de GREEN OIL DE COLOMBIA y de BRIO DE COLOMBIA S.A. emitidas a cargo del señor FERNANDO RUBIO por la compra de combustibles para las estaciones en mención, las cuales ocupan todo un cuaderno de pruebas del expediente y comprenden diversas épocas, incluso muy anteriores a la suspensión definitiva de compras de combustibles y lubricantes a EXXONMOBIL. (C2, F1 a 371).

##### **8.4.2. Interrogatorio de parte del señor FERNANDO RUBIO.**

Como si lo anterior no fuera suficiente, el propio CONVOCADO al resolver el interrogatorio de parte al que fue sometido por el señor apoderado de EXXONMOBIL reconoció tal incumplimiento a lo contractualmente estipulado, en los siguientes términos:

(...)

DR. GARRIDO: Novena pregunta: Diga como es cierto sí o no, que durante los períodos en los que usted no adquirió lubricantes y combustibles de EXXONMOBIL para la Estación de Servicio San Mateo y para la Estación de Servicio Cazucá, usted los obtiene de un tercero diferente de EXXONMOBIL?

SR. RUBIO: Sí, lo obtengo de un tercero.

DR. GARRIDO: Pregunta Diez: Diga como es cierto sí o no conforme a sus respuestas anteriores, que a partir del año 2000 usted ha comprado combustible a Green Oil y a Brio de Colombia para las Estaciones de Servicio Esso San Mateo y Móvil Cazucá?

SR. RUBIO: Sí, yo he comprado a otros proveedores desafortunadamente por lo estricto de la compañía en el momento de sus créditos, de sus vencimientos que por cualquier motivo, por cualquier circunstancia, o deuda vendida los códigos se bloquean con mucha facilidad, de por sí que en esa época estaban en palmando el nuevo

sistema de interno de manejo de cuentas, entonces había mucho inconveniente por eso.

DR. GARRIDO: Pregunta Doce: Sírvase informar al Tribunal si usted ha comprado lubricantes y combustibles para las Estaciones de Servicio Esso San Mateo y Móbil Cazucá, a personas diferentes de las mencionadas anteriormente, es decir fuera de Green Oil y Brio de Colombia S.A. le ha comprado usted a otras personas distintas a EXXONMOBIL para esas estaciones?

SR. RUBIO: Sí, si le he comprado a otros proveedores.

DR. GARRIDO: Quiénes?

SR. RUBIO: Le compré a Shell de Colombia y no recuerdo en este momento.

(...)

SR. RUBIO: ... en cuanto a los combustibles que ya lo hemos hablado que me ha suministrado otro proveedor, pero el lubricante si he seguido vendiendo la línea EXXONMOBIL y se la he comprado a los distribuidores e ellos pues con menos utilidad para la estación pero de todas maneras he conservado los estándares de la compañía tanto en su imagen como en sus productos, sigo vendiendo mis productos EXXONMOBIL y procuro pues que al mejor momento se da esta situación y he sostenido por lo menos la imagen y la venta de sus lubricantes a los distribuidores directos de ellos, en cuanto a lubricantes.

(...)

Sobre el particular también se pronunció el funcionario de EXXONMOBIL Mauricio García Pardo, en los siguientes términos:

SR. GARCÍA: ... que actualmente las estaciones están funcionando, están vendiendo obviamente no es producto nuestro, y tienen las marcas nuestras y siguen funcionando pero no nos están comprando a nosotros.

SR. GARCÍA: ... Fernando en más de una oportunidad, me comentó que había tenido que comprarle a la competencia a otra compañía combustible porque no alcanzó a cubrir un cheque o porque se le llenó el límite de crédito, o porque no tenía en ese momento plata y la otra compañía le dio plazo mejor que el de nosotros, (...) tanto él como Adriana me comentaron en más de una ocasión, que habían tenido que comprar combustible a otras compañías, ...

(...)

SR. GARCÍA: ... también me parece importante indicar que existe un riesgo también operacional y contra la marca, ya que si él le está comprando a otros proveedores, nosotros no podemos afirmar que el combustible que está comprando sea de la calidad como para ser vendida en una de nuestras estaciones, ...

(...)

SR. GARCÍA: Así es, y ese es el riesgo del que yo estaba hablando precisamente ahora mismo, esa estación de servicio San Mateo, tiene los logos, las marcas y la identificación de la Esso, y la estación de servicio Cazucá tiene las marcas, los logos y la identificación de Mobil, de esa manera para el consumidor de la calle o el consumidor normal, para ellos están comprando productos Esso y productos Mobil sin ser cierto.

(...)

Lo anterior lo corrobora la señora Martha Patricia Chávez, de EXXONMOBIL, en los siguientes términos:

“SRA. CHÁVEZ: Yo tuve todas las facturas de las siete estaciones de servicio de Cazucá, San Mateo, Santa Ana, Santa Anita, Granada y de Silvania, de todas las estaciones tuve las facturas los AZ y en todos los AZ había facturas de la competencia ...”.

Finalmente, el testigo Jaime Andrés Ortega se manifestó de la siguiente manera sobre ese particular:

(...)

DR. GARRIDO: Preguntado. Manifieste al Tribunal si a usted le consta o conoce o sabe si las estaciones de servicios Esso San Mateo y Móvil Cazucá el señor FERNANDO RUBIO ha comprado y ha vendido o compra y vende actualmente, combustible y lubricantes de... diferentes de EXXONMOBIL? Si la respuesta es afirmativa pues, le agradecería señalar por qué conoce esta situación, por qué le consta?

SR. ORTEGA: Las estaciones de servicios Esso San Mateo y Mobil Cazucá no han dejado de operar en ningún momento, están abiertas al público y vendiendo combustible bajo nuestras marcas, siguen utilizando, están identificadas por nuestras marcas Esso y Mobil respectivamente, y como mencioné desde el 6 de marzo de 2006, el señor Rubio no nos compra ni un solo galón de combustible con destino a esas estaciones entonces es absolutamente evidente que lo está adquiriendo de un tercero, diferente a EXXONMOBIL.

(...)

DR. GARRIDO: Preguntado. Sírvase indicar si usted sabe, le consta, conoce si el señor FERNANDO RUBIO ha venido utilizando los logos, las marcas de Mobil y Esso en las estaciones de servicios Cazucá y San Mateo, pese estar comprando adquiriendo combustible y lubricantes a terceras personas?

SR. ORTEGA: Como ya lo mencioné la estación de servicio Esso – San Mateo hoy mantienen los colores, imágenes y el cartel de identificación mayor de la Marca Esso y la estación de servicio Mobil Cazucá está identificada con la marca Mobil, esto pues obviamente, nos perjudica el nombre de nuestras marcas y engaña a los consumidores que están llegando pensando que adquieren productos Mobil y Esso, cuando en realidad los productos que el señor Rubio está distribuyendo son adquiridos de otras fuentes.

DR. GARRIDO: ... conoció o sabe que antes del 2006, o sea del marzo de 2006 para atrás el señor FERNANDO RUBIO también compraba combustible a terceras personas?

SR. ORTEGA: Correcto. Como ya lo mencioné la forma más fehaciente de la cual puedo, dar constancia de eso porque es una prueba documental es el mismo documento que el señor Rubio presentó en su solicitud del concordato, donde él menciona haber adquirido el promedio para esas dos estaciones 372.000 galones mensuales de combustible en el año 2003, cifra muy por encima de la que adquirió a EXXONMOBIL en ese mismo año con destino a esas estaciones, lo cual evidencia que estaba comprando combustible a terceros con destinos a esas estaciones, incumpliendo su compromiso de compras exclusivas en adición a cumplir el compromiso de volumen del mínimo.

(...)

Sr. Ortega: ... en total \$ 1.894.000.000, en adición EXXONMOBIL es propietaria de equipos entregados al señor Rubio en comodato que hoy en día está utilizando para tener combustible de tercero en sus estaciones, que tuvieron un costo inicial cercano a los US\$ 150.000, un poco superior a los US\$ 150.000 y que hoy en día el valor depreciado en nuestra contabilidad de esos activos que son básicamente, dispensadores de combustible es de US\$ 50.000 y pero cuyo valor comercial de reposición es del orden de \$ 200.000.000.

#### **8.4.3. Dictamen pericial.**

Para cerrar el círculo probatorio que acredita que en efecto hubo permanentes adquisiciones de combustibles y lubricantes de terceros por parte de EL CONVOCADO, desde mucho tiempo atrás y con destino a las estaciones de servicio cuya relación se controvierte en este proceso, es pertinente observar los gráficos incluidos en el dictamen del perito contable y cuyo contenido se puede visualizar en los resúmenes aportados por este para las dos estaciones y muy particularmente en los cuadros explicativos correspondientes que obran a folios 38 y siguientes del cuaderno de pruebas 3 para la estación de San Mateo y a folios 15 y siguientes del mismo para la estación de Cazucá, de donde se destaca que por lo menos desde el año 2002 se producían adquisiciones de esta naturaleza para la primera de las estaciones mencionadas y desde el año 2000, para la segunda, lo cual revela una política comercial al respecto por parte del señor RUBIO FANDIÑO y no una actitud coyuntural, como ha querido hacérsela aparecer, por lo que el Tribunal habrá de declarar también el incumplimiento de EL CONVOCADO por

este concepto.

## **8.5. Sobre la no compra exclusiva a EXXONMOBIL de combustibles y lubricantes para ESSO SAN MATEO y MOBIL CAZUCÁ.**

### **8.5.1. Documentales.**

i) Como tanto se ha referido, a folio 24 y siguientes del cuaderno de pruebas 1 aparece el contrato de subarriendo correspondiente a la estación de servicio de Cazucá celebrado entre el señor RUBIO FANDIÑO y MOBIL DE COLOMBIA (ahora EXXONMOBIL) en cuya cláusula quinta se pactó como una obligación a cargo del arrendatario "... 6) Vender única y exclusivamente combustibles y lubricantes y demás productos que le suministre la ARRENDADORA, pero le será permitido adquirirlo de otros proveedores cuando la ARRENDADORA no pueda suministrárselos, previa autorización escrita de esta y por el tiempo que allí se señale...". (CP1, F24-30).

ii) Por su parte, a folios 4 y siguientes del cuaderno de pruebas 1 aparece el contrato de arrendamiento correspondiente a la estación de servicio de San Mateo celebrado entre el señor RUBIO FANDIÑO y ESSO COLOMBIANA LIMITED (ahora EXXONMOBIL), que realmente es de subarriendo, en cuya cláusula cuarta se pactó "el inmueble materia de este contrato solo podrá ser destinado por el ARRENDATARIO durante su vigencia para almacenamiento, venta de combustible, aceites y grasas lubricantes y demás productos y artículos relacionados con automotores o de otra índole que distribuya o venda la ESSO o cuya venta autorice expresamente y por escrito la ESSO ...". (CP1, F4 - 15).

Ya se ha visto en los numerales del punto precedente que según lo acreditan el interrogatorio de parte del señor RUBIO FANDIÑO, con fuerza de confesión; las facturas de diversos proveedores aportadas en razón de la exhibición decretada y que ocupan todo el cuaderno de pruebas 2 y los resultados de la pericia contable, es incuestionable que EL CONVOCADO adquirió combustibles y lubricantes de terceros, con lo cual quebrantó no solo la prohibición al respecto, sino también el compromiso de exclusividad pactado con las sociedades antecesoras de EXXONMOBIL, por lo que el Tribunal no estima pertinente abundar más en esta probanza.

## **8.6. Sobre el no pago del precio de combustibles y lubricantes a EXXONMOBIL por ESSO SAN MATEO y MOBIL CAZUCÁ.**

Obran en el proceso cuantiosas evidencias que acreditan que en efecto el señor FERNANDO RUBIO incurrió en diversos incumplimientos en los pagos que por lubricantes y combustibles debía efectuar a favor de EXXONMOBIL, como lo son, entre otras:

### **8.6.1. Testimoniales.**

El testigo Mauricio García Pardo, funcionario de EXXONMOBIL declaró sobre el incumplimiento en los pagos por parte de EL CONVOCADO, en los siguientes términos:

(...)

SR. GARCÍA: ... personalmente atendí situaciones de carácter comercial como algunas faltas en los pagos, cheques devueltos, que tuvimos con Fernando, siempre desde el punto de vista de tratar de ayudarlo...

(...)

SR. GARCÍA: (...) siempre tratamos por las buenas con Fernando de lograr que nos comprara únicamente a nosotros los volúmenes y en repetidas ocasiones le brindamos ayuda, como fueron refinanciaciones, le prestamos plata, ...

(...)

SR. GARCÍA: ... en varias oportunidades trató de refinanciarlos pero desafortunadamente Fernando utilizaba la plata no para invertirla en el negocio sino para hacer otras inversiones, por ejemplo él compraba mulas, y otra serie de cosas que no tenían que ver con el negocio,...

... desafortunadamente a finales de febrero y principios de marzo, si no estoy mal del año pasado al consignarse los cheques reventaron todos esos cheques, los devolvieron y fueron más de \$ 800.000.000 de pesos lo que devolvieron, evidentemente en ese momento tuvimos que parar el despacho, (...) no tengo plata, no tengo como pagar eso, entonces en ese momento obviamente se suspende el despacho, porque nos está debiendo \$ 800.000.000 de pesos, no le podemos despachar bajo esas circunstancias...

(...)

La señora Martha Patricia Chávez corrobora lo anterior al señalar en su declaración:

SRA. CHÁVEZ:... me enteré adicionalmente allí que el cliente había tenido una devolución de varios cheques, más de veinte cheques, por la compra de combustible y que a raíz de eso se generó una situación que es inusual en la compañía, ...

(...)

SRA. CHÁVEZ: ... él nos solicitó que le diéramos un plazo adicional para el pago de sus facturas y lo manejáramos como un paquete, para nosotros esa(sic) conocido como el paquete rubio por las siete estaciones de servicio que manejamos e inicialmente le dimos un plazo de tres días, después de cuatro días para el pago de sus facturas, y adicional a ese plazo le damos una concesión especial porque él nos solicitaba que le diéramos aparte de esos días de plazo, más días para consignar los cheques, (...)

... él estaba atravesando durante un período una situación complicada, en donde no tenía mucho flujo de caja y requería como un tratamiento especial, entonces la condición nuestra esa que nos comprara todo el volumen y nosotros accedíamos a darle un tratamiento especial para que no se afectara él también ni personalmente (...)

(...)

SRA. CHÁVEZ: (...) y lo que tratamos e hacer fue un acercamiento comercial con él para que hubiera un compromiso de parte de él, y pues mejorara la situación que nos comprara todo el volumen a nosotros, que mejoráramos la situación del manejo de la sobretasa sobre todo porque él se iba a ver involucrado en un proceso adicional, ...

(...)

