

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A.

VS.

**CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE LA
MAGDALENA**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., septiembre 13 de 2007

Surtidas como se encuentran la totalidad de las actuaciones procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991 y la Ley 446 de 1998 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha y hora señaladas para llevar a cabo la Audiencia de Fallo, el Tribunal de Arbitramento profiere, en derecho, el Laudo conclusivo del proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias entre la **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A.**, parte convocante, y la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA**, parte convocada, previos los siguientes antecedentes:

I. ANTECEDENTES

1. EL PACTO ARBITRAL

Las controversias que se deciden mediante el presente Laudo se originan en la cláusula décima novena del Contrato de Concesión No. 008, suscrito entre las partes el día 12 de julio de 1993, y que a la letra dispone:

"CLAUSULA DECIMA NOVENA: CLAUSULA COMPROMISORIA Y ARBITRAMIENTO TECNICO.-19.1.

Arbitramento: 19.1.1. *Salvo la aplicación de la Cláusula de Caducidad y sus efectos, así como, de las cláusulas que contengan los principios previstos en el título IV del Decreto 222 de 1983, cualquier disputa o controversia surgida con relación al presente contrato, que sea susceptible de transacción y que no pueda arreglarse directamente entre las partes, o que no sea sometida a arbitramento técnico según lo establecido más adelante en esta misma Cláusula, será dirimida bajo las reglas de arbitramento vigentes en Colombia al momento en que se solicita el mismo, por una de las dos partes. 19.1.2.* El lugar en que se llevará a cabo el arbitramento es Santafé de Bogotá D.C., Colombia. Los árbitros dirimirán los asuntos en disputa de acuerdo con la ley colombiana. **19.1.3.** El Tribunal de Arbitramento estará constituido por tres (3) árbitros nombrados de común acuerdo por las partes. Si las partes no logran un acuerdo dentro de los ocho (8) días hábiles, contados a partir de la fecha en que solicitó la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, se procederá de conformidad con la ley. **19.1.4.** Las partes acuerdan que la decisión proferida por los árbitros será la única y exclusiva solución entre las partes en cuanto a cualesquiera demanda, contrademanda, asuntos o cuentas presentadas o sometidas al arbitramento, la cual será cumplida y pagada oportunamente libre de todo impuesto deducción o compensación. Dicho impuesto deducción o compensación será considerado por los árbitros al dar su fallo. **19.1.5.** Sobre intereses y costas se atienen LA SUPERINTENDENCIA y EL CONSESIONARIO a lo establecido en la ley colombiana. **19.1.6.** Todas las comunicaciones entre las partes, relacionadas con el arbitramento, deberán realizarse según lo dispuesto en la Cláusula Trigésima del presente contrato. **19.2. Arbitramento técnico:** **19.2.1.** Sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 77 del Decreto ley 222 de 1983, toda diferencia de carácter técnico que llegue a surgir entre las partes, con motivo de la interpretación o aplicación de este contrato, que no pueda arreglarse en forma directa entre las partes, será sometida al dictamen definitivo de tres (3) árbitros técnicos independientes, profesionales en la materia y experimentados en proyectos de características similares al proyecto motivo de este contrato, designados de común acuerdo entre las partes. En caso de desacuerdo entre ellas, dicho nombramiento lo hará La Junta Directiva de la Sociedad Colombiana de Ingenieros que tiene su sede en Bogotá y se procederá de conformidad con el Código de Comercio. **19.2.2.** Sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 77 del Decreto Ley 222 de 1983, toda diferencia de carácter contable que llegue a surgir de entre (sic) las partes, en relación con

la interpretación y/o ejecución del contrato y que no pueda arreglarse en forma directa entre las partes, será sometida al dictamen definitivo de tres (3) árbitros técnicos quienes deberán ser contadores públicos designados de común acuerdo entre las partes. En caso de desacuerdo entre ellas (sic), dicho nombramiento lo hará La Junta Central de Contadores, y a falta de ésta, La Cámara de Comercio de Bogotá D.C. 19.2.3. Ambas partes declaran que el dictamen de los árbitros técnicos tendrá el efecto vinculante otorgado por la ley. 19.2.4. El arbitramento técnico que se acordare se celebrará conforme a las leyes colombianas y según lo establecido en el Código de Comercio Colombiano. 19.3. En el evento en que alguna disputa o controversia se encuentre sujeta a arbitramento o arbitramento técnico según lo dispuesto en la presente cláusula, todas las demás obligaciones y derechos derivados del presente contrato se mantendrán vigentes y el contrato deberá continuar desarrollándose normalmente.”

2. PARTES PROCESALES

2.1. Parte Convocante

La parte convocante en este trámite arbitral es **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A.**, en adelante **SOCIEDAD PORTUARIA o SPRB**, sociedad anónima de derecho privado, con domicilio principal en la ciudad de Barranquilla, constituida mediante escritura pública 2.775 del 23 de octubre de 1992, otorgada en la Notaría 3ª de Barranquilla, representada legalmente por **FERNANDO MARIO ARTETA GARCÍA**, como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla (folios No. 24 a 26 del cuaderno principal No. 1).

En el presente proceso arbitral, está representada judicialmente por el abogado **ARNALDO MENDOZA TORRES**, de acuerdo con el poder visible a folios 22 y 23 del Cuaderno Principal No. 1

2.2. Parte Convocada

La parte convocada en el presente trámite arbitral es la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA** en adelante **CORMAGDALENA**, entidad pública creada por el artículo 331 de la Constitución Nacional y organizada por la Ley 161 de 1994, como un “ente corporativo especial del orden nacional con autonomía administrativa, presupuestal y financiera, dotada de personería jurídica propia, el cual funcionará como una Empresa Industrial y Comercial del Estado sometida a las reglas de las Sociedades Anónimas”, domiciliada en la ciudad de Barrancabermeja, representada legalmente por el señor **HORACIO ARROYAVE SOTO**, Director Ejecutivo y por tanto Representante Legal, cargo aquel para el cual fue designado por Acta de la Junta Directiva del 29 de diciembre de 2003 y del cual tomó posesión el 7 de enero de 2004, como consta en los documentos que obran en el expediente (folio 48 del Cuaderno Principal No. 1).

En este trámite arbitral, **CORMAGDALENA** está representada judicialmente por el abogado **JORGE LUÍS ECHEVERRI OBREGON**, de acuerdo con el poder visible a folio 132 del Cuaderno Principal No. 1.

3. Iniciación del Trámite

- 3.1. Con fundamento en la Cláusula Compromisoria, el 16 de agosto de 2006, la **SOCIEDAD PORTUARIA** presentó solicitud de convocatoria frente a **CORMAGDALENA**, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Cuaderno Principal No. 1, folios 1 a 21).
- 3.2. El 26 de septiembre de 2006, se dio inicio a la audiencia de instalación, en la cual, mediante Auto No. 1 de la misma fecha (Acta No. 1), se declaró legalmente instalado el Tribunal, se nombró Secretaria del mismo, se admitió la demanda arbitral, se ordenó correr traslado a la parte convocada de la demanda por el término legal, y se reconoció personería jurídica a los

- señores apoderados. Adicionalmente, en la misma audiencia se procedió a notificar la demanda arbitral a la parte convocada y se hizo entrega de una copia de la demanda junto con sus anexos. (Cuaderno Principal No. 1, folios 109 a 112).
- 3.3. El 10 de octubre de 2006, en oportunidad para ello, **CORMAGDALENA** contestó la demanda arbitral, con expresa oposición a las pretensiones e interposición de excepciones de mérito (Cuaderno Principal No. 1, folio 120).
- 3.4. El 11 de octubre de 2006, mediante fijación en lista, se corrió traslado de las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda.
- 3.5. El 19 de octubre de 2006, la **SOCIEDAD PORTUARIA**, por intermedio de su apoderado y mediante escrito describió el traslado de las excepciones propuestas por la parte convocante (Cuaderno Principal No. 1, folios 148 a 173).
- 3.6. Mediante memorial radicado el 25 de octubre de 2006, el apoderado de la sociedad convocada solicita que *"atendiendo a lo incoado en el escrito de contestación de la demanda, es necesario y conveniente, estimados doctores, que se convoque al Instituto Nacional de Vías-INVIAS para integrar el litis consorcio necesario antes de la audiencia de conciliación, ya que ellos junto a nosotros constituimos el contradictor, y los efectos de la misma nos afectan a ambos."*
- 3.7. El día 3 de noviembre de 2006, mediante Auto No. 3 (Acta No. 3), el Tribunal negó la solicitud presentada por **CORMAGDALENA** en el sentido de citar al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS para integrar el contradictorio, por no encontrarse reunidos los presupuestos previstos por el artículo 83 del C.P.C. Sin embargo, ordenó que por

Secretaría se le comunicara al INVIAS la iniciación del trámite arbitral para los fines que considerara convenientes.

- 3.8. El 8 de noviembre de 2006, se informó al INVIAS la iniciación del trámite arbitral, en cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal.
- 3.9. El 8 de noviembre se 2006, se recibió de parte del INVIAS una comunicación en la que manifiesta su interés de participar en las diligencias que se surtan dentro del citado proceso.
- 3.10. Mediante Auto No. 4 del 10 de noviembre de 2006, se requirió al INVIAS para que precisara a qué título tiene interés de participar en el proceso, sin que se hubiera recibido respuesta sobre el particular.
- 3.11. El día 4 de diciembre de 2006, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual se declaró fracasada por no haberse logrado acuerdo conciliatorio alguno. En la misma fecha, mediante Auto No. 6 (Acta No. 5), se fijaron los honorarios y gastos del proceso, los cuales fueron oportunamente entregados al Presidente del Tribunal por la parte demandante, que sufragó tanto la porción que a ella le correspondió como de la que le incumbía a CORMAGDALENA, por acuerdo celebrado entre ellas. (Cuaderno Principal No. 1, folios 220 a 226).

4. La Designación de los Árbitros

- 4.1. De conformidad con lo dispuesto en la Cláusula Compromisoria, el Tribunal debía conformarse por tres árbitros nombrados de común acuerdo por las partes, o en su defecto por la Cámara de Comercio de Bogotá.

- 4.2. El día 24 de agosto de 2006, se llevó a cabo la audiencia de nombramiento de árbitros, en la cual, las partes de común acuerdo designaron como árbitros a los doctores, **JOSE VICENTE GUZMAN, MANUEL PRETELT DE LA VEGA** y **CARLOS GUSTAVO ARRIETA** y como suplentes a los doctores **RICARDO HOYOS DUQUE, JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO** y **FERNANDO ALVAREZ ROJAS**. (Cuaderno principal No. 1, folio 45)

Teniendo en cuenta que el doctor **MANUEL PRETELT DE LA VEGA** no se manifestó sobre su designación, se procedió a notificar la designación al suplente personal, Dr. **JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO**.

- 4.3. Los árbitros escogidos de común acuerdo por las partes, doctores **JOSÉ VICENTE GUZMÁN, JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO**, y **CARLOS GUSTAVO ARRIETA**, aceptaron su designación en la debida oportunidad.

5. Trámite Arbitral

5.1. Primera audiencia de trámite

El 2 de febrero de 2007 a las 9:30 a.m., (Acta No. 6), se dio inicio a la Primera Audiencia de Trámite dándose lectura al pacto arbitral antes citado, a las cuestiones sometidas a decisión arbitral expresadas en la demanda, la contestación y el pronunciamiento hecho sobre las excepciones.

5.2. Audiencias de instrucción del proceso

El trámite arbitral se llevó a cabo en 15 audiencias, en las cuales se asumió competencia por parte del Tribunal, se decretaron y practicaron las pruebas decretadas, se recibieron los alegatos de conclusión y se profirió este laudo.

5.3. Pruebas Decretadas y Practicadas

Por Auto No. 8, Acta No. 6, el Tribunal de Arbitramento, en la Primera Audiencia de Trámite, realizada el 2 de febrero de 2007, decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

5.3.1. Documentales

Se ordenó tener como pruebas documentales los documentos presentados y numerados en la demanda arbitral y en la contestación de la misma, con el mérito legal probatorio que a cada cual corresponda.

Se incorporaron documentos en respuesta a los oficios librados y los entregados por algunos testigos en el transcurso de sus testimonios, como parte de las declaraciones.

5.3.2. Oficios

Se ordenó oficiar a:

- Superintendencia de Puertos y Transporte con el fin de que remitiera copia auténtica de la Resolución No. 040 de 26 de junio de 1992, cuya respuesta obran a folios 194 a 226 del Cuaderno de Pruebas No. 3.

- Ministerio de Ambiente Vivienda y Crédito Territorial con el fin de que remitiera copia auténtica de la Resolución 1118 de septiembre 21 de 2004, la cual modifica la resolución 1183 del 20 de septiembre de 1999 mediante la cual se concedió el Plan de Manejo Ambiental a CORMAGDALENA, cuya respuesta obra a folios 1 a 23 del Cuaderno de Pruebas No. 3

5.3.3. Testimonios

El 15 de febrero de 2007, se recibieron los testimonios de Tatiana Támara Chávez, Pablo Manuel Riveira de la Rosa, Paulino Galindo Yustres y William Perdomo Heredia. (Acta No. 7, Cuaderno Principal No. 1, folios 267 a 279)

El 22 de febrero de 2007 se recibieron los testimonios de Edgar Octavio Higuera, Tatyana María Orozco de la Cruz, Pedro Antonio Gutiérrez Visual, Anibal Badih Dau Miguel, Holbert Corredor Romero y Ernesto Durán González. (Acta No. 8, Cuaderno Principal No. 1, folios 284 a 291)

El 9 de julio de 2007 se recibió el testimonio de Ramiro de Jesús Salazar Molina. (Acta No. 13, folios 361 a 367 del Cuaderno Principal No. 1)

Los testimonios de Diana Elizabeth Cortés y Carmen Vargas, que inicialmente se solicitaron y decretaron, fueron desistidos.

5.3.4. Inspecciones judiciales con intervención de perito y exhibición de documentos

El Tribunal decretó la práctica de dos inspecciones judiciales las cuales se practicaron así:

El día 9 de julio de 2007, se llevó a cabo la diligencia de inspección judicial en las instalaciones del LABORATORIO DE ENSAYOS HIDRÁULICOS DE LAS FLORES DE LA UNIVBERSIDAD DEL NORTE. y EN LA DRAGA LA ARENOSA. (Acta No. 13, Cuaderno Principal No. 1, folios 361 a 368)

En cuanto a las inspecciones judiciales en las oficinas de la CAPITANÍA DE PUERTO DE BARRANQUILLA, CORMAGDALENA y la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA, estas fueron desistidas por la parte convocante, peticionaria de la prueba. (Acta No. 13. Cuaderno Principal No. 1, Folio 364)

5.3.5. Dictamen Pericial

Se recibieron dos dictámenes periciales:

6.3.5.1. Dictamen pericial contable rendido por el señor Jorge Torres Lozano el día 30 de abril de 2007, practicado en los términos solicitados por las partes, documento que obra en el Cuaderno de Prueba No. 3

La parte convocante solicito aclaraciones y complementaciones la cuales fueron rendidas por el señor perito y obran en el Cuaderno de Pruebas No. 3.

6.3.5.2. Dictamen pericial técnico rendido por el señor José Luís Canalejo el día 30 de abril de 2007, practicado en los términos solicitados por las partes y de oficio por el Tribunal, documento que obra en el Cuaderno de Prueba No. 4

La parte convocada solicito aclaraciones y complementaciones al dictamen en mención, las cuales fueron rendidas y obran en los Cuadernos de Pruebas No. 3. y No. 4.

5.3.6. Audiencia de alegatos de conclusión

Concluida la etapa probatoria, los señores apoderados de las partes en audiencia del día 3 de agosto de 2007, expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron los correspondientes escritos. (Cuaderno Principal No. 1).

Posteriormente, el 10 de agosto de 2007, el señor agente del Ministerio Público acreditado en esta actuación, presentó escrito contentivo de los alegatos finales.

6. Audiencia de Fallo

El Tribunal, por auto número 18 proferido el 3 de Agosto de 2007, señaló el día 13 de septiembre de 2007 las 3:00 p.m., para llevar a cabo la audiencia de fallo.

7. Término para Fallar

De conformidad con el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, cuando las partes no señalan el término para la duración del proceso arbitral, será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, al cual se adicionarán los días que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso.

El Tribunal se encuentra en término para fallar, conforme a las siguientes circunstancias:

- a. El día 2 de febrero de 2007 se realizó la primera audiencia de trámite y se asumió competencia, para conocer y resolver en derecho las controversias sometidas a consideración de este Tribunal de Arbitramento, planteadas en la demanda arbitral, su contestación y excepciones y se decretaron las pruebas del proceso.

A solicitud conjunta de ambas partes el proceso se suspendió en las siguientes fechas: 23 de febrero a abril 29 de 2007, ambas fechas inclusive (Acta No. 7); julio 10 a julio 16 de 2007, ambas fechas inclusive (Acta No. 13); julio 23 a agosto 2 de 2007, ambas fechas inclusive (Acta No. 13).

- b. Adicionados los días de suspensión del proceso, el término legal para expedir el laudo vence el 25 de octubre de 2007 y, por tanto, el Tribunal se encuentra en la oportunidad legal para proferir el fallo.

8. Contenido de la demanda y su contestación

A continuación se presenta los hechos tal y como fueron presentados por la parte Convocante y que han servido como soporte de sus pretensiones:

8.1. Hechos presentados por la Parte Convocante en su escrito de demanda

"3.1. Mi representada suscribió con la Superintendencia de Puertos y de Transporte, el contrato de concesión No. 008 de 1993, mediante el cual el Estado entregó en concesión, el derecho a ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o estos, así como los muelles, patios, vías, bodegas y demás bienes alinderados en la cláusula tercera del contrato, para ser explotados en el negocio portuario, cobrando las tarifas correspondientes, de conformidad con la ley."

