

LAUDO ARBITRAL

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CARIBE S.A.

VS

EXXONMOBIL DE COLOMBIA S. A.

Santiago de Cali, cinco (05) de diciembre de dos mil ocho (2008)

Agotado el trámite y estando dentro de la oportunidad legal, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el laudo que pone fin al presente proceso y resuelve las diferencias surgidas entre la sociedad **CARIBE S.A.**, como parte convocante y **EXXONMOBIL DE COLOMBIA S. A.**, como parte convocada

I. DE LA CONTROVERSIA Y SUS ANTECEDENTES

1. La sociedad Caribe Machinery Co. Ltda hoy Caribe S.A., en calidad de Arrendadora, suscribió con la sociedad Esso Colombiana Limited hoy, Exxonmobil de Colombia S.A., en calidad de arrendataria, un contrato de Arrendamiento sobre un área de terreno de 1.270 m², del inmueble ubicado en la Calle 5 No. 78 A 69 de la ciudad de Cali; contrato contenido en la Escritura Pública No.1.576 del 13 marzo de 1.998 de la Notaría Décima de Cali.

En el citado contrato de Arrendamiento, se estableció en la cláusula DÉCIMA CUARTA: *“Cualquier diferencia o controversia relativa a éste contrato o que surja en desarrollo del mismo, su ejecución, y liquidación se resolverá por un tribunal de Arbitramento, designado por la Cámara de Comercio de Cali mediante sorteo entre los árbitros inscritos en las listas que lleva dicha Cámara. El tribunal así constituido, se sujetará a lo dispuesto por el Decreto 2279 de 1989 y las demás disposiciones legales que lo modifiquen o adicionen, de acuerdo con las siguientes reglas: a) El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros, b) La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali; c) El Tribunal decidirá en derecho; y d) El tribunal funcionará en la ciudad de Cali en el Centro de Conciliación y Arbitraje de dicha ciudad.”*

2. La sociedad Caribe S.A., el 14 de diciembre de 2007, a través de apoderado judicial, solicitó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, la constitución de un Tribunal de Arbitramento, a fin de dirimir el conflicto suscitado con Exxonmobil de Colombia S. A., con relación a la terminación del contrato por justa causa.

II. DE LA SÍNTESIS DE LAS CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA.

1. HECHOS EN QUE SE SUSTENTA LA DEMANDA

(Folios 002 a 015, del cuaderno # 1 Principal)

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

1.1 En marzo 13 de 1998 y mediante la escritura pública número 1576 corrida en la Notaría Décima del Círculo de Cali, se firmó un “Contrato de Arrendamiento” relativo a un bien inmueble urbano (Lote de terreno) situado en la calle 5ª, carrera 78A-69, en Cali y cuyos linderos se determinan así: **Norte**, en 36.53 metros con la carrera 78A. **Sur**, en 36. 53 metros con parte del lote de la misma manzana de propiedad de “Nacional Constructora S.A.”. **Oriente**, en extensión de 80.00 metros con la calle 6ª y **Occidente**, en extensión de 80.00 metros con la calle 5ª.

De la totalidad de este predio se entregó a título de Arrendamiento, un área aproximada de mil doscientos setenta metros cuadrados (1.270 mts²) y alinderada conforme se detalla a continuación: **Norte**, del punto F al G, en 28. 50 metros con el lote de “Caribe Machinery Co. Ltda.”. **Sur**, del punto D al E, en 28.50 metros con parte del lote de la misma manzana de propiedad de “Nacional Constructora S. A.”. **Oriente**, del punto F al D, en 35 metros con el lote de propiedad de “Caribe Machinery Co. Ltda.” y **Occidente**, del punto E al G, en 38 metros con la calle 5ª.

1.2 El convenio comprendía además del bien raíz urbano señalado, de propiedad de “La Arrendadora”, las edificaciones, mejoras, anexidades, equipos, instalaciones, muebles y restantes enseres presentes que formaban parte del montaje de una Estación de Servicio para distribución o venta de

gasolina y artículos adicionales para vehículos en general y las que en el porvenir se plantearan.

- 1.3 El término de duración del acuerdo se consagró en dieciséis (16) años, contados a partir de la fecha de iniciación del funcionamiento de la Estación de Servicio.
- 1.4 Las partes interesadas determinaron como cánones de Arrendamiento adelantados a cargo de Exxonmobil de Colombia S.A. y en beneficio de Caribe S.A., la entrega de las obras adelantadas por Exxonmobil de Colombia S.A., tasadas globalmente en la suma de trescientos cincuenta millones de pesos (\$350.000.000) moneda legal colombiana, más la cantidad de cincuenta y cinco millones de pesos (\$55.000.000) moneda legal colombiana, para un valor global de cuatrocientos ocho millones ochocientos treinta y dos mil setecientos cuarenta y un pesos (\$408.832.741) moneda legal colombiana.
- 1.5 En el predio arrendado existía, una Estación de Servicio para venta de gasolina y complementarios con las siguientes mejoras: Techo (Canopy) iluminado en estructura metálica de doscientos veinte metros cuadrados (220 mts²) con su respectiva iluminación. Dieciséis (16) lámparas. Instalaciones eléctricas para el equipo de combustibles. Tres (3) tanques de diez mil galones (10.000 gls) y líneas, ambos debidamente contenidos. Pavimento en concreto y andenes (Mil ochenta y nueve metros cuadrados (1. 089 mts²)). Cuatro (4) islas de tres metros (3 mts) cada una. Una (1) planta eléctrica de cuarenta y cinco kilovatios (45 Klvs). Seis (6) extintores y cuatro (4) exhibidores.
- 1.6 El acuerdo de Arrendamiento indicado, fue estipulado inicialmente por documento privado precisado entre las mismas partes contratantes, distinguido con fecha, septiembre 10 de 1997 y, el cual, fue refrendado y confirmado por la escritura pública ya descrita.
- 1.7 Entre las mismas partes interesadas, se firmó un “Contrato de Comodato”, por el cual, “LA ESSO”, facilitó a título de préstamo uso o Comodato en beneficio de “CARIBE LTDA”, diversos bienes muebles para ser utilizados “exclusivamente en exhibición, almacenamiento, guarda y venta de productos que produzca o distribuya “LA ESSO”, que adquiera de “LA ESSO” o que se le suministren por cuenta de la misma valor de las obras indicadas: Cuatrocientos ocho millones ochocientos treinta y dos mil setecientos cuarenta

y un pesos (\$408.832.741) moneda legal colombiana. Fecha: marzo 23 de 1999. Este acuerdo se encuentra vigente en la actualidad.

1.8 Entre las obligaciones a cargo de la sociedad, Exxonmobil de Colombia S.A., La Arrendataria y en desenvolvimiento del acuerdo del Arrendamiento anotado, se encontraban entre otras, la consagrada en la cláusula Sexta de la misma escritura pública y que textualmente reza: *“El arrendamiento del inmueble por parte de LA ESSO, quedará sometido a la condición resolutoria de que LA ESSO pueda destinar dicho inmueble al desarrollo de su actividad comercial, de acuerdo con la reglamentación sobre uso y destinación del suelo de la ciudad de Cali. Además se someterá el presente Arrendamiento a la condición de que a LA ESSO le sean aprobados los fondos necesarios para la construcción y puesta en marcha de la estación de servicio que habrá de funcionar en el inmueble”*. PARÁGRAFO PRIMERO: *“Es entendido que la no obtención de los permisos, fondos y demás formalidades señaladas para el libre desarrollo de la actividad comercial de LA ESSO sobre el inmueble, en un término de ciento veinte (120) días calendario contados a partir de la fecha de este documento, será considerada como causal de terminación del presente contrato de arrendamiento y por lo tanto, de los compromisos de que trata este documento”*.

1.9 La sociedad, Caribe S.A., comenzó a atender y gestionar las actividades comerciales contratadas, con absoluta buena fe y en el entendimiento pleno que Exxonmobil de Colombia S.A., había acatado y atendido todos los lineamientos determinados en el “Contrato de Arrendamiento” señalado, especialmente con el diligenciamiento ante las Autoridades Municipales de Cali del permiso a conseguirse y a su cargo.

1.10 La Alcaldía de Santiago de Cali mediante Resolución número A-078 de marzo 10 de 1999, ordenó al señor Harry Kreisberger Knorpel, representante de la sociedad, Caribe S.A., la demolición de una edificación efectuada irregularmente en el bien raíz urbano situado en la calle 5ª, número 78A-69, Barrio ciudad Capri, en Cali y que es el mismo bien urbano arrendado.

1.11 Caribe S.A. interpuso recurso de Reposición contra la providencia mencionada, el 23 de marzo de 1999. El recurso fue rechazado por la Resolución número A-324 de octubre 24 del 2000, dictada por el Alcalde de

Santiago de Cali y el Subsecretario de Despacho de Supervisión y Control del Desarrollo Urbano.

- 1.12 No satisfecha la sociedad, Caribe S.A., insistió ante la Alcaldía de Santiago de Cali, la revisión de la providencia citada, en diciembre 18 del 2000.
- 1.13 La Resolución descrita fue revocada posteriormente, por la Resolución número A-436 de diciembre 28 del 2000 proferida por el Alcalde de Santiago de Cali, atendiendo solicitud, de Revocatoria Directa (Revisión).
- 1.14 En noviembre 3 del 2006 el Departamento Administrativo de la Alcaldía de Santiago de Cali, por intermedio del Doctor Alfredo Paya García, Subdirector Ordenamiento Urbanístico de Santiago de Cali, notificó expresamente al representante legal de la “ESSO CARIBE CAPRI”, la sociedad, Caribe S.A.: que no se encontró registro alguno sobre el uso del suelo con decisión permitida para proceder a la adquisición de la correspondiente licencia de construcción y le concede tres (03) días hábiles para aportar copia de dicho documento.
- 1.15 Por lo anterior, Caribe S.A., presentó ante el organismo estatal mencionado, el documento facilitado en su momento por la sociedad, Exxonmobil de Colombia S.A., contestándosele que ese no era el certificado reclamado para el respectivo uso del suelo, tratándose solamente de un simple concepto.
- 1.16 En febrero 19 del 2007, el Subdirector Ordenamiento Urbanístico de Santiago de Cali, volvió a insistir ante la “Estación de Servicio Esso Caribe Capri”, en la exigencia del Concepto de Uso de Suelo, para operar una estación de combustible tipo A, en el bien inmueble ubicado en la calle 5ª, No. 78-69 de la actual nomenclatura urbana de la ciudad de Santiago de Cali.
- 1.17 Ante las circunstancias en que se encontraba Caribe S.A. remitió a la convocada, en mayo 30 de 2007, una comunicación en la que expresaba el incumplimiento del contrato atribuible a Exxonmobil de Colombia S. A., el derecho a dar por terminado el contrato por justa causa, y a convocar un tribunal de arbitramento.
- 1.18 La anterior comunicación tuvo respuesta por parte de Exxonmobil de Colombia S. A., el día 8 de junio de 2007 y en ella manifiesta que si se había

dado cumplimiento a todas y cada una de las obligaciones derivadas del arrendamiento celebrado haciendo referencia a que el uso del suelo estaba contenido en el oficio No 000018855 del 31 de octubre de 1997, suscrito por el jefe de la División de equipamiento, zonificación y Nomenclatura de la Secretaría de Ordenamiento Urbanístico de la Alcaldía de Santiago de Cali; y que no era posible que se apoyaran en una manifestación sin sentido legal alguno hecha por un funcionario de la alcaldía para acusar a la compañía de un incumplimiento inexistente y así alegar una justa causa para dar por terminado el contrato, finalmente se expresa su disposición al diálogo.

- 1.19 Posteriormente la Subsecretaría de Gobierno Convivencia y Seguridad del Municipio de Santiago de Cali”, dictó la Resolución No. SCSC – 4161. I. 21 – 1612 de septiembre 27 del 2007 por medio de la cual sanciona con cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes a un millón setecientos treinta y cuatro mil pesos (\$1.734.000) al establecimiento de comercio ESSO CARIBE que se encuentra funcionando en la CALLE 5 No. 78A – 69, CARRERA 78A No. 5-30 DEL BARRIO CIUDAD CAPRI, COMUNA 17 DE ESTA CIUDAD, por NO CUMPLIR con los requisitos establecidos en la Ley 232 de 1995 para el legal funcionamiento.
- 1.20 Ante esta circunstancia y coneedora Caribe S.A., de la multa impuesta, procedió a cancelarla, por el valor de un millón setecientos treinta y cuatro mil pesos (\$1.734.000) moneda legal colombiana.
- 1.21 Agotadas las instancias extrajudiciales, Caribe S.A. procede a solicitar la convocatoria del Tribunal de Arbitramento consagrado en la cláusula Decimacuarta de la escritura pública número 1576 de marzo 13 de 1998 de la Notaría Décima del Círculo de Cali.
- 1.22 La convocatoria del Tribunal de Arbitramento señalado, tiene su respaldo en la decisión irrevocable de la entidad social, “Caribe S.A.”, en dar por terminado el “Contrato de Arrendamiento”, que figura en la escritura pública número 1576 de marzo 13 de 1998 de la Notaría Décima del Círculo de Cali.
- 1.23 Los perjuicios sufridos por la sociedad, “Caribe S.A.”, han afectado evidentemente y de manera incuestionable, el buen nombre comercial de la entidad social convocante, así como sus intereses monetarios, pues ésta, ha resuelto dar por concluido el citado acuerdo comercial anticipadamente,

aduciendo una Justa Causa y apoyándose en la cláusula Sexta del comentado “Contrato de Arrendamiento”.

2. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

(Folios 019 a 021 del cuaderno # 1 Principal)

Las pretensiones de la demanda se resumen de la siguiente manera:

2.1 Declarar la existencia y vigencia del “Contrato de Arrendamiento” estipulado entre las sociedades, “Caribe Machinery Co. Ltda.”, hoy, “Caribe S.A.” y “Esso Colombiana Limited”, hoy, “Exxonmobil de Colombia S.A.” y firmado el 13 de marzo de 1998 en esta ciudad de Cali.

2.2 Declarar la terminación por incumplimiento del “Contrato de Arrendamiento”, suscrito entre las entidades sociales, “Caribe S. A.”, antes, “Caribe Machinery Co. Ltda.” y “Esso Colombiana Limited”, hoy, “Exxonmobil de Colombia S.A.”, firmado mediante la escritura pública número 1576 de marzo 13 de 1998 de la Notaría Décima del Círculo de Cali, ante la existencia de una justa causa atribuible a la sociedad convocada.

2.3 Que como resultado del incumplimiento del “Contrato de Arrendamiento” anotado, se condene a la sociedad, “Exxonmobil de Colombia S.A.”, antes, “Esso Colombiana Limited”, a la cancelación de \$2.223.366.681, como perjuicios (Lucro Cesante) y que corresponden a las utilidades dejadas de percibir por Caribe S.A., en razón a la resolución del “Contrato de Arrendamiento” descrito y derivada del incumplimiento del mismo e imputable a “Exxonmobil de Colombia S.A.”, antes, “Esso Colombiana Limited”.

2.4 Que se condene en costas y agencias en derecho, a la sociedad, “Exxonmobil de Colombia S.A.”, antes, “Esso Colombiana Limited”.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

(Folios 001 al 007, cuaderno # 3 Contestación de la Demanda)

3.1 Respecto de los hechos

El apoderado de la convocada contestó la demanda aceptando y aclarando algunos hechos, negando otros y ateniéndose a lo que resulte probado en otros, con las manifestaciones que se resumen de la siguiente manera:

- 3.1.1.** Según la convocada, omite la convocante informar al Tribunal que mediante la escritura pública 669 de fecha 4 de mayo de 1999, de la Notaría 15ª de Cali, CARIBE S.A., (antes CARIBE MACHINERY LTDA.) vendió a INVERSIONES INMOBILIARIA DE OCCIDENTE LTDA., el inmueble que arrendó a EXXONMOBIL, según el certificado de tradición correspondiente al predio con matrícula inmobiliaria 370-499706, en cuya anotación No. 8 está inscrita la compraventa.
- 3.1.2.** No se ha aportado el documento contentivo del contrato de Comodato. En cuanto al valor de las obras, no es cierto lo afirmado. Las partes suscribieron el Otrosí de fecha 2 de febrero de 2001, donde establecieron de manera definitiva en \$ 371.776.577 el valor de las obras, que, de acuerdo con lo pactado, constituyó el pago en especie del canon de arrendamiento.
- 3.1.3.** Manifiesta la convocada que *“las partes expresaron de manera clara y terminante que sólo elevarían el contrato a escritura pública en el evento de que consideraran cumplida la condición prevista en la cláusula 6ª, es decir, que todos los permisos estuvieren en regla. Como, evidentemente, todos los permisos y licencias se encontraban listos, CARIBE S.A. y ESSO COLOMBIANA LIMITED (hoy EXXONMOBIL) procedieron a elevar el contrato a escritura pública. Otra plena y cabal demostración de que CARIBE S.A. consideró en 1998 cumplida la condición establecida en la cláusula 6ª del contrato de arrendamiento, se encuentra en la cláusula 5ª de la compraventa del inmueble arrendado (escritura 669 de 4 de mayo de 1999, Notaría 15): en ella CARIBE garantiza a la sociedad compradora que “los derechos de dominio y posesión enajenados y radicados sobre el bien inmueble urbano anotado, se encuentran libres de (...) condiciones resolutorias...”*
- 3.1.4.** Afirma la convocada que la convocante está confundiendo contratos; La gestión de que habla es la explotación comercial de la estación de servicio, la cual se desprende de otro contrato (Comodato), no allegado a este contencioso arbitral. De conformidad con lo pactado en la cláusula 15ª, al firmar la escritura pública 1576 de 3 de marzo de 1998,

de la Notaría Décima de Cali, CARIBE consideró cumplida la condición prevista en la cláusula 6ª.

3.1.5. Según consta en el segundo considerando de la Resolución A-078, la visita ocular de la Secretaría de Ordenamiento Urbanístico se produjo el 11 de mayo de 1998, es decir, 58 días después de firmado el contrato de arrendamiento (escritura pública 1576 de marzo 13 de 1998), dentro del plazo de 120 días fijado por el parágrafo primero de la cláusula 6ª del contrato como inhabilitante para suscribir el pacto por no cumplimiento de requisitos. La convocante continuó adelante con el contrato pues dejó constancia en la cláusula 15ª que elevaba a escritura pública el contrato por entender que se habían llenado todos los requisitos. Con buen criterio la convocante entendió que la visita ocular que se le hizo en mayo de 1998 obedecía a exceso de celo o a desborde en las funciones de los empleados públicos municipales con autoridad en el asunto, y procedió a defenderse con vigor. Es de anotar que en la resolución citada se identifica a CARIBE como responsable de la obra y en la diligencia de descargos el Sr. Harry Kreisberger asume la responsabilidad, y explica que se cumplió en un todo con los planos y las especificaciones. El representante legal de la convocante no manifestó a las autoridades de Planeación que existiese el más mínimo asomo de responsabilidad atribuible a EXXONMOBIL.

3.1.6. Ante una nueva manifestación de atropello y abuso por parte de las autoridades municipales, es válido esperar que CARIBE (INVERSIONES INMOBILIARIA DE OCCIDENTE LTDA., hoy S.A.) hubiese reaccionado con el vigor y la entereza que demostró entre 1998 y 2000. Según la cláusula 12ª del contrato, es EXXONMOBIL quien puede declarar la terminación unilateral si el inmueble por orden de las autoridades no es apto para desarrollar la actividad comercial de compraventa de combustibles. Dado que tanto EXXONMOBIL como CARIBE (INVERSIONES INMOBILIARIA DE OCCIDENTE LTDA., hoy S.A.) han considerado que el inmueble sí es apto para adelantar el negocio de venta de combustibles y lubricantes, por contar con todos los permisos, ha continuado el desarrollo pacífico del pacto.

3.1.7. *“El contrato, según dice la convocante en varios apartes de su demanda, sigue vigente. Su ejecución y desarrollo actuales son*

normales. Adjunto cuadro ilustrativo de las compras de combustibles de la estación CARIBE en 2005, 2006, 2007 y lo corrido de 2008, para demostrar que la actividad comercial que persigue el contrato se desarrolla normalmente. La parte que represento ha cumplido y ejecutado el pacto de la mejor buena fe y continuará haciéndolo hasta la finalización de su vigencia. En caso de que se produjese la terminación del convenio a instancias de la parte convocante, tal terminación sería injusta y unilateral, y la convocante tendría que asumir el pago de los perjuicios pactados. La decisión de dar por terminado unilateralmente el pacto no puede ser tomada exclusivamente por CARIBE, pues la actual propietaria del inmueble, la sociedad INVERSIONES INMOBILIARIA DE OCCIDENTE LTDA., hoy S.A., está obligada a respetar el arrendamiento, pues el contrato fue pactado por escritura pública.”