SRA CHÁVEZ: ... le dimos la concesión de los días en sus códigos y también durante un período de tiempo nosotros hicimos una solicitud duramos cuatro meses haciendo la solicitud porque obviamente para la compañía FERNANDO RUBIO era un cliente muy importante, por que era un cliente que manejaba casi 700.000 galones en todos sus códigos y por esa misma concesión logré con mi jefe darle un crédito adicional de \$ 325.000.000 de pesos a Fernando para que lo utilizara como capital de trabajo, (...) ese documento, en donde está la concesión que le dimos de un préstamo especial de \$ 325.000.000 de pesos para que él saliera del problema de flujo de caja, y lo utilizara solamente para combustible.

(...)

SRA. CHÁVEZ: (...)

Adriana después de que le salió el préstamo del Banco de Bogotá, me comentó que FERNANDO RUBIO había utilizado ese préstamo no para pagar las deudas como veníamos hablando comercialmente en todas las reuniones para que él pudiera salir de esa situación, sino que había comprado unas tractomulas, ...

Finalmente, el testigo Jaime Andrés Ortega Casas, también funcionario de EXXONMOBIL, declaró sobre este particular lo siguiente:

(...)

SR. ORTEGA: ... específicamente el 27 de febrero de 2006, se presentó un evento en que el señor Rubio le

devolvieron unos cheques, el total de cheques que devolvieron fueron 29, por un monto de \$806.000.000 (Ochocientos Seis Millones de Pesos), nosotros mantuvimos los despachos desde ese día 27 de febrero hasta el 6 de marzo buscando, pues llegar a un arreglo con el señor Rubio que nos recogiera los cheques, esos eventos habían ocurrido en el pasado y él los había pagado y habíamos seguidos(sic) desde ese momento, desde el 6 de marzo hasta la fecha el señor Rubio no ha comprado combustible a EXXONMOBIL,...

(...)

SR. ORTEGA: ... Aparte de eso en el año del 2003, la compañía le entregó al señor Rubio un préstamo para ayudarlo a solidar su flujo de caja de \$ 325.000.000, por un período de 7 años y tenía como ya mencioné un manejo bastante excepcional de sus plazos de pagos y para eso le había otorgado un cupo de crédito del orden de US\$ 350.000.

(...)

DR. GARRIDO: Preguntado. Con base en esta respuesta además de pagar los cánones anticipados y haberle ayudado con ese cupo de crédito hubo algún otro esfuerzo financiero que hizo EXXONMOBIL en favor de FERNANDO RUBIO o de su... comercial para ayudarlo a solucionar sus inconvenientes?

SR. ORTEGA: El préstamo que mencioné de \$ 325.000.000 en enero del año 2003, y los plazos de pagos de los combustibles que no eran un compromiso contractual de hecho el señor Rubio de acuerdo con el contrato estaba obligado a comprarnos y nosotros no estábamos obligados a darle ningún plazo para los combustibles pero siempre le dimos plazo y en adición al plazo manejábamos excepcionalmente los vencimientos de las facturas para ajustamos a su flujo de caja y ayudarlo a mantener su operación.

Cuando se presentó el evento de la devolución masiva de los cheques del señor Rubio el 27 de febrero del 2006, nosotros mantuvimos despachos de combustible hasta el 6 de marzo del 2006, despachamos cerca de 50.000 galones más de combustibles, tratando de que el señor Rubio pues, nos pagara, llegáramos a algún acuerdo y mantener el suministro, pero eso no se dio.

## **8.6.2. Dictamen pericial.**

En cuanto se refiere a la imputación de incumplimientos en los pagos, es claro que según la contabilidad aparecen saldos a cargo de EL CONVOCADO y a favor de LA CONVOCANTE por compras para los años 2003, 2004 y 2005 en partidas de consideración.

En efecto, consta en la síntesis del dictamen pericial: "... en cuanto a la deuda del señor Rubio Fandiño con el CONVOCADO, en la fecha es de \$ 896.161.542 originada en compras y en saldos a su favor por préstamos del Convocante e identificada con el código asignado a la Estación de Servicio Mobil Cazucá N° 124393", precediéndose en el dictamen mismo a discriminar debidamente las partidas de deuda. (CP3, F 17, 19).

Por las razones expuestas, el Tribunal resalta que los incumplimientos en los pagos fueron muy anteriores a la apertura del trámite concursal, para concluir que, en efecto, esa censurable conducta comercial constituía una constante en la operación del señor RUBIO FANDIÑO. Desde luego, el Tribunal no está entrando a juzgar la existencia o no de las deudas del CONVOCADO para con la CONVOCANTE, que son pertinentes al trámite concordatario y no al proceso arbitral, pero que en cuanto respecta a este, conjuntamente con los cheques devueltos y otras conductas contractuales evidenciadas, ciertamente reflejan el incumplimiento del señor Rubio Fandiño en la atención del pago por los suministros de combustibles, que evidentemente constituían la motivación central de la cadena contractual celebrada y ejecutada por las partes.

## **8.7. Sobre la no compra a EXXONMOBIL del volumen mínimo.**

### **8.7.1. Documentales.**

En el resumen de los subcontratos celebrados entre LA CONVOCANTE y EL CONVOCADO (C1 F24 y siguientes para CAZUCÁ y C1 F4 y siguientes para SAN MATEO), consta que el señor RUBIO FANDIÑO se

comprometió a comprar unas cantidades mínimas determinadas de combustibles y lubricantes a EXXONMOBIL, las cuales fueron modificadas, para disminuirlas, en el documento denominado “PACTO ARBITRAL” suscrito entre las mismas partes el 29 de enero de 2003 y que obra a folios 1 y siguientes del cuaderno de pruebas 1. Según este, a partir de su fecha se estableció una cuota de compras mínimas de 230.000 (se entiende que galones) para SAN MATEO y 150.000 (se entiende que galones) para CAZUCÁ.

### **8.7.2. Interrogatorio de parte de FERNANDO RUBIO.**

A pesar de sus respuestas elusivas a las preguntas formuladas sobre este particular, de la declaración de parte de EL CONVOCADO es fácil colegir el incumplimiento en los mínimos pactados, como cuando manifiesta:

(...)

DR. GARRIDO:... Diga como es cierto sí o no, que usted desde el mes de enero del año 2000, no ha comprado el volumen mínimo de combustibles y lubricantes señalados en el contrato de subarriendo respecto al inmueble de la Estación de Servicio Esso San Mateo?

SR. RUBIO: Si lo he comprado, aclaro que hemos comprado suficiente volumen de combustible a parte de eso fue una estación relativamente nueva en un sitio bastante difícil de manejar, y si no lo compré en algunas ocasiones fue porque nacieron muchos puntos clandestinos de este combustible que sabe manejarse por el mercado negro, y me afectaron mucho las ventas, entonces realmente si no lo podía vender, no lo podía consumir, por esa época, no tengo ahoritica en este momento en mi cabeza las cifras, desafortunadamente no traje una estadística a la mano, pero por esa época si no estuve vendiendo ...

(...)

DRA. POLANÍA: O sea usted me esta hablando del primer período del 2000 al 2003, sí compró y compró los mínimos en ese período?

SR. RUBIO: Sí doctora.

(...)

DRA. POLANÍA: Y compró los mínimos o no alcanzó a cumplir los mínimos, durante ese período del 2003 al 2006 que usted menciona?

DR. RUBIO: No desafortunadamente no ahoritica por la situación como se ha presentado.

DRA. POLANÍA: 2003 a 2006?

SR. RUBIO: Sí ...

DRA. POLANÍA: Y cumplió los mínimos?

SR. RUBIO: No de pronto no alcanzo con los mínimos doctora.

(...)

DR. GARRIDO: ... Diga como es cierto sí o no, que usted desde el mes enero del año 2000 no ha comprado el volumen mínimo de combustibles y lubricantes señalados en el contrato de subarriendo respecto al inmueble donde se encuentra ubicado la Estación de Servicio San Mateo, respondió?

SR. RUBIO: No en todos los meses lo pude cumplir.

(...)

DR. GARRIDO: ... Diga como es cierto sí o no que usted desde el año 2003 no ha comprado el volumen mínimo de combustibles señalados en el contrato de subarriendo respecto a la Estación de Servicio Móvil Cazucá, ya le

había preguntado sobre la otra estación?

(...)

SR. RUBIO: No doctor, en algunos meses lo he podido cumplir y en otros no desafortunadamente en la compañía colocaron como llaman ellos un código padre, que se llama FERNANDO RUBIO FANDIÑO y tiene unos códigos hijos que eran las diferentes estaciones que teníamos o tenemos mas otras que ya no están, y por esa época entonces por cualquier motivo que bloquearan, cualquier estación se bloqueaban los códigos de barras, no solamente la que estaba con un vencimiento sino en general las estaciones entonces se paraban los despachos.

### **8.7.3. Testimoniales.**

Sobre el mismo particular la señora Martha Patricia Chávez, funcionaria de EXXONMOBIL, manifestó:

SRA. CHÁVEZ: ... supe porque me constó durante esos dos años, los problemas que tenía FERNANDO RUBIO, le ayudamos mucho en la parte de hacerle muchas concesiones para que él pudiera cumplir con los compromisos de volúmenes a los que tenía él obligación dentro de los contratos,...

(...)

SRA. CHÁVEZ: ... entonces por eso en los contratos se fija adicional de un plazo, pues un volumen mínimo que es el retorno que la compañía espera en ese período de tiempo y pues para que pueda obtener este retorno devuelve la estación en subarriendo al dueño o a un tercero en caso de que el dueño no la vaya a operar, esa es la figura que utiliza la compañía de contratos.

(...)

SRA. CHÁVEZ: Pues para nosotros es un cumplimiento de volúmenes que hay un incumplimiento pues tiene la cláusula que es la de venir a verificar que fue lo que pasó con el incumplimiento de volumen en un pacto arbitral, yo realmente no soy abogada y yo no entiendo?

Igualmente el señor Mauricio García Pardo, también funcionario de EXXONMOBIL declaró sobre este punto específico:

(...)

DR. GARRIDO: ... Sírvase manifestar al Tribunal de Arbitramento, si cuando FERNANDO RUBIO compraba combustibles o lubricantes a EXXONMOBIL para las dos estaciones. San Mateo y Cazucá, compraba los volúmenes mínimos que establecía cada uno de los contratos?

SR. GARCÍA: No lo hacía, tal vez en algunos meses puede que cumpliera con los volúmenes mínimos pero la regla general es que no lo hacía, ...

(...)

Por su parte y en idéntico sentido, el señor Jaime Andrés Ortega Cruz sobre este particular declaró:

(...)

SR. ORTEGA: ... Inicialmente tenía un volumen mínimo pactado de compra de combustible de 300.000 galones mensuales, posteriormente en otro documento, en el que también se incluyó este pacto arbitral, se redujo de esos 300.000 galones a 230.000 galones mensuales, compromiso de compras mínimas por parte del señor Rubio.

(...)

SR. ORTEGA: ... el compromiso actual que también se redujo mediante el pacto arbitral que mencioné, anteriormente es de compras mínimas de 130.000 galones mensuales de combustibles, Involucra también exclusividad en la compra de combustible y lubricantes a EXXONMOBIL de Colombia.

(...)

Los promedios de ventas mensuales de esas dos estaciones en el año 2003, fueron de más de 372.000 galones, un poco más de 372.000 galones mensuales y las compras del señor Rubio a EXXONMOBIL para esas dos estaciones en ese mismo año 2003, fueron bastante inferiores a ese volumen no tengo el dato exacto, pero digo sin temor a equivocarme que fueron inferiores a la mitad del volumen que el señor Rubio manifiesta haber vendido en esas estaciones.

(...)

SR. ORTEGA: El compromiso establecido en los contratos con el señor Rubio es de una compra mínima de 230.000 galones de combustibles para la estación de servicio Esso San Mateo y de 150.000 galones de combustible mensuales para la estación de servicio Mobil Cazucá, entre las dos estaciones 380.000 galones mensuales de combustible que con el margen mayorista que hoy en día está vigente de acuerdo con la resolución del Ministerio de Minas, que es de \$ 175 por galón, son casi \$ 70.000.000 mensuales, que está dejando de percibir EXXONMOBIL... en virtud del incumplimiento por parte del señor Rubio, este margen mayorista ha sido superior en el último año, prácticamente ha venido bajando por efecto de la revaluación por lo tanto, en promedio en el último en que el señor Rubio no nos ha realizado compra de combustible el perjuicio mensual promedio es del orden de los \$ 76.000.000.

(...)

#### **8.7.4. Dictamen pericial.**

Por si la confesión de EL CONVOCADO y las declaraciones de los testigos precedentemente citados no fueran suficientes, el dictamen pericial es nítido al respecto, sobre las dos estaciones objeto de cuestionamiento, así:

CAZUCÁ: Según la respuesta dada por el perito a la pregunta N° 1 del cuestionario de la parte CONVOCANTE, resulta evidente que salvo durante unos pocos meses, EL CONVOCADO no cumplió con los volúmenes de compra establecidos, tanto cuando ascendían a 400.000 galones mensuales, según el contrato inicial, como cuando se rebajaron a 150.000 galones mensuales, según la modificación pactada entre las partes el 29 de enero de 2003 (Dictamen Cazucá Libro 1, Pág. 4). En el mismo documento pericial se resaltan en las páginas 3 y 4 las épocas en que no hubo compras de lubricantes, incluso para la época en que estaban debidamente discriminados los compromisos de adquisición de este producto por parte de EL CONVOCADO. En este sentido, el escrito aclaratorio del perito, presentado en noviembre de 2007, es enfático en reiterar: “Es evidente la ausencia total de compras de lubricantes durante los años 2001, 2002 y 2003”, (subrayado en el texto original).

SAN MATEO: Observando detalladamente el cuadro contenido en la página 4 del resumen del dictamen pericial correspondiente a la Estación Esso San Mateo se puede ver que EL CONVOCADO nunca cumplió con los volúmenes de compra pactados para combustibles y lubricantes, esto es, tanto en la fase inicial de la contratación, cuando el compromiso estaba discriminado y totalizaba 300.000 galones para combustible y 600.000 galones para lubricantes, como después de la reforma contractual del 29 de enero de 2003, cuando quedó rebajado a una suma global de 230.000 galones.

Por esas razones, que el Tribunal estima eficientes y suficientes, habrá de prosperar también la imputación de incumplimiento del señor RUBIO FANDIÑO en sus compromisos contractuales en tal sentido.

#### **8.8. Sobre la ausencia total de compra de combustible a EXXONMOBIL desde abril del 2006.**

##### **8.8.1. Documentales.**

Ya se resaltaron en los puntos anteriores las obligaciones de exclusividad a favor de EXXONMOBIL, lo mismo que de compras mínimas por parte del señor RUBIO FANDIÑO, por lo que no es menester recabar en los documentos que dan cuenta de tales compromisos. Por eso, para desarrollar este punto, el Tribunal tiene en cuenta lo siguiente:

### **8.8.2. Interrogatorio de parte FERNANDO RUBIO.**

Sobre el incumplimiento alegado por LA CONVOCANTE por este concepto, vale la pena traer a colación la propia confesión de EL CONVOCADO, donde expresa:

DR. GARRIDO: No compra desde el año 2006?