3.2. Desde antes de la apertura de la licitación que dio origen al contrato, la ley 1ª de 1991 había previsto, que "el canal de acceso del río Magdalena en el Puerto de Barranquilla y sus obras complementarias, serán siendo construidas, conservadas y mantenidas con recursos del gobierno nacional"

"3.3. En adición a lo anterior, en el numeral 11.2.1.1. de la cláusula Undécima del contrato de concesión 008 de 1993, se pactó:

"De conformidad con lo establecido en el artículo 34 de la Ley 1ª de 1991, "el canal de acceso del río Magdalena en el Puerto de Barranquilla y sus obras complementarias, serán siendo construidas, conservadas y mantenidas con recursos del gobierno nacional", si

por algún motivo no se cumple lo allí estipulado y como consecuencia se afecte el calado operacional del puerto, las partes acuerdan disminuir la contraprestación por concepto de playas y terrenos de bajamar, de tal manera que se mantenga el equilibrio económico y la rentabilidad del negocio”.

“3.4. De esta manera, lo previsto en la ley como una obligación del gobierno nacional, fue además ratificado como una obligación contractual.”

“3.5. Mediante la Resolución No. 000216 de Febrero 5 de 2004, el Ministerio de Transporte cedió administrativamente y a título gratuito, a la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL RIO GRANDE DE LA MAGDALENA-CORMAGDALENA todos los derechos y obligaciones que el Ministerio tiene con la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A. respecto del contrato de concesión No. 008 del 12 de Julio de 1993, celebrado con la Superintendencia General de Puertos.”

“3.6. Desde la misma iniciación del contrato se han presentado en forma periódica y recurrente, gravísimas alteraciones en el calado del canal de acceso, que han obligado a la Capitanía del Puerto de Barranquilla, a restringir el paso de embarcaciones con destino a los muelles que explota la sociedad, así como en ocasiones, el cierre temporal del puerto.”

“3.7. De la misma manera y por idénticas razones, se han producido encallamientos de embarcaciones, lo cual ha incidido en forma negativa en las posibilidades de comercialización del Puerto.”

“3.8. Las frecuentes restricciones en el canal de acceso, ocasionan a la Sociedad Portuaria, gastos que no estaban previstos en el contrato, tales como el costo que representa la atención de las naves en fondeo, el aligeramiento de naves fuera de la zona de atraque, el traslado de la mercancía desde otros puertos vecinos y la mayor permanencia de las naves en el puerto.”

“3.9. Además de los costos adicionales directos en que viene incurriendo la Sociedad Portuaria, tal situación implica una serie de costos indirectos que se reflejan principalmente en la afectación de su competitividad y en la dificultad en la comercialización del puerto.”

“3.10. La Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, consciente de la magnitud del problema, y en ejercicio de su objeto social, ha venido participando en las licitaciones de dragado, no con el propósito de obtener márgenes de utilidad en tal negocio sino como forma de tener bajo su control una actividad en la que ella misma resulta ser la más interesada.”

“3.11. En las fechas que se precisan en los documentos de la presente demanda, concretamente desde 1993, la demandada ha venido incluyendo partidas

presupuestales insuficientes para las necesidades de dragado del canal de acceso, o bien su planeamiento ha sido erróneo, su contratación tardía y los mecanismos de ejecución ineficientes, con el resultado de que en varias épocas del año, cuando se presentan problemas de sedimentación en el área del canal de acceso, no se ha contado con la intervención de la demandada para solucionar el problema, o bien esta ha sido ineficaz en atención a la demora en la contratación y a la poca capacidad de operación de las dragas que ha tenido disponible para ello.”

“3.12. A manera de ejemplo, se anota que mientras se encontraba en ejecución uno de los contratos suscritos entre CORMAGDALENA y mi representada, el contrato No. 112, para la operación de la draga “Colombia”, resultó necesario reforzar las operaciones de dragado mediante el alquiler, por parte de la Sociedad Portuaria y a su costo, de la Draga Catleya, ya que el aporte de sedimentos que se generaba era mayor a la capacidad de remoción que tenía la draga “Colombia”, lo que hizo evidente el deterioro y la baja capacidad operativa de esta. Las operaciones de la Draga “Catleya” se realizaron como se describe a continuación:

“3.12.1. Del 23 al 25 mayo de 2003 (volumen dragado: 6,633 m3)

De acuerdo con la información obtenida de los levantamientos batimétricos realizados en el sector Boya 7-9 a finales del mes de mayo, el calado autorizado se encontraba en 8.53 metros. Se podían encontrar profundidades de hasta 8.0 mts sobre la línea de enfilación y puntos de hasta 7 mts dentro del canal de acceso, sobre la margen occidental.

“3.12.2. Del 27 de junio al 4 de julio de 2003 (volumen dragado: 63,932 m3).

Ante la salida de operación de la Draga Colombia el 22 de junio de 2003 y las restricciones para la navegabilidad en el sector de la boya 7, principalmente, se reforzaron las operaciones de la Draga “Catleya” con la contratación por ocho días en jornadas de 24 horas, a partir del 27 de junio de 2003 a las 6:00 horas. Paralelamente se contrató a la firma Ingeco Ltda., para realizar la supervisión de las operaciones de dragado durante este período.

“3.12.3. Del 7 al 21 de agosto de 2003 (volumen dragado: 146,842 m3).

De acuerdo con la información suministrada a partir de los levantamientos batimétricos realizados en el mes de junio, el calado autorizado se encontraba en 8,23 metros. Para remediar la situación se realizaron labores de dragado en los sectores Muz-X6, Boya 11-13 y Boya 7-9.

“3.13. En el año 2004 se presentó nuevamente una crisis en el Canal de Acceso al Puerto de Barranquilla. Los levantamientos batimétricos que se efectuaron a principio del mes de enero reflejaron puntos críticos de sedimentación en el sector de Bocas de Ceniza, por lo que las autoridades portuarias decidieron restringir la navegabilidad del Río, limitando así el acceso de buques a todos los terminales de la zona. En respuesta a lo anterior, el sector privado, en cabeza de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. y con el apoyo de Cementos Caribe S.A.

y Monómeros Colombo-Venezolanos (E.M.A), decidieron remediar la situación contratando la firma Holandesa Boskalis Internacional BV, quienes realizaron la operación de dragado con la puesta en marcha de la draga "WH Resolution".

"3.14. Entre el 16 de enero y el 15 de marzo de ese año, el dragado se concentró en el sector de Bocas de Cenizas, principalmente, entre el Faro de entrada y el Faro X6. Durante la contratación de la draga "WH Resolution", cuyos costos fueron asumidos por la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, había finalizado el contrato No. 112 de CORMAGDALENA y la draga "Colombia" se encontraba fuera de servicio desde octubre de 2005."

"3.15. Durante este periodo, la operación de la Draga WH Resolution, por cuenta de mi representada, se puede resumir así:

"3.15.1. Del 16 de enero al 4 de febrero de 2004 (volumen dragado: 421,466 m³).

La Draga Resolution inicio operaciones de dragado el día 16 de enero de 2004, entre el faro X2 y X4. Las labores se concentraron en el sector de Bocas de Cenizas, entre el faro de entrada y el faro X6. Las jornadas fueron de 24 horas, realizándose un total de 164 ciclos y 421,466 m³ dragados. El promedio por ciclo fue de 2,500 m³ y 1,500 m³ por hora, con una producción máxima diaria de 36.000 m³. En este período se realizaron también dragados por agitación, modo que imposibilita la contabilización del volumen removido, por lo que para efectos del cobro se tomo como time charter.

"3.15.2. Entre el 5 de febrero y el 15 de marzo de 2004 (volumen dragado: 45,077 m³)

Nuevamente se trabajó bajo la figura de time charter y se contempló la posibilidad de dejar la draga "Resolution" en Barranquilla, con el fin de que estuviera disponible para resolver los constantes problemas de calado que estaban restringiendo el ingreso de motonaves al Puerto de Barranquilla. En esta segunda etapa se efectuaron dragados los días 12, 14 y 23 de febrero por un volumen total de 45.077 m³ (medidos en tolva). El costo por metro cúbico se redujo a 1.13 Euros, producto de la disminución en las horas de dragado de 24 a 12 horas. Además, la "Resolution" permaneció fondeada en stand by en el área de Las Flores durante 36 días, por un valor de 5,200 Euros/Día.

"3.16. Ante la grave situación del canal de acceso, que ponía en peligro el contrato suscrito y la actividad misma de la sociedad, así como la actividad de la totalidad de las empresas comerciales que han obtenido del Estado concesiones portuarias en la zona portuaria de Barranquilla, mi mandante decidió adquirir la draga "Resolution" en el mes de marzo de 2004. En julio del mismo año la embarcación cambió su nombre por draga "La Arenosa" y pasó de tener bandera panameña, a tener bandera colombiana. Desde el día 19 de marzo de 2004, fecha en que se

firmó el acuerdo para la compra de la draga, la SPRB realizó labores de dragado por fuera de contrato, hasta el 4 de enero de 2005, fecha en que inició el contrato No. 026 de 2004."

"3.16. En los meses de agosto y diciembre de 2004, mediante licitación pública, CORMAGDALENA adjudicó a la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla los contratos de obra No. 026 y No. 060. El primero se firmó por un valor de \$1.099.574.400, un volumen por dragar de 400.000 m³ y un tiempo de ejecución de 3 meses, mientras que el segundo por un valor de \$3.764.679.109, un volumen por dragar de 1.291.595,00 m³ y un tiempo de ejecución de 12 meses."

"3.17. No obstante que el contrato se perfeccionó en Agosto, el acta de inicio correspondiente al contrato No. 026 de 2004 se firmó el 14 de diciembre del mismo año, pero las labores de dragado solo comenzaron a partir del 4 de enero de 2005 y finalizaron el 7 de marzo del mismo año. En este caso, transcurrido el 93,3% del tiempo de ejecución del contrato se había logrado el 100% del volumen acordado, teniendo en cuenta además que el tiempo que se tardó la iniciación de las labores del contrato fue cuatro veces superior que el plazo previsto para su ejecución. El contrato No. 060 se inició el 8 de junio de 2005 y las labores de dragado el 28 del mismo mes, previa aprobación del plan de dragado por parte de la interventoría y el supervisor de CORMAGDALENA. Entretanto, la Sociedad Portuaria, continuó dragando por su cuenta mientras los contratos adjudicados esperaban la orden de iniciación por parte de CORMAGDALENA."

"3.18. No se dio explicación alguna a la Sociedad Portuaria, sobre la circunstancia de que CORMAGDALENA, permitiera el dragado por parte de la Sociedad, sin contraprestación, cuando el contrato se encontraba perfeccionado y su ejecución no se iniciaba sin que existiera razón válida para ello. Ha de concluirse pues que la entidad pública demandada actuó con evidente mala fe."

"3.19. Mi representada se ha dirigido en varias ocasiones al Sr. Ministro de Transporte y a otras autoridades públicas, solicitando el reconocimiento y pago de los valores invertidos en dragado del canal de acceso, sin que hasta la fecha haya recibido del Ministerio ningún tipo de respuesta escrita, no obstante que hasta la fecha se han realizado varias reuniones sobre el tema. En relación con este tema, solo en una ocasión CORMAGDALENA respondió reconociendo en general los hechos que soportan la presente demanda, indicando que carecía de apropiaciones presupuestales para atender los costos generados."

8.2. Pretensiones formuladas en la demanda

Las pretensiones de la demanda son las siguientes:

"1.1. Que la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL RIO GRANDE DE LA MAGDALENA, incumplió las obligaciones contenidas en el numeral 11.2.1.1. de la cláusula Undécima del contrato de concesión 008 de 1993 y sus otrosies 1, 2, 3 Y 4, mediante el cual se otorgó a mi representada, el derecho a ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y las zonas accesorias a aquellas o estos, descritos en la cláusula segunda del contrato cuyo texto se acompaña a la presente demanda como anexo, a cambio de la contraprestación económica de que trata la cláusula décima, y el derecho a utilizar temporalmente los muelles, patios, vías, bodegas y demás bienes que aparecen alinderados en la cláusula tercera y relacionados en la cláusula quinta."

"1.2. Que como consecuencia del incumplimiento del contrato, para evitar su parálisis y la del servicio público de puertos que se desarrolla en toda el área, mi representada debió acometer por su cuenta el dragado para el mantenimiento del calado en el canal de acceso a la zona portuaria de Barranquilla."

"1.3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL RIO GRANDE DE LA MAGADALENA, a pagar a mi mandante los costos directos del valor del dragado que debió realizar por su cuenta para mantener la navegabilidad del canal de acceso al puerto de Barranquilla, así como los costos indirectos en que mi representada incurrió en tal periodo como resultado de la omisión de la entidad pública, las utilidades dejadas de percibir y la consecuente disminución de la contraprestación, los costos de oportunidad, los costos financieros, así como los intereses de mora, los gastos del proceso y los honorarios de abogado."

8.3. Contestación de la demanda y formulación de excepciones de la parte Convocada

Frente a las pretensiones, la parte Convocada se opuso a todas y cada una de ellas.

Así mismo, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

Adicionalmente, formuló las siguientes excepciones:

- Falta de legitimación en la causa por pasiva. Falta de causa para pedir.

- Falta de integración del litis consorcio necesario por pasiva.
- Inexistencia de la obligación demandada.
- Imprevisibilidad de los efectos jurídicos y económicos de la ejecución de los dragados.
- La genérica.

II - CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El presente proceso versa sobre la eventual responsabilidad contractual que pudiera tener la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – Cormagdalena – para con la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla por el supuesto incumplimiento de las obligaciones de dragado del canal de acceso al Puerto de Barranquilla¹ por parte de la primera derivadas de la ley y el contrato suscrito entre ellas. Por ello, para efectos de su decisión, el tribunal ha considerado necesario dividir sus consideraciones en tres capítulos principales. En el primero estudiará el Contrato de Concesión Portuaria 008 de 1993 y las obligaciones de dragado allí consagradas, las sucesivas cesiones del mismo, y el alcance de las obligaciones de Cormagdalena; en el segundo analizará los tema atinentes a la necesidad del dragado, a la Responsabilidad Contractual, explicará por qué razones considera que en el Contrato 008 se pactaron dos sistemas diferentes de responsabilidad contractual y expondrá cuáles son, a su juicio, los efectos y consecuencias de ello en el presente caso; y en el tercero analizará el tema de los perjuicios y su causación y prueba en el presente caso.

1. CAPÍTULO PRIMERO

1.1. El Contrato de Concesión

¹ Teniendo en cuenta que las distintas normas legales y contractuales hacen referencia indistintamente al “canal de acceso” y al “canal navegable” al puerto de Barranquilla, en el presente laudo se utilizarán estas dos expresiones como sinónimas, aclarando que en todo caso la

El Contrato de Concesión 008 suscrito entre la Superintendencia General de Puertos en nombre de la Nación y la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. (en adelante la SPRB) con fecha 12 de julio de 1993, es un convenio de aquellos denominados en la Ley 1ª de 1991 como contratos de "Concesión Portuaria", definidos en los artículos 5.2 de dicha ley y 22 de su Decreto Reglamentario 838 de 1992 como contratos administrativos, en virtud de los cuales "*...la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o éstos, para la construcción y operación de un puerto a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación y de los municipios o distritos donde operen los puertos*".

El régimen legal de dicho contrato es el consagrado en la mencionada Ley 1ª de 1991, en el Decreto Reglamentario 838 de 1992 y en el entonces vigente Decreto 222 de 1983, el cual regulaba todo lo atinente a los contratos administrativos y a los contratos de derecho privado de la administración. En la medida en que la Ley 1ª y el Decreto 838 definieron el contrato de concesión portuaria como contrato administrativo, en el mismo la administración estaba obligada a pactar, como en efecto lo hizo en el Contrato de Concesión 008, las denominadas cláusulas exorbitantes de modificación, interpretación y terminación unilaterales, así como cláusulas sobre caducidad, multas, penal pecuniaria y renuncia a reclamación diplomática. Adicionalmente, en desarrollo de lo establecido en el mencionado Decreto 222 de 1983, tales convenios debían someterse íntegramente a la ley colombiana y a la jurisdicción de los tribunales colombianos, sin perjuicio de que las partes pudieran pactar – como de hecho lo hicieron en el contrato que nos ocupa - una cláusula compromisoria para la definición de todas aquellas controversias que surgieran entre ellas y que no tuvieran que ver con la aplicación de la cláusula de caducidad o con las cláusulas que contuvieran los principios previstos en el Título IV del mencionado Decreto 222.

referencia a ellas alude al canal descrito en el capítulo 2 del Tomo I de anexos del dictamen pericial

Además de las estipulaciones anteriores, en el Contrato de Concesión 008 las partes pactaron de manera clara las obligaciones generales a cargo de cada una de ellas. Es así como, por una parte, la Superintendencia General de Puertos, en nombre de Nación, otorgó a la SPRB el derecho a ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva las playas y los terrenos de bajamar y las zonas accesorias a éstos descritas en la Cláusula Segunda del convenio, así como el derecho a usar, también en forma temporal y exclusiva, los muelles, patios, vías, bodegas y demás bienes relacionados en la Cláusula Tercera del convenio; por la otra, la SPRB se comprometió a operar el terminal portuario allí existente, a prestar los servicios de cargue, descargue y almacenamiento de toda clase de carga y a explotar el negocio portuario, todo ello a cambio del pago de las contraprestaciones económicas por uso de playas y terrenos de bajamar y por uso de infraestructura previstas en la Ley 1ª de 1991 y establecidas en la Cláusula Décima Primera del Contrato.