3.1.8. La convocante no asumió ninguna defensa de sus intereses y/o los de INVERSIONES INMOBILIARIA DE OCCIDENTE LTDA., hoy S.A., ante la nueva evidencia del atropello municipal cometido en 2006-2007. Contrasta esta pasividad con la actitud de defensa activa y vigorosa que asumió CARIBE (INVERSIONES INMOBILIARIA DE OCCIDENTE LTDA., hoy S.A.) entre 1998 y 2000.

3.2 Respetto de las pretensiones

(Folio 009-010, del cuaderno # 3, Contestación de la Demanda).

La convocada se opone y rechaza todas y cada una de las pretensiones, por ser ellas contrarias a derecho. Manifiesta que el contrato suscrito entre las partes es válido y se encuentra vigente, anota que la convocante no informó al Tribunal que INVERSIONES INMOBILIARIA DE OCCIDENTE LTDA., hoy S.A., es desde 1999 la propietaria del inmueble. Afirma que no existe incumplimiento alguno que pueda ser imputable a EXXONMOBIL; y por ello no pueden existir perjuicios, salvo los daños que se auto-inflija la parte convocante por su propia negligencia y desidia. Quien debe ser condenada al pago de las costas y gastos del proceso arbitral es la parte convocante, por su demanda temeraria y sin sentido.

3.3 Excepciones de mérito

(Folios 010 a 017, cuaderno # 3, Contestación de la Demanda)

3.3.1 Excepción de falta de integración del listisconsorcio por activa.

Fundamentada básicamente en el hecho de que la actual propietaria del inmueble objeto de este proceso es la sociedad INVERSIONES INMOVILIARIA DE OCCIDENTE LTDA, de acuerdo con la escritura pública No 669 de fecha cuatro de mayo de 1999, de la notaria quinta de Cali y el certificado de tradición correspondiente a la matrícula inmobiliaria No 370-499706, entidad que esta en el deber de respetar el contrato de arrendamiento celebrado por escritura pública y por ende cualquier decisión arbitral relacionada con él la afecta de manera directa.

En lo atinente a esta excepción, como es bien sabido por las partes, se resolvió mediante auto No. 08 dictado el 20 de mayo de 2008, petición que fue negada por las razones expuestas en dicho proveído y que una vez recurrida por el solicitante fue confirmada mediante auto No. 09 de 2008. Bajo el entendido que el Tribunal ya se pronunció sobre este tema, no se requiere hacer más precisiones al respecto.

3.3.2 Ausencia de daño. Inexistencia de la acción indemnizatoria ejercida en la demanda

En resumen, la parte convocada para fundamentar ésta excepción, arguye que Exxonmobil obtuvo todos los permisos requeridos para la puesta en funcionamiento de la estación de servicio y que por tanto estando todo en regla no existe daño alguno y por ende no puede declararse a la parte convocada como responsable de este, puesto que el contrato se ha venido desarrollando normalmente desde el año 1998.

Frente a este argumento, el Tribunal basado en las pruebas, entrará a analizar si le asiste la razón o no a la parte convocante cuando afirma que los arrendatarios del inmueble, convocados a éste proceso arbitral, no cumplieron con lo exigido en la cláusula sexta del contrato de arrendamiento contenido en la Escritura Pública No. 1576 de marzo 13 de 1998, respecto de la reglamentación sobre uso y destino del suelo.

3.3.3 Contrato plenamente vigente

Esta excepción, si así puede llamársele, parte del señalamiento que hace el convocado en cuanto a que el contrato que es objeto de este proceso se

encuentra vigente y por lo tanto si el actor quiere darlo por terminado de manera unilateral, acarreará con las sanciones previstas en dicho documento.

Por lo dicho, para el Tribunal es meridianamente claro que las partes que conforman la litis, celebraron un contrato de arrendamiento el cual se encuentra vigente, pues es precisamente a través de este proceso arbitral que habrá de determinarse si las alegaciones de la parte actora constituyen o no fundamento suficiente para declarar la terminación del contrato por incumplimiento de la convocada.

3.3.4 Cobro de lo no debido

Indica la parte convocada que las pretensiones incoadas deben ser negadas por cuanto de su pretensión indemnizatoria se desprende un cobro de lo no debido, aspecto que igualmente se dilucidará tras apreciar las pruebas practicadas.

3.3.5 Incumplimientos contractuales de Caribe S.A.

Cimentada en la violación frente a lo pactado en la estipulación décimo tercera del contrato, según la cual *“el arrendador concede irrevocablemente en favor de la ESSO, derecho de opción en iguales condiciones con otros proponentes, para que la ESSO o la persona que eventualmente le suceda, bien por transformación, venta, fusión o cualquiera otra operación, compre la totalidad o parte del inmueble objeto del presente contrato de arrendamiento”*, violación que alega surge por cuanto Caribe S.A., vendió el inmueble a un tercero sin informarle nada al arrendatario, aportando las pruebas documentales para acreditarla. Afirma igualmente que Caribe ha asumido una actitud de incumplimiento de obligaciones, patentizada en la carta que Exxonmobil a enviado a varias estaciones de servicio, recordándoles que por exigencia del Decreto 4299 de 2005 se debe de obtener certificado de conformidad con destino al Ministerio de Minas y Energía, contestando dicho oficio fundamentando en el incumplimiento de nueve requisitos legales en la supuesta falta de uso del suelo.

III. DESARROLLO DEL TRÁMITE ARBITRAL

1. INSTALACIÓN

- 1.1. La Cámara de Comercio, en reunión celebrada el 11 de enero de 2008 (folios 093 a 096 cuaderno # 1 Principal), mediante sorteo designo como árbitros a los Doctores LUZ MARIELA SÁNCHEZ LADINO, HUMBERTO BUENO CARDONA Y ÁLVARO PÍO RAFFO PALAU.
- 1.2. El 25 de enero del año 2.008, tal como aparece en el Acta No. 01, (folio 001 a 003 cuaderno # 2 Actas) se instaló el Tribunal de Arbitramento, habiendo sido designada como presidente la doctora Luz Mariela Sánchez Ladino, y como secretaria la doctora María del Pilar Ramírez Arizabaleta. Se fijó como lugar de funcionamiento del Tribunal y de la secretaría, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, y se reconoció personería al apoderado de la parte convocante.
- 1.3. El 5 de febrero del año 2008, (Acta No.2, folios 004 a 006, cuaderno # 2 Actas) el Tribunal admitió la demanda arbitral y concedió un término de traslado de diez días, a la parte convocada, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 428 del C.P.C., y dispuso la notificación personal de dicho proveído.
- 1.4. Exxonmobil de Colombia S. A., fue notificada de la demanda por intermedio de apoderado judicial, el día 26 de febrero de 2008 (folio 018, cuaderno # 2 Actas), dentro del término legal contestó la demanda y presentó excepciones de fondo (folio 001 al 018 del cuaderno No. 3 Contestación de la Demanda).
- 1.5. Del escrito de excepciones se corrió traslado a la parte convocante, quien contestó el día 17 de marzo de 2.008 (folio 072 a 081, cuaderno # 3 Contestación de la Demanda).
- 1.6. El 10 de abril de 2008 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación entre las partes, la cual fue declarada fracasada, mediante auto No. 04 de la fecha Acta No. 03 folio 038 a 039, cuaderno # 2 Actas), y a continuación mediante auto No. 05, fueron señaladas las sumas por concepto de gastos y honorarios de funcionamiento del Tribunal.
- 1.7. Dentro del término legal la parte convocante consignó las sumas señaladas por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, la parte convocada

consignó parcialmente el monto que le correspondía por los citados honorarios y gastos y posteriormente dentro del término legal adicional, la parte convocante consignó la parte faltante de honorarios y gastos que le correspondía pagar a la convocante.

No obra en el expediente constancia de que Exxonmobil de Colombia S.A. haya reembolsado a la convocante, las sumas de dinero que ésta pago por aquella.

- 1.8. La primera audiencia de trámite se desarrolló el día 20 de mayo de 2.008, (Acta No. 04, folios 044 a 064 cuaderno # 2 Actas) audiencia en virtud de la cual el Tribunal previo análisis de la cláusula compromisoria, la existencia y debida representación de cada una de las partes y las pretensiones formuladas por la convocante, se declaró competente para conocer y decidir en derecho todas las controversias de contenido particular, económico y patrimonial contenidas en la demanda presentada por CARIBE S.A. contra Exxonmobil de Colombia S.A., todas ellas relacionadas con el contrato de Arrendamiento contenido en la Escritura Pública No. 1576 de marzo 13 de 1998 de la Notaría Décima de Cali.
- 1.9. En la misma audiencia, el Tribunal de Arbitramento fijó criterio sobre la solicitud de integración del litisconsorcio de la parte activa propuesta por la parte convocada a la luz del Art. 83 del C. de P.C., destacando en auto No. 08 de fecha 20 de mayo de 2008 su negativa a tal integración y ordenando seguir adelante el trámite arbitral. Tal decisión fue recurrida por el apoderado de la convocada invocando la revocatoria de tal decisión, el Tribunal de Arbitramento en auto No. 09 de mayo 20 del 2008 se sostuvo en su pronunciamiento inicial no revocando el mentado auto.
- 1.10. Así mismo en la citada audiencia el tribunal, señaló un término de duración de seis meses, y decretó las pruebas solicitadas por las partes.

2. EL PACTO ARBITRAL

(Folio No. 040 del cuaderno No. 1 Principal)

En el Contrato de Arrendamiento contenido en la Escritura Pública No. 1576 de marzo 13 de 1998 de la Notaría Décima de Cali la Cláusula decimocuarta reza así:

“DÉCIMA CUARTA: Cualquier diferencia o controversia relativa a éste contrato o que surja en desarrollo del mismo, su ejecución, y liquidación se resolverá por un tribunal de Arbitramento, designado por la Cámara de Comercio de Cali mediante sorteo entre los árbitros inscritos en las listas que lleva dicha Cámara. El tribunal así constituido, se sujetará a lo dispuesto por el Decreto 2279 de 1989 y las demás disposiciones legales que lo modifiquen o adicionen, de acuerdo con las siguientes reglas: a) El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros, b) La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali; c) El Tribunal decidirá en derecho; y d) El tribunal funcionará en la ciudad de Cali en el Centro de Conciliación y Arbitraje de dicha ciudad.”

Como consecuencia de las actuaciones jurídicas antes descritas, el presente Tribunal concluye lo siguiente:

- 2.1** Que la ley autoriza la celebración de la cláusula compromisoria en los contratos entre particulares,
- 2.2** Que ambas partes contratantes, en efecto, al celebrar el contrato de seguro antes citado, adoptaron efectivamente la cláusula compromisoria para resolver los conflictos surgidos entre sí y con respecto al cumplimiento del aludido contrato.
- 2.3** Que la designación de los árbitros se realizó a través de la Cámara de Comercio de Cali, con total sujeción a lo dispuesto por la ley;
- 2.4** Que la controversia suscitada entre las partes en el presente proceso arbitral tiene carácter *contractual*, y se refiere concretamente al debate sobre el cumplimiento de un contrato de Arrendamiento, celebrado entre la sociedad Caribe S.A. y la compañía Exxonmobil de Colombia S. A.
- 2.5** Que como consecuencia del carácter contractual del conflicto, y dado que no se encuentra excluido de arbitraje por norma jurídica especial o de orden público, el asunto sujeto a debate es eminentemente transigible, y
- 2.6** Que, la decisión arbitral correspondiente debe proferirse en derecho.
- 2.7** Como quiera que las partes no previeron la duración del arbitraje, el Tribunal dispuso que su duración fuera de seis meses, al tenor del artículo 103 de la Ley 23 de 1991, según consta en Acta No. 01, Instalación del Tribunal, de fecha 25 de enero de 2008, (visible a folios 001 a 003 del cuaderno No. 2 de actas) término dentro del cual se profiere el presente laudo.
- 2.8** Cómputo del término de duración del proceso:

Mayo 20 de 2008

Concluye Primera Audiencia De Tramite

Noviembre 19 de 2008

Vencen Los Seis Meses

PRIMERA SUSPENSIÓN

Acta No. 07 de junio 24/2008 Auto # 15

De junio 25 de 2008 a julio 24 de 2008

Proceso Suspendido
(30 días corrientes)

SEGUNDA SUSPENSIÓN

Acta No 10 de agosto 19/2008 Auto # 19

De agosto 20 de 2008 a septiembre 14 de 2008

Proceso Suspendido
(26 días corrientes)

TERCERA SUSPENSIÓN

Acta No. 16 de octubre 20/2008 Auto # 27

De octubre 21 de 2008 a noviembre 12 de 2008

Proceso Suspendido
(23 días corrientes)

EN CONCLUSIÓN:

6 Meses Iniciales Vencen en

noviembre 19 de 2008

Más 79 días corrientes de suspensión

Vencimiento final en:

febrero 6 de 2009

3. PRUEBAS

Mediante Auto No. 10 de fecha 20 de mayo de 2.008, (Acta No. 04 folio 058 a 062, cuaderno # 2 Actas), el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, que cumplieran con los requisitos legales para ello, las cuales fueron practicadas de la siguiente manera:

3.1 El 16 de junio de 2.008 (Acta No. 05, folios 089 a 101, cuaderno #2 Actas) se posesionó el perito Ciro Neira Lemos y rindieron testimonios los señores Enrique Arizabaleta Ricci, Juan Carlos Ponce de León Sarasti, Juan Pablo Dávila Velásquez, Katia Susana Fernández Gálvez y Fernando Hernández Ramírez

3.2 El 17 de junio de 2008 Acta 06, folio 103 a 107, cuaderno No. 2 Actas) se practico interrogatorio de parte al representante legal de Exxonmobil de

Colombia S.A. señor Santiago Martínez Pinto; y al representante legal de Caribe S.A. señor Harry Kreisberger Knorpel. Asimismo, el Tribunal haciendo uso de la facultad consagrada en el art. 180 del C.P.C.; mediante auto No. 14 de la fecha, ordenó librar oficio a la Subdirección de Ordenamiento Urbanístico del Departamento de Planeación Municipal del Santiago de Cali, para que remitiera con destino a éste proceso arbitral, copia de todos los conceptos, licencias o certificaciones de uso de suelo para estaciones de servicio de combustible expedidas en la ciudad de Cali, durante los años 1997 y 1998.

3.3 El 24 de junio de 2008 (Acta No. 07, folio 111 a 114, cuaderno No. 2 Actas) rindió testimonio el señor José Nicolás Lleras Villaveces.

3.4 El 25 de julio de 2008 (Acta No. 08, folio 117 a 120, cuaderno No. 2 Actas) mediante auto No. 16 el tribunal amplió el término para rendir el dictamen al perito Ciro Neira Lemos.

3.5 El 11 de agosto de 2008 (Acta No. 09, folio 125-A a 127, cuaderno No. 2 Actas) por auto No. 17, se corrió traslado a las partes del dictamen rendido por el perito Ciro Neira Lemos.

3.6 El 19 de agosto de 2008 (Acta No. 10, folios 128 a 132, cuaderno No. 2 Actas) por auto No. 18, se ordenó al perito Ciro Neira Lemos aclarar y complementar el dictamen de conformidad con lo solicitado por la parte convocada y por el tribunal. Adicionalmente, el tribunal decreto como pruebas de oficio las siguientes: librar oficio al Subdirector de Ordenamiento Urbanístico del Departamento de Planeación Municipal del Municipio de Santiago de Cali, a la Curaduría Urbana No. 3 del Municipio de Santiago de Cali y a la Secretaría de Gobierno del Municipio de Santiago de Cali, para que a costa de las partes, se expida fotocopia autenticada del expediente o carpeta contentivo del trámite de la licencia de construcción concedida el 16 de abril de 1998, para el funcionamiento de la estación de servicio Esso Caribe Capri, ubicado en la calle 5 No. 78 A-69 de la ciudad de Cali. Recibir el testimonio del señor DARÍO LÓPEZ MAYA, quien ocupaba el cargo de jefe de División, Equipamiento, Zonificación y Nomenclatura de la Secretaría de Ordenamiento Urbanístico para la fecha en que se expidió el escrito identificado con el número 000018855 de fecha 30 de octubre de 1997 y oficiar al Departamento de Planeación Municipal, Subdirección de Ordenamiento Urbanístico de Cali, a efecto de que se sirva certificar, con destino a este Tribunal, si en la calle 5 No.

78 A-69 de la ciudad de Cali, es permitido el uso del suelo para el funcionamiento de estación de servicio de gasolina a partir, del 30 de octubre de 1997.

- 3.7** El 15 de septiembre de 2008 (Acta No. 11 folios 133 a 137 cuaderno No.2 Actas) rindió testimonio el señor Darío López Maya y mediante auto No. 20 se corre traslado a las partes de la aclaración al dictamen pericial rendido por el perito Ciro Neira Lemos.
- 3.8** El 19 de septiembre de 2008 (Acta No. 12 folios 139 a 142 cuaderno No.2 Actas) por auto No. 21 se ordenó correr traslado a la parte convocante, por el término de tres días, de la objeción por error grave formulada por la parte convocada contra el dictamen pericial rendido por el doctor Ciro Neira Lemos. El apoderado de la parte convocante renunció al término de dicho traslado. Seguidamente mediante Auto No. 22 el tribunal decretó la practica de un nuevo dictamen pericial con intervención de un perito economista para que dictaminara sobre los punto descritos por la parte convocada en su escrito de objeción, y nombró como perito al doctor Andrés Posada Archila, quien se posesionó del cargo en esa misma fecha.
- 3.9** El 24 de septiembre de 2008 (Acta No. 13, folios 143 a 145, cuaderno No. 2 Actas) se posesionó el perito Andrés Posada Archila.
- 3.10** El 9 de octubre de 2008 (Acta No. 15, folios 150 a 153, cuaderno No. 2 Actas) mediante auto No. 24 se corrió traslado a las partes del dictamen pericial rendido por el perito Andrés Posada Archila y ordenó requerir a Planeación Municipal para que contestara los oficios remitidos en agosto 19 de 2008.
- 3.11** El 20 de octubre de 2008 (Acta No. 16 folios 154 a 159, cuaderno No. 2 Actas) mediante auto No. 25 el tribunal no accede a la solicitud de aclaración o complementación solicitada por el apoderado de la parte convocada y ordena requerir al Departamento de Planeación Municipal para que de contestación al oficio de fecha agosto 19 de 2008. Tal decisión fue recurrida por el apoderado de la convocada invocando la revocatoria de numeral segundo que no accede a la solicitud de aclaración o complementación del dictamen pericial, el Tribunal en auto No. 26 de la fecha no revoca el auto recurrido.

3.12 Por otra parte, fueron enviados todos y cada uno de los Oficios que fueron ordenados en las pruebas por el Tribunal.

3.13 De igual forma, se tuvieron como presentados en tiempo los documentos aportados por cada una de las partes para ser valorados en su oportunidad.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En audiencia celebrada el 13 de noviembre de 2.008 (Acta No. 17 folio 160 a 164, cuaderno # 2 Actas), los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998, presentándolos adicionalmente por escrito como consta a folios 001 a 093 del cuaderno # 8 del expediente.

El apoderado de la parte convocante en su exposición resume el proceso en dos puntos principales: el primero si se permitía o no la instalación de una bomba de servicio en un sitio determinado de la ciudad y el segundo si el concepto sobre el uso de suelo era el legalmente establecido. Hace un recuento de las pruebas que obran en el expediente, defiende los testimonios presentados por él y ataca los testimonios presentados por la convocada, así como el testimonio decretado de oficio del Sr. Darío López que tacha de falso. En cuanto al dictamen pericial defiende el dictamen rendido por el perito Ciro Alonso Neira y ataca el rendido por el perito Andrés Posada. Posteriormente hace un recuento de los documentos obrantes en el expediente especialmente la resolución expedida por la Curaduría Urbana Tres del Municipio de Cali.

Finalmente el apoderado de la convocante lee tres documentos:

- El Oficio 018182 de fecha noviembre 7 de 2008 dirigido por la Dra. Amanda Borrero Hurtado, Subdirectora de Ordenamiento Urbanístico del Departamento de Planeación del Municipio de Santiago de Cali, al Sr. José Efraín Sierra Delgadillo Subsecretario de Convivencia y Seguridad Ciudadana de la alcaldía de Santiago de Cali.
- El Oficio de fecha noviembre 4 de 2008 suscrito por el doctor Didier Moreno Murillo abogado sustanciador de la oficina de establecimientos de Comercio, de la Secretaria de Gobierno Convivencia y seguridad de la Alcaldía de Santiago de Cali y
- La Resolución No-4161.1.9.24-0586 de fecha noviembre 11 de 2008 dictada por el Subsecretario de Convivencia y seguridad ciudadana de la Secretaria de

Gobierno del Municipio de Santiago de Cali por medio de la cual se ordena el cierre definitivo del establecimiento de comercio Esso Caribe y/o Caribe S.A. Sur de propiedad de la firma Caribe S.A., UBICADO EN LA Carrera 78 A No. 5 -30 y/o Calle 5 No. 78 A – 69

Los anteriores documentos obran anexos al escrito de alegatos y solicita sean tenidos como prueba ya que demuestran *“con certeza absoluta, que la sociedad convocante obró con honradez, que no mintió, que no engaño a nadie y que anuncio con anticipación las siniestras consecuencias que podrían ocurrir en perjuicio de la misma”*.