SR. RUBIO: ... desafortunadamente no les he podido comprar combustible por una situación que se me presentó de un embargo en el Banco y entonces vino como la frenada de engranaje económico de la Estación y desafortunadamente devolvieron unos cheques de combustible a la EXXONMOBIL por un valor que no recuerdo en este momento pero está determinado en los folios, y entonces me suspendieron el suministro unilateralmente por parte de la compañía, yo varias veces envié los camiones a cargar desafortunadamente no me lo despacharon ni con cheque de gerencia, ni con cheque personal, ni con consignación en efectivo desafortunadamente me vi obligado a comprarlo a otro proveedor por esta fuerza mayor.

(...)

DRA. POLANÍA: Y 2006 en adelante?

SR. RUBIO: 2006 desafortunadamente de ahí en adelante no.

DR. GARRIDO: ... Diga como es cierto sí o no que desde abril del año 2006, usted no compra combustibles a EXXONMOBIL para la estación de Servicio Móvil Cazucá ya le había hecho la pregunta para la otra estación ahora es para EXXONMOBIL Cazucá?

SR. RUBIO: No doctor, no le compro,...

(...).

### **8.8.3. Testimoniales.**

El testigo Mauricio García Pardo, de EXXONMOBIL, sobre este particular, declaró:

SR. GARCÍA: Él dejó de comprar completamente combustibles y lubricantes para la estación de servicio aproximadamente desde marzo o abril del año pasado, por el problema que se presentó por la devolución de los cheques, estoy hablando completamente, sin embargo como les digo años anteriores también ejercía la práctica de comprarle a la competencia, en estos momentos no nos está comprando absolutamente nada.

(...)

SR. GARCÍA: ... no podemos seguir vendiéndole a San Mateo si tenemos problemas en la estación Cazucá, de todas formas los cheques los devolvieron para todas las estaciones que él estaba manejando, entonces actualmente no está comprándonos absolutamente nada.

(...)

DR. GARRIDO: Preguntado: Sírvase informar al Tribunal si además de no comprar los volúmenes mínimos de combustible que establecían los contratos, o no haber efectuado esos pagos que usted menciona, a principios del año pasado, esos fueron los motivos que tuvo EXXONMOBIL para dejar de suministrarle combustible o existen algunos otros ...?

SR. GARCÍA: ... la razón por la cual pasó eso fue porque devolvieron más de \$800.000.000 millones de pesos en cheques y ante una situación como esa, yo no puedo seguirle vendiendo a alguien que me está debiendo \$800.000.000 de pesos, ...

(...)

SR. GARCÍA: ... él puede adquirir productos Móvil de otro distribuidor, puede haber otro distribuidor al cual

nosotros le vendamos por poner un ejemplo, Carrefour o alguna compañía distribuidora de aceite, y FERNANDO RUBIO puede ir y comprarlos, eso no indica que nos esté comprando a nosotros, a nosotros no nos está comprando; estará adquiriendo por medio de terceras personas productos marca Móvil pero no a nosotros.

#### **8.8.4. Dictamen pericial.**

Finalmente y sobre este mismo tema, resultan ilustrativas las manifestaciones del perito contable, de cuyo dictamen se destaca:

SAN MATEO: Las páginas 3 y 4 del aludido documento pericial reflejan que desde abril de 2006 EL CONVOCADO suspendió definitivamente las compras de combustibles a EXXONMOBIL y desde agosto de 2005 las correspondientes a lubricantes, es decir, desde muchos meses antes de que se produjera la convocatoria al presente Tribunal arbitral, por lo cual es claro para los jueces del proceso que en efecto se produjo quebrantamiento a lo pactado en cuanto a volúmenes de compra por parte del señor RUBIO FANDIÑO. (CP3, F. 42).

CAZUCÁ: En idéntico sentido el documento respectivo, en sus páginas 3 y 4, evidencia que a partir de abril de 2006, varios meses antes de la convocatoria arbitral, el señor RUBIO FANDIÑO ya había dejado de comprar definitivamente los combustibles y lubricantes de EXXONMOBIL (CP3, F. 19).

#### **8.9. Sobre la no presentación de la póliza de seguro contra todo riesgo.**

##### **8.9.1. Documentales.**

Como anteriormente se reseñó, el contrato de subarriendo de la estación ESSO SAN MATEO previo en la cláusula trigésima segunda, dentro de las obligaciones de EL ARRENDATARIO (el señor RUBIO FANDIÑO) el “constituir y mantener vigente a favor de LA ESSO durante toda la vigencia del contrato (...) una póliza de seguro, expedida por una compañía legalmente establecida y aprobada por LA ESSO, contra todo riesgo para amparar el equipo entregado en comodato por LA ESSO y que se relaciona en el ANEXO 2 del presente contrato. El primer beneficiario de esta póliza deberá ser LA ESSO, y el valor asegurado deberá ser de CUARENTA millones de Pesos (\$ 109'000.000.00) (sic).

PAR.—El arrendatario se obliga a presentar la póliza junto con la constancia de pago de la prima correspondiente, dentro de los diez (10) días siguientes a la suscripción del presente contrato...” (C1 F4 y siguiente).

A su turno, el contrato de subarriendo correspondiente a la estación de servicio de CAZUCÁ, en la cláusula décima primera estableció “EL ARRENDATARIO se compromete a suscribir y a entregar a LA ARRENDADORA dentro del término de un (1) mes contado a partir de la fecha de este contrato, una póliza de seguro contra incendio, motín, vandalismo, terremoto y pérdida total o parcial por daños, por una suma no inferior a CIEN MILLONES DE PESOS (\$ 100.000.000), cuyo asegurado y beneficiario será LA ARRENDADORA y a mantenerla vigente mientras dure el contrato. EL ARRENDATARIO deberá entregar a LA ARRENDADORA los certificados de renovación relacionados con la política (sic) inicial. (C1 F24 y siguientes).

##### **8.9.2. Interrogatorio de parte del señor FERNANDO RUBIO.**

El incumplimiento de EL CONVOCADO a esta obligación contractual se evidencia en su interrogatorio de parte, del cual vale la pena extractar:

DR. GARRIDO: ... diga si es cierto sí o no, que usted no suscribió ni entregó a EXXONMOBIL la póliza de seguros a que se refiere la cláusula Décima Primera del contrato des subarriendo del inmueble donde funciona la estación de servicio Móvil Cazucá ...?

(...)

SR. RUBIO: Esas pólizas si han existido por la compañía las exigió, lo que pasa es que no sé en que estaciones y en cuales no las ha habido, pero por lo general en todas.

(...)

Sr. RUBIO... de pronto que no las haya hecho llegar, pero las pólizas existen.

(...)

DR. GARRIDO: Que las hayan entregado las últimas el contrato viene durante seis años, entonces si se ha cumplido con esa obligación?

SR. RUBIO: Sí he cumplido.

DR. GARRIDO: Sí se ha entregado la póliza?

SR. RUBIO: Lo que pasa es que no sé si las han entregado.

(...)

SR. RUBIO: La póliza no se entregó pero si está suscrita por la compañía de seguros, no se entregó a EXXONMOBIL pero la póliza están existentes y se suscribieron con la compañía de seguros, ... esos equipos.

DR. GARRIDO: Pregunta Dieciséis: Diga si es cierto sí o no, que usted no suscribió ni entregó a EXXONMOBIL la póliza de seguro contra todo riesgo a que hace referencia la Cláusula Trigésima Segunda del contrato de subarriendo respecto de la estación de Servicio Esso San Mateo, es la misma que la anterior pero esta es San Mateo y la otra era Cazucá?

DR. CIFUENTES: Se le exhibe el folio 14 del cuaderno de pruebas N° 1.

SR. RUBIO: Sí se suscribió con la compañía de seguros, mas no se entregó a la compañía...

### **8.9.3. Testimoniales.**

En el mismo sentido y bajo la consideración de que las pólizas debían constituirse, entregarse y renovarse durante la vigencia contractual, es pertinente destacar de los testimonios rendidos ante el Tribunal los siguientes apartes:

SR. GARCÍA: ... no recuerdo haber recibido nunca una copia de una póliza de seguro a la estación de servicio San Mateo, ni Cazucá, no recuerdo haberla recibido nunca, nosotros damos de precepto como de buena fe, que las estaciones están teniendo las pólizas, sin embargo aquí no recuerdo yo que me la hayan entregado esta póliza.

(...)

DR. LONDOÑO: Sabe si los ha pagado cumplidamente?

SR. GARCÍA: No, no sé si los ha pagado cumplidamente.

(...)

SR. GARCÍA: No recuerdo haberle reclamado las pólizas de seguro.

En el mismo sentido, el señor Jaime Andrés Ortega, citado por EXXONMOBIL y empleado de EXXONMOBIL responsable de los negocios de las estaciones de servicio de la zona y por tanto vinculado directamente con el tema, manifestó en su declaración:

DR. GARRIDO: Preguntado. (...) Conforme al contrato de subarriendo del inmueble donde funciona la estación de servicio Esso San Mateo, que yo deseo que se la ponga de presente quisiera que usted responda si la póliza a la cual se refiere la cláusula vigésima segunda de ese contrato fue suscrita y entregada a ustedes por el señor FERNANDO RUBIO?

(...)

SR. ORTEGA: El contrato de subarriendo lo conozco como ya lo había mencionado en la cláusula vigésima segunda, el señor Rubio se obliga a entregarnos una póliza inicialmente, cuando se suscribió el contrato en el año 99, por una suma de \$ 40.000.000 mensuales y dice que se debe reajustar anualmente, el señor Rubio a mí no me consta que nos hubiera entregado nunca esa póliza, desde la vigencia del contrato no encuentro, pruebas documentales en los archivos de mi compañía, que nos las haya entregado pero lo que sí me consta en los dos últimos años, en lo que he estado en este cargo es que no ha entregado las pólizas correspondientes a estos años actualizadas como debe ser de acuerdo con el contrato.

(...)

DR. GARRIDO: Preguntado. De la misma manera para el contrato de subarriendo del inmueble de la estación de servicio Mobil Cazucá, la cláusula vigésima primera hace referencia a la obligación del señor Rubio a entregar esas pólizas, le quiero preguntar a usted le consta, conoce, sabe si él suscribió... a EXXONMOBIL esa póliza?

DR. CIFUENTES: Perdón folio 27, cuaderno de pruebas 5.

SR. ORTEGA: Conozco también el contrato y la cláusula y de la misma manera no me consta que el señor Rubio haya entregado en su momento, esas pólizas, no encontré pruebas en nuestros archivos de que las hubiera entregado y me consta que los dos últimos años no las ha entregado.

(...)

Por lo expuesto es claro para el Tribunal que la obligación de garantizar el cumplimiento mediante pólizas de seguro estaba debidamente pactado y que la responsabilidad de EL CONVOCADO no se limitaba a constituir la póliza, sino que además debía entregarla e igualmente proceder a las renovaciones, sin necesidad de requerimientos particulares para el efecto por tratarse de un compromiso contractual claramente establecido. Está visto y probado que por lo menos la entrega de estas no se produjo y además, si las pólizas o sus constancias de entrega hubieran existido, ante la acusación de incumplimiento EL CONVOCADO ha debido aportarlas en las diversas oportunidades procesales que tuvo para ello y no lo ha hecho, por lo que el Tribunal declarará incumplimiento de EL CONVOCADO por este concepto.

## **9. ALEGATOS DE LAS PARTES.**

### **9.1. Parte convocante.**

Comienza la parte CONVOCANTE por establecer que el Tribunal si tiene competencia. Para sustentar tal afirmación, especifica que lo que se pide al Tribunal no es la terminación de los contratos de arrendamiento (escrituras públicas 2405 y 3510), sino la terminación de los contratos de subarriendo de fechas 3 de junio de 1999 y 18 de enero de 2000.

Señala la procedencia de la restitución del inmueble independientemente del proceso concursal al cual está sometido EL CONVOCADO. Lo anterior, en la medida en que si bien el artículo 99 de la Ley 222 de 1995, establece que a partir de la apertura del proceso concursal no puede admitirse proceso de restitución del inmueble donde el deudor desarrolle sus actividades, la interpretación que se ha dado del mencionado artículo en diferentes conceptos de la Superintendencia de Sociedades, se orienta a establecer que la restitución sí procede cuando la causal invocada es distinta a la mora. En ese sentido, arguye que teniendo en cuenta que las causales invocadas no hacen referencia a la mora en el canon de arrendamiento, sino a diversos incumplimientos de otras obligaciones, es absolutamente procedente la solicitud de restitución del mismo.

Ahora bien, respecto a ESSO SAN MATEO, empieza LA CONVOCANTE por establecer una confesión por apoderado judicial respecto a la existencia del contrato de arrendamiento contenido en la escritura pública 2405. Igualmente, recurre a las declaraciones de Mauricio García Pardo y Jaime Andrés Ortega, para demostrar la vigencia tanto de ese contrato como del de subarriendo del 3 de junio de 1999. De manera similar, acude a las declaraciones rendidas en interrogatorio de parte por el señor FERNANDO RUBIO, de las que se desprende una confesión, al afirmar haber suscrito el contrato del 3 de junio de 1999 y recalcar la vigencia del mismo. Después de precisar reiteradamente que el contrato del cual se pretende la terminación es este último, explica que existe un

pacto arbitral que contiene la cláusula compromisoria de la cual se deriva la competencia del Tribunal y en cuya consideración segunda hace referencia expresa al contrato del 3 de junio de 1999.

Por su parte, respecto a MOBIL CAZUCÁ, repite la misma línea argumentativa y recurre igualmente a los testimonios ya mencionados, haciendo énfasis en la existencia y vigencia de ambos contratos (arrendamiento y subarriendo). Destaca así mismo los apartes del interrogatorio del señor FERNANDO RUBIO, en el que confiesa la existencia y vigencia del contrato del 18 de enero de 2000, lo cual a su vez, utiliza LA CONVOCANTE para explicar que el contrato que fue terminado mediante documento de fecha 18 de enero de 2000, denominado “terminación anticipada de contrato de arrendamiento” no es el mismo que es objeto de análisis del Tribunal, pues la terminación anticipada se dio respecto al contrato de subarriendo que él y su hermano habían firmado con EXXONMOBIL conjuntamente, y no frente a aquel del cual se pide la terminación. Por último, explica que de acuerdo con la cláusula sexta del pacto arbitral, este surte también sus efectos respecto de dicho contrato.

Ahora bien, explica a través de las declaraciones de testigos, que una de las modalidades usuales del negocio que interesa a las partes, consiste en tomar en arrendamiento el inmueble con autorización para subarrendar y proceder a subarrendarlo a terceros o al mismo propietario para que opere la estación. Afirma que es válido pedir la restitución de un inmueble, aun a su propietario, por cuanto la autorización de subarrendar está dada para hacerlo a cualquiera y en ese sentido, queda autorizado el subarrendador para exigir la restitución al subarrendatario. Sobre el punto, trae a colación unos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, y del Tribunal Superior de Bogotá en los que se expresa la viabilidad del arrendamiento de cosa propia.