1.2. La Obligación de Dragado

En materia de dragado del canal de acceso al puerto, que es el tema central de la controversia que ocupa al tribunal, en la Cláusula 11.2.1.1 del Contrato de Concesión 008 las partes recogieron lo dispuesto en el párrafo del artículo 34 de la Ley 1ª de 1991 y pactaron que *"de conformidad con lo establecido en el párrafo del artículo 34 de la Ley 1ª de 1991, "el canal navegable del Río Magdalena en el Puerto de Barranquilla y sus obras complementarias seguirán siendo construidas, conservadas y mantenidas con recursos del Gobierno Nacional"; si por algún motivo no se cumple con lo allí estipulado y como consecuencia se afecte (sic) el calado operacional del puerto, las partes acuerdan disminuir la contraprestación por concepto de playas y terrenos de bajamar, de tal manera que se mantenga el equilibrio económico y la rentabilidad del negocio"*.

técnico.

El sentido de la primera parte de la estipulación transcrita, que será materia de análisis en esta parte del presente Laudo, es claro, puesto que del texto literal de lo convenido, que como lo dijo el tribunal no hizo más que recoger lo que al respecto disponía la Ley 1ª de 1991, se desprende sin lugar a dudas que ambas partes entendieron que la realización y el pago de las obras necesarias para el mantenimiento del calado operacional del canal de acceso al puerto de Barranquilla seguirían siendo responsabilidad exclusiva del Estado y no del concesionario, y que ellas se sufragarían con recursos del Gobierno Nacional. Empero, así como quedó claramente estipulado que dicha responsabilidad correspondía al Estado, no ocurrió lo mismo con respecto a la determinación sobre qué entidad del Estado era la obligada a realizar y pagar tales obras de dragado, puesto que tanto en la ley como en el contrato se dijo que tales deberes debían ser sufragados por el Gobierno Nacional, sin precisar con exactitud la dependencia del orden nacional a la que correspondería legal y contractualmente cumplir con tal función.

En opinión del Tribunal lo anterior obedeció al hecho de que la parte concedente, es decir, la Superintendencia General de Puertos, no era la entidad que tenía a su cargo dichas funciones de dragado, puesto que las mismas correspondían al Ministerio de Obras Públicas y Transporte por virtud de lo establecido en los decretos Decreto 2147 de 1991 y 2171 de 1992. El primero de ellos, contenido del primer plan de expansión portuaria 1991-1993, disponía de manera expresa en el ordinal d) de su artículo 12, referente a inversiones en puertos a cargo de la Nación y de Colpuertos, que *"las obras de dragado y mantenimiento de los canales de acceso serán adelantadas por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte..."*²; y el segundo, que era la norma que por ese entonces establecía la estructura y funciones de dicho Ministerio, disponía que a él correspondía, a través de la Dirección General de Transporte Fluvial y su Subdirección de Infraestructura, la función de *"Dirigir y controlar la elaboración y ejecución de los planes y*

programas sobre encauzamiento, dragado, conservación, operación y señalización de las vías fluviales navegables.", así como la de "Ejecutar los planes y programas y adelantar la contratación de las obras tendientes a la conservación de la red fluvial y canales navegables que sean responsabilidad de la Nación".

A la luz de lo anterior, es comprensible que las partes hubieran querido precisar que las obligaciones de dragado del canal de acceso al puerto de Barranquilla no correspondían a ninguno de los contratantes, sino que ellas continuaban a cargo de la entidad del orden nacional que por ese entonces tenía a su cargo dicha función.

Sin embargo, a juicio del Tribunal, lo anterior no implicó – ni podía hacerlo - que la entidad concedente se hubiera marginado por completo del cumplimiento de una responsabilidad que era esencial para el funcionamiento del puerto de Barranquilla y para la debida ejecución del Contrato de Concesión 008, puesto que de todas maneras a ella, como contratante de buena fe y como dependencia del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, entidad obligada a la realización del dragado del canal de acceso al puerto de Barranquilla, correspondía realizar las gestiones necesarias para asegurar que el Estado cumpliera adecuadamente con las obligaciones a su cargo, de tal manera que el concesionario pudiera operar el Terminal en las mejores condiciones posibles.

En ese sentido, para el Tribunal es claro que de lo dispuesto en el artículo 3 y en los numerales 4, 20 y 23 del artículo 4 del Decreto 2681 de 1991, por el cual se determinaron la estructura y funciones de la Superintendencia General de Puertos, se desprende que dicha entidad tenía como función, entre otras, la de velar por la debida ejecución de los contratos de concesión portuaria y apoyar al Ministerio de Obras Públicas y Transporte en el cumplimiento de los planes de expansión portuaria, funciones de las que se deduce que dicha superintendencia

² Dicha función se repitió en el Decreto 2688 de 1993, contentivo del Plan de Expansión Portuaria

debía también realizar, como parte esencial de sus obligaciones contractuales y legales, las gestiones necesarias para que las demás dependencias que tenían que ver con el tema portuario cumplieran con sus obligaciones sobre la materia, entre ellas las de realizar los dragados que se requirieran en los canales de acceso a los puertos.

De ahí que, a juicio del tribunal, si bien es cierto que de lo dispuesto en los Decretos 2147 de 1991 y 2171 de 1992, así como de lo pactado en la Cláusula 11.2.1.1 del Contrato de Concesión 008 se desprende que la obligación de dragado del canal de acceso al puerto de Barranquilla era obligación del Ministerio de Transporte y no de la Superintendencia General de Puertos, también lo es que del Decreto 2681 de 1991 y del texto integral del Contrato de Concesión 008 se deduce que la mencionada Superintendencia, en su condición de contratante concedente, estaba obligada contractual y legalmente a realizar ante dicho Ministerio las gestiones que fueran necesarias para asegurar que éste cumpliera con su obligación de dragar los canales de acceso de los puertos, entre ellos el de Barranquilla.

1.3. Las Sucesivas Cesiones del Contrato de Concesión 008 y su Efecto Sobre las Obligaciones de Dragado

En el año 2000 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 101, mediante el cual modificó la estructura del Ministerio de Transporte y dictó otras disposiciones, norma en cuyos artículos 6, numeral 11 y 44, parágrafo, el Gobierno determinó trasladar a dicho Ministerio las funciones que hasta ese entonces venía desarrollando la Superintendencia General de Puertos en materia de otorgamiento y administración de concesiones portuarias, dejando a esta última solamente las funciones de inspección, control y vigilancia de las sociedades portuarias. Adicionalmente, a través de los artículos 19 y 20, numeral 3, del

1993-1995.

mencionado Decreto 101 de 2000, el Gobierno Nacional ratificó la obligación del Ministerio de Transporte, en cabeza de su Subdirección de Operación Marítima y Portuaria, de *"elaborar y efectuar los planes y programas de dragado y conservación de los canales de acceso a los puertos públicos..."*, dentro de los que estaba, naturalmente, el canal de acceso al Puerto de Barranquilla.

A partir de ese momento, y como consecuencia del traslado de funciones de la Superintendencia de Puertos al Ministerio de Transporte, éste último asumió, entonces, la condición de parte concedente y/o contratante en el Contrato de Concesión Portuaria 008 suscrito inicialmente entre la Superintendencia de Puertos y la SPRB³, con lo cual y a partir de ese momento coincidieron y se confundieron en cabeza suya las condiciones de parte contractual y parte obligada al cumplimiento de las obligaciones de dragado del canal de acceso al puerto de Barranquilla a que se refería la antes mencionada Cláusula 11.2.1.1 del Contrato 008.

Las condiciones mencionadas continuaron hasta diciembre de 2003, cuando el Congreso de Colombia expidió la Ley 856, por la cual modificó la Ley 1ª de 1991 y dispuso dos cosas de importancia con respecto al tema que nos ocupa. En primer lugar, en su artículo 1º estableció que los ingresos por concepto de las contraprestaciones por uso de playas y terrenos de bajamar y por uso de infraestructura a cargo de los concesionarios portuarios los recibiría directamente el Instituto Nacional de Vías, INVÍAS (salvo el 20% de la primera, que continuaría siendo percibida por los municipios o distritos en los que se encontraran ubicados los puertos), el cual tendría que dedicar los recaudos correspondientes *"... a la ejecución de obras y mantenimiento para la protección de la zona costera, dragado, mantenimiento y/o profundización, construcción y/o mantenimiento de estructuras hidráulicas de los canales de acceso a todos los puertos a cargo de la Nación..."*. En

³ El Tribunal no conoce de la existencia de acto administrativo o acuerdo de voluntades específico en el que conste la transferencia o la cesión del Contrato de Concesión Portuaria 008; por tal

segundo lugar, en el párrafo del artículo 1º antes mencionado, determinó de manera específica que *"el canal de acceso al Puerto de Barranquilla y sus obras complementarias estarán a cargo de la Nación, para lo cual podrán destinar los recursos a que se refiere el presente artículo, sin perjuicio de que otras entidades, incluida Cormagdalena, concurren con financiación y realización de obras necesarias"*.

Así las cosas, como consecuencia de la expedición de la Ley 856 de 2003 volvieron a modificarse las responsabilidades de dragado del canal de acceso al Puerto de Barranquilla, las cuales pasaron del Ministerio de Transporte al Instituto Nacional de Vías, INVÍAS, aún cuando con la concurrencia de otras entidades, entre ellas Cormagdalena. Por ello, volvió a separarse el cumplimiento de las obligaciones a las que se refiere la Cláusula 11.2.1.1 del Contrato de Concesión Portuaria 08, puesto que la parte contractual concedente de dicho contrato continuó siendo el Ministerio de Transporte, mientras que la obligada por ley a la realización de las obras de dragado del canal de acceso al Puerto de Barranquilla se convirtió en múltiple, pues pasó a estar integrada por el INVÍAS, con la concurrencia de otras entidades, entre ellas Cormagdalena.

Con posterioridad a la expedición de la Ley 856 de 2003 el Ministerio de Transporte expidió la Resolución 216 de febrero 5 de 2004, por la cual cedió administrativamente y a título gratuito el Contrato de Concesión 008 a la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, Cormagdalena, junto con todos los derechos y obligaciones consagrados en el mismo⁴. Como consecuencia de dicha cesión, a partir del 5 de febrero del año 2004 nuevamente volvió a cambiar la parte estatal y concedente del mencionado

razón, parte del supuesto de que la cesión operó automáticamente como consecuencia de la vigencia del Decreto 101 de 2000.

⁴ En el considerando noveno de la Resolución 216 de 2004 se dice *"Que Cormagdalena asume todas y cada una de las obligaciones y derechos contraídos por (sic) a SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A."*. Sin embargo, el Tribunal considera que el adverbio "por" usado en dicho considerando tuvo que ser un error mecanográfico, pues no tendría sentido alguno suponer que Cormagdalena iba a asumir las obligaciones y derechos de la SPRB, sino los del Ministerio de Transporte. Por ello entiende que dicho considerando ha de leerse como si dijera que Cormagdalena asume todas y cada una de las obligaciones y derechos contraídos **con** la SPRB.

Contrato 008, la cual pasó a ser Cormagdalena, entidad en la que confluyeron, entonces, las condiciones de parte concedente y de entidad obligada por la ley en forma concurrente con el INVÍAS y otras dependencias a la realización de las obras de dragado del canal de acceso al Puerto de Barranquilla, condiciones que, a juicio del tribunal, hasta la fecha aún subsisten.

1.4. Las Obligaciones de Cormagdalena

La Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, Cormagdalena, fue creada por el artículo 331 de la Constitución Política de Colombia, norma en la que el constituyente decidió asignar a dicha nueva entidad, entre otras funciones, la de recuperar la navegación y la actividad portuaria en su zona de jurisdicción. Posteriormente, mediante la Ley 161 de 1994, el Congreso la organizó como un ente corporativo especial del orden nacional, con autonomía administrativa, presupuestal y financiera, y la dotó de personería jurídica propia con el carácter de empresa industrial y comercial del Estado, sometida a las reglas de las sociedades anónimas en lo no previsto en la ley.

Dentro de las funciones que le atribuyó a Cormagdalena, el legislador ratificó – como tenía que hacerlo – la de recuperar la navegación y la actividad portuaria en el Río Magdalena, y le asignó la de ejercer todas aquellas actividades que se le encomendaran o delegaran, siempre y cuando fueran compatibles con sus funciones principales o contribuyeran a su ejercicio. Y para ello dispuso, entre otras cosas, que la Corporación debía asumir las funciones que venía ejerciendo el Ministerio de Transporte en materia de la navegación y la actividad portuaria en la totalidad del Río Magdalena (numeral 10 del artículo 6 de la Ley 161), y acordar con todas aquellas entidades que estuviesen ejecutando obras, programas o funciones en el ámbito de sus actividades, el procedimiento para asumirlas directamente (parágrafo 1 del artículo 6 de la Ley 161).

A la luz de lo anterior ha de entenderse, a juicio del tribunal, lo establecido en el artículo 1º de la ley 856 de 2003 y en la Resolución 216 de 2004 del Ministerio de Transporte, normas mediante las que, como antes lo explicó, el legislador y el Gobierno decidieron asignarle a Cormagdalena la función de concurrir con INVÍAS a la realización y pago de las obras de dragado del canal de acceso al Puerto de Barranquilla y la responsabilidad de actuar como parte concedente para la ejecución del Contrato de Concesión 008 de 1993, puesto que el contenido y alcance de dichas normas se enmarcan claramente dentro del ámbito de funciones que la Ley 161 de 1994 asignó a la Corporación. La primera, por cuanto el deber de concurrir a la realización y pago del dragado del canal de acceso al Puerto de Barranquilla era totalmente acorde con su función constitucional y legal de recuperar la navegación en el río y fortalecer la actividad portuaria en el mismo, y la segunda por cuanto la cesión de los derechos y obligaciones derivados del Contrato de Concesión Portuaria 008 era consecuencia necesaria del deber de Cormagdalena de asumir las funciones del Ministerio de Transporte en lo atinente a la navegación y la actividad portuaria en el Río Magdalena y a la ejecución de los contratos de concesión portuaria ubicados en su jurisdicción.

En este punto considera importante el tribunal llamar la atención sobre el hecho de que la cesión administrativa del Contrato de Concesión Portuaria 008 de 1993 a Cormagdalena implicó, como antes lo dijo, la sustitución plena del Ministerio de Transporte como parte en dicho convenio y la asunción también plena por parte de Cormagdalena de la posición contractual que éste Ministerio tenía frente al contrato, junto con todos los derechos y obligaciones consagrados en él; por ello, el tribunal es de la opinión de que en la medida en que la cesión de la posición contractual del Ministerio a Cormagdalena fue plena y que ni cedente ni cesionario hicieron salvedad alguna con respecto a posibles responsabilidades por hechos, actuaciones u omisiones anteriores a la cesión, Cormagdalena asumió

también cualquier contingencia que para ese momento pudiera existir derivada, como se dijo, de actos, hechos u omisiones del Ministerio de Transporte anteriores a la fecha de la cesión.

A la luz de lo dicho en los párrafos anteriores, para el tribunal es claro que como consecuencia de la expedición de las dos normas antes mencionadas, Cormagdalena asumió a partir de febrero 5 de 2004 la posición contractual que antes tenía el Ministerio de Transporte en el Contrato de Concesión Portuaria 008, con todos los derechos y obligaciones consagrados de éste, así como con las contingencias que se derivaran de dicho convenio, y además asumió junto con el INVÍAS la obligación de participar en la financiación y realización de las obras de dragado del canal de acceso al Puerto de Barranquilla. La primera condición la obligaba a ejercer todos los derechos y a cumplir con todas y cada una de las obligaciones estipuladas en dicho convenio, entre ellas las derivadas de la Cláusula 11.2.1.1, en desarrollo de las cuales tenía que dragar el canal de acceso al puerto con el objeto de mantener su calado operacional y velar porque los demás responsables de tal función cumplieran con sus obligaciones en estas materias, mientras que la segunda condición la obligaba a cumplir con el deber legal emanado del Parágrafo del Artículo 1º de la ley 856 de 2003, obligación ésta que si bien no puede entenderse en el sentido de que Cormagdalena es la única o la principal responsable de la realización y financiación de las actividades de dragado⁵, sí implica que a ella corresponde, por mandato de la ley, participar activa y directamente en tales actividades, en las condiciones que acuerde con el INVÍAS, si así lo considera necesario.

Ahora bien; tanto en el cuerpo de la contestación de la demanda como en las excepciones primera y segunda, relativas respectivamente a *“Falta de legitimación en la causa pasiva, falta para pedir”* y *“Falta de integración del Litis consorcio necesario por*

⁵ La palabra “Concurrir” quiere decir *“contribuir con una cantidad para determinado fin”*, según la tercera acepción que trae el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, Vigésima Primera edición.

pasiva", y en los alegatos de conclusión, Cormagdalena manifestó, por una parte, que la obligación principal de dragar el canal de acceso al Puerto de Barranquilla es del INVÍAS y no de la Corporación, puesto que es dicho Instituto el que recibe las contraprestaciones de la Nación a cargo de los concesionarios portuarios, y por otra, que por esa misma razón la SPRB tenía que haber demandado también al INVÍAS, entidad que por las mismas razones era litisconsorte necesario de Cormagdalena.

El tribunal no comparte las alegaciones expresadas por Cormagdalena en la respuesta a la demanda, en las excepciones y en los alegatos de conclusión, pues es de la opinión que dicha Corporación estaba – y está – obligada, tanto por lo establecido en la Cláusula 11.2.1.1 del Contrato 008 como por lo dispuesto en el Parágrafo del Artículo 1º de la Ley 856 de 2003, a dragar el canal de acceso al Puerto de Barranquilla para mantener su calado operacional. Considera además que aunque es cierto que el INVÍAS está obligado por mandato del artículo 1º de dicha ley a ejecutar las obras de dragado de los canales de acceso a los puertos de la Nación y que dicho Instituto recibe la totalidad de los ingresos por concepto de las contraprestaciones por playas y terrenos de bajamar y por uso de infraestructura que pagan los concesionarios portuarios, también lo es que, independientemente de lo anterior, Cormagdalena está obligada por mandato de la Constitución Política y de la ley 161 de 1994 a recuperar la navegación y la actividad portuaria en el Río Magdalena, y por disposición legal expresa del mencionado parágrafo del Artículo 1º de la Ley 856 a concurrir a la realización y a la financiación de las obras necesarias para el mantenimiento del canal de acceso al Puerto de Barranquilla.