Por su parte el apoderado de la parte convocada inicia su intervención enfatizando que el contrato mediante el cual fue vendido el inmueble consta por escritura pública, al igual que la escritura pública donde consta el arrendamiento y que todas sus cláusulas deben ser tenidas en cuenta incluida la cláusula décima tercera que prohibía de manera expresa la enajenación del inmueble arrendado sin previo aviso a Exxonmobil. Hace una defensa de los testimonios rendidos por los doctores Juan Carlos Ponce de León y Darío López Maya a quienes denomina testigos estrellas, por ser personas sin vinculaciones con las partes, cuyas características personales y sus hojas de vida le dan un especial valor a sus declaraciones.

Considera como una irregularidad procesal grande el aporte de los documentos presentados por la convocante con los alegatos. Recalca que en el régimen procesal colombiano las únicas pruebas que pueden ser tenidas en cuenta por el juzgador, son aquellas que han sido pedidas en tiempo, decretadas y practicadas oportunamente. Insiste que son pruebas allegadas al proceso en forma extemporánea e irregular.

Expone que el acto administrativo llamado licencia de construcción es como una torre, requiere unos documentos previos que la soportan, si se cuestiona la validez de un tramite intermedio, (uno de los pilares de la torre) necesariamente se esta cuestionando la legalidad del acto administrativo; por lo tanto debió la parte convocante dirigirse a la jurisdicción Contencioso Administrativa, juez natural de la legalidad de los actos administrativos.

Resalta la falta de diligencia de la parte convocante para defenderse de los embates de los funcionarios judiciales, que atacaban la validez del uso del suelo,

en los años 2006 y 2007, frente a la efectividad con que se defendió en los años 1998 y 2000. Recuerda que nadie puede sacar provecho de su propia culpa, si no se defiende debe asumir las consecuencias.

Finalmente reitera que el contrato de Arrendamiento esta vigente hasta su terminación pactada para el año 2014; que la obtención de la licencia de construcción otorgada por la curaduría urbana tres cumple con todos los requisitos exigidos; que el acto administrativo contentivo de la licencia de construcción goza de presunción de legalidad y se encuentra en firme; que no hubo irregularidades por lo tanto no existe justa causa para dar por terminado el contrato y que al no existir incumplimiento imputable a la convocada no puede existir condena por indemnización de perjuicios.

Por ello solicita al tribunal negar las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte convocante.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Concurren en el presente asunto los presupuestos procesales que permiten decidir el fondo de la controversia, esto es, capacidad para ser parte; capacidad procesal o capacidad para comparecer como parte; competencia del juez o tribunal; demanda en forma y trámite adecuado, que son en el sentir de nuestra H. Corte Suprema de Justicia, los requisitos necesarios que regulan la constitución y desarrollo formal y válido de la relación jurídico procesal. De otra parte, no se avizora la existencia de vicio alguno con entidad de estructurar nulidad.

2. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Decantado se presenta hoy este concepto, y se sabe que no se trata de un presupuesto procesal, sino de un presupuesto material de la pretensión, que no admite despacho preliminar sino que su verificación está reservada para el fallo.

En sentencia de febrero 4 de 1991 y reiterada en providencia de julio 26 del mismo año, entre otras, la Corte puntualizó:

“No es un presupuesto del proceso sino cuestión atinente a la titularidad del derecho de acción o contradicción. En otros términos, se dice que sólo

está legitimado en la causa como demandante la persona que tiene el derecho que reclama, y como demandado, quien es llamado a responder, por ser, según la ley, el titular de la obligación correlativa. No alude el fenómeno a la formación del proceso, sino a los objetos de la relación jurídico-material que en él se controvierte; como no atañe a la forma, sino al fondo, no admite despacho preliminar sino que debe ser estudiada y resuelta en la sentencia. Dada su naturaleza la ilegitimación en la causa, ya sea por su aspecto pasivo o activo, o por ambos a la vez, no puede conducir a un fallo inhibitorio sino a una sentencia desestimatoria de las pretensiones del demandante, con efectos de cosa juzgada material y no meramente formal, desde luego que en ella se resuelve la improcedencia de la acción instaurada ante la ausencia de los verdaderos sujetos que complementan su configuración”.

Este aspecto sustancial de la relación jurídico material en este evento no acusa ninguna deficiencia como quiera que al proceso han sido convocadas todas las personas que intervinieron en el contrato de arrendamiento invocado como fuente del conflicto que se debate, vale decir que la controversia se ha trabado en este caso entre el arrendador y el arrendatario.

3. EL PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo a los hechos planteados, corresponde a este Tribunal de Arbitramento determinar en primer lugar, si la convocada Exxonmobil de Colombia S.A., incumplió el contrato de arrendamiento celebrado con la sociedad Caribe S.A., mediante Escritura Pública No. 1576 de marzo 13 de 1998 en la Notaría Décima de Cali.

De otro lado, habrá de establecerse si la sociedad Exxonmobil de Colombia S.A., está llamada a responder con una cantidad de dinero por los perjuicios que reclama la convocante Caribe S.A., por concepto de lucro cesante.

4. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO OBJETO DE LA LITIS

El contrato suscrito por las partes, sociedad Caribe S.A., (antes Caribe Machinery Co Ltda.) en su calidad de arrendadora, y Exxonmobil de Colombia S.A., (antes Esso Colombiana Limited) como arrendataria, es un contrato de arrendamiento, elevado a escritura pública número 1576 del 13 de marzo de 1998 en la Notaría Décima del Círculo de Cali, para la explotación económica de un espacio de terreno, en la operación de una estación de servicio, con un área aproximada de 1.270 mts², ubicado en la calle 5ª No. 79 A-69 del barrio Capri de la ciudad de

Cali. En dicho contrato se pactó entre otras, una condición que de no cumplirse sería causal de terminación, así en la cláusula Sexta, se estipuló: *“El arrendamiento del inmueble por parte de la ESSO, quedará sometida a la condición de que la ESSO puede destinar dicho inmueble al desarrollo de su actividad comercial, de acuerdo con la reglamentación sobre uso y destinación del suelo en la ciudad de Cali. Además se someterá el presente arrendamiento a la condición de que a la ESSO le sean aprobados los fondos necesarios para la construcción y puesta en marcha de la estación de servicio que habrá de funcionar en el inmueble. (...) Parágrafo Primero: Es entendido que la no obtención de los permisos, fondos y demás formalidades señaladas para el libre desarrollo de la actividad comercial de la ESSO sobre el inmueble, en un termino (sic) de ciento veinte (120) días calendario contados a partir de la fecha de éste (sic) documento, será considerada como causal de terminación del presente contrato de arrendamiento y por lo tanto, de los compromisos de que trata este documento. “*

Con base en lo anterior, tenemos que el contrato que nos ocupa, es un contrato mercantil, celebrado por comerciantes en virtud de una actividad comercial (Arts. 10, 20, 21 y 22 Código de Comercio), al cual, le es aplicable la legislación comercial (Arts. 1, 2 y 822 ibídem), tal como lo enseña la jurisprudencia:

“De ordinario, el nominado contrato mercantil se regula por la legislación comercial y en presencia de vacíos, prima facie, por su analogía y después de ésta por las normas civiles.

Con todo, los “principios que gobiernan la formación de los actos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa’ (arts. 1, 2 y 822 Código de Comercio), es decir, por mandato expreso del legislador, en caso de vacíos o deficiencias, los preceptos civiles sobre estas materias aplican de preferencia frente a la analogía de sus normas, pues el genuino entendimiento de la salvedad, ‘no puede ser otro que el de que cuando sobre los mismos principios o materias atinentes a tales actos u obligaciones exista regulación diferente en uno y otro ordenamiento, el civil y el comercial, se impone la aplicación de este régimen, toda vez que ello es igual a decir que existe norma expresa y especial de índole mercantil que regula la cuestión, caso en el cual no sería posible ni lógica ni jurídicamente acudir al derecho civil; igual da decir que se excluye la aplicación de los principios y normas de éste cuando la ley dispone expresamente esa exclusión, o cuando indica otras formas de integración o de aplicación de las normas a un caso dado” (Cas. Civ., sentencia 5791 de 30 de agosto de 2001).

Por consiguiente, cuando existe norma expresa a propósito de la invalidez del negocio jurídico comercial, naturalmente, prevalece sobre la disciplina consagrada en el Código Civil, y, por ello, las causas de nulidad, la legitimación y oportunidad son las previstas en el Código de Comercio y,

*sólo en caso de vacíos, antes que a la analogía de sus normas, se acude a la legislación civil”.*¹

En el caso sub examine, se repite, se trata de un contrato mercantil, que tiene como características esenciales el de ser bilateral, ello por la reciprocidad de las obligaciones que de él derivan; oneroso, por la utilidad o beneficio que reporta a los contratantes; conmutativo, en tanto que cada una de las partes se obligó a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; de tracto sucesivo, pues en una de sus cláusula se pactó a una duración de 16 años (Art. 1496 y ss del Código Civil), reglado como se explicó, por el derecho comercial dada la condición de las partes y la naturaleza jurídica de la contratación, siendo el domicilio del contrato la ciudad de Santiago de Cali, en consideración a la ubicación del inmueble y el domicilio de las partes.

Se trata además, de un contrato en cuya cláusula sexta se pactó una condición, en la que se expresó que de no obtenerse los permisos necesarios para el libre desarrollo de la actividad comercial de la ESSO, hoy Exxonmobil de Colombia S.A., dentro un término de 120 días contados desde la fecha del contrato, ello constituiría una causal de terminación del contrato.

En lo atinente a esta clase de obligaciones, el artículo 1530 del Código Civil, la define como aquella que depende de una condición, es decir, un acontecimiento futuro que puede suceder o no.

Al respecto la doctrina enseña:

*“La condición es un acontecimiento futuro e incierto que, a diferencia del término, ejerce influjo sobre la existencia misma de la obligación. La condición suspensiva suspende el nacimiento de la obligación así como su cumplimiento. La condición resolutoria destruye la obligación ya cumplida.”*²

Y dada está clasificación, veamos lo que el tratadista Arturo Alessandri Rodríguez, en su obra Derecho Civil, Teoría de las Obligaciones, Ediciones Librería del Profesional, 1983, página 177, explica:

“Condición suspensiva es, según el artículo 1479 del Código Civil, aquella que mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y es resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho.

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia de julio 1 de 2008. M.p. William Namén Vargas

² Mazeaud, Henri y León. Lecciones de derecho Civil: cumplimiento, extinción y terminación de las obligaciones. Buenos Aires, ediciones jurídicas Europa-América. 1960, p. 281-282

...De ahí que podamos definir la condición suspensiva como un suceso o un acontecimiento futuro e incierto del cual depende la existencia o el nacimiento de un derecho; y la condición resolutoria como un suceso o acontecimiento futuro del cual depende la extinción o la resolución de un derecho.

Ambas condiciones afectan la existencia misma de la obligación que queda subordinada a la condición, sea para nacer o sea para extinguirse: la suspensión afecta al nacimiento de ella; la resolución a la extinción o resolución del derecho; mientras en la condición suspensiva el derecho no nace en definitiva estando ella pendiente y no se sabe si nacerá o no, en la condición resolutoria el derecho ha nacido, ha producido todos sus efectos, pero se ignora si ese derecho seguirá subsistiendo para siempre. Por eso, si la condición suspensiva se cumple, nace el derecho, y si la condición resolutoria se cumple, se extingue el derecho.”

Para el caso que nos ocupa, se trata entonces de una condición suspensiva, puesto que la ejecución del contrato quedó condicionada al cumplimiento de la misma, distinto habría sido que el contrato empezara a desarrollarse y el acaecimiento de la condición hubiese tenido la virtualidad de extinguir el acuerdo de voluntades, en este caso, el cumplimiento del contrato no se empezó a generar precisamente a la espera de que se cumpliera tal condición.

Condición además que fue en principio cumplida por el arrendatario, pues dentro del término establecido la Exxonmobil obtuvo los permisos necesarios para el funcionamiento del establecimiento de comercio, en este caso, la estación de servicio, luego, el análisis consiste en determinar si esos permisos cumplieron o no con todos los requerimientos de orden normativo, de tal manera que genere efectos vinculantes para el convocado en la decisión que habrá de proferirse.

5. MARCO NORMATIVO REFERENTE AL ASUNTO QUE SE DEBATE

En orden a resolver este aspecto, nos referiremos a las distintas normas que reglamentan la materia, así entonces, en las voces del artículo 515 del Código de Comercio, se define el establecimiento de comercio como:

“... un conjunto de bienes organizados, por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales”.

Por su parte, es la Ley 232 de 1995, por la cual se dictan normas para el funcionamiento de los establecimientos comerciales.

En efecto, su artículo primero, dispone:

“Ninguna autoridad podrá exigir licencia o permiso de funcionamiento para la apertura de los establecimientos comerciales definidos en el artículo 515 del Código de Comercio, o para continuar su actividad si ya la estuvieren ejerciendo, ni exigir el cumplimiento de requisito alguno, que no estén expresamente ordenado por el legislador”.

Continúa señalando en el artículo segundo:

“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, es obligatorio para el ejercicio del comercio que los establecimientos abiertos al público reúnan los siguientes requisitos:

- a) Cumplir con todas las normas referentes al **uso del suelo**, intensidad auditiva, horario, ubicación y destinación expedida por la autoridad competente del respectivo municipio. **Las personas interesadas podrán solicitar la expedición del concepto de las mismas a la entidad de planeación o quien haga sus veces en la jurisdicción municipal o distrital respectiva;***
- b) Cumplir con las condiciones sanitarias descritas por la Ley 9a de 1979 y demás normas vigentes sobre la materia;*
- c) Para aquellos establecimientos donde se ejecuten públicamente obras musicales causante de pago por derechos de autor, se les exigirá los comprobantes de pago expedidos por la autoridad legalmente reconocida, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 23 de 1982 y demás normas complementarias;*
- d) Tener matrícula mercantil vigente de la Cámara de Comercio de la respectiva jurisdicción;*
- e) Comunicar en las respectivas oficinas de planeación o quien haga sus veces de la entidad territorial correspondiente, la apertura del establecimiento” (subrayado fuera del texto).*

Y específicamente, en lo que atañe al objeto social del establecimiento de comercio, entre otras actividades, la distribución de combustible, vale la pena, traer a colación un instructivo general, publicado en página web del Ministerio de Minas y Energía, que a grosso modo explica el procedimiento a tener en cuenta previo a la construcción y puesta en marcha de una estación de servicio:

“El Gobierno Nacional, mediante los Decretos 4299 de 2005 y 1333 de 2007, estableció los requisitos, obligaciones y el régimen sancionatorio, aplicables entre otros, a los distribuidores minoristas a través de estaciones de servicio automotriz.

En tal sentido, el Artículo 21 del Decreto 4299 de 2005 estableció que toda persona natural o jurídica que se encuentre interesada en ejercer la actividad de distribuidor minorista de combustibles líquidos derivados del petróleo en el territorio colombiano, a través de estación de servicio automotriz, deberá obtener, previamente,

autorización del Ministerio de Minas y Energía o de la autoridad en quien este delegue, para lo cual deberá presentar los documentos relacionados en el literal A del señalado artículo.

Dentro de los documentos a presentar por la estación de servicio automotriz se encuentra el certificado de conformidad expedido por un organismo de certificación acreditado, el cual es un documento que certifica que la estación de servicio automotriz fue construida acorde con las disposiciones del reglamento técnico respectivo, que para el caso es el Decreto 1521 de 1998 (artículos 2, 3, 5, 6, párrafo 5 del artículo 7, artículo 8 al 32, 37, 54 y 55) y es de cumplimiento obligatorio por todas aquellas estaciones de servicio automotriz que se construyan o se encuentren en funcionamiento.

*Por lo tanto, con anterioridad al trámite de construcción de la estación de servicio automotriz, se deberá obtener el **certificado de uso del suelo** del predio donde se ubicará la estación de servicio. El curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente para expedir licencias o la oficina de planeación o la que haga sus veces, informará al interesado sobre el uso o usos permitidos en el predio, de conformidad con las normas urbanísticas del Plan de Ordenamiento Territorial y los instrumentos que lo desarrollen (Artículo 5 inciso 1º del Decreto 1521 de 1998 y Artículo 45 numeral 3º del Decreto 564 de 2006).*

Una vez obtenido el concepto favorable del uso de suelo, se procederá a obtener de la autoridad competente, la licencia de construcción, arquitectónica, urbanística y estructural en cumplimiento al Decreto 564 de febrero 24 de 2006.

...

Es de aclarar que la delegación en la alcaldía para vigilancia, fiscalización y conocer de las infracciones, consagrada en la Resolución 82588 de 1994 se encuentra vigente y para su ejercicio, obviamente, los alcaldes municipales deben observar los señalamientos que sobre la materia dispone la normatividad vigente, es decir los decretos 1333 de 2007, 4299 de 2005 y 1521 de 1998 o aquellas que las modifiquen, adicionen o deroguen”.³

Ahora bien, el nombrado Decreto 1521 de 1998, aún vigente, señala en su artículo 5º, inciso primero que “Las autoridades competentes enunciadas en el artículo 49 del Decreto 2150 del 5 de diciembre de 1995, modificado y adicionado por el artículo 99 de la Ley 388 del 18 de julio de 1997, certificarán el uso y utilización del suelo, según los correspondientes planes de ordenamiento urbanístico”.

A su vez, en el Decreto 2150 de 1995, por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública, estipula en su capítulo IV, artículo 49 modificado y adicionado por el artículo 99 de la Ley 388 de 1997:

³ www.minminas.gov.co/minminas/sectores.nsf

“LICENCIAS DE URBANISMO Y DE CONSTRUCCIÓN. Los municipios y distritos estarán obligados a expedir el plan de ordenamiento físico para el adecuado uso del suelo dentro de su jurisdicción, el cual incluirá los aspectos previstos en el Art. 34 del Decreto ley 1333 de 1986.

Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación adecuación y reparación, demolición de edificaciones o de urbanización, parcelación para construcción de inmuebles y de terrenos en las áreas urbanas y rurales, se deberá obtener licencia de urbanismo o de construcción, las cuales se expedirán con sujeción al plan de ordenamiento físico que para el adecuado uso del suelo y del espacio público, adopten los concejos distritales o municipales”.

Subsiguientemente, se dictó el Decreto 2111 de 1997 por el cual se reglamentan las disposiciones referentes a licencias de construcción y urbanismo, al ejercicio de la curaduría urbana, y las sanciones urbanísticas, precisando en su artículo primero que la licencia es un *“acto por el cual se autoriza a solicitud del interesado, la adecuación de terrenos o la realización de obras”.*

Clasifica este decreto, dos clases de licencias: de urbanismo y de construcción, y define esta última cómo: *“la autorización para desarrollar un predio con construcciones, cualquiera que ellas sean, acordes con el plan de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas de la ciudad. Son modalidades de la licencia de construcción las autorizaciones para ampliar, adecuar, modificar, cerrar reparar y demoler construcciones”.*

En cuanto al tema de estudio, trámite y expedición de licencias, dice el artículo sexto, que: *“En los municipios o distritos con población superior a cien mil (100.000) habitantes, las licencias serán estudiadas, tramitadas y expedidas por los curadores urbanos”.*

Siendo entonces competencia de las curadurías urbanas, el expedir la correspondiente licencia, es necesario detenernos a estudiar la normatividad que en la ciudad de Cali, regía al momento de adelantar los trámites relativos a obtención de permisos y licencia necesarios para operar la estación de servicio Esso Caribe Capri, y de esta forma determinar si la documentación requerida y aportada en ese entonces, se ajustó o no a las normas existente para la época.