Por otra parte, establece las obligaciones contenidas en los contratos y procede a ejemplificar el incumplimiento de EL CONVOCADO en la exclusividad, en la no compra de volumen mínimo, inclusive la ausencia de compra en algunas ocasiones y períodos y en la entrega de la póliza de seguro. Alega que el dictamen pericial financiero y contable demuestra la compra a terceros diferentes de EXXONMOBIL, situación que también es confesada por EL CONVOCADO. Señala igualmente que la pericia muestra que el volumen mínimo pactado fue incumplido por EL CONVOCADO, no una única vez, sino en varias ocasiones y que además, no compra de manera definitiva a EXXONMOBIL desde abril de 2006. Recalca que existe también confesión respecto a la omisión de EL CONVOCADO en entregar la póliza, pues si bien acepta que la suscribió, reconoce también que nunca la entregó. Siendo así, indica que habiéndose presentado tales incumplimientos, debe declararse la terminación de los contratos y procede la restitución.

Adicionalmente, alega un incumplimiento frente al artículo 135 del Decreto 2649 de 1993 por cuanto en la diligencia de inspección judicial se encontró que los libros de contabilidad del señor FERNANDO RUBIO habían sido hurtados y manifiesta que no han sido reconstruidos. Menciona entonces que con base en eso, debe el Tribunal tomarlo como prueba en su contra, según lo prescribe el artículo 133 del Decreto 2649 de 1993.

Argumenta así mismo, que el señor FERNANDO RUBIO es un profesional en el negocio de la distribución de combustibles y sustenta su afirmación sobre la base de que según consta en el acuerdo concordatario, este opera varias estaciones, y según el interrogatorio de parte, lo hace desde 1972. De ahí recalca la mayor exigencia en materia de diligencia para efectos de responsabilidad y aprovecha para señalar que carece de sentido que EL CONVOCADO afirme que no conocía a profundidad aquello a lo que se obligo en la suscripción de los contratos de subarriendo objeto del presente proceso arbitral.

Señala posteriormente que el incumplimiento de EL CONVOCADO frente a la cláusula de exclusividad constituye a su vez una flagrante violación al artículo 34, literal e) del Decreto 1521 de 1998 y al artículo 41, numeral 10 del primer inciso, por constituir una práctica comercial de competencia desleal al incurrir en actos de confusión y engaño, según lo dictamina la Ley 256 de 1992.

Procede a argumentar LA CONVOCANTE, aun a pesar de ya haberlo realizado, que el presente proceso versa sobre el arrendamiento de un inmueble, y no sobre el arrendamiento de un establecimiento de comercio. Lo anterior, sobre la base de que en los respectivos contratos de subarriendo se expresa de manera clara e inconfundible que el objeto sobre el cual versa el contrato es el inmueble como tal, pese a destinarse dichos inmuebles a estaciones de servicio. Termina por realizar un análisis del dictamen pericial financiero y contable y manifiesta reiteradamente que la parte convocada actuó con temeridad y mala fe a lo largo del proceso, en especial

en lo relacionado con el pago de los honorarios y costos del proceso, por lo cual solicita se imponga condena en costas y agencias a la parte convocada. Por último, solicita que en el laudo arbitral se comisione a un juez civil municipal para que en caso de que EL CONVOCADO no dé cumplimiento a la entrega de los inmuebles en el término señalado por el Tribunal de Arbitramento, proceda a realizar la diligencia judicial de restitución.

## **9.2. Parte convocada.**

Comienza la parte convocada alegando que los contratos de arrendamiento que invoca LA CONVOCANTE son inexistentes en la medida en que adolecen de los elementos esenciales, carecen de causa y tienen precio irrisorio. Argumenta que teniendo en cuenta que los elementos esenciales del arrendamiento, son la cosa y el precio o canon, ni el contrato del 3 de junio de 1999, ni el del 18 de enero del 2000 corresponden a un arrendamiento, puesto que el motivo que subyace a los mismos no es la relación de tenencia y no hay además, un canon de arrendamiento.

En ese orden de ideas, explica que dentro del contexto del negocio, se entrega un dinero a los propietarios de los inmuebles que deben invertirse en mejoras. Arguye pues, que estos pagos son disfrazados de cánones de arrendamiento y aclara además, que lo anterior fue reconocido por los funcionarios de EXXONMOBIL en los testimonios rendidos en el curso del proceso. Hace referencia expresa a Mauricio García y a Martha Patricia Chávez, y cita apartes de sus declaraciones en los que aparece con claridad la expresión acerca de que los dineros son una inversión y dicen desconocer la existencia de canon. Cuestiona además, la declaración de Mauricio García, en tanto afirmó no existir un suministro en la relación, sino un subarriendo a través del cual el señor FERNANDO RUBIO se comprometió a comprar a EXXONMOBIL. De ahí que concluya que se está llamando subarriendo a lo que es realmente un suministro. Adicionalmente, afirma que tampoco en el subarriendo existen cánones, pues a pesar de estar pactados en el contrato, en realidad no han sido cobrados nunca. Lo anterior lo corrobora por la ausencia de facturación. Así las cosas, concluye que en ausencia de canon, falta el precio como elemento esencial y no habría, entonces, contrato de subarriendo.

Menciona adicionalmente que el precio de ambos contratos de subarriendo resulta ostensiblemente irrisorio en la medida en que para el caso ESSO SAN MATEO, el contrato tiene un canon de \$ 30.000 mensuales, equivalentes a un 6.5% de un SMLMV, y para el caso de MOBIL CAZUCÁ, existe un canon de \$ 100.000 mensuales, equivalentes a menos del 21% del SMLMV o a \$ 3.333 diarios. Con base en esto, establece posteriormente que de acuerdo con el artículo 872 del Código de Comercio, “cuando la prestación sea irrisoria, no hay contrato conmutativo” y debe necesariamente concluirse la ausencia de arrendamiento en tanto este es un contrato de carácter conmutativo.

En ese orden, concluye que ni se está confiriendo el goce de una cosa, ni se está pagando por ello en contraprestación, componentes que precisamente definen y explican el contrato de arrendamiento. De la ausencia de tales elementos, se deriva entonces que en los términos del artículo 1501 del Código Civil, el contrato, o bien no produce efecto alguno, o bien degenera en otro tipo de contrato.

Señala la falta de intención de las partes en la celebración de un contrato de subarriendo, y afirma que esto lo corroboran los testigos en sus declaraciones al explicar que la figura utilizada por la compañía tiene su razón de ser en que facilita una rápida terminación. La falta de intención, manifiesta EL CONVOCADO, no es más que la demostración de que las partes quieren enmascarar un contrato de suministro de combustible a través de un contrato de arrendamiento, pues la causa real del contrato está en la celebración de un suministro.

Recurre nuevamente al testimonio de Mauricio García, en tanto este declara acerca de la obligación de exclusividad, los volúmenes mínimos de compra, el manejo de imagen de la marca, entre otros, que conducen a LA CONVOCANTE a concluir ineludiblemente que no existe intención de tenencia sino de distribución y concesión de uso de marca. En esa línea continúa analizando el testimonio del precitado testigo, en el que establece que además del daño financiero causado, hoy en día FERNANDO RUBIO no le compra absolutamente nada a la EXXONMOBIL en la medida en que la compañía no permite la venta de productos a clientes morosos. De ahí, concluye la parte convocada, que lo que se busca a través del presente Tribunal es que EXXONMOBIL pueda recuperar el volumen de ventas que no ha podido tener en razón a que sus políticas internas le prohíben venderle a un cliente en mora, y alega que no se trata de que EL CONVOCADO no le compra, sino que LA CONVOCADA no le vende. Sustenta todo lo anterior, en doctrina y jurisprudencia acerca de la teoría de la causa y de esta como

requisito esencial de todo contrato, sin el cual, degenera en la inexistencia.

Plantea así mismo la ausencia de buena fe por parte de EL CONVOCANTE, al haberse suscrito un contrato de adhesión, en el que FERNANDO RUBIO se vio obligado a aceptar pactos que ocultan el verdadero fin del contrato. Recalca que frente a estos contratos las dudas o ambigüedades deben ser interpretadas a favor del deudor y cita el artículo 1618 del Código Civil, que dicta; “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras”. De ahí, cita a Ospina F. y Ospina A.: “el elemento verdaderamente relevante esa actuación jurídica privada es la voluntad real que la preside, y no la apariencia real que resulta de su exteriorización más o menos perfecta. De lo dicho se concluye que el viejo y conocido aforismo, según el cual la voluntad es la sustancia de los actos jurídicos, nunca podrá perder su vigencia, pese a las indebidas interpretaciones que se han dado y que se han prestado a críticas aparentemente justas”.

Señala que teniendo en cuenta las palabras de Alessandri y Somarriva: “no hay que confundir los contratos con su calificación jurídica” y lo dispuesto por el artículo 1621 del Código Civil, que ordena estarse a la interpretación que mejor se adecue a la naturaleza del contrato por lo que, el Tribunal debe tener al contrato como un suministro antes que un arrendamiento.

En esa línea, concluye que se ha configurado una simulación en tanto existe una evidente discordancia entre lo declarado en el contrato y la verdadera intención de las partes. Lo anterior tiene como consecuencia que el acto que prevalece es aquel que realmente quisieron celebrar las partes, y no aquel que utilizaron como fachada, es decir, el suministro prevalece sobre el arrendamiento. En ese sentido, alega que existen varios indicios en el caso concreto que permiten descubrir la existencia de la simulación y se remite a unos ejemplos planteados por diversos autores en los que el caso concreto encuentra vasta similitud.

Por último, acude nuevamente a llamar la atención acerca de la competencia del Tribunal en el caso concreto, al considerar que existe una divergencia en la fecha de contrato de arrendamiento al que se refiere el pacto arbitral y aquel al que se refiere la demanda en el caso de MOBIL CAZUCÁ y en el caso de ESSO SAN MATEO, por no estar vigente el contrato del 3 de junio de 1999.

En resumen, la parte convocada fundamenta su alegato de conclusión en cuatro ejes básicos que serían la inexistencia de los contratos de arrendamiento, la naturaleza del contrato celebrado entre las partes, la simulación y un presupuesto procesal, que sería el relativo a la competencia del Tribunal. Como el último de los señalados, ya ha sido ratificado por el Tribunal sobre los demás se pronunciará en extenso en las consideraciones posteriores.

## **10. PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS Y ALGUNAS INSTITUCIONES INVOLUCRADAS.**

### **10.1. Marco contractual MOBIL CAZUCÁ y naturaleza jurídica.**

De lo antes expuesto, particularmente de la secuencia contenida en el numeral 8.2 precedente, concluye el Tribunal que la relación jurídica objeto de cuestionamiento y que hoy es motivo de pronunciamiento a través de este laudo, en cuanto se refiere a la estación de servicio MOBIL CAZUCÁ, es la segunda que se documentó el 18 de enero de 2000 entre MOBIL DE COLOMBIA S.A. (hoy EXXONMOBIL) como ARRENDADORA y FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO, (exclusivamente) como ARRENDATARIO, complementada con el “PACTO ARBITRAL”, bajo la modalidad de cláusula compromisoria, suscrito entre EXXONMOBIL DE COLOMBIA y FERNANDO RUBIO FANDIÑO el 29 de enero de 2003.

Es claro para el Tribunal que ese contrato de subarriendo era solo una parte del esquema negocial consentido, ejecutado y adelantado entre los dos sujetos procesales de la presente causa, profesionales ambos en el comercio de combustibles y lubricantes.

El hecho de que el arrendador fuera un mero tenedor y que el arrendatario fuera el verdadero propietario del predio no le resta legitimidad al negocio jurídico, pues ni en la definición del arrendamiento, ni en norma legal alguna, se exige que el concedente del goce deba ser propietario y que quien se beneficie del mismo no pueda ostentar dicha calidad. La parte CONVOCANTE tenía legítimo derecho sobre el bien, derivado de un contrato de arrendamiento válido también, hasta ahora no impugnado, celebrado por escritura pública y a largo plazo, con cánones de arrendamiento propagados, que le permitía detentar el inmueble y con la facultad expresa de subarrendarlo total o

parcialmente. En ejercicio de ese derecho, de procedimientos y consecuencias conocidos y usados de vieja data por las partes, el arrendatario efectuó unas adecuaciones en el inmueble y ya convertido en estación de servicio lo subarrendó a su propio arrendador por otro tipo de documento —esta vez privado—; por tiempo diferente, —inferior al del contrato matriz—; con canon distinto —considerablemente más bajo que el del contrato precedente— y con unos compromisos complementarios adicionales —la obligación de compra de cantidades mínimas de combustibles y lubricantes por parte del arrendatario—.

No acepta entonces el Tribunal el peregrino argumento de EL CONVOCADO de que el contrato base de la acción no existe, aduciendo que el conflicto se deriva de los celebrados por escrituras pública, pues es nítido, por encima de toda posible duda, que los arrendamientos pactados mediante tales instrumentos fueron un simple antecedente de la contratación ahora controvertida, pero antecedente necesario, por cuanto fue en razón de estos que EXXONMOBIL quedó habilitada para subarrendar, en convenciones que son las que hoy se controvierten.

Se insiste por tanto en que la relación de tenencia no terminó por el documento del 18 de enero de 2000, como lo pretende la señora apoderada de EL CONVOCADO, por cuanto como se explicó y se probó, el contrato que se dio por terminado anticipadamente, incluso el mismo día de su celebración, fue aquel en el cual figuraban como arrendatarios los dos hermanos RUBIO FANDIÑO, sustituido inmediatamente por otro, prácticamente idéntico, en el que ya solamente figuraba como tal el señor FERNANDO ARTURO RUBIO, con exclusión del señor CARLOS GUILLERMO RUBIO.

## **10.2. Marco contractual ESSO SAN MATEO y naturaleza jurídica.**

Al igual que en el caso anterior y según la secuencia contenida en el numeral 8.1 precedente, el Tribunal concluye que la relación jurídica objeto de cuestionamiento y que hoy es motivo de pronunciamiento a través de este laudo en cuanto se refiere a la estación de servicio ESSO SAN MATEO, es la que se pactó en el documento denominado “CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE INMUEBLE PARA ESTACIÓN DE SERVICIO” celebrada el 3 de junio de 1999 entre ESSO COLOMBIANA LIMITED (hoy EXXONMOBIL) como ARRENDADORA y FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO, como ARRENDATARIO, complementada con el “PACTO ARBITRAL”, bajo la modalidad de cláusula compromisoria, suscrito entre EXXONMOBIL DE COLOMBIA y FERNANDO RUBIO FANDIÑO el 29 de enero de 2003.