En tales condiciones, el tribunal considera que tanto el INVÍAS como Cormagdalena tienen obligaciones en materia de dragado del canal de acceso al Puerto de Barranquilla, pero que ellas son obligaciones autónomas a cargo de

ambas instituciones, que cada una tiene que cumplir en forma independiente, sin perjuicio de que entre ellas se diseñen los mecanismos de coordinación que se consideren adecuados. Como antes dijo el tribunal, es cierto que INVÍAS recibe las contraprestaciones portuarias antes mencionadas y que su obligación es general y se extiende a todos los puertos a cargo de la Nación, incluyendo el de Barranquilla, y que Cormagdalena no recibe ingreso alguno por concepto de contraprestaciones portuarias y que la obligación a su cargo está en principio limitada al canal de acceso a éste último puerto; sin embargo, de ello no se desprende que la obligación del INVÍAS sea mayor que la de Cormagdalena o que ésta última apenas esté obligada parcialmente o de manera subsidiaria o contingente a realizar y financiar las obras necesarias para garantizar el calado operacional en el canal de acceso al Puerto de Barranquilla.

Por ello, el tribunal considera que las obligaciones de dragado del canal de acceso al Puerto de Barranquilla a que se refieren el párrafo del artículo 34 de la Ley 1ª de 1991 y la Cláusula 11.2.1.1. del Contrato de Concesión Portuaria 008 de 1993 son exigibles a Cormagdalena a partir del año 2004, y que esta última está obligada contractual y legalmente a cumplirlas, independientemente del hecho de que el INVÍAS esté también obligado a dragar el canal de acceso al puerto o de que perciba la totalidad de los recursos que corresponden a la Nación por concepto de las contraprestaciones por uso de playas y terrenos de bajamar y por uso de infraestructura. Dentro de la misma línea, el tribunal es de la opinión que Cormagdalena, tanto en su calidad de parte concedente en el Contrato de Concesión 008, como en su condición de entidad estatal que concurre en la obligación de mantener el canal de acceso al Puerto de Barranquilla, está obligada no sólo a realizar y/o financiar activa y directamente actividades de dragado de dicho canal, sino también – de la misma manera como en su oportunidad lo estuvo la Superintendencia de Puertos - a realizar todas las gestiones posibles ante el INVÍAS a efectos de lograr el cumplimiento de sus deberes legales de

concurrir a la realización o la financiación de las obras de dragado del canal de acceso de Barranquilla con miras a garantizar el calado operacional del mismo.

En ese sentido, el tribunal no puede sino concurrir por lo dicho por el Sr. Agente del Ministerio Público en sus alegaciones de conclusión, en las que éste sostuvo que *"En la relación contractual que del contrato de concesión, que nos ocupa en éste trámite arbitral. Quedó establecido que el Estado Colombiano, concretamente el Gobierno Nacional, a través de distintos entes administrativos (Ministerio de Obras Públicas y Transporte, después denominado Ministerio de Transporte, **Invías y/o Cormagdalena**), ha sido y es el encargado de mantener en óptimas condiciones el canal de acceso al Puerto de Barranquilla entregado en concesión a la sociedad demandante..."*. (Negrilla fuera de texto).

De ahí que para el tribunal no sean de recibo los planteamientos expuestos por el apoderado de Cormagdalena, puesto que, como antes dijo, considera que a partir del año 2004 a ella corresponde contractual y legalmente, por una parte, realizar actividades de dragado en el canal de acceso al puerto, y por otra, gestionar ante el INVÍAS su concurrencia en las labores de dragado que se consideren necesarias para efectos de asegurar su calado operacional, independientemente del hecho de que sea el INVÍAS el que reciba los ingresos de la Nación por concepto de contraprestaciones portuarias. Y por las mismas razones considera que INVÍAS y Cormagdalena no son litisconsortes necesarios, pues aunque ambas entidades tienen obligaciones concurrentes en materia de dragado del canal de acceso al Puerto de Barranquilla, dichas obligaciones son exigibles de manera independiente a cada una de ellas. Por tal razón el Tribunal ratifica lo dispuesto sobre este tema en providencia de fecha Noviembre 3 de 2006 (Auto No. 3, Acta No 3)

2. CAPÍTULO SEGUNDO

2.1. La Necesidad del Dragado

A lo largo de la contestación de la demanda, en los alegatos finales y en las excepciones planteadas, la sociedad convocada sostuvo que no existe prueba alguna con respecto a la necesidad de dragar el canal de acceso al Puerto de Barranquilla durante los períodos a los que se refiere la demanda, y que, por ende, la sociedad convocante se embarcó en un proyecto innecesario por el cual sólo ella debe responder.

El tribunal no comparte la apreciación del señor apoderado de la convocada, pues es de la opinión de que en el expediente obran pruebas suficientes con respecto a la necesidad de dragar el canal en los períodos mencionados, precisamente para evitar la afectación del calado operacional del puerto y prevenir la causación de perjuicios a todos los afectados.

En ese sentido, considera que lo dicho por el Señor Perito Técnico designado por el tribunal al responder la pregunta sobre los procedimientos que deben seguirse para determinar si es necesario o no hacer los dragados en el canal navegable es bien dicente, y llama la atención sobre el hecho de que la necesidad de dragado de dicho canal es permanente, en los siguientes términos: "*Por las condiciones y dinámica actual del Río en el Canal Navegable a Barranquilla, el dragado o la disponibilidad de una draga de Succión en Marcha con las capacidades necesarias, debe estar de manera permanente en condición de disponible (stand by) o en operaciones de dragado del Canal*". (Negrilla fuera de texto).

Dentro de la misma línea, aunque con un criterio más temporal, están las declaraciones de los testigos Tatiana Támara y Pablo Manuel Riveira de la Rosa, los que aún a pesar de ser funcionarios de la sociedad convocante le merecen al tribunal plena credibilidad, quienes afirmaron, respectivamente, que: "*No existía contrato, no existían tampoco los recursos para contratar otra draga por parte del Estado, nuevamente los tres muelles principales de Barranquilla, Monómeros Caribe y Sociedad*

Portuaria contratan una draga, se llama a uno de esos dragadores internacionales y se les dice, necesitamos una draga, estamos en unas condiciones muy críticas y en ese momento se contrata la Draga Resolution", y que "El tema del canal de acceso se volvió muy complicado porque nosotros prácticamente no tuvimos ninguna opción, sino de entrar a hacer dragados por cuenta nuestra y de ver como se podía mejorar el canal de acceso, conociéndolo las autoridades, conociéndolo Dimar, conociéndolo Cormagdalena en su momento, porque si nosotros no dragábamos la opción era dejar que se cerrara el puerto y lógicamente no solo era que se fuera a ver afectado nuestro negocio y no solamente era que de pronto el Estado dejara de percibir una contraprestación porque la sociedad portuaria no pudiera operar, sino que hubiera sido un efecto devastador para la ciudad, para la economía de la ciudad, para la economía regional y creo que tendría unas repercusiones importantes en la economía nacional".

Aún más claros son los testimonios de los testigos Tatyana María Orozco de la Cruz y Ernesto Durán, quienes no tenían ni tienen vínculo alguno con las partes y representaban en su momento instituciones de mucha relevancia en lo atinente a decisiones relacionadas con el Puerto de Barranquilla. En efecto, dijo así la testigo Orozco de la Cruz, quien para la época se desempeñaba como directora de la fundación Probarranquilla: "...entonces durante todo ese tiempo nosotros como ciudad y digo como ciudad porque era una de las entidades pero la verdad es que todos los puertos de la ciudad estaban dependiendo de ese dragado que en su momento estaba haciendo la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla. **Si no hubiera sido así hubiera sido la debacle para la ciudad porque de hecho pasamos unos días muy duros entre finales de diciembre y principios de enero del 2004, pero afortunadamente eso se pudo resolver efectivamente con un buen dragado**". (Negrilla fuera de texto).

Por su parte, el señor Capitán Ernesto Durán, al que el tribunal considera un testigo de excepcional importancia por cuanto por ese entonces se desempeñaba como Capitán de Puerto de la Ciudad de Barranquilla y por ende tenía un conocimiento técnico del tema, dijo: "...el haber impuesto unas medidas pensando

*estrictamente en la seguridad del puerto, en la seguridad nacional, en la imagen del puerto, la imagen internacional, y en el cumplimiento de las normas que por autoridad marítima nos correspondía, seguramente **derivaron en la necesidad de dragar** y aumentar definitivamente la profundidad del canal".* Más adelante, al ser preguntado por un árbitro sobre si, dado su conocimiento sobre "lo que ocurrió a lo largo del año 2004... ¿era necesario o conveniente dragar el canal de acceso?", el mismo Capitán Durán contestó: "Para ingresar los buques cuya dimensión y carga que debían llevar al puerto de Barranquilla **era indispensable, sin ese dragado, no entran esos buques o tienen que entrar dos buques para llevar la misma cantidad de carga**"; y luego, al inquirírsele por parte de otro árbitro sobre si las obras de dragado eran necesarias para el ingreso al Puerto de Barranquilla en general o solo al muelle de la Sociedad Portuaria, el testigo respondió: "Al puerto completo. Barranquilla casi hablamos de cómo ciudad puerto, porque cuando se habla de terminal es específicamente a la Sociedad Portuaria". (Negrillas fuera de texto).

A la luz del dictamen pericial y de las declaraciones anteriores, el tribunal no puede sino concluir que por regla general la necesidad de dragar el canal de acceso al Puerto de Barranquilla es permanente, y que fue objetivamente necesario dragarlo en los años 2003, 2004 y 2005, con ocasión de las dificultades específicas que se presentaron y que fueron ampliamente descritas por todos los testigos. En tales condiciones, el tribunal reitera lo antes dicho en cuanto a que no comparte las apreciaciones manifestadas por el señor apoderado de la entidad convocada en sus diferentes escritos, incluido el de excepciones, por cuanto considera que de las pruebas mencionadas se desprende que durante los períodos a que se refiere la demanda sí fue necesario dragar el canal de acceso al Puerto de Barranquilla con el objeto de mantener su capacidad operacional y evitar la afectación del servicio, así como con miras a prevenir la ocurrencia de mayores perjuicios no solo a la convocante, sino a la ciudad en general.

2.2. La Responsabilidad Contractual en el Caso de Autos

De los hechos de la demanda se desprende, con absoluta claridad, que el núcleo del incumplimiento contractual que se le imputa a la convocada, dice relación con la expresada obligación principalísima vinculada a la ejecución de las necesarias tareas de dragado del canal navegable del Río Magdalena.

Según se afirmó también en dichos hechos, de ese incumplimiento se siguieron varias y distintas consecuencias, a saber:

1ª) La de que, a fin de evitar que estos fueran más graves, la sociedad convocante, en varias oportunidades entre los años de 2003 y 2004, decidió acometer directamente y por su propia cuenta la realización de las labores de dragado, para cuyo efecto hubo de procurarse los servicios de unas dragas.

2ª) la de que en todo caso se dieron ocasiones en las que la falta de dragado redujo la profundidad del canal navegable, de modo tal, que la Capitanía del Puerto tuvo que restringir la autorización para el ingreso de buques de cierto calado o se vio forzada a cerrar el puerto temporalmente, lo cual hizo necesario, bien aligerar la carga de algunas naves por fuera de él, bien extender más de lo previsto la permanencia de otras o bien su desplazamiento a puertos alternos con el consiguiente traslado posterior de la mercancía;

3ª) Además, la de que incluso hubo casos en los que algunos buques encallaron, con todos los costos consiguientes.

Por último, se afirmó igualmente que esas varias y distintas consecuencias le significaron a la convocante graves perjuicios económicos de diversa índole, principalmente en la forma de “gastos que no estaban previstos en el contrato” y de ingresos dejados de percibir.

A partir de esos asertos, las pretensiones de la demanda se enfocaron, como también se dijo atrás, a conseguir, en primer lugar, la declaración de que efectivamente hubo tal incumplimiento de la obligación atinente al dragado del canal navegable del Río Magdalena y de que por ende la convocante “debió acometer por su cuenta el dragado para el mantenimiento en el canal de acceso a la zona portuaria de Barranquilla”, y, consiguientemente, a que se condene a la convocada al pago de (i) “los costos directos del dragado que [esta] debió realizar por su cuenta para mantener la navegabilidad del canal [...]”, (ii) los correspondientes costos indirectos, (iii) las utilidades dejadas de percibir, (iv) los costos de oportunidad, (v) los costos financieros, (vi) los intereses de mora, (vii) los gastos del proceso y (viii) los honorarios de abogado. Así mismo se pidió, a modo de condena, que se disponga la disminución a que haya lugar en la contraprestación económica que le incumbe pagar a la convocante como valor de la concesión.

Planteadas así las cosas, es decir, sobre la base del que en principio parece un típico caso de responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación, al Tribunal simplemente le correspondería —establecidas como lo han sido ya plenamente la existencia y la exigibilidad de tal obligación—, determinar, sin más, si también se cumplieron y acreditaron con suficiencia los elementos propios de esa especie de responsabilidad, a saber: “(a) que exista incumplimiento, violación o falta de pago de una obligación, imputable a hecho voluntario del deudor (el incumplimiento); (b) que esta violación haya inferido al acreedor un daño que consista en la lesión de su derecho de crédito (el daño); y (c) que el daño sufrido por el acreedor sea una consecuencia directa, y además previsible, del incumplimiento del deudor (el vínculo de causalidad).”⁶

2.3. Un Régimen General y un Régimen Especial de Responsabilidad Contractual

⁶ Hernando Tapias Rocha “La acción de responsabilidad contractual”, en la obra colectiva “Los contratos en el derecho privado”. Colegio Mayor del Rosario y Legis. Bogotá, 2007

Sin embargo, en el presente caso gravita una circunstancia particular, que surge de la ya mencionada cláusula 11.2.1.1 del contrato, y que obliga al Tribunal a una previa e ineludible digresión. Se trata de que en la cláusula en cuestión, en la que las partes incorporaron al contrato la obligación legal de dragado del canal navegable de la que atrás se habló, ellas mismas definieron un régimen especial — y un tanto distinto— de responsabilidad en torno de dicha obligación.

En efecto, en la segunda parte de la cláusula se estipuló que si esa obligación no se cumple, *“y como consecuencia se afect[a] el calado operacional del puerto, las partes acuerdan disminuir la contraprestación por concepto de playas y terrenos de bajamar, de tal manera que se mantenga el equilibrio económico y la rentabilidad del negocio”*.

En otras palabras, lo que en ella se dispuso fue que si la falta de dragado reducía la profundidad del canal del río, afectando negativamente su navegabilidad y por ende la operación del puerto, las partes acordaban que procedería una disminución de la contraprestación pactada como valor de la concesión, que volviera por los fueros del equilibrio económico del contrato.

Para el Tribunal es claro que esa estipulación comporta sin duda una particular definición de responsabilidad contractual aplicable a unos posibles efectos de una eventual inejecución de la obligación de dragado, respecto de los cuales las partes decidieron establecer una específica forma de indemnización. Pero es claro, así mismo, que se trata de un régimen especial de responsabilidad apenas parcial, como que solo abarca una de las posibles hipótesis de daño derivado del incumplimiento de aquella obligación: el que consiste en que dicha inejecución haya tenido la virtualidad de afectar el “calado operacional del puerto”. Y por consiguiente es claro también —y más que claro, obvio—, que no incluye aquellos otros eventos de incumplimiento de la obligación de dragar que no

redundan en el menoscabo del calado operacional del puerto sino en otros hechos dañosos.

Esta distinción entre uno y otro esquema de responsabilidad no es, como parecería en principio, una distinción meramente teórica. En el presente caso ella tiene, por el contrario, una notable importancia y unos alcances muy significativos, que adelante se verán, y que se derivan de que, como se dijo atrás, los hechos de la demanda hacen referencia tanto a una como a otra de dichas hipótesis de daño, y por ende involucran tanto la responsabilidad contractual de carácter general definida por la ley y gobernada por las reglas generales de la responsabilidad contractual, como la de carácter especial establecida en la cláusula 11.2.1 del contrato.

En cuanto a la primera de las mencionadas hipótesis de daños, ella se hace consistir, según se vio, en aquellos eventos de incumplimiento de la obligación de dragar, que no dieron lugar a un menoscabo del calado operacional del puerto, debido a que la sociedad convocante decidió acometer directamente y por su propia cuenta la realización de las labores de dragado.

La segunda, por su parte, comprende los casos de incumplimiento de esa misma obligación en los que sí se afectó el calado operacional del puerto, al punto que la respectiva Capitanía tuvo que restringir la autorización para el ingreso de buques de cierto calado o se vio forzada a cerrar el puerto temporalmente.

Y aun cuando por supuesto ambas dicen relación a unos mismos elementos básicos de toda responsabilidad contractual, a saber: el incumplimiento, el daño y el vínculo de causalidad, para que haya lugar a que se configure la última de las mencionadas hipótesis es requisito *sine qua non* que el daño consista en el deterioro del calado operacional del puerto. Es decir, no se trata de cualquier daño, sino de un daño específico, definido por las partes, cuya consecuencia

directa, en materia de indemnización de perjuicios, se circunscribe a la disminución de una contraprestación de que trata el contrato.

Ahora bien, la primera y ciertamente la más importante de las consecuencias que se siguen de esa distinción entre un régimen general y uno especial de responsabilidad contractual en el caso que ocupa a este Tribunal, se relaciona con el modo de hacer efectiva la una y la otra.