Se encuentra publicado en la página web del Concejo Municipal de Cali, un índice de acuerdos expedidos desde el año 1954 al 2008⁴, herramienta de gran utilidad, de la cual, para el caso que nos ocupa, relacionaremos los acuerdos pertinentes por tratar el tema de uso del suelo. Son entonces en orden cronológico los siguientes los que servirán de tamiz para enfocar esta decisión:

- Acuerdo No. 30 de diciembre 21 de 1993 “por el cual se expide el Estatuto de Usos del Suelo y normas urbanísticas para el Municipio de Santiago de Cali”.
- Acuerdo No. 04 de abril 6 de 1994 “por el cual se adiciona y se modifica el Acuerdo 30 de 1993”.
- Acuerdo No. 10 de diciembre 15 de 1994 “por medio del cual se modifica y adiciona el Acuerdo No. 30 de 1993”.
- Acuerdo No. 20 de diciembre 18 de 1995 “por el cual se adiciona el artículo 63 del Acuerdo 10 de 1994, que modifica el Acuerdo 30 de 1993”.
- Acuerdo No. 18 de diciembre 31 de 1996 “por el cual se modifica el párrafo del artículo 64 del Acuerdo 10 de 1994”.

Luego, teniendo en cuenta la normatividad anteriormente relacionada, previa investigación y lectura del contenido de los mencionados acuerdos, información que fue directamente suministrada en la Oficina de Archivo y Correspondencia, del Concejo Municipal de esta ciudad de Cali, nos encontramos en primer lugar que es mediante el Acuerdo 30 del 21 de diciembre de 1993, que se adopta el Estatuto de Usos del suelo y Normas Urbanísticas y Arquitectónicas, orientadas como se señala en su artículo primero, a regular la expansión y el desarrollo ordenado de la ciudad.

Posteriormente, el Concejo Municipal, expidió el Acuerdo 10 del 15 de diciembre de 1994, que modificó y adicionó el precitado Acuerdo 30 de 1993.

Comencemos entonces por citar el artículo 234 del Acuerdo 30 de 1993 (Estatuto de Usos del suelo), modificado por el artículo 37 del Acuerdo 10 de 1994, que consagra:

“Para el desarrollo de proyectos de Estaciones de Servicio deberán contar con la licencia ambiental otorgada por la autoridad ambiental competente y cumplir con los demás requisitos que señale la ley y los reglamentos”.

⁴ www.concejodecali.gov.co/docucenter.asp

Más adelante, en el artículo 432, modificado por el artículo 66 del Acuerdo 10 de 1994 que además derogó el artículo 439 del Estatuto de Usos de Suelo, se estipula:

*“El ejercicio de toda actividad industrial, comercial y de servicios que se realice en el Municipio de Santiago de Cali, requerirá del **certificado o licencia de uso del suelo**, según el caso, **requisito indispensable** para solicitar la licencia de funcionamiento ante la Secretaría de Gobierno. Estas actividades se ubicarán de conformidad con la subclasificación establecida en los cuadros 2A, 3 y 4 del presente acuerdo (el subrayado es propio).*

Parágrafo 1: El certificado o licencia de usos de suelo se expedirá por una sola vez y mantendrá su vigencia siempre y cuando el establecimiento no genere impactos, continúe con la misma actividad y en la misma dirección. Los usos compatibles se concederán conforme a la definición como permitida en la respectiva área de actividad con certificado de Uso.

Parágrafo 2: Los establecimientos comerciales, industriales y de servicios que se encuentren en áreas de actividad no permitidas por el Acuerdo 30 de 1993 (Estatuto de Usos de Suelo y Normas Urbanísticas), y que hayan obtenido con anterioridad a éste el certificado de uso del suelo, lo conservarán siempre y cuando mantengan su ubicación, la misma actividad y no generen ninguna clase de impactos o molestias a los vecinos...”

Los artículos 433 y 434 del Estatuto de Usos del Suelo, modificados por el artículo 67 de Acuerdo 10 de 1994, indican:

*“Artículo 433. Las actividades relacionadas en el artículo anterior para su ubicación y funcionamiento no deberán producir impacto ambiental, urbano y social, en caso contrario, podrá ordenarse su cierre inmediato **o negarse su solicitud de uso por parte del Departamento Administrativo de Control Físico Municipal**, previa comprobación de estos impactos por las Secretarías de Gobierno y Salud Pública o la entidad municipal que sea competente para conocer de la generación del impacto respectivo, mediante el cumplimiento del debido proceso administrativo (el subrayado es propio).*

Artículo 434. Será causal de mala conducta la expedición de la licencia de funcionamiento que no tenga el respectivo uso o licencia del suelo y ésta se tendrá por inexistente, produciéndose al (sic) cierre del establecimiento por parte de la Secretaría de Gobierno Municipal”.

6. ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS se procede al estudio de las solicitadas, decretadas y practicadas en las oportunidades procesales pertinentes para ello por cada una de las partes y las que de oficio decretó el tribunal para el esclarecimiento de los hechos materia de debate (artículo 183 del C.P.C.).

6.1 Pruebas de la parte convocante

Para demostrar los hechos materia de la demanda y controvertir los que sirvieron de fundamento a las excepciones de mérito, solicitó los siguientes medios probatorios:

6.1.1 Documentales

Se aportaron los siguientes documentos:

- Certificado de existencia y representación legal de la sociedad convocante Caribe S.A., en original, en el que consta que a su nombre figura inscrito el establecimiento de comercio bajo el No. 496131-2 denominado Caribe S.A. - Sur, ubicado en la carrera 78 A No. 5-30 de la ciudad de Cali (visible a folios 28 a 30 del cuaderno No. 1 Principal).
- Certificado de existencia y representación legal de la sociedad convocada Exxonmobil de Colombia S.A., en original (visible a folios 31 a 36 del cuaderno No. 1 Principal).
- Fotocopia simple de la escritura pública No. 1576 de fecha 13 de marzo de 1998, corrida en la Notaría Décima del Circulo de Cali, mediante la cual, se celebró el contrato de arrendamiento entre Caribe Machinery Co Ltda. hoy Caribe S.A. como arrendadora y Esso Colombiana Limited, hoy Exxonmobil de Colombia S.A., como arrendataria del inmueble objeto del presente proceso, aportada en fotocopia simple, (visible a folios 037 a 040 del cuaderno No. 1 Principal), documento que al ser público debió aportarse en original o en fotocopia autenticada, atendiendo las reglas del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. No obstante lo anterior, cabe anotar que la parte convocada, aportó igualmente este documento en fotocopia debidamente autenticada y que obra a folios 042 a 065 del cuaderno No. 3, por eso se le asigna pleno valor probatorio para tener por demostrado el contrato de arrendamiento firmado entre Caribe Machinery Co Ltda., hoy Caribe S.A., en calidad de arrendadora y Esso Colombiana Limited, hoy Exxonmobil de Colombia S.A., en calidad de arrendataria del lote de terreno plenamente identificado, en la cláusula primero de la escritura y ubicado en la calle 5 No. 78 A-69 de la ciudad de Cali, además que ambas partes han confesado su existencia en los hechos de la demanda y su contestación.
- Fotocopia debidamente autenticada de la resolución No. A 078 de marzo 10 de 1999, expedida por la Alcaldía del Municipio Santiago de Cali, mediante la cual ordena la demolición de lo construido irreglamentariamente en el predio ubicado en la calle 5 No. 78 A-69 barrio Capri de la ciudad de Cali. (Folios 004 a 006 del cuaderno No. 4, pruebas de la parte convocante).

- Fotocopia autenticada del documento privado de fecha dos (2) de febrero de 2001, mediante el cual los representantes legales de la arrendadora y la arrendataria modifican el pago del precio del arrendamiento en especie, para estimarlo en la suma de Trescientos Setenta y Un Millones Setecientos Setenta y Seis Mil Quinientos Setenta y siete Pesos Mcte (\$371.776.577.), cuyo valor de arrendamiento empieza a causarse a partir del 1º de enero de 1999 hasta la fecha acordada de finalización del contrato. Las demás cláusulas no fueron materia de cambio o modificación. (Folios 007 del cuaderno No. 4 pruebas de la parte convocante)
- Fotocopia autenticada del recurso de reposición interpuesto por el señor Harry Kreisberger contra la resolución No. A078 de 1999. (Folios 008 y 009 del cuaderno No. 4 pruebas de la parte convocante).
- Fotocopia autenticada del escrito dirigido por el señor Harry Kreisberger Knorpel dirigido al Alcalde de la ciudad de Cali, de fecha diciembre 18 de 2000, mediante la cual solicita la revisión de las resoluciones Nos. A078 de marzo 10 de 1999 y resolución A-324 de octubre 24 de 2000, por medio de las cuales se ordena una demolición, con fundamento en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo. (Folios 010 a 014 del cuaderno No. 4 pruebas de la parte convocante).
- Fotocopia autenticada de la resolución No. A-324 de octubre 24 de 2000, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición contra la resolución No. A-078 del 10 de marzo de 1999, confirmando la resolución impugnada. (Folios 015 a 020 del cuaderno No. 4 pruebas parte convocante).
- Fotocopia autenticada de copia, de la resolución No. A-436 de fecha diciembre 28 de 2000, mediante la cual, la Alcaldía de Santiago de Cali, aplicando el artículo 61 del Código Administrativo, revoca las resoluciones Nos A-078 del 10 de marzo de 1999, por medio de la cual se ordena una demolición y la A-324 del 24 de octubre de 2000, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición contra la misma. (Folios 021 a 023 y 096 y 097 del cuaderno No. 4 pruebas de la parte convocante).
- Fotocopia autenticada en original de la solicitud de la copia del uso del suelo, de fecha 3 de noviembre de 2006, que hace el Subdirector de Ordenamiento Urbanístico del Departamento Administrativo de Planeación Municipal, al representante legal de Esso Caribe Capri, por cuanto no se encontró registro de este documento en dicha dependencia, concediendo un término de tres (3) días hábiles para aportarlos. En dicho documento hay constancia de recibido de los documentos presentados con fecha

noviembre 16 de 2006. (Folio 024 cuaderno No. 4 pruebas de la parte convocante).

- Fotocopia autenticada del original, del escrito dirigido a la estación de servicio Esso Caribe Capri, por el señor Alfredo Paya García Subdirector de Ordenamiento Urbanístico, de fecha febrero 19 de 2007, mediante la cual le hace saber que:

“los certificados referentes a los conceptos sobre uso emitidos en el año 1997 por la oficina de Control Físico Municipal, se expedían en formatos preestablecidos, con características específicas e identificados con números de radicación de seis (6) dígitos. En tal sentido el oficio radicado con el número 000018855 de octubre 30 de 1997, es únicamente una respuesta a la consulta sobre la posibilidad de ubicar un establecimiento de comercio en un sitio permitido, según las normas urbanísticas vigentes para esa época. Para obtener un concepto de uso de suelo se debía agotar un proceso previo y en el caso que nos atañe, se conceptuó como Restringido, condicionado a no generar impacto ambiental, Urbano social y/o molestias a los vecinos colindantes.

- *Para tal efecto, la administración enviaba a un guarda adscrito con el fin de verificar si la actividad que pretendía realizar el solicitante del uso del suelo no causaría molestia o interferencia.*
- *El resultado de esta visita se plasmaba en un formato especial firmado por los vecinos colindantes del predio con el lleno y las formalidades del caso, tales como firma, con su respectivo número de identificación y dirección del predio colindante.*
- *Además de todo lo anterior el guarda elaboraba un croquis del predio.*

Cabe anotar que hay un vicio de forma por cuanto se ha omitido o se han observado incompletamente las formalidades y procedimientos para la obtención del uso del suelo.

Ni en nuestro sistema, ni en nuestros archivos físicos aparece radicado el concepto del uso del suelo correspondiente a la “Estación de Servicio Esso Caribe Capri”.

Se desprende de lo anterior, que con el oficio aludido sólo se manifestaba la viabilidad de un concepto restringido para su uso, habiéndose debido culminar posteriormente con el trámite de ley para la obtención del uso del suelo correspondiente...”

Al final de este documento se le hace saber las sanciones de que puede ser objeto. (Folios 025 y 026 del cuaderno No. 4 pruebas de la parte convocante).

- Fotocopia tomada en original, del documento privado, de fecha mayo 30 de 2007, dirigido por los representantes legales de la sociedad Caribe S.A. al representante legal de Exxonmobil de Colombia S.A., mediante el cual le notifican de las inconsistencias anotadas por el funcionario de la alcaldía Alfredo Paya García, respecto al concepto del uso del suelo obtenido por

ellos para operar la estación de servicio de combustible Esso Caribe Capri, omisión que genera incumplimiento de la cláusula sexta del contrato de arrendamiento firmado por las partes; y además que no estaban dispuestos a someterse al trámite o escogencia sancionatoria discriminada en la ley ya que no les asistía ninguna responsabilidad al respecto, máxime que habían cumplido a cabalidad con todas las normas contractuales establecidas. Agregando que gozaban del derecho de dar por concluido los acuerdos comerciales y jurídicos vigentes, apoyados en una justa causa, atribuible solamente a la arrendataria. Finalmente expresan que si a junio 30 de 2007, no se ha logrado un arreglo amigable y extrajudicial sobre la grave irregularidad señalada, que solo perjuicios ocasiona, procederán a cerrar y clausurar definitivamente el establecimiento comercial, procediendo a solicitar la convocatoria de Tribunal de Arbitramento pactado en el contrato. Anexo a esta carta está la constancia de envío por el remitente y de recibido por el destinatario de los documentos presentados (Folios 027 a 035 del cuaderno de pruebas de la parte convocante).

- Fotocopia autenticada del original del documento privado de fecha junio ocho (8) de 2007, dirigido por la representante legal suplente de Exxonmobil de Colombia S.A., al representante legal de Caribe S.A. dando respuesta a la comunicación de fecha mayo 30 de 2007, mediante la cual afirman haber dado cumplimiento a la cláusula sexta del contrato y que no era posible apoyarse en una manifestación sin sustento legal alguno hecha por un funcionario de la alcaldía del Municipio de Cali, para acusar a la arrendataria de incumplimientos inexistentes y así alegar una supuesta “justa causa” para dar por terminado el contrato de arrendamiento existente. (Folios 036 y 037 de cuaderno No. 4 pruebas de la parte convocante)
- Fotocopia autenticada de copia autenticada de la resolución No. 1612 de fecha septiembre 27 de 2007, emitida por la Secretaría de Convivencia y Seguridad Ciudadana, por medio de la cual se impone sanción de multa con *“cuatro salarios mínimos legales vigentes, al momento de efectuar el pago para el año 2007, equivalentes a Un Millón Setecientos Treinta y Cuatro Mil Pesos Mcte (\$1.734.000), al establecimiento de Comercio Esso Caribe establecimiento de comercio con diferente razón social con igual o similar actividad comercial al por menor de combustible para automotores que se encuentra funcionando en la calle 5 No. 78 A-69 – Carrera 78 A No. 5-30 del barrio Capri de la ciudad de Cali”*, notificada el 2 de octubre de 2007 al señor Harry Kreisberger (folios 038 a 040 del cuaderno No. 4 pruebas de la parte convocante).

- Fotocopia autenticada del recibo de pago y el cheque girado a favor del Consorcio Fiducolombia - Fiducomerco que acredita el pago de la multa realizado el 10 de octubre de 2007, a favor de la Tesorería Municipal de Santiago de Cali, por valor de Un Millón Setecientos Treinta y Cuatro Mil Pesos Mcte (\$1.734.000). (Folio 041 y 042 del cuaderno No. 4 pruebas de la parte convocante).
- Original del documento privado de fecha diciembre 7 de 2007, dirigido al apoderado de la parte convocante, por el señor Abraham Bibliowicz, mediante el cual se adjunta la valoración de la estación de servicio, tomando como precio de referencia la cifra de los Dos Mil Doscientos Veintitrés Millones Trescientos Sesenta y Seis Mil Seiscientos Ochenta y Un Pesos Mcte (\$ 2.223.366.681) (visible a folios de 080 a 082 del cuaderno principal).
- Fotocopia simple del documento privado de fecha 25 de febrero de 2008, dirigido al señor Harry Kreisberger gerente de Caribe S.A., por el señor Rogelio Ledesma Triviño, coordinador Instalaciones y Montajes Regional Suroccidente, mediante el cual recuerdan que las no conformidades encontradas en auditoria efectuada el 4 de febrero de 2008, en las instalaciones de la Estación de Servicio Caribe Sur, ubicada en la calle 78ª No. 5-30 tiene un plazo de 90 días a partir de dicha fecha para ser solucionadas en auditoria complementaria y que de no hacerlo ICONTEC no podría emitir el certificado de conformidad, escrito que está acompañado de dos (2) anexos relacionados con el mismo tema. (Folio 82 a 84 del cuaderno No. 3 Contestación de la Demanda).
- Fotocopias del cruce de correos electrónicos realizados entre el representante legal de Caribe S.A. y la sociedad convocada – Mauricio A. Pachón V. Gerente de Ventas, relacionados con el documento referente al uso de suelo de la estación, de fechas 14 de marzo de 2008, abril 19 de 2006 (Folio 085 a 098 y 106 a 108 del cuaderno No. 3).
- Documento privado de ICONTEC Internacional que contiene el reglamento para la certificación de instalaciones y montajes otorgado por esa entidad. (Folios 099 a 105 del cuaderno No. 3).
- Escrito de la Directora Ejecutiva de Fendipetróleo haciendo constar que la Estación de Servicio Esso Caribe, figura en el listado de las estaciones de servicios certificadas y/o en proceso de certificación, de fecha 14 de marzo de 2008, con sus correspondientes anexos (folios 109 a 119 del cuaderno No. 3).

A los documentos tanto públicos como privados que han quedado anteriormente determinados e identificados, el Tribunal les asigna pleno valor probatorio por no haber sido tachados o redargüidos de falsos por la parte contra la cual se oponen, ser aportados al proceso en la oportunidad procesal pertinente y por cumplir con los requisitos respecto de la aportación de copias con relación a los públicos en cumplimiento de los artículos 253 y 254 del C.P.C. y con relación a los privados por la presunción de autenticidad de que gozan al tenor del artículo 252 numeral 5º inciso 3º del C.P.C.

Con relación a los documentos aportados por esta parte en los alegatos de conclusión ha de advertirse que no serán tenidos en cuenta dada su extemporaneidad, pues se violaría el debido proceso en la obtención de la prueba, al no haber sido solicitados y decretados en el momento procesal oportuno. (Artículos 183 del C.P.C. y 29 de la C.N. Sentencia C 491 de 2 de noviembre de 1995. Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonel).

6.1.2 Interrogatorio de parte

Se recepcionó el interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad Exxonmobil de Colombia S.A., señor Santiago Martínez Pinto, el día 5 de junio de 2008, quien manifestó conocer las cláusulas del contrato consignadas en la escritura pública 1576 del 13 de marzo de 1998, corrida en la Notaría Décima del Circulo de Cali y que tiene conocimiento de dos actuaciones administrativas por parte de la Alcaldía en contra de la sociedad Caribe S.A., antigua propietaria del inmueble objeto del contrato, defendiéndose diligentemente con relación a la primera ocurrida en el año 1998, saliendo airosa de esa actuación, no ocurriendo lo mismo respecto de la que ocurrió recientemente en los años 2007-2008 por cuanto *“no hizo lo que tenía que hacer como un comerciante diligente para evitar las sanciones y creo que finalmente terminó pagando, a sabiendas de que tenía los argumentos suficientes para poderse defender en dicha actuación administrativa, sin ningún inconveniente”*. Con relación a la ausencia del certificado del uso del suelo, manifestó que a pesar de que no se use un formato especial, el uso del suelo para la estación de servicio objeto del contrato sí existía y es el que aparece en el documento identificado con radicación 18855 de octubre 30 de 1997 y que era una respuesta a la posibilidad de ubicar un establecimiento de comercio en un sitio permitido, según las normas urbanísticas vigentes para esa época, documento éste que

servió para la expedición de la licencia de construcción de dicha estación y que no se explica porqué, un funcionario de la alcaldía diez u once años después, curiosamente, sin saberse porqué, afirma que dicho concepto debe hacerse en un formato especial. Igualmente acotó que existe un acto administrativo que dio origen a todo el trámite de la expedición de la licencia, la que fue expedida sin ningún inconveniente, con base en el documento al cual se refiere y que era muy sencillo atacar los argumentos de la alcaldía, porque no pueden prevalecer las formas sobre los fondos del asunto, pues el uso del suelo es uno solo, el cual debe decir si se puede o no, desarrollar una actividad de comercio específica. Con relación a la colaboración a Caribe S.A. para defenderse respecto de la investigación que se tramita contra ella, por la falta del certificado del uso del suelo como lo afirma la alcaldía, anotó que no podían actuar en ella porque el acto administrativo no los mencionaba, es decir, no tenía ninguna legitimidad en la causa para actuar frente al Municipio y que de haberlo podido hacer, muy seguro lo hubieran hecho porque era muy sencillo que la administración lograra entender que el uso del suelo que se había emitido era un acto administrativo formal, con base en el cual terminaron construyendo la estación de servicio, la que lleva funcionando más de diez años. Ante reiterada pregunta acerca de la colaboración extraprocesal a Caribe para la defensa, manifestó no constarle una actuación precisa y que lo que habían tratado de hacer era explicarles que el uso del suelo que se tenía era un documento válido, perfectamente legal, un acto administrativo en firme y que eso era lo que se tenía que exponer para tratar de impedir la multa. (Folios 084 a 093 del cuaderno No. 4 pruebas de la parte convocante).