Por lo demás, el Tribunal hace aplicables a esta contratación las mismas razones del punto inmediatamente precedente, con la anotación obvia de que el contrato matriz en este caso, esto es, el que habilitó a EXXONMOBIL para actuar a su turno como arrendadora del señor RUBIO FANDIÑO, fue el contenido en la escritura pública 2405 del 26 de noviembre de 1998 de la Notaría 26 de Bogotá.

## **10.3. El contrato de arrendamiento; el arrendamiento por escritura pública, el subarriendo y el arrendamiento de cosa ajena.**

En la legislación colombiana el contrato de arrendamiento se encuentra regulado por los artículos 1973 y ss. del Código Civil de cuya definición se concreta la modalidad de arrendamiento de bienes o de cosas, y en armonía con ello César Gómez Estrada señala que “es aquel en virtud del cual una de las partes se obliga a proporcionar a la otra el goce de una cosa durante cierto tiempo, y esta a pagar por dicho goce un precio determinado”.

Los elementos que lo caracterizan y que corresponden a su esencia, son la cosa o bien mueble o inmueble que se entrega por el arrendador al arrendatario para que este último lo disfrute de forma temporal y el precio a cargo del arrendatario, que este debe cancelar a título de canon o renta (artículo 1975 del CC). El contrato se perfecciona y cobra plena validez a partir del momento en que las partes se ponen de acuerdo sobre dichos elementos.

El precio puede ser determinado en dinero o fijado con base en los frutos que produce el bien. El aspecto relacionado con el precio resulta fundamental, dado que si no se contempla este, no se estaría frente a un contrato de arrendamiento y se caería dentro de otra denominación legal, tal como lo expresa el mismo autor señalado cuando indica: “... un arrendamiento sin precio no sería tal arrendamiento sino un contrato de comodato”<sup>(3)</sup>, tema sobre el cual coincide la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 25 de febrero de 1976, con ponencia del Magistrado Esguerra Samper.

Por otra parte, corresponde a las características de este contrato que se le califique como bilateral, consensual, por lo general conmutativo y desde luego oneroso. Respecto del carácter consensual, se destaca que dicha característica le es propia, independientemente de la naturaleza mueble o inmueble del bien arrendado.

Los doctrinantes coinciden en que es indiscutible la consensualidad que caracteriza al contrato, lo cual no obsta para que se instrumente generalmente mediante documento privado, para tener un soporte probatorio sobre las condiciones particulares que en cada caso las partes hayan previsto. En cuanto tiene que ver con el asunto hoy controvertido, es aplicable la observación del mismo Gómez Estrada, quien considera: “Pero es conveniente celebrarlo por escritura pública, porque entonces cobran cierta eficacia vigorizante los derechos de arrendatario, en el sentido de que estos se hacen oponibles a terceros, como es el caso, por ejemplo, del artículo 2020 del código civil y el numeral segundo de artículo 2018 ibídem”(4) .

Ahora, comoquiera que la controversia se centra en pretensiones que derivan directamente de los contratos de subarriendo en que actuó como arrendadora la parte CONVOCANTE y como arrendatario el CONVOCADO, es pertinente recordar que, tal como se indicó en la parte inicial de la presente providencia, las partes dejaron consignada expresamente la posibilidad de subarrendar los bienes tomados en arriendo por LA CONVOCANTE, en los contratos suscritos por Escrituras Públicas 2405/98 y 3510/99, decisión que consulta lo dispuesto en el artículo 2004 del CC y por tanto resulta legítima la facultad que se le otorgó al arrendatario para proceder en la forma como actuó.

La citada norma expresa: “El arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, a menos que se le haya expresamente concedido; pero en este caso no podrá el cesionario o subarrendatario usar o gozar de la cosa en otros términos que los estipulados con el arrendatario directo”. De la lectura de la norma se deduce que el subarriendo corresponde a un contrato nuevo, cuyo objeto debe ceñirse a lo establecido en el contrato de arriendo que le sirve de base, respecto del uso y goce del bien.

Analizados por el Tribunal los términos de los contratos de subarriendo que convinieron las partes, considera que estos respetan los criterios contenidos en el artículo 2004 del Código Civil, en cuanto al uso y goce de los predios materia de los mismos, corresponden a lo estipulado en los contratos de arrendamiento celebrados por escritura pública(5) .

La jurisprudencia y la doctrina han analizado las materias relacionadas con la propiedad de los bienes arrendados, aspectos sobre los cuales hay coincidencia en las tesis formuladas según las cuales, es posible tomar en arrendamiento un bien que sea de propiedad de quien ostente la calidad de arrendatario en el momento de suscribir el contrato respectivo. El asunto se analizó y se resolvió en fallo de casación de julio de 1995, con fundamento en que no existe norma que prohíba tomar en arriendo un bien que le es propio al futuro arrendatario. Dicha prohibición, en cambio, se encuentra establecida para el contrato de compraventa en el artículo 1872 del CC, para adquirir bienes propios y se predica exclusivamente para este tipo de contrato, disposición esta que por ser de carácter restrictivo no se puede extender por vía de la analogía a otra categoría de contratos, como lo sería el arrendamiento(6) .

Sobre este punto, Gómez Estrada comenta: “(...) Particularmente, mediante la compraventa el comprador busca hacerse al dominio del bien objeto de ella, lo que supone que este no sea suyo. De estas dos premisas tiene que resultar, por lo tanto, la conclusión lógica de que si el comprador, compra cosa de su propiedad, el contrato ha de ser nulo absolutamente: en ese evento no hay prestación u obligación a cargo del vendedor, correlativa a la del comprador. Si en el patrimonio del comprador ya figuraba la cosa que compra, respecto a la adquisición de esta nada representa para él el contrato de compraventa, puesto que nadie puede adquirir lo que ya le pertenece”(7) .

Por el contrario, sobre el contrato de arrendamiento se establece que este es un simple acto de administración, “...en el sentido de que quien arrienda no sustrae de su patrimonio la cosa arrendada, no la enajena”(8) . Estas consideraciones justifican la diferencia que el legislador marcó frente a la posibilidad de adquirir o de arrendar bienes propios.

Por el contrario, sobre la hipótesis de vender o arrendar cosa ajena, la solución es coincidente para ambos contratos. El fundamento que plantean los doctrinantes se apoya en que si esta solución es válida para el contrato

de compraventa, con mayor razón aplica al de arrendamiento.

Pues bien, la validez de la venta de cosa ajena prevista en el artículo 1871 del CC responde al sistema acogido por nuestra legislación respecto al título y el modo, según el cual “los contratos son solo fuente de obligaciones” y “no dan nacimiento a derechos reales”, situación que justifica que el vendedor no tenga que ser propietario de la cosa que se vende<sup>(9)</sup>.

Por su parte, el evento de arrendamiento de cosa ajena no cuenta con disposición legal expresa que resuelva el asunto. Las dos instituciones, vale decir, la posibilidad de arrendar cosa ajena o de tomar en arrendamiento un bien que es de propiedad del arrendatario, resultan relevantes en el caso materia del presente Tribunal.

La parte convocada ha manifestado en varias ocasiones durante el proceso, que el local en el que funciona la Estación de Servicio SAN MATEO es de propiedad del Señor FERNANDO RUBIO FANDIÑO y que por tanto, es imposible que se pueda acceder a la solicitud de LA CONVOCANTE para que se le restituya el inmueble materia del arrendamiento. Sin embargo, no debe olvidarse que según lo antes expuesto, los titulares de dominio de los dos inmuebles entregaron estos a ESSO COLOMBIANA LIMITED (San Mateo) y MOBIL DE COLOMBIA S.A. (Cazucá), respectivamente, por escritura pública y a largo plazo, 20 años contados desde el 26 de noviembre de 1998 en el primer caso y 144 meses contados a partir del 1º de febrero del año 2000 en el segundo caso, por lo que con respecto a ambos inmuebles aún se encuentran vigentes los respectivos contratos, con los correspondientes cánones de arrendamiento pagados por anticipado y sin que exista causal alguna que invalide el contrato o que pueda dar lugar a su terminación anticipada, por lo que legítimamente puede aspirar el arrendador a recuperar la tenencia de los predios en cuestión, bien para explotarlos directamente, o bien para subarrendarlos, puesto que esta última facultad fue expresamente prevista en la cláusula novena para el primero y en la cláusula sexta para el segundo.

De esta manera y comoquiera que en efecto la sociedad arrendataria a su turno subarrendó los inmuebles a su propio arrendador, quien quedó de esta manera también como subarrendatario, es perfectamente razonable que al haberse incumplido por este último los contratos de subarriendo puedan darse por terminados los mismos y subsista en ambos casos el primero de los vínculos contractuales mencionados, en todo su vigor y hasta la finalización de aquellos, bien por el vencimiento del término o por cualquiera de las causales legal o contractualmente establecidas, por lo cual, en efecto, habrán de decretarse las restituciones del propietario-subarrendatario a favor del arrendatario-subarrendador.

#### **10.4. El contrato de suministro.**

Otro de los puntos expresamente desarrollados por la parte CONVOCADA a lo largo del proceso y en sus alegatos finales, tiene que ver con el pacto de suministro de combustibles y lubricantes por parte de la CONVOCANTE y a favor del CONVOCADO contenido en los dos contratos de subarriendo precedentemente citados y modificados en sus cuantías en el documento denominado “PACTO ARBITRAL”, por lo que entra el Tribunal a analizar los elementos del contrato de suministro cuyos términos se incorporaron en algunas de las cláusulas de los contratos aludidos. Igualmente parece procedente revisar el tema de los acuerdos que reúnen características de más de un contrato nominado o innominado, a fin de despejar cualquier duda sobre su legalidad.

De conformidad con el artículo 968 del Código de Comercio, el Contrato de Suministro es aquel “por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”. En este orden de ideas, las características que lo identifican son el cumplimiento de prestaciones periódicas o sucesivas que se realizan en forma independiente y el precio que se cancela por las mismas.

Según lo anota Jaime Arrubla Paucar, la Comisión Redactara del Código de Comercio radicó la diferencia de este con otras figuras contractuales en la periodicidad o continuidad de una serie de prestaciones ligadas entre sí y en la forma especial como se regula la cuantía y el precio que se debe pagar por lo que se le provee.

Otros preceptos que se incluían en el Código de Comercio, aplicables al contrato de suministro y por analogía a otros de corte similar, eran las cláusulas de exclusividad y de preferencia contenidas en los artículos 975 y 976 del

citado ordenamiento comercial, hoy derogados expresamente por el artículo 33 de la Ley 256 de 1996, denominada Estatuto de la Competencia Desleal, con el fin de evitar prácticas monopolísticas.

No obstante, la derogatoria no cumplió con el objetivo que se pretendía, por lo menos en buena parte de los casos. Tratadistas como el mismo Arrubla Paucar consideran que “era preciso preservar las cláusulas de exclusividad y de paso salvar toda la contratación mercantil moderna cuya función general es servir de instrumento a la distribución, que se apoya en este tipo de cláusula”<sup>(10)</sup>.

Además de la derogatoria expresa a los artículos mencionados, debe analizarse el artículo 19 de la citada Ley 256 de 1996, cuyo texto fue declarado condicionalmente exequible, según providencia sobre la cual el Tribunal se detendrá adelante, dado que en el caso particular, los contratos celebrados entre las partes consagraron expresamente la cláusula de exclusividad como pieza fundamental de la relación. En ese sentido, expresa el artículo 19: “Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras estas sean de propiedad de los entes territoriales”.

La Providencia a la que se refiere el Tribunal, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, expresa en lo pertinente: “(...) 3. El debate sobre la constitucionalidad de la disposición demandada, enfrenta dos tesis contrarias sobre el alcance y las consiguientes limitaciones legales aplicables a la libre competencia y a la libertad económica. De un lado se advierte que la ley al establecer la limitación, de manera ilegítima afecta la libertad económica y la libre competencia; de otro lado, se señala que, por el contrario, la norma legal se endereza a propiciar su cumplimiento efectivo, lo que se hace dentro del cuadro de atribuciones reservadas al legislador. En el plano legal, por su parte, una posición asume que la ley prohíbe en términos genéricos y absolutos la inclusión de las cláusulas de exclusividad en los contratos de suministro, en tanto que la otra estima que ello es así únicamente cuando el pacto logra ser calificado de desleal, vale decir, cuando es claro que restringe la libre competencia”.

Más adelante aclara la Jurisprudencia lo que en realidad se pretende con las disposiciones que se orientan a restringir prácticas monopolísticas o de competencia desleal. Al respecto afirma la Corte Constitucional: “(...) El objeto o el efecto de la cláusula de exclusividad se contrae a reducir la competencia —en cuanto restringe el acceso de los competidores al mercado— o a anularla -si tiene como consecuencia monopolizar la distribución de productos o servicios. En definitiva, la ley califica como desleal una práctica contractual restrictiva de la libre competencia. La calificación no se propone, por lo menos expresamente, lograr una equiparación semántica entre los conceptos de competencia desleal y prácticas restrictivas de la libre competencia. El resultado positivo, independientemente de la intención del legislador o del error técnico en que pudo incurrir, no es otro distinto que el de aplicar el mismo régimen sancionatorio a los dos supuestos. En otras palabras, la persona afectada por la enunciada práctica restrictiva de la libre competencia, en virtud de la ley, tendría la posibilidad de intentar los dos tipos de acciones que ella regula, a saber, la acción declarativa y de condena y la acción preventiva o de prohibición”.

Y precisa aún más la Corte Constitucional “El veto legal a los pactos de exclusividad, si ellos tienen por objeto o generan una pérdida parcial o total de competitividad en el mercado, sin duda alguna contribuye a promover la libre competencia. En realidad, el legislador ha querido reservar la licitud de este tipo de pactos a los eventos en que no produzcan detrimento alguno a la competencia libre en los mercados. Por ello si bien la prohibición no es absoluta, de todas formas si lo es cuando se proyecta en una disminución así sea mínima de la competencia. Desde un ángulo teórico, la medida sirve al propósito pretendido por la ley”.

La Corte centra su análisis sobre las cláusulas de “exclusividad” y la posibilidad de que estas afecten la libre competencia aún a niveles mínimos, en el entendido de que por sí mismas no conllevan un vicio de constitucionalidad. Por ello la propia providencia establece que la tacha surgiría después “de analizar, entre otros factores el tipo de mercado, su tamaño, la posibilidad de que el bien pueda ser remplazado por otros, la participación de los competidores en el mercado, la existencia de poderes monopólicos u oligopólicos, el efecto de la cláusula sobre la eficiencia, la generación de poder de mercado a raíz del pacto, el efecto en los precios producidos por la estipulación, el grado de competencia existente en el mercado relevante etc.”<sup>(11)</sup>.