Aquel, es decir, el general, se gobierna por los conocidos principios y reglas ordinarios consagrados en la ley para este tipo de responsabilidad civil contractual, que en lo fundamental dicen referencia al trámite de una acción judicial encaminada a conseguir (i) que se declare el incumplimiento por el deudor de la correspondiente obligación contractual; (ii) que se declare que tal incumplimiento se tradujo en un perjuicio económico para el acreedor, y (iii) que se condene al deudor al pago de la consiguiente indemnización.

El régimen especial, en cambio, se rige por lo que las partes estipularon en el propio texto de la cláusula 11.2.1.1 de marras, en el cual señalaron inequívocamente que, en la hipótesis de incumplimiento y en la de daño previstas en ella, la responsabilidad —también civil y contractual, por supuesto— se traduciría en una disminución, convenida por los contratantes, de uno de los componentes de la contraprestación acordada como precio de la concesión. Y señalaron también la forma en la que ha de hacerse dicha disminución, sobre la base de ajustar su monto en función del equilibrio económico del contrato y de la rentabilidad del negocio.

2.3. Los Efectos de la Dualidad de Regímenes

Sucede, sin embargo, que la convocante, no obstante haberse referido en su demanda a las dos distintas hipótesis de perjuicios de las que se ha venido

hablando, y haber afirmado en los hechos que una y otra nacieron del incumplimiento de la obligación de dragado del canal navegable, no hizo distinción alguna en materia de regímenes de responsabilidad, y tampoco por el lado de las diversas formas de hacer efectiva cada una de ellas. Tanto una como otra se plantearon para todos los efectos bajo la misma cuerda, como si se tratara de una sola cosa o hubiera de dárseles idéntico tratamiento, y se involucraron dentro de unas mismas pretensiones. En ese orden de ideas, las reclamaciones fueron unas solas y se formularon en su totalidad por la vía ordinaria de la responsabilidad contractual de carácter general ya mencionada, sin parar mientes en las peculiaridades propias del régimen especial consagrado en la cláusula 11.2.1.1 del contrato.

Al proceder de esta manera, la convocante pasó por alto la circunstancia de marras, relativa a que, por ministerio del contrato, la responsabilidad derivada de los daños que dijo haber sufrido por concepto del menoscabo “en el calado operacional del puerto” forzosamente debía hacerse efectiva mediante una disminución en la contraprestación por la concesión y para ese efecto, forzosamente también, tenía que compaginarse con los elementos ‘intracontractuales’ del equilibrio económico y de la rentabilidad del negocio.

Y en esas condiciones, pasó por alto también los aspectos probatorios particulares de este régimen especial de responsabilidad, relacionados con la carga procesal de demostrar en qué medida el hecho de que “el calado operacional del puerto” se vio afectado por el incumplimiento de la obligación de dragar, incidió en el equilibrio económico del contrato y en la rentabilidad del negocio, dando lugar a la necesidad de disminuir la contraprestación que se paga por la concesión, y en tal caso en qué proporción.

Así las cosas, las pretensiones de la demanda, en cuanto relacionadas con los perjuicios relativos a costos indirectos, utilidades dejadas de percibir y costos de

oportunidad habrán de ser denegadas, en razón a que al expediente no se allegaron los elementos de juicio indispensables para acreditar las circunstancias propias de ellos y de su particular modo de efectividad, en los términos previstos en el contrato y en el Código de Procedimiento Civil (artículo 174).

2.4. Los Elementos de la Responsabilidad General y su Demostración

Lo que corresponde entonces, a continuación, es abordar el análisis probatorio de aquella otra parte de la responsabilidad y de los perjuicios demandados por la convocante. Es decir, de los que, según se dice, surgieron por causa de que no se le hubiera dado cumplimiento, en las condiciones previstas en el contrato, a la obligación de dragado del canal navegable del río y de que, ante esa situación, su acreedor —es decir, la propia convocante— hubiera optado por asumir la ejecución de esa tarea por su cuenta y riesgo.

En relación con este aspecto, que, como se indicó ya varias veces, se enmarca dentro del régimen común de la responsabilidad de carácter general en materia contractual, lo que sigue para el Tribunal es el análisis 'de bien probado' del incumplimiento, el daño y el respectivo nexo de causalidad entre aquel y este, alegados desde la demanda.

2.4.1. El Incumplimiento

Se ha dicho ya más que suficientemente a lo largo del presente laudo, que la circunstancia constitutiva del incumplimiento contractual que la convocante le ha imputado a la convocada como fundamento primero de su acción, consistió en la falta "periódica y recurrente" de dragado del canal navegable del Río Magdalena, por el cual se accede al puerto de Barranquilla que fue materia de la concesión.

Por otra parte, atrás quedó establecida ya con suficiencia, tanto la existencia como la plena exigibilidad de esa obligación de dragado —una obligación que primigeniamente solo tuvo carácter legal, pero que por voluntad de los contratantes devino además en contractual y, en esa condición, finalmente fue asumida por Cormagdalena como cesionaria de la convención.

Por ende, lo que resta por dilucidar en este punto es si en efecto esa obligación se incumplió reiteradamente durante distintas etapas de lo corrido de la ejecución del contrato, como reiterada y vehementemente lo ha afirmado la convocante.

Sobre este particular, observa el Tribunal que, por contraste con esas reiteradas afirmaciones de la convocante, la convocada en cambio nunca hizo la refutación de esta primera premisa de la demanda, que habría sido de esperar de quien se opone a la totalidad de sus planteamientos. Apenas si, en la hora final de su alegato de conclusión manifestó de modo evidentemente elusivo que *“no existe prueba alguna de la necesidad de dragar, en razón del calado de las naves que ingresarían al puerto, las condiciones del río, y la profundidad del canal requerido de los mismos [...] Esto era indispensable en atención a que la profundidad del canal es cambiante, ya que esta varía con el caudal del río, el que a su vez, depende de factores climatológicos, de ahí que la necesidad del dragado no es constante y su medición obedece a las condiciones que se requieren en la actividad diaria del puerto.”*

En cambio, si se atiende a la prueba testimonial que obra en autos, de ella resulta que en las declaraciones rendidas por Pablo Riveira, por Carmen Vargas, por Ernesto Durán González, por Tatiana Orozco y Pedro Gutiérrez Visbal, cinco en total y todas contestes, aparece con innegable claridad que la obligación anotada se incumplió en repetidas oportunidades, y que ello determinó que la propia sociedad concesionaria asumiera en varias ocasiones las tareas de dragado. De ello dan cuenta también varias comunicaciones escritas (que obran a folios 60 a 69 del cuaderno de pruebas No. 1), en las cuales la convocante, la convocada y la

Capitanía de Puerto de Barranquilla hacen expresa referencia a diversos momentos de los años 2003 y 2004 en los que imperó esa circunstancia de la falta de dragado. Lo propio debe decirse de otra prueba escrita que obra en autos y que consiste en el “Informe Técnico-Jurídico CM-316 sobre la Reclamación por Costos y Sobrecostos por el Mantenimiento del Canal Navegable en el Puerto de Barranquilla-Contrato de Concesión No. 08 de 1993”, que fue elaborado por la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional de Colombia, y que obra a folios 387-441 del cuaderno de pruebas No. 2.

Por ende, el Tribunal debe concluir que, por el lado del incumplimiento de la obligación contractual alegada, en el expediente obran pruebas coincidentes entre sí y más que suficientes.

2.4.2. El Daño

Siendo ello así, lo que corresponde a continuación es determinar si, como también lo ha venido señalando la convocante de manera reiterada, ese repetido incumplimiento fue en realidad la causa determinante de que, para evitar —y en veces para conjurar— las consecuencias negativas de la falta de dragado del canal navegable por quien tenía a su cargo la correspondiente obligación, aquella resolviera acometer su ejecución.

A juicio del Tribunal, sobre este particular tampoco hay lugar a dudas. En efecto, de los mismos elementos de juicio de índole probatorio que se mencionaron en el punto anterior, surge contundentemente que en varias ocasiones puntuales —de las que se hablará en detalle en capítulo posterior de este laudo— y frente a algunas situaciones de hecho particularmente complejas surgidas de la falta de dragado del canal navegable, la convocante decidiera optar por asumir como propia esa tarea de dragado. A dichos elementos de juicio debe agregárseles, por supuesto, no solo el dicho de uno y otro señores peritos en sus respectivos

dictámenes, sino los soportes —tan serios como indicativos— en los que ellos basaron sus aseveraciones y sus conclusiones.

La convocada tampoco negó la circunstancia de que en vista de la falta de dragado del canal navegable por parte de quienes estaban primeramente obligados a cumplir esa tarea, la convocante hubiera resuelto darse ella misma a su ejecución y lo hubiera hecho en la forma y oportunidades afirmadas por esta. Sobre este particular, su defensa consistió solo en la afirmación, que propuso como excepción de *“inexistencia de la obligación demandada”* en su contestación de la demanda, de que *“[n]o existe para CORMAGDALENA obligación de pagar o reconocer suma alguna de dinero al concesionario por el dragado realizado por la actora, sin que mediara contrato o autorización de esta o de cualquiera de las dos entidades para su ejecución. Si realizó obras, como lo ha consignado la jurisprudencia, lo hizo por su cuenta y riesgo y no puede pretender entonces el reconocimiento de los mismos, lo único que contractualmente podía realizar el concesionario era solicitarle a la Nación la rebaja en la contraprestación de tal manera que se mantuviera el equilibrio económico y la rentabilidad del negocio cuando no contara con el calado necesarios para realizar operaciones en el canal de acceso al puerto.”* Los mismos fundamentos fácticos de esa excepción se propusieron también, a reglón seguido, como excepción de *“Imprevisibilidad de los efectos jurídicos y económicos de los dragados.”*

Así, su argumentación en relación con este punto y como fundamento de uno y otra excepciones se contrajo simplemente a la afirmación de que puesto que la convocante no solicitó la aquiescencia de su co-contratante antes de acometer las labores de dragado, es evidente que lo hizo bajo su sola responsabilidad y, por consiguiente, que carece de la legitimación necesaria para reclamar, por la vía de la indemnización de perjuicios, el reembolso de los costos en los que incurrió.

Adicionalmente, tanto en ese mismo escrito de contestación de la demanda como en su alegato de conclusión, la convocada planteó dudas acerca de que realmente hubiera sido necesario dragar cuando lo hizo la convocante, y cuestionó

enfáticamente que esa tarea se hubiera cumplido por esta sin una interventoría de la convocada y sin unos estudios técnicos previos.

Finalmente, al responder al hecho número 19 de la demanda, sintetizó su posición sobre este particular, señalando que “de los hechos controvertidos se puede concluir que la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, quiere derivar del incumplimiento del Estado en el mantenimiento del canal navegable del Puerto de Barranquilla, el beneficio de una actuación que no le estaba autorizada y no se limitó a lo que contractualmente debía hacer, que era demostrar la afectación del calado operacional del puerto y solicitar la disminución de la contraprestación, si en efecto se hubieran presentado las causas para ello.”

Todo ello significa entonces que en este punto no hay duda alguna por lo que toca con el hecho de que ante la situación y los riesgos creados por el incumplimiento de la obligación de dragado, la convocante asumió y cumplió en efecto esa tarea, y de que lo hizo repetidas veces, bien utilizando los servicios de una draga —que en el caso de la ‘Resolution’ fue necesario traer de Curazao—, bien adquiriéndola posteriormente, pero en todo caso asumiendo y pagando los costos correspondientes.

Pero significa así mismo, que se hace necesario establecer si ese comportamiento de la convocante, asumido en el marco del contrato de concesión pero ciertamente no previsto en este y tampoco autorizado por la concedente, solo puede considerarse un acto de mera liberalidad, salido por completo de la órbita de la relación convencional, o, por el contrario, correspondió de alguna manera con una actitud que encaja en una conducta contractual apropiada.

Para el Tribunal es claro que, efectivamente, ninguna estipulación contractual preveía una tal conducta de la convocante, como lo es que los contratantes jamás convinieron en forma alguna que si el dragado no se cumplía debida y

oportunamente según lo previsto, su ejecución sería o podría ser asumida por ella. Empero, también lo es, que esa conducta que asumió la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla no solo fue una conducta plenamente legítima en el contexto del negocio jurídico que tienen celebrado las partes, sino que además fue una conducta contractualmente encomiable.

Fue lo primero, porque a la luz de lo que en términos casi idénticos disponen los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligan no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a su naturaleza, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

Y fue lo segundo, porque como aparece palmariamente en el expediente, la razón que determinó ese comportamiento de la convocante fue sin duda la de evitar los perjuicios mucho mayores que se habrían seguido de esperar pasivamente a que la repetida falta de dragado del río se tradujera en la imposibilidad de continuar operando el puerto marítimo de Barranquilla, al menos de modo transitorio. En un mundo en el que en los casos de mora o de inejecución de una obligación convencional se acostumbra que el acreedor se limite a esperar, al acecho, a que se concreten plenamente todos los efectos negativos que se siguen, y, activamente, solo a ir preparando la demanda indemnizatoria del caso, la conducta de quien en cambio decide asumir directamente la obligación para evitar o reducir perjuicios, es ciertamente una conducta de la más impecable y plausible buena fe contractual.

Por lo demás, esta conducta corresponde a una idea que ha venido extendiéndose en distintos ordenamientos jurídicos —e incluso en el nuestro—, bajo la elocuente denominación de ‘obligación de mitigar el propio daño’, como aplicación concreta de ese principio de la buena fe contractual. Tal obligación — que ni siquiera simplemente un derecho— se hace consistir en que la parte

lesionada, es decir, el acreedor a quien se le ha incumplido una estipulación contractual, debe actuar con diligencia y acuciosidad para reducir —y en todo caso para no acrecentar—, hasta donde sea posible, el perjuicio que ha sufrido.

Este principio tiene su origen en el derecho anglosajón, donde se conoce con el nombre de "***duty to mitigate damages***". En efecto, desde mediados del siglo XIX la jurisprudencia inglesa impuso en cabeza de la parte contratante que fuera víctima de una inejecución, la obligación de adoptar, de manera rápida y razonable, todas aquellas medidas conducentes a moderar, disminuir o limitar los perjuicios derivados de dicha inejecución.⁷

En ese orden de ideas, entendieron las cortes inglesas que los gastos y expensas que se le ocasionan a la parte cumplida que sale a pagar una obligación incumplida, deben serle íntegramente reembolsados por la parte que ha dejado de observar sus obligaciones contractuales. Estos planteamientos llevaron a que la doctrina considerara que el comportamiento diligente de la víctima para reducir sus propios perjuicios es lo que la legitima jurídica y moralmente para obtener la reparación de los mismos, de manera que la labor del juez debe circunscribirse a analizar con detenimiento las gestiones adelantadas en tal sentido por el perjudicado.

Esta teoría, extraña por completo al derecho romano, fue de recibo por el derecho continental europeo. Así, se determinó que quien sufre el incumplimiento del contrato debe adoptar todas las medidas que razonablemente se encuentren en su mano para mitigar la extensión del daño causado por el incumplimiento, no pudiendo pretender que la otra parte le compense aquellos

⁷ Así pueden verse, entre otros, el caso de Staniford v. Lyall de 1830, el caso Frost v. Kinght de 1872, y más recientemente, el caso Charter v. Sullivan de 1957. Así mismo, el *Sale of Goods Act* de 1979 en sus artículos 50 y 51 estableció esta obligación. Tomado de LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, "Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado". En: *Los Contratos en el Derecho Privado*. Bogotá: Ed. Legis, 2007, p. 325 y 326

daños que no son consecuencia del incumplimiento, sino de su propia falta en la adopción de tales medidas.

Se trata, pues, ante todo, de un deber derivado de la buena fe, que consiste en evitar la extensión de los daños sufridos, adoptando para ello las prevenciones que la razonable diligencia exige.

Como entre nosotros se dijo ya en varios laudos arbitrales, en palabras que el Tribunal hace suyas en esta oportunidad, “ocurre que es absolutamente necesario —desde el punto de vista ético, social, jurídico y económico— establecer un patrón de conducta que evite la deslealtad y promueva la diligencia y la acuciosidad frente a la causación de perjuicios, pues no es posible admitir la inercia del acreedor afectado, quien se sienta a ver crecer sus propios daños con el convencimiento de que todas las secuelas adversas que se desprendan del incumplimiento del deudor le serán íntegramente reparadas.

“Estas pautas de conducta también deben ser observadas plenamente en nuestro derecho por tratarse de una clara y saludable aplicación del principio de la buena fe contractual, como quiera que ese creditor lesionado debe proceder razonablemente con el objeto de no estimular indebidamente la generación de los perjuicios causados por el incumplimiento. Para ello se requiere, tan solo, que obre de buena fe y con razonable diligencia.”⁸

Para este Tribunal, la obligación de que se viene hablando, de actuar con diligencia para reducir los propios daños, está explícitamente consagrada en la ley colombiana y contenida en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio de los que atrás se habló.

⁸ Sobre el particular pueden consultarse los siguientes laudos, cuyos arbitramentos se adelantaron ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá: Geofundaciones v. Consorcio Constructores Asociados de Colombia Consascol S.A. – Impregilo S.P.A. (Laudo de 22 de abril de 1998); Concesionaria Vial de los Andes S.A. –COVIANDES v. Instituto Nacional de Vías

Así mismo, el legislador comercial de 1971 incluyó en el artículo 1074 del Código de Comercio, en materia de seguros, una disposición que, sobre este particular, no puede ser más clara y más rotunda. Establece el artículo de marras que: *"Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación, y a proveer el salvamento de las cosas aseguradas."*

Al respecto, la doctrina se ha pronunciado en el sentido de ratificar plenamente lo que ha quedado expuesto en las líneas precedentes. Según Hernán Fabio López:

"La ocurrencia de un siniestro, que solo perjuicios acarrea a las partes, impone al asegurado el deber de procurar por todos los medios posibles a su alcance, la no extensión del daño, es decir, de tratar que la pérdida sea menor, ya que sería ilógico que so pretexto de estar amparado el bien el asegurado observara un conducta pasiva, negligente, pues los perjuicios que de ella se deriven no deben ser cargados al asegurador porque no corresponde a este pagarlos."