6.1.3 Testimonial

El 16 de junio del corriente año se recibieron los testimonios de los señores Enrique Arizábaleta Ricci, Juan Pablo Dávila Velásquez y Katia Susana Fernández, quienes en su orden manifestaron:

DECLARANTE ENRIQUE ARIZABALETA RICCI, de profesión Administrador de Empresas, Extrabajador de la sociedad convocada para quien laboró durante 31 años, Pensionado por el I.S.S., sin parentesco ni afinidad con ninguna de las partes, ni sus apoderados, quien visita una vez al mes la estación de servicio Caribe para revisar los inventarios de combustible, recibiendo una remuneración por esa labor, sin ser empleado de Caribe, quien grosso modo dio a conocer los aspectos generales de la

negociación que dio lugar al contrato de arrendamiento base de la acción, precisando que a él le había correspondido la parte comercial de la misma, afirmando que el convenio había consistido en que la Esso Colombiana, hoy Exxonmobil, se comprometía a darles un dinero por el contrato de arrendamiento, construir la estación de servicio, instalar los equipos, que quedaban de propiedad de Caribe e igualmente, hacer la tramitología de lo que es certificado de uso del suelo, licencia de construcción y la construcción de la estación misma. Con relación a las diligencias administrativas a cargo de Exxonmobil, afirmó que éstas las había cumplido en un 90%, ya que no había cumplido con la obtención del certificado de uso de suelo que era lo que estaba estipulado por escritura pública y que la razón para que eso hubiera ocurrido, era el descuido al pasar de la parte comercial a la parte de ingeniería, donde no se tuvo en cuenta el compromiso real que se tenía de lo pactado y que sin embargo, se había construido la estación, siendo este un documento indispensable para poder construir cualquier estación de servicio. Con relación al documento de fecha 30 de octubre de 1997, distinguido con el número 18855, dirigido por el señor Darío López Maya, en calidad de Jefe División Equipamiento Zonificación y Nomenclatura de la Subsecretaría de Ordenamiento Urbanístico de la ciudad de Cali, al ser interrogado por el apoderado de la parte convocada manifestó: *“...esto es un concepto, pero no es un certificado entonces es muy diferente, por ejemplo a decirle, yo si le voy a conceder a usted el uso del suelo, pero si usted no me hace la tramitología no le doy el certificado que es lo que en realidad sirve”*. Seguidamente dio a conocer pormenores acerca de cómo se expide en la actualidad el uso del suelo. Con relación a los perjuicios, de cerrarse la estación Caribe manifestó que se dejarían de vender lubricantes, combustibles, que las pérdidas serían grandes, porque además se dejan de vender todos los accesorios propios de una estación de servicio (folios 47 a 60 del cuaderno No. 4 pruebas de la parte convocante).

DECLARANTE JUAN PABLO DÁVILA VELÁSQUEZ, de profesión economista, sin relación de parentesco para con las partes del proceso, ni con sus apoderados, con domicilio en la ciudad de Bogotá, quien fue encargado por el señor Harry Kreisberger para que le hiciera un estudio financiero a cerca de cuánto valía el negocio de la estación de servicio, del porqué se le había solicitado ese servicio a él, refiriéndose a lo largo de su declaración, a explicar los parámetros y la forma cómo lo había realizado, el término que había tenido en cuenta para ello, y que descontando el año 2007

y dejando el año 2008 completo arrojaba un valor de Mil Novecientos Treinta y Seis Millones (\$1.936.000) que era lo que, en su opinión, valía la estación de servicio. (Folios 061 a 068 del cuaderno No. 4 pruebas de la parte convocante).

DECLARANTE KATIA SUSANA FERNÁNDEZ GALVEZ, de profesión Administradora, quien trabaja para Sodicom Fendipetróleo, sin relación de consanguinidad ni afinidad con las partes ni con sus apoderados, manifestando que el objetivo de Fendipetróleo es socializar y hacer conocer a las estaciones de servicio las normas que existen en el país, para que éstas funcionen y estar pendiente de que sus afiliadas tengan toda la documentación en regla, manifestó que cuando revisó la documentación de la estación de servicio Caribe Capri, le había manifestado al señor Harry que ella consideraba que él no tenía uso del suelo, que había hablado con varios funcionarios de Planeación, quienes le habían manifestado que no se encontraba radicado uso de suelo para Caribe en esa oficina, y que por eso, no le podían expedir una copia. Manifestó con un ejemplo la diferencia entre concepto de uso del suelo y licencia de uso del suelo, dando a entender que un documento es prerequisite del otro. De esta situación notificó al señor Harry y que fue cuando él comenzó a tramitar y a hacer su diligencia, requiriendo para ello a la compañía mayorista Exxonmobil de Colombia S.A., actitud que habían asumido la mayoría de estaciones que no han encontrado planos, usos de suelo, licencias de construcción de sus estaciones. Dio a conocer los procedimientos que Fendipetróleo realiza, cuando uno de sus afiliadas no cumple con los requisitos. Que por su experiencia, ha visto siempre en los archivos que le mandan los propietarios de las estaciones para certificarlas, que debe de decir "*Uso del Suelo y no Concepto de Uso del Suelo*". Y además que ella considera, que sin uso de suelo no debe haber licencia de construcción, que sin embargo, en Cali existen varias estaciones que vienen funcionando sin él; y que con relación a la estación de Caribe Capri, no sabe que diligencias estén haciendo para solucionar el problema, pero que tenía entendido de que quien era responsable de sacar el uso del suelo, por el tipo de negociación que se había hecho, era Exxonmobil. Con relación al perjuicio que se causaría por el cierre del negocio, afirmó que sería lo del lucro cesante y el desempleo para quienes allí laboran y que Caribe perdería una inversión económica, la que ha hecho y lo que dejaría de ganar hacía el futuro. La cifra exacta de la cantidad de gasolina que vende Caribe no la tiene, pero que en promedio ponderado es de 55 a 65,000

galones en Cali. (Folio 069 a 083 del cuaderno No. 4 pruebas de la parte convocante).

Del análisis de las declaraciones anteriores, concluye el Tribunal, que éstas son claras, completas y responsivas, indican las circunstancias de tiempo, modo y, lugar como han ocurrido los hechos a los cuales se refirieron en su versión, y no fueron tachadas por la parte contraria, es decir, la convocada. Por ello, se le asigna pleno valor probatorio.

6.1.4 Dictamen pericial

Se decretó para determinar a solicitud de la convocante el lucro cesante que dejaría de percibir de declararse terminado el contrato, para ello se designó al señor Ciro Neira Lemos, nombramiento que no fue objetado por las partes ni se alegó impedimento alguno respecto de dicho auxiliar de la justicia en la oportunidad que consagra la ley para ello. Posesionado de su cargo rindió la experticia solicitada obrante de folio 002 al 026 del cuaderno No 7 Dictamen Pericial.

Contradicción del dictamen: De él se corrió traslado a las partes y en uso de este término el apoderado judicial de la convocada solicitó aclaración del dictamen, para que el perito indicara la razón por la que en su dictamen incluye valoraciones sobre incumplimientos contractuales, reales o supuestos; sobre relación causa- efecto entre unas conductas y unas sanciones; y sobre presunta influencia de determinadas conductas en el desarrollo de la actividad comercial de la estación de servicio. El Tribunal de oficio solicitó la complementación para que fundamentara con la prueba pertinente las conclusiones de la experticia, concediéndole para ello un término de diez días. Presentada la complementación, de ella se corrió traslado a las partes por tres días. Dentro de este término el apoderado judicial de la convocada objetó el dictamen por error grave fundamentado en los siguientes hechos:

1. Que en el caso de volúmenes, el señor perito planteó una prueba técnica estadística que resulta en un volumen mucho menor al de 50.000 galones/mes finalmente propuesto por él. En efecto, en el punto 5.1.2 del dictamen pericial para el año 2008 se habla de un volumen mixto de 358.028 galones que corresponde a un promedio de 29.835 galones/mes

y para el año 2009 se plantea un volumen de venta de 600.000 galones/año con un promedio mensual de 50.000 galones que tiene como sustento un aviso de prensa. Existe contradicción en este análisis.

2. Que el dictamen no tuvo en cuenta la proliferación de estaciones de servicio en Cali en los últimos años, como tampoco tuvo en cuenta los nuevos formatos del negocio como es el caso de los autoservicio en la venta de combustibles con precios más bajos, como por ejemplo la venta de gasolina en los hipermercados como Carrefour y Jardín Plaza ubicados en el sur de Cali en la zona de influencia de la estación Caribe.
3. Plantea que en el caso de los márgenes, teniendo como base el incremento experimentado en los últimos tres años totalmente equivocado dado su tendencia a la baja, y la competencia con la venta de gas a precios más bajos.
4. En el caso de los gastos operacionales se plantea en la objeción que el perito incurrió en grave error al estimar los gastos operacionales de la estación Caribe en \$134.442.720. para el año 2007 (\$11.203.560) promedio /mes frente a la realidad que oscila entre \$15.000.000 y \$ 16.666.666 mensuales. Por lo tanto, las conclusiones a que llega el señor perito son totalmente equivocadas.

Trámite de la objeción

En auto No. 21 de fecha 19 de septiembre del dos mil ocho 2008, se corrió traslado de la objeción al dictamen pericial a la parte convocante quien a través de su apoderado renunció al término del traslado de la objeción propuesta por la parte convocada, renuncia que le fue aceptada mediante auto No. 22 de fecha 19 de septiembre del corriente año (Acta No. 12 de fecha 19 de septiembre de 2008).

Se decretó práctica de nuevo dictamen pericial, designándose al economista Andrés Posada Archila, quien tomó posesión del cargo en fecha veinticuatro (24) de septiembre del año 2008, acta No. 13 y con fecha 7 de octubre de 2008, el perito presentó a conocimiento del Tribunal y las partes el dictamen pericial encomendado, del cual se corrió traslado a las partes por tres (3) días, según se ordenó en auto No. 24 de fecha octubre 9 de 2008, e igualmente se le señaló honorarios al auxiliar de la justicia. Dentro de este término, los apoderados de las partes presentaron sendos escritos, el de la parte convocante haciendo una serie de observaciones y críticas al trabajo

elaborado y por la parte convocada, se solicitó aclaración o complementación, memoriales que el Tribunal resolvió mediante auto No. 25 de fecha 20 de octubre del corriente año, manifestando que como no se observaba solicitud de complementación o aclaración en el escrito presentado por el apoderado de la parte convocante, se ordenaba agregar a los autos y en cuanto a la solicitud de aclaración o complementación impetrado por el apoderado de la parte convocada, se manifestó que como no se hacía referencia a algún aspecto dejado de dictaminar por parte del auxiliar de la justicia o que la experticia ofreciera motivo de dudas respecto del objeto de la prueba, no se accedía a la petición. El apoderado de la parte convocada interpuso recurso de reposición contra este último punto. De dicho medio de impugnación se dio traslado a la parte convocante en audiencia, en cumplimiento del artículo 349 del Código de Procedimiento Civil y seguidamente el Tribunal resolvió el recurso, manteniendo la decisión tomada.

Consideraciones del Tribunal para resolver la objeción por error grave.

Prima facie se anota que nuestro Estatuto Procesal Civil no define lo que se entiende por error grave y que es la jurisprudencia quien se ha encargado de ello al manifestar:

“si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos.(G.J.t. LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje,... es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributo, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...”, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil “...no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencia, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por los mismo es inadmisibles para el juzgador, que el considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un

razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva...” (G.J. tomo LXXXV, pág.604).

Teniendo como fundamento lo que ha de entenderse por error grave, fácilmente se concluye que los argumentos expuestos para atacar el dictamen no lo constituyen, pues son una crítica a los fundamentos del mismo, haciendo ver una serie de aspectos que se debieron tener en cuenta, observaciones que la objetante había podido realizar al auxiliar de la justicia si le hubiera colaborado con los datos que el perito insistentemente le solicitaba para realizar el trabajo encomendado, pues así lo permite el artículo 237 numeral 4º del C.P.C., requerimientos que solo se le podrían proporcionar ya vencido el término inicial y su ampliación para presentar la experticia, faltando así igualmente a lo dispuesto por el mismo artículo 242 del mismo código, que ordena que las partes están en el deber de colaborarle a los peritos, facilitándoles los datos, las cosas y el acceso a los lugares que ellos consideren necesarios para el desempeño de su cargo. Lo anterior de acuerdo con los escritos que anexó el auxiliar con el dictamen rendido. En lo tocante con el dictamen decretado como prueba de la objeción, ha de anotarse que contiene aspectos que no se sometieron a su consideración, extralimitándose en su función, al determinar el lucro cesante que dejaría de percibir la sociedad convocada, quien no la solicitó en su oportunidad, ni ello fue materia del peritazgo. No obstante lo anterior, se examinará la eficacia tanto de este dictamen como del inicial si a ello hay lugar de acuerdo con lo que salga probado en este arbitramento, porque de lo analizado se concluye que no hay lugar a declarar probada la objeción por error grave formulada por la parte convocada.

6.2 Pruebas de la parte convocada

Para controvertir los hechos fundamento de la demanda y demostrar los que sirvieron de base a las excepciones de mérito propuestas obran las siguientes pruebas:

6.2.1 Documentos

- Original del certificado de tradición del inmueble ubicado en la carrera 78 A calle 5 urbanización ciudad Capri, constando en la anotación No. 8 la

compraventa que se realizó a dicho inmueble por parte de Caribe Machinery Co. Caribe Ltda, a la sociedad Inversiones Inmobiliaria de Occidente Ltda., mediante la escritura pública No. 00669 de fecha 4 de mayo de 1999 (folios 19 y 20 del cuaderno No. 3).

- Certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de comercio de Cali, de la sociedad Inversiones Inmobiliaria de Occidente S.A., cuyo gerente es el señor Harry Kreisberger Knorpel y su primer suplente David Kreisberger Knorpel (folios 21 a 23 del cuaderno No. 3).
- Fotocopia autenticada de la escritura pública No. 00669 de fecha cuatro (4) de mayo de 1999, mediante la cual, la sociedad Caribe Machinery Co Ltda, "Caribe Ltda.", vendió a la sociedad Inversiones Inmobiliaria de Occidente Ltda. un lote de terreno situado en la manzana K-2 del plano de loteo aprobado por la oficina de Planeación Municipal de Cali, ubicado en la carrera 78 A con calle 5 de la urbanización Ciudad Capri de la ciudad de Cali, por la suma de quinientos ochenta y cinco millones de pesos (\$585.000.000) (folios 024 a 27 del cuaderno No. 3 Contestación de la Demanda).
- Original de la resolución No. CU3-105 del 16 de abril de 1998, mediante la cual se expide una licencia de construcción para desarrollar un proyecto de modificación denominado Estación de Servicio Esso Caribe Capri, para el predio No. K14500100-23 con matrícula inmobiliaria No. 370-0236510 ubicado en la calle 5 No. 78 A-69 del barrio Urbanización Capri, por una vigencia de veinticuatro (24) meses, prorrogables por una (1) vez, hasta por treinta y seis (36) meses, otorgado por la Curaduría Urbana Tres de la ciudad de Cali, a la sociedad Caribe Machinery Co Ltda. (Folio 028 y 029 del cuaderno No. 3).
- Fotocopia simple de la resolución No. 031 del 4 de febrero de 1998, expedida por el Municipio de Santiago de Cali, por medio de la cual se otorga una licencia ambiental a la sociedad Caribe Ltda, para el desarrollo del proyecto denominado Estación de Servicio Caribe Capri, proyecto a ser ejecutado en la jurisdicción del Municipio de Cali. Este documento se ordenó traer al expediente en fotocopia autenticada, tornándose imposible cumplir con este mandato al apoderado judicial de la parte convocada, por las razones expuestas en diferentes memoriales presentados en el trámite arbitral. No obstante lo anterior, este documento fue allegado al proceso con documentos que de oficio ordenó traer el Tribunal al expediente, siendo ésta remitida, debidamente autenticada por la Curadora urbana Tres del Municipio de Cali, (obrante a folio 032 a 036 del cuaderno No. 6).

- Fotocopia simple del escrito distinguido con el No. 000018855 de fecha 30 de octubre de 1997, con referencia radicado interno No. 10573 concepto de uso del suelo para la construcción de una estación de servicio clase A, dirigido a la señora Ana de Kreisberger, Gerente General Renault por el señor Dario López Maya, Jefe División, Equipamiento Zonificación y Nomenclatura de la Secretaria de Ordenamiento Urbanístico de la Alcaldía de Santiago de Cali, con copia para la doctora Leonor Abadía Benítez, Secretaria de Ordenamiento Urbanístico y al doctor Jaime Suárez Franco Subsecretario Ordenamiento y Regularización Física, mediante el cual se expresa: *“en atención a la solicitud de la referencia y teniendo en cuenta la normatividad vigente, respecto al Uso del Suelo para la Estación de Servicio Clase A, Código 6228 del predio ubicado en la Calle 5 con Carrera 78 A, Area Residencial R-2 Corredor Urbano Principal, se conceptúa como restringido, condicionado a no generar Impacto Ambiental Urbano Social y/o molestias a los vecinos. Igualmente se da cumplimiento a lo ordenado por la ley 9ª respecto a la consulta de vecinos y una vez verificado y constatado se obtuvo la aceptación por parte de los mismos. Lo anterior, en concordancia con el decreto 1180 de 1986”*. Éste documento fue traído al proceso mediante prueba de oficio dirigida a la Curaduría urbana No. 3, el que aparece debidamente autenticado de su original, como consta a folio 038 del cuaderno No. 6 Pruebas de Oficio.
- Fotocopia simple del documento privado de fecha junio 8 de 2007, remitido desde la ciudad de Bogotá por la sociedad Exxonmobil de Colombia S.A. a la sociedad Caribe S.A., mediante la cual se da respuesta a la comunicación de fecha mayo 30 de 2007, en la que se manifiesta que la sociedad convocada ha cumplido todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato comercial de arrendamiento celebrado mediante escritura No. 1576 del 13 de marzo de 1998 de la Notaría Décima de Cali, y en especial la condición a que fue sometido en la cláusula sexta al haber obtenido el uso del suelo, mediante el ya citado oficio No. 000018855 de 31 de octubre de 1997 y que había servido como fundamento para expedir la resolución mediante la cual se había obtenido la licencia de construcción a que se refiere la resolución No. CU3-105 del 16 de abril de 1998 y que por ello no tenía ningún asidero legal lo manifestado a ellos por la Subdirección urbanística de la alcaldía de Cali, nueve (9) años y siete (7) meses después, en el sentido de pretender desconocer la existencia del concepto de uso del suelo contenido en el oficio relacionado, el cual es documento

público expedido por una autoridad competente para ello. (Folios 037 y 038 del cuaderno No. 3).

- Fotocopia simple del documento privado, que contiene informe de compras estación Esso Caribe 2005 a 2008, sin que se describa el concepto al que se refieren las compras. (Folio 039 del cuaderno No. 3).
- Original del documento privado que contiene el concepto del arquitecto Juan Carlos Ponce de León S., de fecha 10 de marzo de 2008, mediante el cual hace referencia a los documentos presentados para obtener el uso del suelo y la licencia de construcción, su vigencia y el archivo de ellas, en las Curadurías de la ciudad y en los archivos de la Administración Municipal, sin que se pueda hacer responsable a los propietarios o usuarios de la pérdida o traspapelada de dichos documentos, para finalmente concluir que la licencia de construcción, otorgada mediante la resolución CU3 –105 de abril 16 de 1998, había cumplido con los requisitos exigidos por la normatividad, respecto de las estaciones de servicio. (Folio 040 y 041).
- Fotocopia debidamente autenticada con sus respectivos anexos de la escritura pública No. 1576 de fecha marzo 13 de 1998, corrida en la Notaría Décima de Cali, que contiene el contrato de arrendamiento firmando entre las partes de este litigio. (Obrante de folio 042 a 065 del cuaderno No. 3).
- Original del documento suscrito entre las partes, de fecha 2 de febrero de 2001, mediante el cual se modifica el concepto referente al pago en especie del arrendamiento. (Folio 066 del cuaderno No.3).
- Fotocopia simple del documento privado de fecha enero 25 de 2008 dirigida por la gerente jurídica de Exxonmobil de Colombia S.A. al gerente de Caribe S.A., mediante el cual se le recuerda que dicha sociedad está obligada a obtener el certificado de conformidad, cumpliendo con los requisitos exigidos en el decreto 4229 de 2005. (Folio 067 del cuaderno No. 3).
- Fotocopia simple de los documentos privados que contienen respuestas del representante legal de Caribe al requerimiento de la certificación, cumpliendo el citado decreto 4229 de 2005, haciéndole saber que por no tener uso de suelo, según el Municipio de Cali, no puede certificarse y que necesitaba la colaboración para dar cumplimiento al Ministerio. (Folios 068 a 070 del cuaderno No. 3).