La conclusión a que se llega en el fallo le deja a este Tribunal un espacio para resolver si las cláusulas de exclusividad pactadas por las partes en los contratos de subarriendo, afectan la libre competencia del mercado en el ramo de combustibles y lubricantes. Las cláusulas en cuestión no fueron tachadas en ninguna oportunidad en este proceso, ni por las partes, ni por terceros que pudieran actuar válidamente en este litigio. Empero, corresponde al Tribunal revisar su legalidad, dado que son los compromisos de exclusividad a los que se atribuye en mayor parte el incumplimiento de la convocada, según manifestación establecida en la demanda y en la sustitución de la misma.

El Tribunal considera que los susodichos pactos de exclusividad no tuvieron efecto real para restringir el acceso de los competidores en el mercado, ni han sido vehículo de disminución de la competencia existente, por lo cual y en las palabras de la Corte Constitucional, las partes estaban autorizadas para introducir y ejecutar este tipo de cláusulas en los contratos de suministro, con las limitaciones fijadas por el legislador.

Por consiguiente, el Tribunal acepta que desde luego existió una relación de suministro con pacto de exclusividad válidamente convenidos, no obstante lo cual no pueden evaluarse aisladamente sino como parte de un complejo jurídico negocial, como más adelante se expresará, a tono con las pretensiones concretas contenidas en la demanda.

### **10.5. Los contratos de adhesión.**

Se ha argumentado dentro del proceso y particularmente en las alegaciones finales, que los documentos contractuales fueron elaborados única y exclusivamente por la parte CONVOCANTE y que EL CONVOCADO solamente se adhirió a ellos, lo cual, por una parte, implicaría una posición de dominio de EXXONMOBIL y por la otra, haría aplicable la disposición del artículo 1624 del Código Civil según la cual “...las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o aplicadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de una explicación que haya debido darse por ella”.

De las pruebas recaudadas en el proceso se desprende que, en efecto, fue EXXONMOBIL la parte que redactó el clausulado de los diversos contratos. Sin embargo, debe observarse que tal circunstancia “*per se*” no es constitutiva de ilegalidad y se explica claramente por el hecho de que, como también se probó, se trata de un esquema de negociación habitual en el mundo de los combustibles y lubricantes y por ende de frecuente utilización por parte de un mayorista de los mismos, como ciertamente lo es EXXONMOBIL.

Por otra parte, aunque se trate de un marco contractual predeterminado por la parte CONVOCANTE, es claro que sus elementos básicos como objeto, precio, modalidades de pago, cuantía del suministro, requerimientos de la infraestructura a ser aportada por cada parte, etc., fueron objeto de negociación libre entre los interesados, como se pudo apreciar a lo largo de la ejecución del negocio, al punto que no se ha aducido como excepción o como defensa un vicio en el consentimiento derivado de dicha circunstancia.

Ahora, en cuanto a la interpretación de las cláusulas ambiguas a favor del adherente, aunque el Tribunal ha evidenciado algunos errores en la terminología, en las fechas de los contratos y en otras cuestiones de menor entidad, no considera que la contratación adolezca de ambigüedades que impongan la aplicación de la norma en comento, pues como se señala en otro acápite del presente laudo, la intención de las partes fue clara a todo lo largo de la gestación y ejecución del contrato, por lo que el Tribunal se atenderá más a ella y a lo globalmente convenido por los interesados que al tenor literal de cualquiera de las estipulaciones convenidas, siguiendo el claro mandato en tal sentido del artículo 1618 del Código Civil.

## **11. CONSIDERACIONES PARTICULARES DEL TRIBUNAL.**

### **11.1. El contrato como ley para las partes.**

Como es bien sabido, el artículo 1602 del Código Civil establece que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales...”, disposición que sin embargo y según lo razonado en el acápite anterior no puede entenderse y aplicarse de manera aislada sino a la luz de todo el contexto negocial que como se expresará más adelante, involucra una estrecha relación de causalidad recíproca entre las diversas individualidades que integraron la operación económica.

De esta manera, resulta claro para el Tribunal que carecería de mayor sentido económico que EXXONMOBIL tomara en arrendamiento unos inmuebles y procediera a adecuarlos a través de cuantiosas inversiones para la venta de combustibles y lubricantes, a menos que fuera para el expendio de aquellos producidos o comercializados bajo su propia marca. En el mismo orden de ideas, no tendría justificación comercial que el señor RUBIO FANDIÑO arrendara sus inmuebles a la EXXONMOBIL y después los tomara de esta en arrendamiento, si no fuera bajo el entendido de que la adecuación que le proveía EXXONMOBIL le permitiría ampliar el radio de sus operaciones en el negocio suyo y de su familia, que es el de los combustibles y lubricantes. Así las cosas, las mutuas obligaciones de las partes estaban destinadas a servirse recíprocamente de causa y todas y cada una de ellas debían ser cumplidas a cabalidad por el deudor de la prestación para hacer viable y provechoso el negocio convenido.

A lo largo del proceso se probó hasta la saciedad que el señor RUBIO FANDIÑO quebrantó lo contractualmente pactado de diversas y reiteradas maneras: al no comprar a EXXONMOBIL los volúmenes de combustibles y lubricantes convenidos; al abstenerse por largo tiempo de comprarle lo acordado; al adquirir productos de terceros y expenderlos bajo las marcas de EXXONMOBIL; al pagar a esta lo adquirido con cheques que en reiteradas ocasiones resultaron impagados por los bancos librados, etc.

Entonces, a más de constituir tales actos una violación a los principios de la buena fe contractual, entendida al decir de Emilio Betti como “... un criterio de conducta que se funda sobre la fidelidad del vínculo contractual y sobre el compromiso de satisfacer la legítima expectativa de la otra parte: un compromiso en poner todos los recursos propios al servicio del interés de la otra parte en la medida exigida por el tipo de relación obligatoria de que se trate; compromiso en satisfacer íntegramente el interés de la parte acreedora a la prestación” [\(12\)](#).

Ahora bien, el Tribunal ya ha resaltado cómo fue la secuencia contractual de los convenios que celebraron las partes hoy en conflicto, de donde se destacan elementos importantes relacionados con la buena fe. En efecto, se ha resaltado la profesionalidad del señor RUBIO FANDIÑO en el manejo del negocio de combustibles y su familiarización con el mismo, comoquiera que según su propia confesión se encuentra vinculado a tal actividad desde hace más de 36 años [\(13\)](#), y adicionalmente, se encuentra plenamente probado que la relación controvertida se inició varios años antes del surgimiento del conflicto —11 de mayo de 1999 para ESSO SAN MATEO y 27 de noviembre de 1999 para MOBIL CAZUCÁ— y que durante todo ese largo período se ejecutó cabalmente y sin reproches por parte de EL CONVOCADO. Los más de treinta años de experiencia en el sector de explotación de hidrocarburos y las pruebas obrantes en el proceso permiten concluir que los contratos objeto de este proceso no fueron los únicos celebrados y ejecutados por FERNANDO RUBIO FANDIÑO bajo la referida modalidad para adelantar sus operaciones mercantiles, esquema que, por lo demás, según se desprende de los diversos testimonios rendidos ante el Tribunal, parece ser habitual en la comercialización del sector de los hidrocarburos.

En estas condiciones básicas, aparte de muchas más que se evidenciaron en el proceso, no le es dable al señor RUBIO FANDIÑO argumentar hoy la inexistencia, la ineficacia, o la nulidad de los contratos celebrados, ni cualquier otra figura similar, por cuanto es claro, se repite, que conocía el sistema, aportó cuanto estuvo a su alcance para la celebración de los diversos negocios jurídicos a través de los cuales se ejecutó la operación económica y evidentemente tuvo que obtener por varios años un lucro con la operación adelantada, por lo que no puede ignorar los negocios celebrados, ni escudarse en argumentaciones jurídicas aisladas para desconocer las consecuencias de actuaciones que en su momento fueron válidamente convenidas.

La pericia contable practicada dentro del proceso resulta abundante para demostrar que el señor RUBIO FANDIÑO no cumplió lo pactado; no compró a EXXONMOBIL los volúmenes convenidos de lubricantes y combustibles; incluso en algunas épocas ni siquiera hizo compra alguna de los mismos; adquirió combustibles y lubricantes de otros proveedores y los expendió en sus estaciones de servicio bajo las marcas de ESSO y MOBIL de propiedad de LA CONVOCANTE, en quebranto de lo convenido sobre exclusividad y cantidades e incluso engañando con ello a la clientela. Además, como si lo anterior no fuera suficiente, en diversas ocasiones canceló el valor de los productos con cheques que fueron rechazados por los bancos librados.

No puede por tanto ser de recibo la argumentación de la señora apoderada de EL CONVOCADO cuando señala que no era que su cliente se abstuviera de comprarle a EXXONMOBIL los combustibles y lubricantes acordados, sino que lo que ocurría era que esta se negaba a venderle. El Tribunal no abraja dudas de que en efecto esto último

ocurrió, pero lo evidenciado a lo largo del debate probatorio demuestra que existieron justas causas para que EXXONMOBIL se abstuviera de despachar combustibles a las estaciones MOBIL CAZUCÁ y ESSO SAN MATEO, representadas en los diversos y reiterados incumplimientos del señor RUBIO FANDIÑO.

### **11.2. La simulación y el precio irrisorio.**

El Tribunal también hará mención al tema del precio fijado en los contratos de subarriendo, que LA CONVOCADA considera irrisorio y sobre la posible simulación alegada por esta y los efectos que se derivarían de ella, advirtiendo de antemano que sobre la decisión a la que aquí se llegue no influirán los anteriores planteamientos por asuntos de fondo que se concretan en la presente providencia y adicionalmente, porque la figura alegada no se probó dentro del proceso y ni siquiera se solicitaron pruebas orientadas en dicha dirección.

Imperativo resulta analizar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, que se ha ocupado profusamente del tema del “precio irrisorio”, pero con mayor precisión cuando este recae sobre contratos de compraventa. Por su parte el legislador trata el tema en relación con los contratos en general y específicamente en relación con la venta, en los artículos 872 y 920 del Código de Comercio, respectivamente.

Del texto de cada uno de ellos se concluye que el legislador le dio al precio irrisorio efectos diferentes, pues mientras en el caso de la compraventa, el artículo 920(14) concluye que “el precio irrisorio se tendrá por no pactado” y por ende, “no habrá compraventa”, para los restantes tipos de contrato, la única consecuencia que prevé la ley es que el convenio afectado por dicha circunstancia dejará de calificarse como conmutativo.

Considera el Tribunal entonces que la alegada falta de equivalencia entre las prestaciones de las partes requiere de un análisis fundamentado en las condiciones incluidas en el texto del contrato mismo y de las circunstancias en las que se suscribió y además, en la comparación con otros negocios de naturaleza similar, según proceda de las pruebas aportadas al expediente por la parte supuestamente afectada, con el objeto de validar si el canon que se fijó podría calificarse de irrisorio y por ende, de injusto.

Lo anterior teniendo en cuenta la opinión de la Corte Suprema de Justicia que resulta de la mayor importancia para concretar puntos relacionados con el tema objeto de la presente litis: “Pues bien: en mérito de la conmutatividad de ciertos contratos, ineludible es indagar que las prestaciones recíprocas de los contratantes, si bien no simétrica y rigurosamente equivalentes, sí puedan considerarse, o “mirarse” para utilizar la expresión positiva de la ley (CC, art. 1498) como tales. Y es ahí donde adquieren importancia los conceptos de precio lesivo e irrisorio...”(15) .

Bajo este contexto y frente a las disposiciones legales citadas, el Tribunal considera necesario analizar en forma integral los aspectos negociales que rigieron las relaciones entre EXXONMOBIL y El CONVOCADO, para poder apreciar si en este particular caso se da una paridad de derechos y obligaciones, base para determinar si el canon fijado en los contratos de subarriendo estaba influenciado por los distintos elementos de la operación acordada entre las dos partes o si respecto del canon se está o no frente a un precio irrisorio. Esta validación es pertinente por cuanto la propia Corte Suprema de Justicia se ha manifestado al respecto en providencia en la que se expresa: “Patentizaría una exageración afirmar que todo lo que se sustraiga de la equivalencia plena o perfecta de las prestaciones le resta al contrato su carácter conmutativo, pues no es dicha clase de equivalencia la que pide el precepto: Este, lo que enseña es que lo que una de las partes debe dar o hacer (o no hacer, se agrega) en beneficio de la otra se mira como equivalente a lo que esta, por su lado, debe dar o hacer (o no hacer); o sea, la norma parte de admitir que en ese intercambio puede advertirse —y de hecho las más de las veces se advierte— un cierto desequilibrio entre las prestaciones. El desequilibrio, naturalmente, puede llegar hasta alcanzar magnitudes que aparezcan como intolerables para el derecho, en el extremo de las cuales se halla, cabalmente, la de la nimiedad del precio”(16) .

Para el caso presente, el Tribunal toma en consideración que de todo lo actuado se evidencia que ambas partes tenían la intención tanto de ceder, como de aceptar la tenencia de los bienes descritos anteriormente, circunstancia esta que valida la intención negocial que tuvieron los contratantes al suscribir los convenios. En otro aparte de esta providencia queda claro que si bien el canon establecido en los contratos de subarriendo era bajo, la causa de los contratos mirada como un todo y derivada de la autonomía de la voluntad de las partes, aparece evidente en el conjunto de cláusulas en las que se fijan las distintas condiciones, que integralmente corresponden a las

obligaciones y prestaciones a las que cada una tenía derecho. Así, pues, el canon que se debía cancelar por parte de EL CONVOCADO, era tan solo una de las obligaciones que le correspondían por su derecho de participar en el negocio del suministro pactado con EXXONMOBIL. Advierte el Tribunal que la integralidad del negocio no se desvirtuó en forma alguna por EL CONVOCADO.

En estas circunstancias no puede catalogarse el canon acordado en los contratos materia de la controversia como si constituyera la única contraprestación a cargo del subarrendatario y al contrario, la sugerencia de la apoderada de EL CONVOCADO también merece el reproche del Tribunal, pues se aprecia que al no reconocer la integralidad del negocio, está pretendiendo una solución que no corresponde a la lealtad con la que debe manejarse la actividad comercial, en la medida en que busca beneficiarse con la operación válidamente consentida y pacíficamente ejecutada, alegando desequilibrio contractual y pretendiendo además que se ignoren las consecuencias derivadas de su propio incumplimiento en relación con los deberes pactados en los contratos ahora cuestionados.

Igual consideración hace el Tribunal en lo referente a la afirmación sobre la pretendida simulación que la apoderada de EL CONVOCADO simplemente menciona en su alegato de conclusión, sin respaldo en material probatorio alguno y que intenta afectar, por lo menos con un manto de duda, los contratos en mención. Al respecto precisa advertir que tratándose de procesos de simulación, no se logra el cometido procesal con simples sospechas que den base a afirmaciones no demostradas conforme lo establece el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. El Tribunal se apoya en la tesis formulada por la Corte Suprema de Justicia, cuando señaló: “de no demostrarse fehaciente e inequívocamente tal fenómeno —se refiere a la simulación—, terminará por imponerse la realidad del acuerdo negocial controvertido(17) .