*"Ciertamente, en presencia ya de un siniestro el asegurado debe emplear la máxima diligencia en cuanto a prevenir el agravamiento de los males que aquel origina, tomando las medidas que, en cada caso, un elemental sentido de prudencia aconseje a fin de minimizar el costo de las pérdidas."*⁹

Por su parte, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia¹⁰, dando estricta aplicación a los postulados fundamentales sobre los que se erige este principio, reiteradamente ha precisado que en aquellos eventos de responsabilidad por desmovilización o inutilización de un bien, el resarcimiento por concepto del lucro cesante debe limitarse exclusivamente al período normal de inmovilización, esto es, al lapso que usualmente se emplearía en la reparación o sustitución del bien dañado.

(Laudo de 7 de mayo de 2001); Skanska Aktiebolag y Construcciones Civiles Conciviles S.A., Conciviles S.A., v. Urrá S.A. ESP (Laudo de 16 de mayo de 2001)

⁹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *El contrato de seguro*. Bogotá: Ed. Dupré, 1999, 2ª edición, p. 147-148

¹⁰ Así, entre otras, las sentencias de 24 de junio de 1996 (Exp. 4424 – MP Dr. Ramírez Gómez); de 21 de mayo de 2002 (Exp. 7288 – MP Dr. Trejos Bueno); y de 18 de febrero de 2003 (Exp. 6.806 – MP Dr. Ramírez Gómez).

Esta circunstancia obliga al acreedor a reaccionar con prontitud, pues sabe que el tiempo que exceda ese período razonable corre por su cuenta. Por ello, ha determinado la Corte que cualquier demora imputable a decisión o culpa de la víctima hace que el lucro cesante de ese tiempo no tenga por qué ser pagado por el demandado.

En síntesis, de las explicaciones y comentarios anteriores pueden inferirse dos criterios que para el tribunal tienen una marcada importancia en el presente caso. Según el primero, el principio de ejecución de buena fe de los contratos obliga a la parte que ha sufrido un demérito patrimonial como consecuencia del incumplimiento de su co-contratante, a actuar con celeridad, buen juicio y previsibilidad para aminorar tanto como le sea posible sus propios daños o para impedir su propagación, extensión o permanencia. Es este comportamiento providente el que legitima al damnificado para obtener la reparación de los perjuicios.

De acuerdo con el segundo criterio, quien demanda la indemnización tiene la carga de la prueba para demostrar las actuaciones diligentes que llevó a cabo, enderezadas a reducir los daños, así como su oportunidad y resultados o en su defecto deberá probar por qué no pudo adoptar medidas efectivas de mitigación, o por qué las tomadas resultaron fallidas.

Aparte de estas consideraciones, el Tribunal encuentra que en el caso de autos, donde se está frente a un contrato de derecho público —y concretamente frente a un ‘contrato administrativo’ regido por el Decreto 222 de 1983— hay una más, de gran importancia, que la convocante subrayó en su demanda y en su alegato de conclusión, cual es la de la expresa condición de interés público que en Colombia define a la actividad portuaria¹¹. En ese contexto, no es ni mucho menos gratuito

¹¹ Artículo 1º de la Ley 1ª de 1991

que la ley haya querido darle especial realce a la creación, el mantenimiento y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos¹².

Por consiguiente, fue mucho mayor y aún más válida la razón que le asistió a la convocante para haber asumido en su momento la tarea que en principio les incumbía a la Nación y a la convocada, de dragar según fuera necesario el canal navegable del Río Magdalena, de modo de asegurar, por ese aspecto, las condiciones necesarias para la operación del puerto materia de la concesión. Ni más ni menos que el puerto marítimo de Barranquilla.

Y en ese orden de ideas, el Tribunal debe desechar de plano los argumentos de la convocada en el sentido de oponerse a la acción de la convocante, a partir de la consideración de que cuando esta decidió acometer directamente las tareas de dragado del canal navegable, lo hizo *motu proprio*, por su cuenta y riesgo, sin una razón suficiente y sin que mediara contrato o autorización de parte de aquella. Y en consecuencia habrá de despacharse desfavorablemente la excepción denominada inexistencia de la obligación demandada que se propuso con ocasión de la contestación de la demanda. En realidad, no solo no puede considerarse reprochable la conducta de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla sobre este particular, y sostenerse que ella se salió por completo del marco del contrato de concesión, sino que, por el contrario, su comportamiento en esa materia debe declararse en un todo ajustado a los postulados de la buena fe contractual y de los deberes de conducta que pesan sobre quien tiene a su cargo la prestación de un servicio público. No puede olvidarse, de otro lado, que por lo mismo se trata de una de aquellas tareas que el derecho administrativo ha definido, desde siempre, como tareas que en razón de su propia naturaleza y del interés público vinculado a ellas, indispensablemente requieren las notas de la regularidad, la eficiencia y la continuidad.

2.4.3. El Nexo de Causalidad

¹² *ibídem*

En el caso de autos, este tercer elemento constitutivo de la responsabilidad contractual no plantea duda alguna, y casi podría decirse que se sigue naturalmente de los dos anteriores y de lo que en relación con los mismos encontró probado el Tribunal.

Efectivamente, demostrado con suficiencia, como lo ha sido, el incumplimiento contractual de la obligación de dragado del canal navegable del Río Magdalena, imputable a la convocada, y demostrado también que en razón de aquel la convocante decidió asumir íntegramente la realización de ese dragado, y que lo cumplió en la forma, en las oportunidades y a los costos que se detallarán más adelante, resulta evidente el nexo de causa a efecto entre uno y otro.

En otras palabras, para el Tribunal no cabe duda de que la lesión del derecho de la convocante es una consecuencia directa y previsible del incumplimiento de la obligación de dragado por parte de CORMAGDALENA, como quiera que es claro que en el caso de autos existe una conexión causal jurídicamente relevante entre ese evento dañoso que perjudica a la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, y, como causa y origen de ese mismo evento dañoso, un factor de atribución legal de responsabilidad a cargo de la parte convocada, contra quien es reclamada la indemnización de los perjuicios, que a continuación pasan a discriminarse.¹³

3. CAPÍTULO TERCERO

3.1. Prueba y Valoración de los Perjuicios

Bajo los anteriores parámetros conceptuales, el Tribunal procede ahora a estimar la prueba y la valoración de los perjuicios objeto de reclamación por parte de la sociedad convocante, para lo cual hará la diferenciación antes anotada.

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia 6063 de 21 de febrero de 2002. MP Dr. Ramírez Gómez

Previamente, advierte el Tribunal que, por aplicación de los principios generales de la responsabilidad contractual, los perjuicios indemnizables por el contratante incumplido deben guardar una relación de causalidad directa con la obligación incumplida¹⁴. La sociedad convocante, entonces, debe probar la existencia de dicho vínculo de causalidad. El vínculo causal entre el incumplimiento del deudor y el daño sufrido por el acreedor es presupuesto fundamental de la responsabilidad contractual, toda vez que no existe causa que justifique una condena en perjuicios en contra de alguien que realmente no ha causado el daño sufrido por el acreedor¹⁵.

3.1.1. Reclamación de los perjuicios consistentes en la asunción de trabajos de dragado por la sociedad convocante, denominados “costos directos” en la demanda

Si bien las pretensiones de la demanda no presentan en forma individualizada los diferentes perjuicios cuyo reconocimiento reclama la sociedad convocante, de dichas pretensiones y de los hechos de la demanda, el Tribunal ha podido identificar los diferentes períodos en los que la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. adelantó, primero mediante contratación con terceros y luego directamente, las labores de dragado del canal de acceso al puerto de Barranquilla, cuyo costo ahora reclama.

Los citados períodos de dragado fueron elaborados por la Draga Cattleya, la Draga WH Resolution, la cual posteriormente cambió de nombre por el de La

¹⁴ “La causalidad es un elemento esencial de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual. No hay responsabilidad sin causalidad, esto es, sin que se pueda imputar el acaecimiento del daño sufrido por una persona a la actividad de otra persona. (...) La necesidad de la causalidad es la misma, ora sea que se trate de una obligación de medios o de una obligación de resultado. Sin embargo, si la obligación es de resultado, basta que la actividad del deudor, inclusive no culpable, sea el origen del daño sufrido por el acreedor, mientras que, si la obligación es de medios, es necesario que el daño sufrido para el acreedor resulte de una falta cometida por el deudor, la cual normalmente debe probarla el acreedor, aunque haya lugar para una presunción de culpa en ciertos casos”; Larroumet, Christian; Teoría general del contrato, Volumen II; Ed. Temis, Bogotá, 1999; p. 164.

¹⁵ “...la parte demandante no logró demostrar los supuestos de hecho que determinaban la responsabilidad de la sociedad demandada, es decir, el incumplimiento del contrato de servicio de alarma y que como consecuencia de éste se produjo el siniestro.... De manera que si el Tribunal no encontró demostrado el nexo de causalidad entre el daño y la culpa, probada o presunta, como elemento de la responsabilidad, sin cuya presencia ningún resultado positivo al pretendido se obtendría, el recurrente debió combatir ese argumento, demostrando que, contrariamente a lo expuesto por el Tribunal, la omisión en el aviso de las dos “falsas alarmas justificadas”, a las personas señaladas en el contrato de marras,... fueron las determinantes de la ocurrencia de dicho siniestro”; C.S.J.; Sala de Casación Civil, sentencia de 23 de diciembre de 2002, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

Arenosa, denominación bajo la cual se adelantaron otros períodos de dragado, como se especifica a continuación:

Draga Cattleya:

- Período 1 - Dragado del 23 al 25 de Mayo 2003 (Num. 3.12.1 de la demanda)
- Período 2 - Dragado del 27 de Junio al 4 de Julio 2003 (Num. 3.12.2 de la demanda)
- Período 3 - Dragado del 7 al 21 de Agosto 2003 (Num. 3.12.3 de la demanda)

Draga Resolution:

- Período 4 - Dragado del 16 de Enero al 4 de febrero 2004 (Nums. 3.13, 3.14, 3.15.1 de la demanda)
- Período 5 - Dragado del 5 de Febrero al 15 de Marzo 2004 (Num. 3.15.2 de la demanda)

Draga La Arenosa:

- Período 6 - Dragado del 19 de Marzo 2004 al 4 de Enero 2005 (Num. 3.16 de la demanda)
- Período 7 - Dragado del 8 de Marzo al 27 de Junio de 2005 (num. 3.17 de la demanda)

Para efectos de determinar los perjuicios sufridos por la sociedad convocante como consecuencia del incumplimiento de CORMAGDALENA de su obligación de dragar el canal de acceso al puerto de Barranquilla, el Tribunal analizará cada uno de dichos períodos de dragado, con base en las pruebas

obrantes en el expediente, y particularmente con base en los dictámenes periciales rendidos por los Señores José Luis Canalejo y Jorge Torres.

Conforme lo ordena el art. 174 del C. de P. C. *“toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”*, por lo cual es obligación del juzgador adelantar una apreciación y una valoración de las pruebas *“... en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos”* (art. 187 C. de P.C.).

Cuando en el curso del proceso se ha decretado y practicado un dictamen pericial, el cual, como en el presente caso, se ha sometido a la contradicción de las partes, al juzgador le corresponde apreciarlo y valorarlo, conforme a la reglas de la sana crítica y, en especial, en aplicación del art. 241 del estatuto procesal civil *“al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso”*.

Esta valoración del juez, sin embargo, no debe limitarse a la simple lectura del dictamen, sino que debe, igualmente, consistir en su análisis razonado, estimando sus fundamentos y sus soportes, de modo tal que se llegue a una convicción acerca de sus conclusiones.

En palabras del tratadista Jairo Parra Quijano:

“El juez debe analizar el dictamen de los peritos, y si lo convence, puede tenerlo en cuenta para edificar sobre él, en todo o en parte, la decisión que tome; así mismo, debe examinar los fundamentos y las conclusiones, y si les halla mérito lo tiene como base para fallar; caso contrario, debe desecharlo.

(...)

Reiteramos, el juez debe ejercer un poder de señorío y estudio del dictamen pericial, y es él, en últimas, quien decide si es de recibo como prueba, sobretodo teniendo presente la fundamentación de éste, la que no solamente le sirve para saber si lo acepta, sino también para permitirles a las partes contradecir la prueba y utilizar asesores, los que podrán aconsejar a la parte y emitir conceptos que puedan servir para que el funcionario, con mejores elementos de juicio pueda valorar el experticio. Con relación a lo anterior, en otra oportunidad dijo la Corte Suprema de Justicia: 'Uno de los requisitos sine qua non que debe ofrecer todo dictamen pericial para que pueda ser admitido como prueba de los hechos que versa, consiste en que sea debidamente fundamentado; y que compete al juzgador apreciar con libertad esa condición, dentro de la autonomía que le es propia'.^{16 17}

En igual sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en fallo más reciente al decir que *"Así las cosas, se observa que el Tribunal en su fallo se ajustó a las directrices establecidas en los artículos 187 y 241 del C. de P.C., según los cuales el dictamen debe valorarse no solamente teniendo en cuenta la calidad de sus fundamentos, sino también el conjunto de las pruebas recaudadas en el proceso, de conformidad con las reglas de la sana crítica, '...entendidas éstas como aquellos principios de todos conocidos que informan el razonamiento, en virtud de los cuales se aprehende el conocimiento de un asunto, luego de un proceso intelectual de persuasión racional, lo que descarta la posibilidad de adoptar una conclusión pericial por la sola gracia del concepto o dictamen mismo, tarea en la que, como debe ser, los jueces gozan de una evidente facultad discrecional –rectamente entendida-, razón por la cual 'los reparos por indebida apreciación de la fuerza de una pericia, deben dirigirse a demostrar que el juez vio el dictamen de manera distinta a como aparece producido, y que sacó de él una conclusión ilógica y arbitraria, que no se compagina con la que realmente demuestra, porque, de lo contrario, es obvio que lo así inferido por el fallador está amparado en la*

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 9 de octubre de 1953.

¹⁷ Parra Quijano, Jairo; Manual de Derecho Probatorio, Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 2000, p. 490.

*presunción de acierto, y debe ser respetado en casación' (G.J. t. CCXII, No. 2451, página 143), como se acotó" (Sent. 083 de 28 de junio de 2000)."*¹⁸

Bajo estas consideraciones, el Tribunal procederá a examinar cada uno de los períodos de dragado cuyo costo de ejecución reclama la sociedad convocante, con el fin de determinar el monto de los perjuicios que integran su reclamación por este concepto.

En primer lugar, el Tribunal destaca la apreciación inicial del dictamen acerca de la dificultad que, por la naturaleza misma de las obras de dragado de un lecho fluvial, existe para comprobar históricamente la realización de la obra, o las cantidades ejecutadas. En este sentido, el perito advierte lo siguiente:

"Por su naturaleza todas las obras efectuadas en el periodo descrito, físicamente han desaparecido, la enorme dinámica del río Magdalena ha depositado millones de metros cúbicos de arenas y sedimentos en las áreas donde se efectuaron todos los trabajos relacionados, a diferencia de otras obras de Ingeniería donde las construcciones en concreto o acero permanecen por años y las cuales pueden ser inspeccionadas, medidas y cuantificadas.

Por este motivo todo el trabajo de peritazgo efectuado se basa en Planos, documentos, bitácoras, registros de dragado, facturas, comunicados, explicaciones técnicas y descripciones de las personas a cargo de la ejecución de las obras y las inspecciones técnicas efectuadas a bordo de las Dragas que efectuaron trabajos en el área del Canal de Acceso..." (ver pág. 1 del dictamen pericial técnico).

En consecuencia, siguiendo las anotadas directrices de doctrina y jurisprudencia, el Tribunal valorará el dictamen pericial técnico, en primer lugar, basándose en las conclusiones del perito, y en segundo lugar, con fundamento en los soportes y anexos incluidos en el dictamen mismo.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 6777, 2001. En el mismo sentido ver

Para este propósito, y con el fin de facilitar este análisis, los mencionados períodos en que se realizaron obras de dragado en el canal de acceso al puerto de Barranquilla se agruparán en tres secciones, correspondientes a la draga que efectuó los trabajos en cada uno de dichos períodos.

3.1.1.1 Draga Cattleya

De acuerdo con los hechos de la demanda, esta draga adelantó trabajos en el canal de acceso al puerto de Barranquilla en los períodos correspondientes al 23 al 25 de Mayo, el 27 de Junio al 4 de Julio y el 7 al 21 de Agosto del año 2003.

El dictamen pericial técnico, al respecto, señala que *“en el libro de bitácora de dicha draga se encuentran las anotaciones efectuadas en las fechas correspondientes que registran el trabajo de dragado en diferentes secciones del canal de acceso los meses relacionados. (Ver informe inspección draga Cattleya capítulo No 2 folios 105 a 150)”*. Posteriormente, a folio 122 del Anexo I del dictamen el perito agrega que *“los libros de Bitácora de la draga poseen anotaciones en las que reportan dragado en el área de Bocas de Ceniza entre los **meses de mayo, junio, julio, agosto y septiembre del 2003**. Estas indican **operaciones de dragado a partir del día 29 de mayo/03**, en general las anotaciones son muy escuetas, no son efectuadas diariamente y en algunos días reporta la draga operando sin especificar el área.”* (Subrayas y negrillas pertenecen al dictamen).