Estos documentos se ordenó tenerlos como prueba y no fueron tachados ni redargüidos de falsos por la parte contra quien se oponían y de otro lado han sido aportados cumpliendo los requisitos legales, es decir, los públicos en

original o en copia debidamente autenticados y los privados respecto de los cuales se presume su autenticidad al tenor del artículo 252 numeral 5º inciso 3º del C.P.C., por ello se les asigna pleno valor probatorio.

6.2.2 Interrogatorio de parte

Se recepcionó el interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad Caribe S.A., señor Harry Kreisberger Knorpel, el día 17 de junio de 2008, quien hizo referencia al contrato de arrendamiento existente entre las partes litigantes de éste proceso, de las continuas visitas que se han atendido por las dependencias que tiene la función de vigilancia de las estaciones de servicio por parte de la Alcaldía Municipal de Cali, de los requerimientos realizados para la presentación de documentación que al decir de los funcionarios de la Alcaldía no obran en sus archivos, de los continuos requerimientos hechos por él a la mayorista Exxonmobil de Colombia S.A. para que le hicieran llegar el uso del suelo que se le solicita por parte de la Administración Municipal y la notificación a Exxonmobil, haciéndole saber que el documento consignado en el oficio distinguido con el número 000018855, no era el certificado del uso del suelo, sino un concepto previo a los trámites para obtener el uso del suelo, haciendo referencia a las reuniones realizadas y a los diferentes correos que se había intercambiado con el señor Pachón, afirmando que Exxonmobil no había movido ni un dedo para ayudar a solucionar el impase con la alcaldía que culminó con la sanción que le impuso el pago de una multa, pidiéndole al Tribunal ayudar a esclarecer ésta situación, porque no era responsabilidad de la sociedad que representa hacerlo, sino de la mayorista, de acuerdo con la escritura pública firmada entre ellos. Con relación a su inactividad, para hacer uso de los recursos que contra la resolución que imponía la sanción procedían, manifestó: *“Porque al ver la amenaza de parte de la alcaldía, y al ver de que la mayorista que supuestamente nos debería haber dado la mano, no teníamos su colaboración pues, es que ahí está, ahí está en juego la sociedad Caribe S.A., que la sociedad Caribe S.A., no solo tiene el negocio de gasolina, sino que bajo el mismo Nit y bajo la misma razón social funciona otras unidades de negocio. Entonces el señor David Kreisberger y mi persona somos los responsables del manejo de la sociedad ante la junta directiva y no nos podemos dar el lujo de, de dejar que nos manchen el nombre, que pues tantos años de tradición tiene y nos toca solucionar las cosas, pero vuelvo y digo, la responsabilidad de éste problema es de la mayorista, porque ellos*

son los responsables de ese documento". Respecto de la venta del lote de terreno a que se refiere una de las excepciones de mérito propuestas, expuso: *"lo que se hizo fue una venta del lote, más no cesión del contrato y como les puede constar en los archivos de su compañía, Caribe S.A., antes Caribe Ltda, nunca ha dejado de cumplir el contrato y siempre ha hecho todo lo que la marca le dice. Entonces lo de la venta se hizo simplemente por razones tributarias, porque la sociedad Inversiones Inmobiliaria de Occidente, hoy S.A., antes Ltda; es de los mismos socios de Caribe, simplemente de que por razones tributarias se independizó la finca raíz de la sociedad que manejaba los negocios"*; además que no recordaba si le habían avisado a Exxonmobil acerca de la operación realizada.

6.2.3 Prueba testimonial

A instancias de la convocada se recibieron los testimonios de los señores Juan Carlos Ponce de León, Fernando Hernández Ramírez y José Nicolás Lleras Villaveces, quienes en su orden manifestaron:

DECLARACION DEL SEÑOR JUAN CARLOS PONCE DE LEÓN: De profesión arquitecto, la que ejerce de forma independiente en la actualidad y haber ocupado los cargos de Director de Planeación en dos oportunidades, Presidente de la Sociedad de Arquitectos y profesor universitario, sin parentesco de consanguinidad ni afinidad con las partes, ni con los apoderados que intervienen en el proceso, manifestando que consideraba que por su experiencia se le había solicitado un concepto respecto al tema, motivo de discusión en este proceso. Seguidamente el deponente entró a realizar explicaciones de carácter técnico con relación a las normas que rige la expedición de licencias de construcción en Colombia, afirmando que no había un uso del suelo más sensible a la comunidad que el de una estación de servicio y que por ello los vecinos en especial eran muy celosos para permitir la ubicación de éstos establecimientos, y que conocía varios casos de lotes de terreno donde se había dado el uso del suelo permitido y que los vecinos no habían dado la autorización, es decir no lo habían permitido, pues la gente les tiene pavor. Referente a la tramitología para montar una estación de servicio manifestó: *"sin duda alguna, para poder obtener la licencia de construcción que es en sí el documento final de la aprobación de unos planos y la posibilidad de construirlos sin obtener sanción alguna de la municipalidad, en el caso de la estación, de una estación de servicio*

cualquiera en la ciudad de Cali, es pre-requisito tener el estudio aparte de los planos y los estudios del suelo, el uso del suelo y el concepto sobre él". Y que es pre-requisito para obtener la licencia tener el uso del suelo. Con relación al documento expedido el día 31 de octubre de 1997, distinguido con el No 000018855, expedido por el Jefe de la División de Equipamiento, Zonificación y Nomenclatura, para que indicara si el contenía o no un uso del suelo a lo que respondió: "El funcionario Darío López Maya, conceptúa que el uso del suelo que para la estación de servicio en ese lugar es permitido con una restricción sobre el impacto ambiental, que generalmente se obtiene pues con aprobación de la licencia. Esto es un concepto de uso del suelo, emitido por el jefe de la división de equipo de zonificación y nomenclatura Darío López. Este funcionario hoy en día trabaja en una curaduría, si se quisiera traer aquí que diera una certificación, trabaja en la notaría, en la curaduría dos de Cali. Aporto ese dato y es una persona de una memoria impresionante. Conceptuó que si es el concepto sobre el cual una persona cualquiera continúa haciendo sus tramites para lograr la obtención de una licencia final". Afirmó igualmente que el estatuto uso del suelo y su matriz es imposible de ser vulnerada, es o no es. Está escrito sobre que calles y que avenidas y en que sitios de la ciudad se puede establecer cualquier cosa, y en este caso pues las estaciones de servicio. De tal manera que eso se puede comprobar si es o no permitido. Que para dar un uso de suelo existe un máximo control y si se trata de estación de servicio no existe algo mas controlado que el de estos establecimientos. Que luego es la secretaría de gobierno que pasa a hacer control de seguimiento al cumplimiento de las licencias y permisos por ser esa secretaría la que tiene departamentos encargados de este control, del buen o no funcionamiento de las entidades. Explica como de años atrás en la calle quinta se han permitido la instalación de estaciones de servicio determinando las que existen en todo este corredor. Que la teoría ha sido siempre la de permitir que sobre la calle quinta, sobre las avenidas que entran y salen de la ciudad pueda haber este tipo de servicios. Con relación al motivo que pudo haber tenido la administración municipal para haber multado a la convocante por no tener la licencia del uso del suelo y que según su declaración la que obra en autos es el concepto que se requiere para posteriormente obtener la licencia de construcción manifestó: "Si usted me dice que en tiempos muy cercanos fue multado, yo le podría sacar en conclusión, es que, primero fue extemporáneo la petición del municipio, segundo tuvo que haber unas personas en la entidad que o no conocían o no le pusieron atención a este tema, que esta en el contencioso

administrativo, de cinco años, esto no es una norma del municipio, es una norma nacional y no se han debido dejar multar. Tenían todas las armas para haber dicho miren esto funciona hace muchísimos años, esto ustedes tuvieron tiempo para haberlo conminado, para haber denunciado y ya no están en tiempo. Yo pienso, que si las cosas son como usted me esta contando doctor, ahí debió haber faltado acción por parte de la entidad para haber discutido esa, esa sanción que usted me dice que hubo.....” (Folio 024 a folio 042 del cuaderno no 5 pruebas parte convocada).

DECLARACIÓN DEL SEÑOR: FERNANDO HERNANDEZ RAMIREZ: De profesión administrador de empresas, empleado de la sociedad convocada hace tres años y ocupando el cargo de gerente de territorio hace un año. Ocupándose antes de este tiempo como administrador de estaciones de servicio como empleado de Automarket Limited, que es la compañía operadora de estaciones de servicio para Exxonmobil. Este testigo explicó la forma cómo realiza Exxonmobil los trámites para poner a operar una estación de servicio, cuando una persona manifiesta su intención de tener este tipo de negocios con la compañía. Participó en las dos reuniones celebradas entre representantes de ambas partes, donde se trató el tema de los requerimientos de la Alcaldía para que se presentara el certificado del uso del suelo. En concepto de este declarante el documento que obra en el expediente es totalmente válido y que con base en él se había expedido la licencia de construcción donde lo tuvieron como válido; y que eso era lo que se les había dicho a los representantes de Caribe en las citadas reuniones y que desconocía si Exxonmobil había hecho gestión privada o jurídica ante las autoridades de Cali para averiguar dónde estaban las irregularidades a que se refieren los requerimientos hechos a la convocante. También hizo referencia al promedio de ventas de la estación de servicio y al contrato de comodato que igualmente existe entre las litigantes de este proceso. (Folio 043 a folio 051 del cuaderno No. 5 pruebas parte convocada).

DECLARACIÓN DEL SEÑOR: JOSÉ NICOLÁS LLERAS VILLAVECES: De profesión ingeniero civil, empleado de la entidad convocada, ocupando el cargo de gerente de ventas para el área sur de Colombia desde el 1º de mayo de 2007, persona que participó de las dos reuniones realizadas entre los representantes de ambas partes previas a la solicitud de convocatoria del presente tribunal, dando a conocer los detalles de las mismas, afirmando: *“les dijimos que nosotros estábamos en capacidad de apoyar el proceso para que*

Caribe se defendiera ante eso, porque nosotros creímos que el uso del suelo era legítimo y que estaba en cierto sentido validado por todo el tema de que había una licencia de construcción expedida por la curaduría urbana no 3 de Cali, que nosotros creíamos que esa era una prueba contundente para llegar ante un funcionario de la alcaldía, no sé exactamente, de planeación creo que era, para manifestar eso". Que como muestra de la intención de apoyarlos le habían dicho a Caribe que ponían a disposición el departamento legal de la compañía si en algún momento habían comunicaciones adicionales de cualquier tipo, de planeación, que estaban dispuestos a apoyarlos, a trabajar con ellos para defenderse, teniendo en cuenta que la intención de la convocante no era cerrar el negocio, pero lo siguiente que sabía del caso era la invitación al tribunal de arbitramento. Que no había recibido alguna comunicación oficial de alguna situación que estuviera pasando en la compañía, reafirmando posteriormente que Caribe no hizo uso de ese ofrecimiento, que no había recibido comunicación alguna en la que se pidiera el apoyo en la defensa legal. Con relación al conocimiento acerca de la multa impuesta por la alcaldía a Caribe por la ausencia del uso del suelo en la documentación expresó: *"No, no fuimos comunicados de esta multa y como lo expresé al principio de la comunicación, luego de nuestra reunión en junio del año pasado, junio, julio del año pasado, no hubo mayor comunicación de parte de Caribe hacia nosotros, hasta que fuimos comunicados del tribunal de arbitramento, o sea que no tengo conocimiento de ningún hecho entre junio, julio de 2007 a la fecha"*, además que no habían hecho ninguna gestión de manera voluntaria porque en Exxonmobil siempre han creído que se tiene un uso del suelo que sirvió para que se les diera la licencia de construcción, y que es el argumento que siempre le han expuesto a Caribe. Igualmente hace referencia al promedio de ventas de la estación de servicio, comparándola con otra que queda a una corta distancia, y cómo en el volumen de ventas no debe de influir la ausencia de un documento, como el que según la alcaldía hace falta en la documentación de la estación (folio 069 a folio 084 del cuaderno No 5 pruebas parte convocada).

Del dicho de los testimoniantes recepcionados a solicitud de la convocada se anota que son claros, coherentes, completos y responsivos acerca de los hechos que declaran, pues han tenido conocimiento personal de los mismos y han indicado las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cómo han ocurrido, haciendo notar que si bien es cierto en ellos podrían existir motivos de sospecha de parcialidad por ser dos de ellos empleados de la parte

convocada, la parte contra quien se oponen (convocante), no los tachó en su oportunidad, y como lo tiene dicho nuestro máximo Tribunal de justicia, en estos casos no se debe desechar el testimonio, sino valorarlo con mayor rigurosidad. En concepto de este Tribunal merecen asignarles pleno valor probatorio, pues han adquirido el conocimiento de los mismos por haber participado en forma directa en los hechos que relatan y coincide en parte con lo expresado por el representante legal de la convocante en interrogatorio de parte y con la prueba documental arrimada al proceso.

6.3 Pruebas decretadas de oficio por el tribunal

6.3.1 Documental

- Fotocopias de los conceptos de uso de suelo, solicitados para establecimiento de estaciones de servicio de combustible concedidos en la ciudad de Cali, durante los años 1997 y 1998, remitidos por la subdirección de Ordenamiento Urbanístico, distinguidos con los números: 0007396 de fecha octubre 20 de 1998, 0006352 de fecha septiembre 4 de 1998, 0006576 de fecha septiembre 23 de 1998, 0006885 de fecha octubre 1º de 1998, 0005692 de fecha agosto 11 de 1998, 0005492 de fecha agosto 3 de 1998, expedidos todos en un formato igual, denominados: *“CONCEPTOS DE USO DEL SUELO”*, indicando el nombre del establecimiento, propietario o representante legal, cédula de ciudadanía, dirección, barrio, área del establecimiento, actividad principal, código, actividad secundaria, código de esta actividad, área de actividad, siendo negado en unos casos y restringido en otros. Indicando a continuación: *“Esta actividad estará condicionada a NO GENERAR NINGUNA CLASE DE IMPACTO AMBIENTAL URBANO, SOCIAL Y/O MOLESTIAS A LOS VECINOS; situaciones que verificará el departamento Administrativo de gestión para el Medio ambiente (DAGMA), Secretaría de Transito y transporte, secretaría de Gobierno Convivencia y seguridad y la Policía Metropolitana, entes municipales encargados de efectuar el control e imponer las sanciones correctivas correspondientes”*. Finalmente dice que el concepto no genera costo alguno, ni autoriza el funcionamiento del establecimiento y aparecen firmados por el Jefe de la División Equipamiento, Zonificación y Nomenclatura y por el Subsecretario de Ordenamiento y Regularización Física.
- Copias del expediente estación de servicio con licencia de construcción de abril 16 de 1998, remitida por la subdirectora de ordenamiento Urbanístico del

Departamento Administrativo de Planeación Municipal, con oficio de fecha 17 de octubre de 2008, remitiendo copia de las licencias de construcción No CU-300050 de febrero 19 de 1998 y CU3- 105 de abril 16 de 1998, copia de plano corte- fachada, copia plano general primer piso, copia informe de visita, memorando interno de noviembre 1º de 2006; y en atención a los oficios de fecha 16 de Septiembre y 10 de Octubre de 2008, certificó: *“Para terminar, le informo que desde el 30 de octubre de 1997 según acuerdos 30 de 1993 y 10 de 1994, Estatutos de Usos del Suelo, acuerdo 069 de 2000, Plan de Ordenamiento Territorial y ficha normativa del Polígono No 168 aprobado por acuerdo 115 de 2003, era permitido el funcionamiento de estaciones de servicio en la dirección que nos ocupa, hasta la expedición del decreto Municipal No 0380 en julio 17 de 2008, en el cual el señor Alcalde de Santiago de Cali suspende la expedición de conceptos de usos de suelo para estaciones de servicio, hasta tanto se haya adoptado el estudio de oferta y demanda del comercio de combustible para automotores en nuestra ciudad”* (folio 024 a folio 126 del cuaderno No 6 pruebas de Oficio).

- La Curadora Urbana No. Tres envió con destino a este Tribunal copia autenticada del expediente o carpeta No C3 0599 del 16 de abril de 1998, contentivo del trámite de la licencia de construcción concedida el 16 de abril de 1998, para el funcionamiento de la estación de servicio Esso Caribe Capri, ubicado en la calle 5 No 78 A 69 de la ciudad de Cali el que consta de: La solicitud de la licencia de construcción, pago del impuesto predial del año 1997, Resolución No 03 de fecha 4 de febrero de 1998 por medio de la cual se otorga licencia ambiental a la sociedad Caribe Ltda., para el desarrollo del proyecto denominado ESTACION DE SERVICIO CARIBE CAPRI, proyecto a ser ejecutado en la ciudad de Cali, expedida por el Dagma, plano, escrito con radicado No 10573 Concepto de Uso del Suelo para construcción de una estación de servicio clase A, expedido por el Jefe División, Equipamiento y Nomenclatura de la Secretaria de Ordenamiento Urbanístico, de fecha 30 de octubre de 1997 mediante el cual se hace saber a la señora Ana de Kreisberger Gerente General Renault que atendiendo la solicitud realizada por ella y teniendo en cuenta la normatividad vigente respecto al uso del suelo para la estación de servicio Clase A, código 6228 del predio ubicado en la calle 5 con carreta 78ª, Área Residencial R2 Corredor Urbano Principal se conceptúa como Restringido, condicionado a no generar impacto ambiental, urbano, social, o molestias a los vecinos . Igualmente que se dio cumplimiento a lo ordenado por la ley 9 respecto a la consulta de vecinos y

una vez verificado y constatado se obtuvo la aceptación por parte de los mismos.

- Escrito de fecha 23 de octubre de 1997, en donde se hace constar “NOSOTROS LOS RESIDENTES COMO APARECE INDICADO, OBRANDO EN NUESTRO PROPIO NOMBRE, MANIFESTAMOS NUESTRA ACEPTACIÓN Y CONFORMIDAD PARA EL DESARROLLO DE LA CONSTRUCCIÓN Y POSTERIOR FUNCIONAMIENTO DE LA ESTACIÓN DE SERVICIO CARIBE SITUADA EN LA CALLE 5 KRA 78ª CUYO PROYECTO NOS HA SIDO EXPUESTO POR LOS INTERESADOS” vienen a continuación los nombres, dirección y firmas de las personas firmantes. En la parte final del documento dice que se verificó la información el 28 de octubre de 1997 y hay una firma ilegible.
- Certificado de tradición del lote de terreno donde se iba a construir la estación de servicio.
- Documento que contiene la línea de demarcación expedido por la secretaria de Ordenamiento Urbanístico- Control Físico Municipal de fecha seis de junio de 1997.
- Escrito de fecha 16 de febrero de 1998, mediante el cual la curadora urbana No tres notifica a la sociedad Caribe Machinery Co., que en cumplimiento del Decreto Nacional 2111 de agosto de 1997, le comunicaba que la sociedad Esso Colombiana Limited, había presentado solicitud de licencia de construcción de una edificación para estación de servicio, a desarrollarse en predio de su propiedad ubicado en la calle 5 con carrera 78ª, para que se hiciera parte en el proceso de aprobación y manifestara si se consideraba lesionado en sus derechos.
- Documentos que contienen la liquidación y pago de los gastos que genera la expedición de la licencia.
- Resolución No CU3-00050 de fecha 19 de febrero de 1998 por medio de la cual se expide una licencia de construcción nueva denominado Estación de servicio Esso Caribe Capri a favor de la sociedad Caribe Machinery Co Ltda., en cuyos considerandos se manifiesta que se cumplió con la consulta de vecinos y con las normas urbanísticas del Estatuto de Usos de suelo de Santiago de Cali.
- Certificado de existencia y representación legal de la sociedad Caribe Machinery Co Ltda. Caribe Ltda.
- Solicitud de licencia de construcción ante la curadora urbana No tres para modificación, de fecha ocho de abril de 1998, nombre del proyecto Esso Caribe Capri, con la liquidación del valor de este trámite.