El principio de la buena fe que gobierna los contratos supone que estos se formalizan para ser ejecutados conforme se establece en los mismos y que ellos no pueden ser catalogados como simulados mientras ello no se demuestre en juicio, aspecto que primordialmente debe tenerse en cuenta para darle firmeza a los contratos, pues de no ser así se podría propiciar un enriquecimiento injusto a favor del simulante, quien —al decir de la propia Corte Suprema de Justicia—, de todas formas, es coautor, o por lo menos cómplice, del acto ilícito.

De verdadero impacto resulta la providencia de la alta Corte, que resuelve cualquier duda que al respecto se tuviese sobre el tema, al expresar: “... sería escandaloso, y resultaría doblemente inmoral que al demandante se le rechazara su acción por alegar un móvil ilícito y que, en cambio, al demandado se le permitiese acudir a ese mismo móvil para exonerarse de la restitución y consolidar el enriquecimiento injusto, obteniendo así un premio a su deslealtad y a su mala fe. Sería contrario a la justicia y a la más simple lógica que entre las partes simulantes no pudiera alegarse la simulación ilícita como acción, pero que sí se la pudiese invocar y hacer valer como excepción”.

Y más adelante agrega: “Denegar la repetición o la restitución de bienes en materia de simulación ilícita, equivaldría a hacer ilusoria la acción correspondiente, y ello cuando la propia ley da margen al negocio simulado, reconociéndole efectos jurídicos entre las partes que lo conciertan. Esa denegación quebrantaría aquel principio que ordena preferir la realidad a la apariencia; (*“plus valere quod agitur quam quod simulator”*)...”(18) .

Como es natural, la Corte Suprema afirma que una sola de las partes no puede determinar un contrato para que cumpla finalidades diferentes a las pactadas. Con suficiente claridad expresa: “De ahí que no sea posible concebir la simulación en forma unilateral, es decir sin un concierto de las partes en tal sentido, desde luego que dicho fenómeno no se presenta cuando solamente uno de los contratantes tiene la intención de fingir la declaración de voluntad, sin que el otro preste su colaboración con la misma finalidad. Cuando así acontece, es decir cuando los contratantes no convienen en ocultar o desfigurar el negocio jurídico, el querer unilateral de uno de ellos no trasciende y, a lo sumo, podrá calificarse como “una reserva mental” que por sí sola carece de relevancia jurídica”(19) .

Con todo, el presente laudo es abundante en el análisis para concluir que los negocios que se convinieron corresponden a la voluntad de las partes y que su intención está plasmada en la forma como es y debe ser la finalidad de lo acordado. Ni de los textos, ni de las pruebas aportadas al proceso se puede deducir propósito diferente del que expresa el tenor literal de los contratos y que aceptan las partes, según se evidencia de los distintos testimonios y declaraciones citadas a espacio en este laudo.

### 11.3. Los elementos del contrato y su denominación.

Como antes se señaló, el artículo 1501 del Código Civil señala que “se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales a él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial, y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

Reconociendo la validez de esta premisa legal, el Tribunal debe sin embargo tener en cuenta que los actos jurídicos no pueden ser mirados, evaluados y juzgados de manera aislada sino en su contexto, como parte de un todo, pues fueron celebrados y ejecutados como una única operación económica. A lo largo del proceso y particularmente en las alegaciones finales, la parte convocada se ha empeñado en buscar la tipificación aislada de cada una de las figuras jurídicas involucradas en el negocio objeto de cuestionamiento y como es obvio, al analizar cada uno encuentra inconsistencias y hasta falencias que llevarían a descalificar la existencia, validez y eficacia de cada institución, se repite, mirada aisladamente. No obstante el Tribunal tiene otro criterio, pues considera que existen negocios jurídicos complejos que deben ser apreciados en su integralidad, pues ninguna de las individualidades que lo conforman tendría por sí sola explicación en el ámbito negocial y por ende, tampoco un tratamiento jurídico aislado. De ahí la función integradora del juez para aplicar la normatividad al negocio jurídico globalmente considerado.

Por su parte las disposiciones del derecho mercantil tampoco pueden ser consideradas en abstracto, comoquiera que fueron creadas y desarrolladas única y exclusivamente para servir a una realidad concreta, que bien puede ser un negocio específico —compraventa, arrendamiento, suministro, comodato, etc.— o una operación económica compleja esto es, concebida como un todo.

Es conocido de antaño que el legislador comercial siempre ha venido a la saga de la actividad mercantil en el sentido de que la ley nunca ha ido a la vanguardia de las instituciones reguladas por ella, comoquiera que estas han sido creadas por y para los comerciantes, encargándose los juristas tan solo de moldear sus contornos para hacerlas compatibles con el ámbito en el cual se desarrollan. Es por esa razón que la costumbre es fuente material del derecho mercantil, por su capacidad creadora, y es por eso que existen normas como el artículo 4º del Código de Comercio que establece que “Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles”. En otras palabras, no puede pretenderse que en su vida de relación los empresarios tengan que sujetarse a los estrictos moldes de la tipificación contractual clásica limitando su actividad a la compraventa, al arrendamiento, al mutuo, etc., pues es propio de ellos combinar negocios y al hacerlo, crear nuevas figuras jurídicas que bien pueden adquirir una nueva y propia individualidad, como ocurre con el leasing o con el factoring, por citar tan solo dos típicos ejemplos, o que si no la tienen, de todas maneras deben considerarse y juzgarse en su conjunto, como producto de una única operación económica, pues así la concibieron y ejecutaron las partes en desarrollo de los principios de la autonomía de la voluntad.

En el caso que hoy ocupa la atención del Tribunal, es nítida la existencia de una cadena contractual donde ninguno de los elementos negociales que la constituyen tendría una clara explicación si no tuviera como causa otro negocio anterior entre las mismas partes y si no fuera, a su turno, la causa de otro negocio subsiguiente entre ellas mismas.

En la secuencia contractual aludida, aplicable a las dos operaciones objeto del proceso, se observa:

- i) EXXONMOBIL toma en arrendamiento por escritura pública y a largo plazo unos inmuebles hoy de propiedad del señor RUBIO FANDIÑO;
- ii) EXXONMOBIL hace unas inversiones en infraestructura a los aludidos inmuebles, para adecuarlos como estaciones de servicio;
- iii) Una vez adecuados entrega los inmuebles para su explotación al mismo señor RUBIO FANDIÑO, mediante documento privado, denominándolo también como un arrendamiento, en el cual este último, propietario y arrendador, queda también como arrendatario.

iv) Los costos de la inversión realizada por EXXONMOBIL, mencionados en el punto ii), las partes convienen imputarlos como cánones acumulados por el arrendamiento citado en el punto i);

v) Las partes convienen que como prestación por el subcontrato de arrendamiento mencionado en el punto iii), el arrendatario RUBIO FANDIÑO pague a su arrendador EXXONMOBIL un canon mensual, bien modesto por cierto y además, le compre ciertos volúmenes mínimos de combustible y lubricantes y promueva su marca y la de sus productos;

vi) El negocio del señor RUBIO FANDIÑO, globalmente considerado, consiste en: a) ser propietario de los inmuebles, con la valorización que ello entraña; b) valorizar los inmuebles con la infraestructura propia de una estación de servicio, negocio que constituye históricamente su actividad y la de su familia; c) explotar materialmente las estaciones de servicio lucrándose principalmente con el margen de intermediación en la venta de combustible y lubricantes provistos por EXXONMOBIL;

vii) El negocio de EXXONMOBIL, por su parte, se concreta en: a) incrementar los volúmenes de venta de sus combustibles y lubricantes a través de un empresario con experiencia y tradición en la materia y b) darle mayor presencia a su marca Mobil y a la de sus combustibles y lubricantes en el mercado.

Como se aprecia, en resumen, se reitera que se trata de una operación económica, celebrada y ejecutada por profesionales, no solo del comercio sino del área específica de los combustibles, lubricantes y servicios conexos o complementarios, de mutuo beneficio y libremente pactada, comoquiera que responde a una estructura negocial clara y ampliamente conocida por ambas partes y ejecutada pacíficamente por ellas a través de varios años, por lo cual ninguno de los dos contratantes podría llamarse a engaño sobre los objetivos de la contraparte y sobre sus propias expectativas de negocio.

Vale la pena para el efecto citar una reciente jurisprudencia de la Corte según la cual “...los avances científicos, industriales y tecnológicos, el notorio y acentuado desarrollo de las comunicaciones, el expansionismo de los mercados y, en general, la globalización de la economía, entre otros factores más de la llamada “posmodernidad”, han determinado el surgimiento de nuevos esquemas y arquitecturas negociales que, en un buen número de veces, “*in toto*”, no se ajustan a las formas típicas que, “*ab antique*”, consagran y desarrollan las leyes u ordenamientos, dando lugar, por vía de ejemplo, a la utilización de un sinnúmero de contratos complejos, o de convenciones atípicas o de fenómenos como el conocido con el rótulo de “conexidad contractual”, sin perjuicio del empleo de diversas denominaciones que expresan simétrica idea vinculatoria (contratos conexos; cadena de contratos; coligados; grupo de contratos; redes contractuales, “*lato sensu*”; etc.)”. Más adelante agrega la misma sentencia “En consideración al surgimiento y ulterior posicionamiento de los llamados contratos conexos, ya no puede examinarse el contrato de modo aislado o individual, como otrora se hacía, por cuanto es menester hacerlo en función de la señalada articulación o conexidad, tan en boga en la actualidad”.

Para abundar, más adelante agrega la misma providencia: “Desde un ángulo funcional, amén que realista, el fenómeno materia de análisis, revela que, en procura de la realización de una operación económica, los interesados celebran diversos contratos, de manera que solo el conjunto de ellos y, más concretamente, su cabal ejecución, los conduce a la consecución del objeto que persiguen. Por ello acuden a la pluralidad negocial, comoquiera que dicho objetivo, en sí mismo, no siempre pueden obtenerlo a través de la realización de un solo tipo negocial. De ahí que, “*lato sensu*”, se aluda a la expresión “operación económica”, sin duda de carácter más omnicompreensiva, a la vez que desprovista de alcances puramente jurídicos, ya que es una locución ante todo descriptiva...”(20).

La anterior interpretación no es nueva en la jurisprudencia colombiana, comoquiera que hace más de 30 años la Corte se había expresado en sentido similar.

En efecto, en 1976, en Providencia del Magistrado Humberto Murcia Ballén, consideró que, “con miras a determinar la reglamentación de los pactos que surgen entre partes, estos se han clasificado en tres grupos fundamentales: a) Los que presenten afinidad con un solo contrato nominado determinado; b) los que resulten con elementos atinentes a varios y diversos contratos nominados; es decir, los llamados mixtos, en los que concurren y se contrapesan distintas causas; y c) los que no tienen ningún parentesco conceptual con figuras conocidas y un contenido absolutamente extraño a los tipos legales”.

La Corte señala en la Providencia en mención que las reglas de interpretación de cada una de las especies de contratos señalados dependerán de la clasificación en la que se cataloguen. Ahora bien, la propia corporación considera que, “el criterio de interpretación más serio, respecto del contrato innominado mixto, es además de la aplicación directa de las reglas generales sobre los contratos, el de la aplicación analógica de las singulares relativas al contrato nominado dado, que se manifiesten como las más adecuadas al contrato mixto que se debe interpretar, y si estas no existen, entonces recurrir a las de la analogía *iuris*”.

“Acótase, como corolario de lo dicho, que los contratos atípicos, designación esta que parece más adecuada que aquella otra de innominados, se encuentran disciplinados, en primer lugar, por el acuerdo negocial, es decir, por las cláusulas ajustadas por las partes, siempre y cuando no sean contrarias a leyes imperativas; por la práctica social habitual; por las normas generales a todo acto jurídico; y, en caso de vacíos, por las normas que gobiernan los contratos típicos afines”(21) .

De esta manera se da una amplia interpretación a la norma civil que dispone que “conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”(22) .

Por lo expuesto, no son de recibo para el Tribunal los argumentos invocados por la parte convocada en sus alegaciones finales, pues aunque mirados en abstracto resultan teóricamente válidos y brillantemente expuestos, ellos no pueden ser apreciados como teoría jurídica pura y por tanto por fuera del contexto negocial, pues lo que juzga el Tribunal son unas operaciones comerciales, las cuales deben ser evaluadas a la luz del copioso acervo probatorio recaudado y dentro del marco legal que libre y válidamente establecieron las partes.

#### **11.4. Sobre la situación de concordato de El Convocado.**

La parte CONVOCANTE en la sustitución de la demanda formuló un capítulo denominado “Precisión preliminar: los procesos de restitución y el concordato” dentro del cual indica al Tribunal que EL CONVOCADO se encuentra en trámite concordatario y resalta la procedencia de la solicitud de restitución, cuando la causal invocada es distinta a la mora.

Aunque la parte CONVOCADA no formuló excepción o defensa alguna en ese sentido, ni hizo manifestación alguna en sus alegatos contra la procedencia de la restitución pretendida por causa de la situación de concurso, el Tribunal estima procedente referirse brevemente a tal circunstancia con el fin de tratar de darle cobertura a todos los puntos que de una u otra forma puedan tener incidencia en la litis.

Sea lo primero destacar que cuando se produjo la apertura del trámite concursal mencionado, en agosto de 2006, se encontraba vigente para el mismo el régimen de la Ley 222 de 1995, por cuanto la Ley 550 de 1999 no era aplicable a personas naturales, como lo es el señor FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO, según lo dispuesto por el parágrafo primero del artículo 66 de esta última normatividad. Por consiguiente, al asunto que es hoy objeto de controversia resulta aplicable el artículo 99 de la aludida Ley 222, que en sus partes pertinentes señala: “...A partir de la providencia de apertura y durante la ejecución del acuerdo, no podrá admitirse petición en igual sentido ni proceso de ejecución singular o de restitución del inmueble donde desarrolle sus actividades la empresa deudora”.

En armonía y desarrollo de lo anterior, el artículo 147 del mismo Estatuto dispone: “...Los gastos de administración, los de conservación de bienes del deudor y las demás obligaciones causadas durante el trámite del concordato y la ejecución del acuerdo concordatario y las calificadas como posconcordatarias, serán pagados de preferencia y no estarán sujetos al sistema que en el concordato se establezca para el pago de las demás acreencias, pudiendo los acreedores respectivos acudir a la justicia ordinaria para el cobro de los mismos”.

Por su parte, la doctrina de la Superintendencia de Sociedades ha sido reiterativa al considerar que “...la restitución de bienes del deudor no procede cuando la misma tenga como causa el no pago de las obligaciones concordatarias, sin que resulte de importancia efectuar distinciones en cuanto al bien materia de la restitución: mueble o inmueble...”.