Adicionalmente, en el folio 531 del Anexo II del dictamen del perito, obra la comunicación No. 132200700632 del 24 de abril de 2007, de la Capitanía de Puerto de Barranquilla, donde el Capitán de Fragata Juan Ricardo Roza Obregón afirma que: *“1.No se cuenta con los informes de los peritos referente a los trabajos de dragados realizados por la draga KATLEYA periodo mayo/agosto de 2003”*.

i. Período 1 - Dragado 23-25 de Mayo 2003 (Num. 3.12.1 de la demanda)

Conforme a los hechos de la demanda, en este primer período la sociedad convocante contrató la Draga Cattleya, reportando un volumen dragado de 6.633 m3 en el sector de las Boyas 7-9 del canal de acceso al puerto de Barranquilla.

En el dictamen pericial técnico es posible observar que no existe anotación de bitácora, ni reporte de los libros de registro de dragado que muestren operaciones de dragado realizadas entre el 23 y el 25 de Mayo de 2003 en el sector de Boyas 7 – 9 del canal de acceso.

A folio 123 del tomo I del dictamen pericial técnico se afirma que “... con fecha 29 de mayo del 2003 se puede leer en la bitácora la anotación de las 12:00. Iniciamos operaciones de dragado para SPRB entre las boyas 7 y 9.....” (las subrayas pertenecen al texto del dictamen). Estas fechas no coinciden con las que conforman el período objeto de esta primera reclamación.

Este trabajo de dragado fue objeto de la Factura No. 0483 del 4 de Junio de 2003 expedida por Dragados Hidráulicos, por valor de Col\$35.032.057 (Fl. 224 del tomo I de anexos del dictamen). Esta factura no especifica los días en que se realizó el dragado.

Por su parte, el dictamen pericial financiero rendido por el Sr. Jorge Torres afirma, en su página 2, que entre los pagos efectuados por la sociedad convocante por concepto de dragado del canal de acceso al puerto de Barranquilla, se encuentra relacionado el correspondiente a la factura antes mencionada, por el mismo valor.

- ii. Período 2: Dragado del 27 de Junio al 4 de Julio 2003 (Num. 3.12.2 de la demanda)

Conforme a los hechos de la demanda, en este segundo período la sociedad convocante contrató la Draga Cattleya, reportando un volumen dragado de 63.932 m³, en el sector de la Boya 7 del canal de acceso al puerto de Barranquilla, trabajos que fueron realizados en 8 días, en jornadas de 24 horas, bajo la supervisión de la firma Ingeco Ltda.

A folio 136 del tomo I del dictamen pericial técnico obra copia de la hoja del libro de bitácora de la Draga Cattleya correspondiente al 27 de Junio de 2003, debidamente firmada por el oficial a cargo, en la cual se anota la iniciación de “... operaciones de dragado en el canal de acceso, sector boyas 7 y 9, auditoría INP y representantes de SPRB a bordo”. Esta anotación no señala cantidades de dragado, ni días de operación.

Posteriormente, a folios 138, 139 y 140 del tomo I del dictamen pericial técnico obran copias de las hojas del libro de bitácora de la Draga Cattleya correspondientes a los días 2, 3 y 4 de Julio, respectivamente, en las que se observan anotaciones que reportan operaciones de dragado, pero no indican área ni volúmenes dragados. Estas hojas de bitácora se encuentran firmadas por los oficiales a cargo de la embarcación.

Este dragado fue objeto de la Factura No. 0485 del 7 de Julio de 2003 expedida por Dragados Hidráulicos, por valor de Col\$334.021.384 (Fl. 225 del tomo I de anexos del dictamen pericial técnico). Esta factura tampoco especifica los días en que se realizó el dragado.

No existe en el dictamen evidencia de la auditoría realizada por la firma Ingeco Ltda. Sólo existe mención en el libro de bitácora de Junio 27 de 2003 sobre la presencia de una auditoría de una firma que denomina "INP".

El dictamen pericial financiero, en su página 2, registra entre los pagos efectuados por la sociedad convocante por concepto de dragado del canal de acceso al puerto de Barranquilla, el correspondiente a la factura antes mencionada, por el mismo valor.

- iii. Período 3: Dragado 7 – 21 de Agosto 2003 (Num. 3.12.3 de la demanda)

Conforme a los hechos de la demanda, en este tercer período la sociedad convocante contrató la Draga Cattleya, reportando un volumen dragado de 146.842 m³ en los sectores Muz – X6, Boya 11-13 y Boya 7 del canal de acceso al puerto de Barranquilla.

En el tomo I de los anexos del dictamen pericial técnico obran copias de hojas de libro de bitácora en el que se reportan operaciones de dragado en las siguientes fechas: 8 de Agosto de 2003 (Fl. 143), 14 de Agosto de 2003 (Fl. 148), 15 de Agosto de 2003 (Fl. 149), 16 de Agosto de 2003 (Fl. 144), 19 de Agosto de 2003 (Fl. 145), 20 de Agosto de 2003 (Fl. 146) y 21 de Agosto de 2003 (Fl. 147). Estas hojas de la bitácora están firmadas por los oficiales a cargo, a excepción de la correspondiente a la operación del 20 de Agosto (Fl. 146). Sin embargo, ninguna de dichas hojas de bitácora indica los volúmenes dragados.

Este dragado fue objeto de la Factura No. 0503 del 7 de noviembre de 2003 expedida por Dragados Hidráulicos, por valor de Col\$582.433.011 (Fl. 226 del tomo I de anexos del dictamen). Esta factura no especifica los días en que se realizó el dragado.

A folio 126, fotografía # 22, del tomo I de anexos del dictamen pericial técnico se observa un cuadro de control de dragado en el que se reportan trabajos realizados entre el 7 y el 19 de Agosto, sin especificar el año, señalando un volumen dragado de 141,405 m³. Dicho cuadro no aparece firmado por ningún oficial de a bordo de la draga. Esta cifra no coincide con los 146.842 m³ que reclama la sociedad convocante y que están reportados en la factura # 0503 de Dragados Hidráulicos.

3.1.1.2 Conclusiones del Tribunal respecto de los trabajos efectuados por la Draga Cattleya

En ausencia de informes de auditoría, actas de recibo de trabajos y bitácoras de dragado, el Tribunal observa que los únicos documentos que soportan la realización de los trabajos de dragado en los períodos antes citados por parte de la Draga Cattleya, son las facturas No. 0483 del 4 de Junio de 2003, No. 0485 del 7 de Julio de 2003 y expedida por Dragados Hidráulicos, No. 0503 del 7 de Noviembre de 2003 (FIs. 224, 225 y 226 del tomo I de anexos del dictamen pericial técnico). Respecto del período comprendido entre el 27 de Junio y el 4 de Julio 2003, existe, además, una anotación en el libro de bitácora de la draga, en la que se acredita la realización de trabajos de dragado los días 2, 3 y 4 de Julio (folios 138, 139 y 140 del tomo I del dictamen pericial). Y finalmente, en cuanto al período también existen anotaciones en el libro de bitácora de la draga en las que se reportan operaciones de dragado en fechas que coinciden con algunos de los días correspondientes al período objeto de reclamación.

Todos estos documentos fueron debidamente allegados al expediente, en la medida en que forman parte del dictamen pericial técnico y fueron objeto de contradicción por parte de la entidad pública convocada, con ocasión del traslado del dictamen pericial, sin que se hubiese presentado objeción o tacha alguna sobre los mismos.

En particular, destaca el Tribunal que las facturas No. 0483 del 4 de Junio de 2003, No. 0485 del 7 de Julio de 2003 y expedida por Dragados Hidráulicos, No. 0503 del 7 de Noviembre de 2003, constituyen documentos privados emanados de terceros, que reúnen los requisitos exigidos en la ley para las facturas de venta, cuya autenticidad no se cuestiona, y cuyo contenido merece credibilidad por coincidir con otros indicios provenientes de las anotaciones del libro de la Draga Cattleya, lo cual permite al Tribunal atribuirles valor probatorio respecto de las cantidades dragadas por cuenta de la sociedad convocante y sobre el costo de dichos trabajos.

De otra parte, el dictamen pericial financiero también manifiesta que las facturas en cuestión, fueron efectivamente pagadas parcialmente por la sociedad convocante, como se explicará más adelante, sin que dicha afirmación del dictamen haya sido objeto de objeción o cuestionamiento alguno por parte de la entidad pública convocada, durante el traslado de dicho experticio.

Por lo tanto, a juicio del Tribunal, mediante dichos documentos se ha demostrado en forma suficiente la realización de los trabajos de dragado adelantados por la Draga Cattleya en el canal de acceso al puerto de Barranquilla, su costo y el hecho de su pago parcial por parte de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, razón por la cual se accederá a su reconocimiento y se ordenará su reintegro por parte de CORMAGDALENA, previas las siguientes precisiones

sobre la cantidad efectivamente dragada y el valor efectivamente pagado por este concepto por la sociedad convocante.

El dictamen pericial técnico menciona en la página 2 del tomo de anexos I, que las facturas presentadas a la sociedad convocante por Dragados Hidráulicos (Fls. 224, 225 y 226) señalan que el volumen total dragado correspondiente a estos tres primeros períodos de dragado, es de 217.407 m³ dragados, por un valor total de Col\$951.486.753. Sin embargo, en la página 2 de la aclaración del dictamen pericial financiero se especifica que realmente el volumen dragado fue de 205.207 m³, ya que se debían descontar 12.200 m³ a un dragado inicialmente reportado pero no ejecutado porque la draga no funcionó. Esta información coincide con la Factura No. 0503 del 7 de Noviembre de 2003 (Fl. 226 del tomo I de anexos del dictamen).

En la aclaración del dictamen pericial financiero (pag. 2) se anota que del total de Col\$951.486.753 facturado por Dragados Hidráulicos, la suma de Col\$406.039.824 fue pagada por Cementos Caribe y por Monómeros. Por lo tanto, la suma realmente pagada por la sociedad convocante del dragado de estos tres primeros períodos de dragado es de Col\$545.446.929. En consecuencia, esta será la suma objeto de reconocimiento y cuyo pago a favor de la sociedad convocante, y a cargo de la convocada, se ordenará en la parte resolutive de este laudo, previo ajuste de su valor nominal, conforme al siguiente cálculo:

PERIODO	MESES	INFLACIÓN		VALOR		INTERESES 6%
		AÑO ANTERIOR	APLICABLE	HISTÓRICO	ACTUALIZADO	
Sep 19 –Dic 31 /03	3.3838	6.99%	1.97%	545,446,929	556,197,947	9,410,237
Ene-Dic/04	12	6.49%	6.49%	556,197,947	592,295,194	35,537,712
Ene-Dic/05	12	5.50%	5.50%	592,295,194	624,871,430	37,492,286
Ene-Dic/06	12	4.85%	4.85%	624,871,430	655,177,694	39,310,662
Ene 1-Sep 13-07	8.433	4.48%	3.15%	655,177,694	675,804,785	28,495,309
				TOTAL INTERESES		150,246,205
				ACTUALIZACIÓN		130,357,856

Vr. Histórico	Actualización	Intereses 6%	Total
545,446,929	130,357,856	150,246,205	826,050,990

La suma efectivamente pagada por la sociedad convocante ha sido ajustada con base en la tasa de inflación correspondiente a cada año transcurrido desde la fecha en que se efectuó el pago hasta la fecha del presente laudo; a la cifra resultante se le han aplicado intereses compensatorios a la tasa del 6% anual.

3.1.1.3 Draga: "WH Resolution"

De acuerdo con los hechos de la demanda, esta draga adelantó trabajos en el canal de acceso al puerto de Barranquilla en el período correspondiente al 16 de enero al 15 de marzo de 2004, en el sector de Bocas de Ceniza y el Faro X6. (numeral 3.14 de la demanda). A su vez, la demandante, en los numerales 3.15.1 y 3.15.2 de la demanda divide el periodo antes mencionado en dos: Período del 16 de enero al 4 de febrero de 2004 y período del 5 de febrero al 15 de marzo de 2004.

El dictamen pericial técnico, al respecto, señala que: *"Acuerdo (sic) a la información anexa, la draga "WH Resolution" efectivamente trabajo (sic) en el dragado del canal e (sic) acceso a Barranquilla a partir del día 16 de enero y hasta el 15 de marzo del 2004"*.

"Las labores de esta draga fueron supervisadas por la Capitanía de Puerto de Barranquilla, para lo cual nombro (sic) a los peritos SJTHI Rigoberto Jaramillo Soto, SJMHI Aristides Jaramillo y CF.Ramiro Salazar Molina, por otra parte la Capitanía exigió la presencia permanente abordo de un Piloto practico habilitado por la Dirección Marítima Nacional. Copia de los informes de los peritos asignados a bordo de la draga se anexan en el capitulo No 5 Folios 591 al 702". Cabe anotar que, efectivamente, obran en el expediente las copias de los informes de dichos peritos, pero que las actividades objeto de esos peritazgos son en cuanto a períodos diferentes. Para los períodos en los cuales el dragado se realizó por la Draga WH Resolution entre el 16 de enero y el 15 de

marzo, solo se tuvo como perito al CF. Ramiro Salazar Molina; los demás informes obedecen al dragado efectuado por la misma draga pero en periodos diferentes y cuando ya había adquirido la denominación de "La Arenosa", y a ellos se hará referencia posteriormente, al estudiar los periodos de dragado reclamados cuando la draga había ya sido adquirida por la sociedad convocante.

En cuanto a los trabajos realizados por la Draga WH Resolution, el perito técnico afirma que *"El control interventoría del volumen de dragado en la operación de la draga Resolution estuvo a cargo del personal de ingenieros y técnicos de la Sociedad Portuaria de Barranquilla, acuerdo (sic) al informe recibido la draga removió un volumen total de 466.543 metros cúbicos por un valor en el ítem de dragado de \$3.353'392,207.00 con un promedio de \$ 7187,7 por metro cúbico. Por otra parte los informes presentados por los Peritos relacionados, a la Capitanía de Puerto (Copia anexo No 5 folios del 591 al 702) acuerdo (sic) a los cuadros de resumen efectuados en el informe de peritaje de la draga (Anexo No 3 folios 171 a 218) relacionan un volumen de 489.234 m³ en el lapso enero 16/04 a febrero 14/04. En este periodo la draga permaneció en disponible con tripulación en el Puerto de Barranquilla (Stand By) de 36 días a razón de 5,200 euros/día. El cual es normal para un tipo de embarcación de estas especificaciones con tripulación internacional"*.

Adicionalmente, en el folio 531 del Anexo II del dictamen del perito, obra la comunicación No. 132200700632 del 24 de abril de 2007, de la Capitanía de Puerto de Barranquilla, donde el Capitán de Fragata Juan Ricardo Rozo Obregón hace entrega de: "2. Informes de dragado de los peritos asignados por esta capitanía de Puerto en los trabajos de dragado por parte de la draga de succión en marcha "RESOLUTION" de la firma Boskalis en el periodo enero a marzo de 2004" (las subrayas pertenecen al dictamen).

Una vez revisado el dictamen pericial técnico en lo correspondiente a estos periodos de dragado adelantados por la Draga WH Resolution, el Tribunal hace las siguientes observaciones.

- i. Periodo 4: Dragado del 16 de enero al 4 de febrero de 2004 (numeral 3.15.1 de la demanda):

Conforme a la demanda, la sociedad convocante en este primer período de dragado efectuado por la Draga WH Resolution reclama un volumen dragado de 421.466 m³, en el sector del Faro X2 y X4, en jornadas de 24 horas, 164 ciclos, a 2.500 m³ por ciclo, 1.500 m³ por hora y 36.000 m³ diarios. Así mismo, reclama trabajos de dragado por agitación valorados bajo Time Charter.

El Dictamen Pericial Técnico se fundamenta en el reporte del perito designado por la Capitanía de Puerto de Barranquilla, CF. Ramiro Salazar. Este perito presentó dos informes cuyas copias se encuentran en el tomo II del dictamen; el primer informe está en los folios 592 a 625 y corresponde al dragado efectuado entre el 16 de enero y el 1 de febrero de 2004. El segundo informe está en los folios 626 a 688 y corresponde al dragado efectuado del 2 al 4 de febrero de 2004. Sobre estos informes el Tribunal tiene las siguientes observaciones:

- El Informe # 1 del perito CF. Ramiro Salazar, correspondiente a las fechas del 16 de Enero – 1 de Febrero 2004, indica un volumen dragado de 414.094 m³. Sin embargo al realizar la suma del volumen en m³, relacionado en el cuadro No.3 del informe (fls. 601 a 604 Anexo II), se obtiene un volumen dragado de 409.827 m³, lo que indica que este primer informe tiene un error aritmético y que la cantidad efectivamente dragada fue de 409.827 m³.
- En el dictamen pericial técnico no hay copia de las hojas de libro de bitácora de la Draga WH Resolution de fechas desde el 16 al 31 de enero de 2004, en las que se pueda constatar la realización de trabajos de dragado.

- El Informe # 2 del perito Ramiro Salazar, correspondiente a las fechas del 2 al 4 de Febrero 2004, indica un volumen dragado de 48.505 m³ (folio 631 del Anexo II del dictamen pericial técnico).
 - La suma de estos dos volúmenes dragados, reportados por el Perito CF. Ramiro Salazar, es de 462.599 m³, lo cual no coincide con lo reclamado en la demanda por estas fechas, que es de 421.466 m³, ni con lo reportado en el Anexo I, folio 175 del Dictamen Técnico. Pero teniendo en cuenta la diferencia encontrada en el Cuadro No.3 del informe del Perito CF. Ramiro Salazar, la suma de los dos volúmenes dragados es de 458.332 m³, que tampoco coincide con lo reclamado por la sociedad convocante.
 - En el dictamen pericial técnico hay copia de las hojas de libro de bitácora de la Draga WH Resolution de fechas 1 y 3 de Febrero de 2004 en los que se anota la realización de trabajos de dragado, (Fls. 185 y 186 Tomo I). No se especifican ni la zona ni los volúmenes dragados y tampoco se observa firma alguna en dichas hojas de bitácora. No existe copia de las hojas del libro de bitácora de los días 2 y 4 de febrero de 2004.
- ii. Periodo 5: Dragado del 5 de febrero al 15 de marzo de 2004 (numeral 3.15.2 de la demanda)

De acuerdo con la demanda, en este período la Draga WH Resolution efectuó trabajos por un volumen total de 45.077 m³, pagados a 1.13€/m³, en jornadas de 12 horas diarias, los días 12, 14 y 23 de Febrero de 2004. Adicionalmente, reclama un fondeo en stand by de 36 días a razón de 5.200€/día.