- Resolución No CU3- 105 de fecha 16 de abril de 1998 expedida por la Curadora urbana No Tres, por medio de la cual se concede licencia de construcción para desarrollar un proyecto de modificación denominado Estación de servicio Esso Caribe Capri ubicado en la calle 5 No 78 a 69 de la ciudad de Cali.
- Escrito de fecha 17 de abril de 1998 dirigida a la Secretaría de Ordenamiento Urbanístico, que contiene queja de vecinos del barrio Capri, por las anomalías que se vienen presentando en la construcción de la estación de servicio Esso Caribe, ubicada en la calle 5ª con carrera 79, que violan normas de carácter urbanístico y causan incomodidad e inseguridad, el que esta respaldado con nombres, dirección, cédula y firma de los quejosos.
- Solicitud con sus respectivos anexos presentada por el representante legal de la sociedad Autocentro Capri Ltda., a través de apoderado judicial, de fecha abril 21 de 1998, dirigida a la Curadora Urbana No. Tres, para que se abstenga de aprobar la licencia de construcción para desarrollar un proyecto de modificación denominado Estación de servicio Esso Caribe Capri, expedida por Resolución No CU3 – 105 de abril 16 de 1998, la que a la fecha de presentación del memorial aun no se encuentra ejecutoriada, enumerando los hechos donde consigna las irregularidades y violación de normas de carácter urbanístico.
- Escrito dirigido por la Curadora urbana No. Tres a la Secretaría de Ordenamiento Urbanístico, dando respuesta a inquietudes formuladas por los vecinos, donde manifiesta que para aprobar la licencia de construcción de modificación se habían aportado todos lo documentos que se requieren y que los planos presentados se atemperaban a las normas que regulan la materia.
- Órdenes dadas de fechas abril 29 y mayo 5 de 1998, por el funcionario competente para que se realice visita al predio y se confronte construcción contra planos presentados al momento de solicitar la licencia e informar a los interesados.
- Edicto mediante el cual se surte la notificación de la resolución que concede la licencia, fijado el 24 de abril de 1998 y desfijado el 8 de mayo de 1998.
- Escrito sin fecha completa pero del año de 1998, dirigido por la Curadora Urbana No. Tres al apoderado judicial de la sociedad Autocentro Caribe Capri, contestándole el oficio referenciado anteriormente haciéndole saber que la petición formulada es improcedente en razón de no tener la calidad de colindante de la construcción para la cual se había otorgado la licencia y que correspondía a otras instancias considerar o no la procedencia y legalidad de su petición, pero que de todos modos se encontraba investigando el

cumplimiento de las obligaciones urbanísticas y arquitectónicas que el titular de la licencia debe de cumplir, en los términos del artículo 19 del decreto 2111 de 1997.

- Escritos originados en trámite administrativo que se surte en la secretaría de Ordenamiento Urbanístico.

Los documentos anteriores traídos al plenario de oficio por el Tribunal, no recibieron objeción por ninguna de las partes, han sido remitidos por la Curadora Urbana No. Tres debidamente autenticados, y parte de estos mismos documentos también fueron enviados por la Subdirectora de Ordenamiento Urbanístico del Departamento Administrativo de Planeación Municipal en fotocopia simple, por lo que el Tribunal las asigna pleno valor probatorio para tenerlos en cuenta para dilucidar la controversia motivo de este arbitramento.

6.3.2 Testimonial. A instancias del Tribunal también se decretó y practicó la declaración del señor: **DARIO LOPEZ MAYA**, de profesión arquitecto, ocupando actualmente el cargo de arquitecto revisor en la Curaduría Urbana No. Tres y haber laborado para el Municipio de Cali, en Planeación Municipal, desde el año de 1979 hasta el 30 de junio del año 2001, siendo su último cargo el de Jefe de la División de Equipamiento, Zonificación y Nomenclatura, encargada de expedir los usos del suelo para la ciudad de Cali, hecho que tuvo en cuenta el Tribunal para decretar su testimonio, pues es la persona que precisamente firma el documento que se expide como uso de suelo y que es materia de discusión en este proceso, utilizando igualmente la referencia que proporcionó el declarante Juan Carlos Ponce De León para su citación (artículo 179 inciso primero del C.P.C.).

Manifestó el deponente al respecto:

“Lo del concepto del uso del suelo era un documento mas que todo era para demostrar, para comprobar de que efectivamente ese establecimiento estaba ubicado en un sitio permitido, como tal, siempre se manejo así. Ese concepto de uso de suelo se expedía mediante un formatico que la gente llenaba, pagaba un valor y se expedía el concepto. Igualmente la gente lo solicitaba por escrito, mediante oficio, pero indistintamente de eso, lo que le interesaba al particular o al usuario, era que ese uso de suelo, que esa actividad, que esa persona pensaba montar en determinado sitio, aplicara según la norma,

sea que se diera mediante oficio, ya sea mediante el formatico donde lo firmaba el jefe de la división y el subdirector o que lo firmara el director o que lo firmara la persona encargada directamente de hacer la clasificación, que era la sra Rosalía González, que era la persona, la técnica encargada de hacer la clasificación directamente. O sea indistintamente de cómo se expedía ese concepto de uso de suelo, lo importante para el usuario, era que su actividad aplicara en ese momento en ese sitio. La calle quinta pues es un corredor urbano principal y según el estatuto del suelo ahí aplicaban la mayoría de actividades económicas de la ciudad, excepto aquellas de generación pues de gran impacto, fábricas grandes, en fin. Pero hasta donde yo recuerdo en ese corredor urbano principal se permitía todos los asuntos relacionados con vehículos, estaciones de servicio, basados, amparados en el acuerdo 30 del 93 que es el estatuto de usos del suelo, que después se modificó en el año 94. En este momento y como la memoria me falla, pero siempre ese era como nuestro instrumento guía para expedir los conceptos de uso del suelo....., estuvo vigente hasta cuando salió el POT”.

En cuanto a la existencia o no de un formato especial para la expedición del uso del suelo, afirmó que hacia 1997- 1998 existió un formato por seguridad que lo firmaba el jefe de la división, pero que si el usuario lo solicitaba por oficio así mismo se contestaba, que así era y es todavía. Reconoció igualmente el contenido y la firma del documento traído a los autos por la parte convocada y de oficio por el tribunal obrante a folio 36 del cuaderno número tres y entró a explicar el concepto plasmado en el documento. Seguidamente entra en explicaciones relacionadas con la expedición del uso del suelo y de las licencias de construcción, manifestando incluso que en su concepto no se requiere previamente el uso del suelo para expedir una licencia porque el curador urbano maneja la misma matriz que en planeación y control físico, operando para la época de los hechos el acuerdo 30 de 1997 modificado por el acuerdo 10 de 1994, y que le corresponde al curador establecer que una actividad aplique, que sea permitida por la norma para la expedición de la licencia, pero que Planeación Municipal ha establecido esa serie de “arandelitas” que los curadores tienen que cumplir. Ante reiterada pregunta acerca del orden de presentación de los documentos o sea de documentos pre requisitos expresó que no existía, que incluso hay quienes sacan de último el uso del suelo y que cuando van a solicitar la licencia ésta es negada porque la actividad para la cual se solicita no está permitida por el Estatuto de Usos de Suelo hoy POT.

Este testimonio igualmente por proceder de persona que tiene los conocimientos técnicos acerca del tema de discusión y por indicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos que relata y ser la persona que firmó como funcionario público el uso del suelo utilizado para obtener la posterior licencia de construcción de la estación de servicio Esso Caribe Capri, y al ser sometido al principio de contradicción de la prueba y no haberse tachado por ninguna de las partes en su oportunidad se le asigna pleno valor probatorio, respecto de los hechos a los cuales se refiere en su exposición.

Partiendo de la normatividad citada, y descendiendo al caso puesto en consideración del Tribunal, preciso resulta abordar el análisis en conjunto de las pruebas que se han dejado reseñadas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica al tenor de lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.C. a fin de determinar si se han acreditado en el proceso los supuestos de hecho en que se basan las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio; o si por el contrario salen avantes los medios exceptivos propuestos por la parte convocada.

Teniendo en cuenta que la discusión se centra en determinar si el convocado incumplió o no el contrato de arrendamiento contenido en la Escritura Pública No. 1576 del 13 de marzo de 1998, tras no haber prestado cabal observancia a lo sentado en la cláusula sexta, según la cual para el funcionamiento de la estación de servicio, sería el arrendatario, en este caso Exxonmobil, la encargada de obtener los permisos necesarios para el desarrollo de esta actividad, haremos énfasis en la normatividad vigente para la época de celebración del contrato, pues sólo de esta manera se podrá esclarecer si en realidad fue negligencia de Exxonmobil al no haber obtenido el requisito necesario que posteriormente conllevaría a la sanción que le fue impuesta a Caribe S.A., alegando ausencia de los requisitos establecidos.

Sea lo primero señalar que se encuentra plenamente probado en la actuación procesal, que entre las partes, sociedad Caribe S.A., (antes Caribe Machinery Co Ltda.) en su calidad de arrendadora, y Exxonmobil de Colombia S.A., (antes Esso Colombiana Limited) como arrendataria, se celebró un contrato de arrendamiento, sobre un área de terreno ubicada en la Calle 5ª No. 78 A-69 de la ciudad de Cali, lo cual se prueba con los documentos aportados por la parte convocante, en especial el contrato de arrendamiento aportado por ambas partes, que como bien

se afirma, no fue objeto de tacha por parte de la parte convocada, y con la confesión que cada parte hizo en la demanda y contestación de la misma.

Vistos como fueron los documentos arrimados al proceso, allegó el convocante, entre otros, copia de la comunicación No. 4132.3.10.013645 de fecha 3 de noviembre de 2006, emitida por el Departamento Administrativo de Planeación, por medio de la cual, se le solicitó al representante legal de la estación de servicio Esso Caribe Capri, allegar a dicha entidad copia del *“uso del suelo con decisión permitido para proceder a la adquisición de la correspondiente licencia de construcción”*, el cual debía ser presentado en el término de tres días hábiles, so pena de dar apertura al proceso correspondiente.

Posteriormente, mediante comunicado de fecha febrero 19 de 2007, expedido por la misma entidad, suscrito por el señor Alfredo Paya García, Subdirector de Ordenamiento Urbanístico, se informa al establecimiento que el oficio radicado con el No. 000018855 de octubre 30 de 1997, es únicamente una respuesta a la consulta sobre la posibilidad de ubicar un establecimiento de comercio en un sitio permitido según las normas urbanísticas vigentes para esa época, y que para obtener un concepto de uso de suelo se debía agotar un proceso previo.

Consecuencia de los anteriores comunicados, se tiene la carta de fecha mayo 30 de 2007, que los señores de Caribe S.A., dirigen a Exxonmobil de Colombia S.A., a través de la cual atribuyen a ésta última, el incumplimiento de la cláusula sexta del contrato y por ende una justa causa para dar por terminado el contrato por ellos celebrado. En esta comunicación, ponen una fecha límite para llegar a un arreglo amigable y extrajudicial o de lo contrario convocar el tribunal de arbitramento, que en efecto se convocó.

En respuesta, los señores de Exxonmobil, mediante carta de fecha junio 8 de 2007, manifiestan haber cumplido a cabalidad la mencionada cláusula sexta y señalan que no hay razón para alegar justa causa alguna para dar por terminado el contrato.

Asimismo, se arrimó como prueba documental copia de la Resolución No. SCSC-4161.1.21 1612 del 27 de septiembre de 2007, proferida por la Subsecretaria de Convivencia y Seguridad Ciudadana de la Alcaldía de Santiago de Cali, por medio de la cual se ordena sancionar en cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes al establecimiento de comercio Esso Caribe, por no cumplir con los

requisitos establecidos en la Ley 232 de 1995 para el legal funcionamiento, multa o sanción que tal como se expone en el hecho vigésimo segundo del libelo demandatorio, fue cancelada sin demora por la sociedad Caribe S.A., a favor de la Tesorería Municipal de Cali.

Aunque en la demanda la convocante señala algunos otros eventos que generaron otros actos administrativos anteriores a la aludida resolución, para el caso concreto, es necesario centrarnos en ésta última y los antecedentes más cercanos que dieron lugar a su expedición, pues es a raíz de estos que surge el pleito objeto de este tribunal de arbitramento.

Atendiendo a lo dispuesto en la Ley 232 de 1995, a que se hace mención en el acto administrativo sancionatorio, ley por la cual, se repite, se dictan las normas para el funcionamiento de los establecimientos de comercio, cierto es que para ejercer el comercio es obligatorio que los establecimientos abiertos al público cumplan con normas referentes al uso del suelo.

Igualmente, en virtud de la prueba de oficio decretada, en auto No. 24 del nueve de octubre de 2008, la Subdirección de Ordenamiento Urbanístico del Departamento de Planeación Municipal de Santiago de Cali, remitió a este Tribunal los documentos que le fueron requeridos así:

- Copia de la licencia de construcción No. CU3-000050 de febrero 19 de 1998.
- Copia de la licencia de construcción No. CU3-105 de abril 16 de 1998.
- Copia plano corte fachada.
- Copia informe de visita, memorando interno de noviembre 1 de 2006.

Así mismo, en la carta remisoría, la Subdirectora de Ordenamiento Urbanístico, señora Amanda Borrero Hurtado, informa que desde el 30 de octubre de 1997, según Acuerdos 30 de 1993 y 10 de 1994, Estatuto de Usos del Suelo, Acuerdo 069 de 2000, Plan de Ordenamiento Territorial y Ficha Normativa de Polígono No. 168 aprobado por Acuerdo 115 de 2003, era permitido el funcionamiento de estaciones de servicio en la dirección que nos ocupa, ello antes de la expedición del Decreto Municipal No. 0380 de julio 17 de 2008, por medio del cual el señor Alcalde de Santiago de Cali, suspende la expedición de conceptos de usos para estaciones de servicio, hasta tanto se haya adoptado el estudio de oferta y demanda del comercio de combustibles para automotores en esta ciudad.

Examinados entonces los aludidos documentos, se tiene en primer lugar, la Resolución No. CU3-000050 de 19 de febrero de 1998, por medio de la cual se expide la licencia de construcción de la estación de servicio Esso Caribe Capri, otorgada por la Curaduría Urbana Tres, en cuya parte considerativa se señala:

“QUE EL SEÑOR (A) (ES) CARIBE MACHINEY CO LTDA., PRESENTÓ SOLICITUD DE LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN RADICAD BAJO EL NO. C3-0599 DE 1998 2 16. QUE HECHA LA COMUNICACIÓN DE LA SOLICITUD DE LA LICENCIA A LOS VECINOS, NO SE PRESENTARON OBJECIONES. QUE REVISADOS LOS DOCUMENTOS EXIGIDOS PARA LA EXPEDICIÓN DE LA LICENCIA SOLICITADA Y VERIFICADO EL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS URBANÍSTICAS Y ARQUITECTÓNICAS DEL ESTATUTO DE USOS DEL SUELO DE SANTIAGO DE CALI (ACUERDOS 30 DE DIC 21 DE 1993 Y 10 DE DIC 15 DE 1994), ES PROCEDENTE SU OTORGAMIENTO”.

Así entonces, resolvió:

“ARTÍCULO 1. CONCEDER LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN PARA DESARROLLAR UN PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN NUEVA DENOMINADO ESTACIÓN DE SERVICIO ESSO CARIBE CAPRI AL SEÑOR (A) (ES) CARIBE MACHINEY CO LTDA. IDENTIFICADO CON NIT 890.300.394.3 DE PARA EL PREDIO NO. K14500100-23 M.I. 370-0236510 / 0499706 DEL BARRIO URBANIZACIÓN CAPRI UBICADO EN (DIRECCIÓN O COORDENADAS) CALLE 5 # 78ª-69 CON VIGENCIA DE 24 MESES, PRORROGABLES POR UNA VEZ HASTA 36 MESES CONTADOS A PARTIR DE LA FECHA DE SU EJECUTORIA...”

Y en la parte final de este documento, se estipula:

“OBSERVACIONES Y PARÁMETROS: PRESENTÓ OFICIO 18855 DEL 30 DE OCTUBRE DE 1997, DE USO DEL SUELO DE LA SECRETARÍA DE ORDENAMIENTO URBANÍSTICO PARA ESTACIÓN DE SERVICIO CLASE A, RESTRINGIDO CONDICIONADO A NO GENERAR IMPACTO AMBIENTAL, URBANO SOCIAL Y/O MOLESTIAS A LOS VECINOS. IGUALMENTE EN EL MISMO OFICIO SE MANIFIESTA QUE SE DA CUMPLIMIENTO A LO ORDENADO EN LA LEY 9 RESPECTO A LA CONSULTA DE VECINOS, Y UNA VEZ VERIFICADO Y CONSTATADO SE OBTUVO ACEPTACIÓN POR PARTE DE LOS MISMOS.

PARA SU APROBACIÓN ACREDITA LICENCIA AMBIENTAL EXPEDIDA POR EL DEPARTAMENTO ADTIVO DE GESTIÓN DEL MEDIO AMBIENTE MEDIANTE RESOLUCIÓN #03 DE FEBRERO 4 DE 1998”.

De lo anterior, se infiere que previo a la expedición de la licencia de construcción y para que en efecto ésta sea concedida, se allegó el certificado, concepto u oficio expedido por el funcionario competente para tramitar la licencia, pues así lo indican las normas a las cuales se hace alusión en la misma licencia, ya que en ella se plasma que se expidió previa verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y arquitectónicas del uso de suelo de la ciudad de Cali, y es precisamente en esas mismas, conforme se vio en el marco normativo, donde se establece que es un requisito indispensable para la expedición de la licencia de construcción, *obtener el certificado o licencia de uso del suelo (Art. 432 Acuerdo 30 de 1993)*.

Luego entonces, se presume que tratándose de un documento expedido por una autoridad competente, el mismo goza de legalidad y es precisamente dicha autoridad, quien en el ejercicio de sus funciones, previo a la expedición de la licencia debía verificar o ratificar el cumplimiento de los requisitos previos exigidos por las normas para expedir una licencia, los que se cumplieron como puede inferirse de la copia autenticada de los documentos remitidos al trámite arbitral por la curadora urbana número tres de la ciudad de Cali.

Ahora bien, se ofició a la subsecretaría de Ordenamiento Urbanístico del Departamento de Planeación Municipal de Santiago de Cali, para que remita copia de conceptos, licencias o certificaciones de usos de suelo para estaciones de servicio que hayan sido expedidas en 1997 y 1998, por lo que fueron allegados varios folios, rotulados como "CONCEPTO DE USO DEL SUELO", expedidos por la subsecretaría de Ordenamiento y Regularización Física, División de Equipamiento, Zonificación y Nomenclatura, cuyo contenido alude a la clasificación del área donde habrá de construirse el establecimiento. En los casos vistos, se clasifica como "restringido", "actividad condicionada a no generar ninguna clase de impacto ambiental urbano, social y/o molestias a los vecinos".

De otra parte, recogida la prueba testimonial, los declarantes se refieren a dicho documento de distintas maneras, unos la llaman concepto, otros certificado, o simplemente uso del suelo, lo cierto es que indistintamente de cómo se le denomine, pues como se observa, el mismo Estatuto de Usos del Suelo (Acuerdo 30 de 1993), alude a este como certificado o licencia de uso del suelo, hay que cumplir es con la aprobación o no de la autoridad competente, de si el área en la que se va a levantar el establecimiento es o no permitido el objeto a desarrollar;

denótese además que los declarantes coinciden en su dicho al expresar que antes de la licencia de construcción se debe tener el concepto de uso del suelo.

Entre la prueba documental allegada, está la comunicación No. 000018855 de fecha octubre 30 de 1997, suscrita por el señor Darío López Maya, quien en su calidad de Jefe de la División de Equipamiento, Zonificación y Nomenclatura de la Secretaría de Ordenamiento Urbanístico de Cali, señaló:

“REF: Radicado Interno No. 10573 Concepto de Uso del Suelo para la construcción de una Estación de Servicio Clase A.

En atención a la solicitud de la referencia y teniendo en cuenta la normatividad vigente respecto al uso del suelo para la estación de servicio clase A, código 6228 del predio ubicado en la calle 5 con carrera 78A, área restringida R-2 corredor urbano principal, se conceptúa como restringido, condicionado a no generar impacto ambiental, urbano, social y/o molestias a los vecinos.

Igualmente se da cumplimiento a lo ordenado por la Ley 9 respecto a la consulta de vecinos, y una vez verificado y constatado se obtuvo la aceptación por parte de los mismos.

Lo anterior en concordancia con el Decreto 1180 de 1986”

Obsérvese en primer lugar que se trata de un documento expedido por una autoridad competente, segundo, hace referencia a la dirección donde hoy en día está ubicada la estación de servicio Esso Caribe Capri, tercero, de manera expresa se indica que para emitir dicho concepto se tuvo en cuenta la normatividad vigente y por último, por lo consignado en la resolución por la cual se expide la licencia de construcción, fue aportado previo a la expedición de la misma.