“Ahora bien, si la causal es diferente a la mora, v.gr., el destino inadecuado del bien, su mal uso o subarriendo, el proceso de restitución resulta procedente en atención a que la causal que se invoca no guarda relación con el no

pago de las obligaciones concordatarias, y por tanto es un asunto por completo ajeno a las decisiones que puedan adoptarse en el acuerdo que llegue a celebrarse...”(23) .

Lo anterior armoniza perfectamente con la filosofía que anima los concursos, que para el caso se refiere principalmente a los eventos de iliquidez o de insolvencia, pues la institución concordataria no puede servir de mampara para proteger al deudor de otra clase de incumplimientos como la entrega de cheques sin fondos, la violación a la exclusividad pactada, la no entrega de las pólizas de garantía convenidas, etc.

De esta manera, el Tribunal considera que al no estarse invocando una mora precedente al concurso, sino diversos incumplimientos del concursado que como quedó visto se encuentran plenamente probados, es perfectamente viable la restitución al margen del concurso e incluso en armonía con las normas que lo rigen, pues es claro que incluso el pago de los cánones pactados debía darse dentro de la negociación y durante la ejecución del concordato, por tratarse de acreencias posconcordatarias, constitutivas de gastos de administración, con régimen especial de pagos y hasta de ejecución.

## **12. SOBRE LA PRETENSIÓN DE COMISIONAR PARA LA ENTREGA DE LOS INMUEBLES.**

La pretensión cuarta de la demanda busca que si EL CONVOCADO no da cumplimiento a la entrega de los bienes inmuebles y muebles en el término señalado por el Tribunal, comisione al señor Juez Civil Municipal (reparto) de Soacha para que este proceda a realizar la diligencia de restitución, para lo cual pide que el Tribunal libre despacho comisorio en la misma fecha del laudo.

La comisión, en efecto, es una figura procesal establecida para aquellos eventos en que el juez de conocimiento no puede practicar unas pruebas o llevar a cabo una diligencia, casos en los cuales puede proceder a conferirla por las causales y mediante los mecanismos expresamente establecidos en la ley. Al respecto estima pertinente el Tribunal hacer varias consideraciones, así:

En primer término, debe tenerse en cuenta que uno de los requisitos para la procedencia de la comisión es la dependencia jerárquica de subordinación entre comitente y comisionado, que se deriva de las expresiones contenidas en el artículo 32 del estatuto procedimental que faculta a la Corte para comisionar a las demás autoridades judiciales, y a los Tribunales superiores y demás jueces para comisionar, “...a las autoridades judiciales de igual o inferior categoría...”. En el presente caso, la controversia se ventila ante un Tribunal de Arbitramento que como se sabe, deriva sus atribuciones en primer término de la propia Constitución que en el artículo 116 establece: “...los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley...”. Como es natural, y así se desprende de la propia norma, se trata de una circunstancia excepcional de estirpe constitucional, de reglamentación legal y que se origina en la habilitación de las partes, lo cual de ninguna manera ubica a los árbitros en la escala jerárquica de la administración de justicia y por ende, no los faculta para comisionar a otra autoridad de ninguna especie, pues se trata de un órgano especial que carece de superiores jerárquicos, y también de subordinados.

En segundo lugar y teniendo en cuenta que además de específica la jurisdicción arbitral es eminentemente temporal, el artículo 167 del Decreto 1818 de 1998 dispone que “...El Tribunal cesará en sus funciones: (...) 3. Por la ejecutoria del laudo o de la providencia que lo adicione, corrija o complemente...”. En este sentido, no puede el Tribunal prorrogar su competencia después de la cesación de sus funciones y justamente conferir una comisión, en la que necesariamente el comisionado actúa por cuenta del comitente, implicaría una extensión de sus atribuciones que iría en contra de la disposición legal en comento.

En tercer lugar, el párrafo segundo, del artículo 165 del estatuto arbitral establece: “...De la ejecución del laudo conocerá la justicia ordinaria, conforme a las reglas generales...” y por consiguiente, las restituciones pretendidas y las costas solicitadas deberán tramitarse conforme a las normas generales de procedimiento, contenidas específicamente en el título XVI del Código de Procedimiento, que para la restitución de inmuebles prevén el mecanismo de entrega en el artículo 337, y no un proceso ejecutivo. En este sentido es consistente la doctrina al señalar, entre otras cosas: “...Desde la implementación del proceso arbitral en Colombia ha sido constante legislativa la de reservar a la decisión de los Tribunales de arbitramento controversias susceptibles de ser

transigidas exclusivamente en su etapa de cognición, pero dejando siempre de competencia de la justicia ordinaria civil todo lo atinente a la fase ejecutiva, o sea lo concerniente al cumplimiento del laudo, cuando este implica declaraciones de condena. (...) Si con el laudo culminan las funciones del Tribunal, no se podrá hacer cumplir ante y por los árbitros una decisión de condena que ellos profieran; debe acudir a la justicia ordinaria con el fin de, por la vía de ejecución adecuada, que no necesariamente tiene que ser un proceso ejecutivo, que es tan solo una de ellas, lograr que si el laudo no fue acatado por el obligado, por el medio coercitivo pertinente, se asegure su observancia, para que así no quede burlada la decisión de la Administración de Justicia, pues los Tribunales de Arbitramento forman parte de esta...(…) En suma: el Tribunal de Arbitramento agotó la etapa cognoscitiva; el juez civil competente de acuerdo con la naturaleza de la obligación impuesta, debe completar por el medio idóneo la parte correspondiente a su incumplimiento, de manera idéntica a como lo hubiere efectuado el juez civil, de haber dictado sentencia en el mismo sentido. Así, por ejemplo, si se trata de una controversia sostenida en relación con la obligación de restituir un inmueble arrendado que se llevó a Tribunal de Arbitramento, de no haberse acudido a la justicia arbitral, la disputa hubiese originado un proceso de restitución de tenencia, que ha debido tramitarse como abreviado y observar la disposición especial contenida en el artículo 424 del CPC; por tal razón, si la sentencia hubiera sido estimatoria de la demanda y dispuesto la restitución del bien arrendado, su cumplimiento se hubiera llevado a cabo por el sistema de que trata el parágrafo quinto del artículo 424, cuyo numeral 2º a su vez remite el artículo 338 del CPC norma que regula las oposiciones a la diligencia de entrega, de modo que sea este el medio idóneo para hacerla cumplir...”(24) .

Por su parte, Canosa Torrado en el mismo sentido manifiesta “...la jurisdicción arbitral permite que los árbitros conozcan la etapa declarativa de la controversia, sin que puedan ellos mismos conocer el cumplimiento del laudo cuando sea de naturaleza condenatoria. En otras palabras, la ejecución en estos casos siempre sería propia, por lo cual debe iniciarse un proceso independiente ante la justicia ordinaria, siguiendo los factores generales de competencia...”(25) .

En idéntico sentido se manifiesta también Benetti Salgar cuando señala que “... el Tribunal arbitral carece de atribuciones para hacer cumplir su propio laudo; por consiguiente, si la parte vencida no se somete voluntariamente a la decisión arbitral, es necesario valerse al efecto de la justicia ordinaria...”(26) .

De conformidad con lo expuesto, que ya ha sido abundante, el Tribunal despachará negativamente la cuarta pretensión de la parte CONVOCANTE por no ser procedente y por existir mecanismos procesales expeditos para la entrega.

### **13. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.**

El artículo 392 del Estatuto Procesal dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en el proceso y que habrá lugar a ellas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. En sentido complementario se pronuncia el artículo 393 de la misma obra al establecer que ellas serán liquidadas en el Tribunal o juzgado respectivo, “inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que las imponga” y que para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada.

Así las cosas, como habrá de decretarse la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda, con excepción de la cuarta, a través de la cual se pide comisionar al juez civil municipal para la diligencia de restitución, y es nítido que EL CONVOCADO FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO es la parte vencida en el proceso, serán a su cargo las costas que aparecen evidenciadas en el plenario, que consisten en los honorarios y gastos del Tribunal y en los costos de la pericia, todos los cuales fueron sufragados inicialmente por LA CONVOCANTE, de acuerdo con la siguiente relación:

#### **A. Honorarios de los árbitros, la secretaria y gastos del Tribunal**

Honorarios de los árbitros (adicionados con el IVA correspondiente)	\$ 37.674.265.22
Honorarios de la Secretaria	\$ 6.279.044.20

Gastos de Funcionamiento y Administración - Cámara de Comercio de Bogotá (adicionados con el IVA correspondiente)	\$ 2.975.617.68
Protocolización, registro y gastos	\$ 8.046.690.58
SubTotal (Sin IVA)	\$ 54.975.617.68
100% a Cargo de FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO, más el IVA correspondiente	<b>\$ 54.975.617.68</b>

## B. Honorarios y gastos del perito

Gastos	\$ 2.000.000
Honorarios del perito Tayron A. Roa V. Adicionado con el IVA correspondiente	\$ 18.000.000
SubTotal (Sin IVA)	\$ 20.000.000
<b>TOTAL a cargo de FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO (Sin IVA)</b>	<b>\$ 74.975.617.68</b>

## C. Agencias en derecho:

De idéntica manera, y aplicando las mismas tarifas utilizadas para la fijación de honorarios de los árbitros, el Tribunal asigna como agencias en derecho a favor de la parte CONVOCANTE, y a cargo de la parte CONVOCADA, el equivalente a la mitad del total de los honorarios de los árbitros, es decir, la suma de \$ 18.837.132.60.

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida “Protocolización, registro y otros”, se ordenará su devolución a la parte CONVOCADA si a ello hubiera lugar, es decir si quedarán excedentes y desde luego, previa la compensación a que hubiere lugar entre las partes, en razón a lo dispuesto en este laudo.

## 14. DECISIÓN.

Con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal de arbitramento constituido para resolver las diferencias contractuales surgidas entre EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. y FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar imprósperas las defensas presentadas por la parte convocada bajo la denominación de “oposición” referentes a que los contratos invocados y cuya declaración de terminación se solicita no son el marco legal de la relación entre las partes; que las cláusulas compromisorias y el contrato de compromiso no permiten establecer la relación procesal por inexistencia de los contratos que las contienen e imposibilidad de decretar la restitución de los inmuebles a cargo de quien es titular del dominio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDA: Declarar que entre EXXONMOBIL COLOMBIA S.A. en su condición de arrendadora y FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO como arrendatario, se celebraron sendos contratos identificados así: i) Contrato de arrendamiento de fecha 3 de junio de 1999, sobre el inmueble ubicado en la carrera 4 N° 30-05 de Soacha (Cundinamarca), cuyos linderos y demás especificaciones se encuentran en el referido contrato, donde funciona la Estación de Servicio ESSO SAN MATEO, arrendamiento que comprende los edificios, equipos e instalaciones que se encuentren en el mismo. El inmueble se identifica con el folio de matrícula inmobiliaria N° 50S-40311681 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá - Zona Sur; ii) Contrato de subarriendo de fecha 18 de enero de 2000, sobre el inmueble ubicado en la calle 6 sur N° 6-70 entrada 4 Cazucá,

lotes 17, 15, 13 y 11, cuyos linderos y demás especificaciones se encuentran en el referido contrato, arrendamiento que incluye los edificios, equipos e instalaciones que se encuentren en los inmuebles. Estos predios se identifican con los folios de matrículas inmobiliarias Nos. 050-40112234, 050-40112232, 050-40112230 y 050-40112228, respectivamente, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá - Zona Sur, donde funciona la Estación de Servicio Mobil Cazucá.

TERCERA: Declarar que hacen parte del contrato de subarriendo de la Estación de Servicio MOBIL CAZUCÁ, los elementos y equipos relacionados en el anexo de inventario de elementos y equipos de fecha 19 de septiembre de 2001.

CUARTA: Declarar terminados los contratos de arrendamiento mencionados en la resolución segunda precedente, por incumplimiento de los términos pactados por parte de EL CONVOCADO, señor FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO.

QUINTA: Ordenar al CONVOCADO señor FERNANDO ARTURO RUBIO FANDIÑO que en el término de cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria del presente laudo arbitral restituya a EXXONMOBIL los bienes que le fueron dados en arrendamiento y que corresponden a las siguientes especificaciones:

i) Inmueble de la carrera 4 N° 30-05 de Soacha, Cundinamarca, cuyos linderos y demás especificaciones se encuentran en el referido contrato, donde funciona la Estación de Servicio ESSO SAN MATEO, junto con los edificios, equipos e instalaciones que se encuentren en este predio. El inmueble se identifica con el folio de matrícula inmobiliaria N° 50S-40311681 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá - Zona Sur;

ii) Inmueble ubicado en la calle 6 sur N° 6 - 70 entrada 4 Cazucá, lotes 17, 15, 13 y 11, identificados con los folios de matrículas inmobiliarias Nos. 050-40112234, 050-40112232, 050-40112230 y 050-40112228, respectivamente de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá - Zona Sur, donde funciona la Estación de Servicio MOBIL CAZUCÁ, junto con los edificios, equipos e instalaciones que se encuentren en dicho inmueble, así como, los elementos y equipos relacionados en el anexo de inventario de elementos y equipos de fecha 19 de septiembre de 2001.

SEXTA: Negar por improcedente la pretensión cuarta relativa a comisionar al Juez Civil Municipal (reparto) de Soacha para la diligencia de restitución de los bienes objeto del proceso.

SÉPTIMA: Admitir valor probatorio a las declaraciones de los testigos tachados por la parte CONVOCADA.

OCTAVA: Condenar en costas y agencias en derecho a la parte CONVOCADA, a favor de la parte CONVOCANTE, en los términos y cuantías señalados en el capítulo 13 del presente laudo.

NOVENA: Disponer que las costas y agencias en derecho aludidas se paguen dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, so pena de pagar intereses de mora sobre las referidas cuantías a la tasa máxima legal permitida certificada por la Superintendencia Financiera.

DÉCIMA: Ordenar la expedición de sendas copias auténticas de la presente providencia con destino a las dos partes, con la anotación en la que corresponda a la parte CONVOCANTE que ella presta mérito de ejecución con respecto a las condenas que por el presente laudo se imponen.

DÉCIMA PRIMERA: Ordenar que por Secretaría, expídanse copias auténticas de este laudo con destino al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con las constancias de ley.

DÉCIMA SEGUNDA: Ordenar la protocolización del expediente en la Notaría 69 de Bogotá una vez ejecutoriado el presente laudo. Para el efecto, se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare si la suma decretada y recibida para este fin resultare insuficiente.

DÉCIMA TERCERA: Disponer la entrega a cada uno de los árbitros y a la señora secretaria, del saldo restante de sus honorarios y la devolución a la parte CONVOCADA de los excedentes de la partida honorarios y gastos, si los hubiere.

Notifíquese y cúmplase.

*Adriana Polanía Polanía, presidente—Stella Villegas de Osorio, árbitro—Gustavo Cuberos Gómez, árbitro.*

*Irma Isabel Rivera Ramírez, secretaria.*

---