No hay además norma alguna que establezca cómo debía otorgarse el concepto de uso del suelo, no alude a formato especial, simplemente, exige que previo a la expedición de la licencia debe existir un concepto del uso del suelo que será expedido por la autoridad competente, así entonces, no podría desconocerse dicho concepto sino tenerse en cuenta, como en efecto lo hizo el curador para poder expedir la licencia.

Y así también lo expresó el testigo señor Juan Carlos Ponce de León, exfuncionario de Planeación Municipal, cuando le fue puesto de presente el plurimencionado documento, *“esto es un concepto de uso de suelo, emitido por el*

jefe de la División de Equipo de Zonificación y Nomenclatura Darío López” (folios 024 a 042 del Cuaderno no. 5 Pruebas de la Parte Convocada).

Aunado a lo anterior, conforme lo permite el Art. 180 de nuestro Estatuto Procesal Civil, se decretó una nueva prueba de oficio, consistente en recepcionar el testimonio del señor Darío López Maya, pues conforme lo enseña la jurisprudencia *“decretando pruebas de oficio puede el juez, mediante la práctica de las respectivas diligencias y aún a pesar de que hacerlo implique suplir vacíos atribuibles al descuido de las partes, lograr que en definitiva resplandezca la verdad y por lo mismo, impere en la sentencia un inequívoco designio de justicia”*⁵. En su testimonio comenta que hacia el año 1997 a 1999, se desempeñó como Jefe de la División de Equipamiento, Zonificación y Nomenclatura, división que era la encargada de expedir los conceptos de uso del suelo, y revalida que independientemente de que este sea expedido mediante un oficio o formato, el fin era determinar si conforme a la reglamentación existente, era permitido o no, construir el establecimiento. Explica además, aunque no señala una fecha exacta, que fue a partir de determinada época (finales de 97 o principios del 98) que dichos conceptos se expedían en unos formatos especiales, pues en varias ocasiones, cuando el concepto era solicitado por medio de un oficio, se respondía de igual modo; y expresa *“De tal manera que no, pues no era única y exclusivamente mediante los formatos normales digamos que se expedían”*.

Aunque lo anterior sería completo, no sobra ratificar además de forma escrita y por quien hoy en día se pronuncia en representación del Departamento Administrativo de Planeación Municipal - Subdirección de Ordenamiento Urbanístico, que desde el 30 de octubre de 1997, era permitido el funcionamiento de estaciones de servicio en la calle 5 No. 78 A-69, es decir donde funciona la estación de servicio Esso Caribe Capri, así lo señaló la señora Amanda Borrero Hurtado, Subdirectora de Ordenamiento Urbanístico, según comunicación de octubre 17 de 2008 dirigida a este Tribunal de Arbitramento.

En este orden de ideas, es factible concluir que se encuentra plenamente acreditado dentro del proceso que el uso del suelo exigido para la expedición de la licencia de construcción fue efectivamente tramitado y otorgado por la autoridad competente, pues así lo demuestran las pruebas arrimadas al proceso, lo que conlleva a desvirtuar así los argumentos de la parte convocante y que acredito con

⁵ Corte suprema de Justicia. Sentencia de septiembre 12 de 1994. M.p. Pedro Lafont P.

prueba documental y testimonial arrimada y practicada en este proceso; y que induce a este Tribunal a determinar que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, como en efecto se declarará.

Cierto es que mediante Resolución SCSC – 4161.1.21 1612 del 27 de septiembre de 2007, expedida por la Subsecretaría de Convivencia y Seguridad Ciudadana de la Alcaldía de Santiago de Cali, impuso una sanción pecuniaria al establecimiento de comercio Esso Caribe Capri, ello tras considerar que no se dio cumplimiento con los requisitos legales para la puesta en marcha del mismo, cierto es también que los señores de Caribe S.A., pagaron la sanción impuesta, no obstante, cuestionable resulta los argumentos que dieron lugar a proferir dicho acto, pues como ha quedado demostrado a través del análisis probatorio todo apunta a desvirtuar el incumplimiento de los requisitos legales que dieron paso a la construcción de la estación de servicio.

Sumado a lo anterior, si en gracia de discusión, para validar el concepto de uso de suelo que se tramitó en este entonces, no se tuvo en cuenta que éste cumplió con la normatividad preexistente en la época en que fue expedido, y sólo se hubiese visto desde el punto de vista de la actual normatividad, nada diferente define hoy en día el Decreto 564 de 2006, por el cual se reglamentan las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas; al reconocimiento de edificaciones; a la función pública que desempeñan los curadores urbanos; a la legalización de asentamientos humanos constituidos por viviendas de Interés Social, y se expiden otras disposiciones; así dice el artículo 45, numeral 3º:

“Concepto de uso del suelo. Es el dictamen escrito por medio del cual el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente para expedir licencias o la oficina de planeación o la que haga sus veces, informa al interesado sobre el uso o usos permitidos en un predio o edificación, de conformidad con las normas urbanísticas del Plan de Ordenamiento Territorial y los instrumentos que lo desarrollen, y que no otorga derechos ni obligaciones a su petionario”.

Por lo que con extrañeza aprecia este tribunal que sólo después de 10 años de haber ejercido sus actividades la estación de servicio, se cuestione su uso de suelo. Y valga la pena entonces hacer referencia exiguamente a la relevancia del principio *“de respeto del acto propio”*, cómo componente del debido proceso, sobre el cual la corte Constitucional ha explicado,

“El derecho fundamental al debido proceso comprende, como lo ha

señalado esta Corporación⁶, no sólo las garantías del artículo 29 de la Carta, sino también otro cúmulo de valores y principios de la misma raigambre constitucional que hacen que vaya más allá del cumplimiento de los requisitos que la ley procesal impone (debido proceso legal), a través de la irrestricta observancia de los demás derechos que permitan la vigencia de un orden justo. Dentro de estos valores y principios, a juicio de la Sala, resulta especialmente relevante para el análisis del problema jurídico planteado, el de respeto del acto propio.

10. El principio de respeto del acto propio opera cuando un sujeto de derecho ha emitido un acto que ha generado una situación particular, concreta y definida a favor de otro. Tal principio le impide a ese sujeto de derecho modificar unilateralmente su decisión, pues la confianza del administrado no se genera por la convicción de la apariencia de legalidad de una actuación, sino por la seguridad de haber obtenido una posición jurídica definida a través de un acto que creó situaciones particulares y concretas a su favor.

De ello se desprende que el respeto del acto propio comprende una limitación del ejercicio de los derechos consistente en la fidelidad de los individuos a las decisiones que toman, sin que puedan revocarlas por sí mismos, más aún cuando el acto posterior se funde en criterios irrazonables, desproporcionados o extemporáneos⁷.

El principio de respeto del acto propio resulta aplicable cuando (i) se ha proferido un acto que contenga una situación subjetiva concreta y verificable que conceda confianza a su beneficiario de la titularidad de una posición jurídica determinada, esto es, que la disposición sea eficaz y jurídicamente vinculante; (ii) la decisión sea revocada unilateralmente por su emisor sin que esté autorizado por el ordenamiento para ello y con base en parámetros irrazonables o desproporcionados y (iii) exista identidad entre el sujeto que emite la decisión y su beneficiario tanto en la disposición inicial como en la posterior que la modifica, a la vez que ambos actos regulen la misma situación jurídica subjetiva.⁸

Sin embargo, no es materia ni competencia de este Tribunal de Arbitramento entrar a dilucidar sobre la legalidad de dicho acto administrativo, ni debatir las razones que se tuvo para endilgar la actuación, ni revisar si el acto adolece de vicios de fondo o requiera de correcciones de forma, ya que esa competencia está restringida a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Sobre el particular la Corte Constitucional en reciente fallo SU-174 de 2007 precisó que:

6 Sobre el derecho al debido proceso como cláusula abierta e integradora de principios y valores constitucionales Cfr. T-280/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

7 Cfr. T-475/92 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

8 Cfr. T-265/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero

“3.1.3.1... de la definición legal del arbitramento se infiere que la competencia de los árbitros es restringida por límites materiales atinentes al asunto objeto de arbitramento, dado que sólo pueden pronunciarse sobre materias transigibles. En ese orden de ideas, se afirmó que los árbitros no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucran el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, que están reservados por su naturaleza a la decisión de los órganos jurisdiccionales del Estado.

...

3.1.3.3. A continuación, la Corte explicó que el control de legalidad de los actos administrativos es ejercido por el Estado, a través de la jurisdicción contencioso administrativa, y como contrapeso a la presunción de legalidad que ampara las manifestaciones de voluntad de la administración ‘Presunción de legalidad que encuentra su contrapeso en el control que sobre él puede efectuar la jurisdicción. Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición (...) En este sentido, debemos decir que la administración debe actuar con sujeción al orden público normativo, entendido éste como “el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar a los principios fundamentales de la sociedad, de una institución o de las garantías precisas para su subsistencia...” (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas), en donde el legislador ha previsto, como una forma de mantener el respeto por ese orden normativo, las acciones de simple nulidad (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo), cuyo propósito principal es la conservación y restitución del principio de legalidad y las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 del Código Contencioso Administrativo), en las que no sólo se busca la efectividad del principio de legalidad sino la indemnización de los daños causados con la expedición del acto administrativo correspondiente”. Dentro de este contexto, considera esta corporación que la facultad que tiene el Estado, a través de la jurisdicción, para confrontar las actuaciones de la administración con el ordenamiento constitucional y legal normativo, a efectos de determinar si éstas se ajustan al principio de legalidad que les es propio, es competencia exclusiva de la jurisdicción, que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisario o el pacto arbitral. (...) Es perfectamente factible que para la resolución de estas controversias exclusivamente económicas, los tribunales arbitrales no examinen la legalidad ni cuestionen en absoluto la validez de los actos administrativos”.

Por último, teniendo en cuenta que entre las pruebas decretadas, está el dictamen pericial, cuyo objeto era determinar el valor de las utilidades (lucro cesante) que hubiere llegado a percibir la convocante durante el tiempo de ejecución previsto en el contrato, y como quiera que la pretensión de declarar terminado el contrato por incumplimiento no ha salido avante, resulta irrelevante apreciar dicha prueba

Así el entramado normativo y jurisprudencial que orienta la solución del conflicto de intereses sometido a nuestra consideración, y analizadas como fueron las pruebas recaudadas, emerge que las pretensiones segunda tercera y cuarta invocadas por la parte convocante no están llamadas a prosperar, pues las mismas están cimentadas en el incumplimiento por parte de la Exxonmobil, de la cláusula sexta, del tantas veces mencionado contrato de arrendamiento, y que como quedó demostrado, no hubo lugar a tal incumplimiento y por ende al reconocimiento del lucro cesante que se dejaría de percibir de terminarse la relación contractual existente entre las partes. Lo anterior induce al Tribunal de abstenerse de analizar las excepciones de mérito presentadas por la convocada para enervar las mismas. Se accederá a la declaratoria de la primera pretensión consistente en la petición de la existencia y vigencia del contrato celebrado entre las litigantes de este proceso arbitral.

En cuanto a la condena en costas, de acuerdo con el artículo sexto numeral 1.3 del acuerdo No 1887 de 2003, modificado por el acuerdo No 2222 del mismo año, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, a un proceso verbal como es el que se surte en el arbitramento en única instancia, le corresponde una tarifa hasta del quince por ciento del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia. El Tribunal en uso de la facultad de asignar un porcentaje sobre el mentado quince por ciento, fijará un cinco por ciento sobre el valor de la cuantía determinada en la demanda que fue de \$ 2.223.366.681 para un total de \$ 111.168.334, lo anterior teniendo en cuenta la cuantía del proceso, la duración del mismo y la actividad del apoderado judicial de la parte convocada (artículo tercero del acuerdo citado). Como de las cuatro pretensiones se niegan dos totalmente y una parcialmente (la de las costas) y se accede a una, el Tribunal condenará parcialmente en costas a la parte convocante en un porcentaje de un sesenta y cinco por ciento (65%) del valor que arroje la liquidación de costas, en que incurrió la parte convocada para afrontar el trámite del presente proceso arbitral (Artículo 392 numeral sexto del C.P.C.). Respecto a las agencias en derecho, se tasan de acuerdo con la explicación anterior en la suma de \$72.259.417 M./Cte.

V. LIQUIDACIÓN DE COSTAS

1.- Costas:

Honorarios árbitros: \$34.500.000 c/u. x 3	\$ 103.500.000
IVA honorarios árbitros: \$5.520.00 c/u x 2	\$ 11.040.000
Honorarios Secretaria	\$ 17.250.000
IVA secretaria	\$ 2.760.000
Gastos de administración (Cámara de Comercio)	\$ 17.250.000
IVA gastos de admón. (Cámara de Comercio)	\$ 2.760.000
Gastos de Funcionamiento	<u>\$ 17.250.000</u>
SUBTOTAL 1.:	\$ 171.810.000

2.-Gastos de peritación:

a. Gastos Sufragados por Caribe S.A.

Gastos experticia Dr. Ciro Neira	\$ 477.250
Honorarios perito Dr. Ciro Neira	\$ 4.000.000

b. Gastos sufragados por Exxonmobil de Colombia S.A.

Honorarios perito Dr. Andrés Posada	<u>\$ 6.000.000</u>
SUBTOTAL 2.:	\$ 10.477.250

TOTAL COSTAS (SUBTOTAL 1. + SUBTOTAL 2.) \$ 182.287.250

3. Agencias en derecho: \$ 72.259.417

TOTAL COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO: \$ 254.546.667

RESUMEN DE PAGOS EN EL PROCESO

A. PAGOS A CARGO DE LAS PARTES

1. PAGOS A CARGO DE CARIBE S.A.

A la presentación de la demanda	\$	1.006.180
Liquidación de honorarios y Gtos. 50%	\$	77.416.820
IVA Secretaria 50%	\$	1.380.000
Honorarios y Gtos. Perito	\$	<u>4.477.250</u>
TOTAL	\$	84.280.250

2. PAGOS A CARGO DE EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A.

Liquidación de honorarios y Gtos. 50%	\$	78.487.500
IVA Secretaria 50%	\$	1.380.000
Honorarios y Gtos. Perito	\$	<u>6.000.000</u>
TOTAL	\$	85.867.500

B. PAGOS EFECTIVAMENTE REALIZADOS POR LAS PARTES

1. PAGOS HECHOS POR CARIBE S.A.

A la presentación de la demanda	\$	1.006.180
Liquidación de honorarios y Gtos. 50%	\$	77.416.820
Liquidación de Hon. y Gtos de Exxonmobil	\$	52.592.663
IVA Secretaria	\$	2.760.000
Honorarios y Gtos. Perito	\$	<u>4.477.250</u>
TOTAL	\$	138.252.913

2. PAGOS HECHOS POR EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A.

Liquidación de Hon y Gtos.	\$	25.894.837
Honorarios Perito	\$	<u>6.000.000</u>
TOTAL	\$	31.894.837

C. SUMAS A PAGAR.

1. EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. debe pagar a CARIBE S.A.

De conformidad con el artículo 144 inciso tercero del Decreto 1818 de 1998, el Tribunal tendrá en cuenta las sumas de dinero canceladas por la convocante y que corrían a cargo de la convocada, con sus respectivos intereses de mora a la máxima tasa autorizada por la Superintendencia Financiera, para realizar las compensaciones a que haya lugar, liquidación que arroja el siguiente resultado:

CAPITAL	2008- MESES CAUSADOS	% INT. C/TES	% INT. MORA	% INT. MENSUAL	VALOR TOTAL INT.
52.592.663	Mayo - junio	21.92	32.88	2.74	\$ 2.882.077
	Julio – Agosto Septiembre	21.51	32.26	2.68	4.228.449
	Octubre - noviembre	21.02	31.53	2.62	2.755.855
	5 días de diciembre	21.02	31.53	2.62	229.654
				SUBTOTAL	\$ 10.096.035
1.380.000	19 días de junio	21.92	32.88	2.74	23.947
	Jul. – Agosto- Sept.	21.51	32.26	2.68	110.952
	Octubre - Noviembre	21.02	31.53	2.62	72.312
	5 días de diciembre	21.02	31.53	2.62	6.026
				SUBTOTAL	\$ 213.237
				TOTAL	\$ 10.309.272

Liquidación de Hon. y Gtos	\$ 52.592.663
Intereses de mora de mayo 1 a diciembre 5/08	\$ 10.096.035
IVA Secretaria 50%	\$ 1.380.000
Intereses de mora de junio 19 a diciembre 5/08	<u>\$ 213.237</u>

TOTAL **\$ 64.281.935**

2. CARIBE S.A. debe pagar a EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. el sesenta y cinco por ciento (65%) de las costas del proceso, es decir el 65% de los pagos a cargo de EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. (Ver punto A.2) y que equivalen a:

(\$85.867.500 x 65%) **\$ 55.813.875**

D. COMPENSACIONES

Saldo a cargo de CARIBE S.A. y a favor de Exxonmobil De Colombia S.A. por costas del proceso (Ver punto C.2.) **\$ 55.813.875**

Saldo a cargo de Caribe S.A. y a favor de Exxonmobil de Colombia S.A. por agencias en derecho **\$ 72.259.417**

SUBTOTAL **\$ 128.073.292**

MENOS:

Saldo a cargo de Exxonmobil de Colombia S.A. Y a favor de Caribe S.A. por honorarios y gastos pagados (Ver punto C.1.) **\$ 64.281.935**

TOTAL A PAGAR (Saldo a cargo de Caribe S.A. y a favor de Exxonmobil de Colombia S.A.) **\$ 63.791.357**

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de arbitramento, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar que entre las sociedades Caribe S.A., y Exxonmobil de Colombia S.A., existe vigente un contrato de arrendamiento celebrado mediante la Escritura Pública No. 1576 del 13 de marzo de 1998, referente al inmueble ubicado en la calle 5 No. 78 A- 69 del Barrio Capri de la ciudad de Cali.

SEGUNDO. Niéguese las declaraciones y condenas solicitadas por la sociedad Caribe S.A., en los numerales segundo, tercero y cuarto de las pretensiones invocadas en la demanda en contra de la sociedad Exxonmobil de Colombia S.A., por lo analizado en la parte considerativa de este laudo arbitral.

TERCERO: Abstenerse de analizar las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada y que denominó: Ausencia de daño, inexistencia de la acción indemnizatoria, cobro de lo no debido e incumplimientos contractuales de Caribe S.A. teniendo en cuenta que la mayoría de las pretensiones invocadas en la demanda han sido negadas.

CUARTO: Declarar no probada la objeción por error grave formulada por el apoderado judicial de la parte convocada, en contra del dictamen pericial financiero rendido en el proceso por el auxiliar de la justicia señor: Ciro Alfonso Neira Lemos.

QUINTO: Condénese a la sociedad Caribe S.A., en costas judiciales en un porcentaje equivalente a un sesenta y cinco (65%) por ciento, a favor de la sociedad Exxonmobil de Colombia S.A., por cuanto la primera pretensión se le decidió favorablemente y la condena en costas es parcial (artículo 392 numeral sexto).

SEXTO: Por no mediar ejecución por la parte de honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal, que correspondía pagar a la sociedad convocada, y que pagó la sociedad convocante, ni existir constancia de pago en el expediente, de acuerdo con el artículo 144 del Decreto 1818 de 1998, se ordena la compensación de las sumas de dinero que las partes se deben mutuamente y que de acuerdo con la liquidación practicada en el numeral V de este laudo, arroja la suma de Sesenta y Tres Millones Setecientos Noventa y Un Mil Trescientos Cincuenta y Siete Pesos M/cte (\$63.791.357) a favor de la sociedad Exxonmobil de Colombia S.A. y a cargo de la convocante Caribe S.A., suma de dinero que debe ser cancelada, en un plazo de treinta (30) días hábiles siguientes, contados a partir de la ejecutoria de ésta providencia.

SÉPTIMO: Disponer que una vez esté en firme ésta providencia, se protocolice el expediente en una de las Notarías de la ciudad de Cali y que, si fuere el caso, se devuelvan las sumas de dinero sobrantes por concepto de gastos, una vez

deducidos los que se hayan hecho dentro del proceso. De todas formas se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltará, si las sumas recibidas resultaren insuficientes.

OCTAVO: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo, con destino a las partes con las constancias de ley (artículo 115 del C. P.C.)

Notifíquese y cúmplase.

La providencia anterior queda notificada en estrados.

ÁRBITROS

LUZ MARIELA SÁNCHEZ LADINO

Presidente

HUMBERTO BUENO CARDONA.

ÁLVARO PÍO RAFFO PALAU

MARIA DEL PILAR RAMIREZ ARIZABALETA

Secretaria