Respecto de los volúmenes dragados correspondientes a esta pretensión de la demanda, el dictamen pericial técnico se fundamenta en un tercer reporte del perito designado por la Capitanía de Puerto de Barranquilla, CF. Ramiro Salazar, cuya copia igualmente se encuentra en el Anexo II del dictamen a Fls. 689 – 702. Sobre este período de dragado el Tribunal hace las siguientes observaciones:

- El Informe # 3 del perito CF. Ramiro Salazar, correspondiente a las fechas del 12 y el 14 de Febrero 2004, indica un volumen dragado de 25.635 m3 (Cuadro No. 3 Folio 694).
- El dictamen pericial no hace referencia a labores de dragado realizadas el 23 de Febrero, como lo anuncia esta pretensión de la demanda. Tampoco existe informe alguno de perito designado por la Capitanía de Puerto de Barranquilla para esta fecha. Sin embargo, en el folio 187 del dictamen hay copia de hoja del libro de bitácora de la Draga Resolution de fecha 23 de Febrero de 2004 donde se señala que ese día se iniciaron operaciones de dragado, pero no indica ni áreas de dragado ni volúmenes dragados.
- Existe una diferencia de 18.442 m3 entre el volumen que reclama la sociedad convocante para estas fechas y lo que encontró acreditado el perito técnico.
- No existe soporte adicional sobre estos trabajos de dragado.
- No existe soporte que demuestre el pago de los 36 días en stand by que permaneció la draga, como tampoco existe prueba que demuestre donde permaneció fondeada o atracada la draga.

3.1.1.4 Conclusiones del Tribunal respecto de los trabajos efectuados por la Draga WH Resolution

En conclusión, sobre el cuarto período de trabajos de dragado objeto de reclamación, realizado por la Draga WH Resolution, correspondiente al lapso transcurrido entre el 16 de enero y el 4 de febrero de 2004, el Tribunal considera que existe soporte suficiente sobre su realización y los volúmenes dragados, en los informes # 1 y # 2 presentados por el CF Ramiro Salazar. Tras corregir el error aritmético contenido en el primero de dichos informes, el Tribunal encuentra demostrado que en esta fecha se realizó un dragado de 409.827 m³. Y del segundo informe es posible concluir que el volumen dragado fue de 48.505 m³. La suma de estos dos volúmenes arroja un volumen total dragado de 458.332 m³. No obstante, también observa el Tribunal que el volumen reclamado en la demanda de la sociedad convocante por este período es de 421.466 m³, es decir, una suma inferior a la que encontró probada el Tribunal. Pero en la medida en que la competencia del Tribunal está limitada por la cláusula compromisoria y por las pretensiones de la demanda, sin que le sea legalmente posible conceder más allá de lo pedido por la convocante, sólo será posible ordenar el reconocimiento y pago del costo de los 421.466 m³ pedidos en la demanda por este período.

En cuanto al quinto período de dragado objeto de la reclamación y efectuado por la WH Resolution (5 de febrero al 15 de marzo de 2004), el Tribunal considera que el único soporte existente es el informe # 3 del perito CF Ramiro Salazar, que da cuenta del dragado de 25.635 m³ (Cuadro No. 3 Folio 694 del tomo II del dictamen pericial técnico), y no de 45.077 m³, que es lo reclamado en la demanda. Por lo tanto, respecto de este período sólo es posible reconocer a la sociedad convocante el reembolso del costo de 25.635 m³.

No obstante, es preciso advertir que en la demanda se señala expresamente respecto de este período de dragado del 5 de febrero al 15 de marzo de 2004, que dichos trabajos se realizaron a un costo de 1.13€ por metro cúbico. Por lo tanto, y reiterando que la competencia del Tribunal está legalmente circunscrita a lo pedido en la demanda, sin que le sea posible reconocer más de lo pedido, la liquidación de la suma que se ordenará reembolsar a la sociedad convocante respecto de los 25.635 m³ antes mencionados deberá ser liquidada a dicho precio señalado en la demanda.

En total, entonces, respecto de los trabajos de dragado realizados por la Draga WH Resolution, el Tribunal reconocerá el pago a la sociedad convocante del costo equivalente a un volumen de 447.101 m³. De este volumen, se reitera, la cantidad de 421.466 m³ serán liquidados a los precios determinados en el dictamen pericial financiero, mientras la cantidad de 25.635 m³ serán liquidados al precio de 1.13€ por metro cúbico.

Cabe anotar que los informes # 1, # 2 y # 3 presentados por el perito CF Ramiro Salazar, designado por la Capitanía de Puerto de Barranquilla, provienen de un particular en ejercicio de funciones de auxiliar de la administración, y que fueron debidamente aportados al expediente como parte del dictamen pericial técnico, y respecto de ellos no se presentó objeción o tacha alguna por parte de la entidad pública convocada, con ocasión del traslado del dictamen pericial.

En el dictamen pericial financiero (pág. 4) se menciona la realización de un pago efectuado el 7 de Mayo de 2004, por concepto de un dragado en Bocas de Ceniza de 466.543 m³, por un valor de Col\$3.353.392.207. Este volumen corresponde a lo reclamado por los períodos 4 y 5 de dragado (421.466 m³ más 45.077 m³), pero no coincide con lo que, conforme a las anteriores consideraciones, será objeto de reconocimiento en este laudo por este concepto, que se limitará a la cantidad de 447.101 m³, con las diferencias en cuanto a su precio antes anotadas.

Sin embargo, esta diferencia no impide otorgar validez probatoria a las verificaciones efectuadas por el perito financiero acerca de los pagos realizados por la sociedad convocante respecto de los trabajos de dragado adelantados por la Draga WH Resolution, sobre lo cual tampoco se presentó objeción alguna por parte de la entidad pública convocada.

De otra parte, en el dictamen pericial financiero (pág. 4) se reportan pagos por otros conceptos tales como:

- Stand – by: Col\$584.098.791 (Factura de 29 de abril de 2004).
- Agenciamiento: Col\$204.044.293 (Factura de 26 de Marzo de 2004).
- Combustible: Col\$61.186.930 (Factura de 29 de Abril de 2004).
- Otros: Col\$67.278.738 (Factura de 28 de Febrero de 2004)

Esto arroja un total de Col\$916.608.752 pagado por la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, conceptos y sumas que tampoco fueron objetados por la convocada, durante el traslado del dictamen pericial financiero.

El dictamen pericial financiero (pág. 4) señala que el total pagado por los trabajos de dragado efectuados por la Draga WH Resolution, antes de su adquisición por la sociedad convocante corresponde a la suma de Col\$4.270.000.960, equivalentes a un dragado de 466.543 m³, más el stand –by, el agenciamiento, el combustible y los otros conceptos mencionados. Sin embargo, el dictamen también señala que Cementos Caribe y Monómeros asumieron parcialmente el costo de estos trabajos de dragado por una suma de Col\$1.704.716.474. Esto implica que el valor realmente asumido por la sociedad convocante fue de Col\$2.565.284.486.

Contra

Corporación Autónoma Regional del Río Grande la Magdalena

Esta suma debe ser ajustada al volumen de dragado que será objeto de reconocimiento en este laudo por este periodo, al precio de 1.13€ señalado en la demanda respecto de parte del volumen dragado (25.635 m³), de acuerdo con el siguiente cuadro:

FECHA	CONCEPTO	Valor (Euros)	Tasa de Cambio	Valor (US\$)	Volumen (M3)	Valor Unitario (\$US/M3)	Tasa de Cambio	Valor (Col\$)
5/7/2004	Dragado B. de Cenizas	1,007,203	1.24227	1,251,219	421,466	2.68	2,680.10	3,029,390,217
5/7/2004	Dragado B. de Cenizas	1.13€ (*)	1.24227		25,635	1.40	2,680.10	96,444,862
4/29/2004	Standby	187,200	1.18370	221,589			2,635.96	584,098,791
3/26/2004	Agenciamiento			76,151			2,679.48	204,044,293
4/29/2004	Combustible			23,212			2,635.96	61,186,930
2/28/2004	Otros			25,082			2,682.34	67,278,738
	TOTAL			346,034	447.101			4,042,443,832
Menos: Costos Asumidos por Cementos Caribe y Monómeros								1,704,716,474
TOTAL SOCIEDAD PORTUARIA								2,337,727,358

(*) Precio unitario

Los valores actualizados y los intereses se resumen así:

PERIODO	MESES	INFLACIÓN		VALOR		INTERESES 6%
		AÑO ANTERIOR	APLICABLE	HISTÓRICO	ACTUALIZADO	
May 5-Dic 31/04	7.9845	6.49%	4.32%	2,337,727,358	2,438,677,668	97,358,697
Ene-Dic/05	12	5.50%	5.50%	2,438,677,668	2,572,804,940	154,368,296
Ene-Dic/06	12	4.85%	4.85%	2,572,804,940	2,697,585,979	161,855,159
Ene-Abr/07	4	4.48%	1.49%	2,697,585,979	2,737,869,930	54,757,399
TOTAL INTERESES						468,339,551
ACTUALIZACIÓN						400,142,572

Vr. Histórico	Actualización	Intereses 6%	TOTAL
2,337,727,358	400,142,572	468,339,551	3,206,209,481

La suma efectivamente pagada por la sociedad convocante ha sido ajustada con base en la tasa de inflación correspondiente a cada año transcurrido desde la fecha en que se efectuó el pago hasta la fecha del presente laudo; a la cifra resultante se le han aplicado intereses compensatorios a la tasa del 6% anual.

3.1.1.5 Draga La Arenosa

Los siguientes períodos de dragado cuyo costo reclama la sociedad convocante corresponden a las siguientes fechas:

- Período 6: Dragado de 19 de Marzo 2004 – 4 de Enero 2005 (Num. 3.16 de la demanda)
- Período 7: Dragado de 8 de Marzo – 27 de Junio de 2005 (num. 3.17 de la demanda)

Estos períodos de dragado cuyo pago reclama la sociedad convocante ya corresponden a la época en que esta empresa había adquirido la Draga WH Resolution y operaba directamente dicho equipo. En efecto, conforme en el tomo I de anexos del dictamen pericial técnico el perito designado por el Tribunal manifiesta que *“Acuerdo (sic) a la inspección efectuada abordo, los documentos e información suministrada por el Capitán de la draga y ejecutivos de SPRB, la draga “ WH Resolution” fue adquirida por SPRB en el mes de marzo del 2004, en Julio del mismo año cambia su nombre por “La Arenosa” y es registrada en la Capitanía de Puerto de Barraquilla.”* (ver folio 154 del tomo I del dictamen pericial técnico). Ello explica por qué en algunos reportes de este período de dragado objeto de reclamación, sin embargo, siguen mencionando a la draga por su nombre anterior.

En el dictamen pericial técnico se hace referencia a informes de dos peritos designados por la Capitanía de Puerto de Barranquilla, cuyos nombres son Rigoberto Jaramillo y Arístides Jaramillo. Estos informes dan cuenta de operaciones de dragado realizadas desde el 19 de Mayo hasta el 26 de Junio de 2004.

A partir de esa fecha los únicos soportes que existen de operaciones de dragado son los registros diarios de dragado y el acumulado mensual de la Draga La

Arenosa, ninguno de los cuales se encuentra firmado por el Capitán de la draga, por ningún oficial de dicha embarcación, ni por ningún otro funcionario de la sociedad convocante.

Si bien la demanda no especifica las cantidades dragadas en estos dos últimos períodos de dragado, el dictamen pericial técnico da cuenta de que, según la información suministrada por la sociedad convocante, los trabajos alcanzaron una suma total de 3.303.401 m³ (página 5 dictamen pericial técnico), cuyo reconocimiento y pago se pretende. No obstante, al revisar los soportes documentales aportados en los anexos del dictamen pericial técnico, el Tribunal observa que la sumatoria de todos los registros diarios de dragado obrantes en los folios 270 a 529 del tomo I del dictamen, independientemente de su valoración probatoria, arrojan un total de 2.657.401 m³.

- i. Período 6: Dragado 19 de Marzo 2004 – 4 de Enero 2005 (Num. 3.16 de la demanda)

Respecto de este sexto período de dragado adelantado por la Draga La Arenosa, ahora bajo la propiedad de la sociedad convocante, ésta reportó al perito técnico (ver Fl. 175 del tomo I del dictamen) un volumen dragado entre Marzo 19 de 2004 y Enero 4 de 2005, de 2.660.116 m³, cuyo costo pretende le sea reembolsado por la entidad pública convocada.

Una vez analizado el dictamen pericial técnico, junto con sus soportes, el Tribunal tiene las siguientes observaciones:

- Fecha: 19-25 de Mayo 2004: Informe de dragado de 27 de Mayo de 2004.- En el Informe preliminar de dragado elaborado por el Perito Rigoberto Jaramillo, de fecha 27 de Mayo de 2004 (Ver copia a Fl. 552 – 558 del tomo II del dictamen pericial técnico), se hace referencia a labores de

dragado realizadas entre el 19 y el 25 de Mayo de 2004, en los sectores de las Boyas 11 y 13, y en las Boyas 7 y 9, con un volumen dragado de 82.586 m³. Esta cifra no coincide con la reportada por el perito designado por el Tribunal, José Luis Canalejo, quien al referirse a este informe en el folio 177 del tomo I del dictamen, indica un volumen de 83.374 m³ (la diferencia es de 788 m³).

- Fecha: 19 de Mayo – 2 de Junio 2004: Informe de dragado de 22 de Junio de 2004.- En el Informe preliminar de dragado elaborado por el Perito Rigoberto Jaramillo, de fecha 22 de Junio de 2004 (Ver copia a Fl. 572 - 690 del tomo II del dictamen pericial técnico), se hace referencia a labores de dragado realizadas entre el 19 Mayo y el 2 de Junio de 2004. Nótese que la fecha indica un período que comprende al del anterior informe, por lo que se deduce que este segundo informe incluye el anterior, el cual fue un informe parcial, razón por la que las cantidades de dragado de estos dos informes no pueden acumularse, sino que se tomará únicamente la cantidad reportada en este segundo informe. Según este informe el dragado se hizo en los sectores de las Boyas 11 y 13, y en las Boyas 7 y 9, y en las Boyas 9 y 13. Este informe no es claro al señalar el volumen total que fue dragado en estas fechas. Contiene unas tablas en las que anuncia el cálculo de los volúmenes dragados, pero no llega a una cifra total. La tabla incluye los volúmenes dragados del 19 al 25 de Mayo, lo que indicaría que este reporte incluye el anterior. El perito del Tribunal, José Luis Canalejo, al referirse a este informe en el folio 177 del tomo I del dictamen, indica un volumen total dragado de 147.218 m³. Esta es la cifra, entonces, que a juicio del Tribunal se encuentra probada como volumen de dragado realizado por la Draga La Arenosa, entre el 19 de Mayo y el 2 de Junio de 2004.

- Fecha: 15 – 26 de Junio 2004: Informe de dragado de 2 de Julio de 2004.- Este informe es presentado por el perito Aristides Jaramillo, designado por la Capitanía de Puerto de Barranquilla, y su copia se encuentra a Fls. 559 - 571 del tomo I del dictamen. Reporta trabajos de dragado realizados del 15 al 26 de Junio de 2004, con un volumen total de dragado de 131.029 m3. Esta cifra coincide con la reportada por el perito del Tribunal, José Luis Canalejo, en el folio 177 del tomo I del dictamen y respecto de ella, entonces, el Tribunal encuentra evidencia suficiente sobre su realización.

Antes del 19 de Mayo y a partir del 26 de Junio de 2004 no existe informe de peritos designados por la Capitanía de Puerto de Barranquilla acerca de las labores de dragado realizadas por la Draga La Arenosa, antes WH Resolution, y ahora bajo la propiedad y operación de Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla (cabe mencionar que la designación de peritos por parte de la Capitanía de Puerto obedecía a que hasta esa fecha la draga mantuvo bandera extranjera). Por lo tanto, en el dictamen pericial técnico sólo es posible acudir a las hojas de los libros de bitácora de la draga y a los registros diarios de dragado.

Al revisar las copias de los libros de bitácora se observa que muchos de ellos reportan labores de dragado, pero no indican los volúmenes dragados en cada fecha, mientras otras hojas de bitácora sí lo hacen. El resumen de estas hojas de bitácora es el siguiente:

- 30 de Julio 2004 (Fl. 193) – Dragado en Siape; volumen: 20.052 m3.
- 31 de Julio 2004 (Fl. 193).- Dragado en Siape; volumen: 16.104 m3.
- 3 de Agosto 2004 (Fl. 194).- Dragado en Siape; volumen: 20.254 m3.
- 4 de Agosto 2004 (Fl. 194).- Dragado en Siape; volumen: 24.543 m3.
- 1 de Octubre 2004 (Fl. 199).- Dragado Boyas 7 – 9; volumen: 35.398 m3.
- 18 de Diciembre 2004 (Fls. 198 y 209, repetido).- Dragado F2, X4-X6, Siape, Boyas 11-13; volumen: 29.755 m3.

- 1 de Enero 2005 (Fl. 200): Dragado Boyas 11 – 13; volumen: 7.141 m3.

El total de estas operaciones de dragado es de 153.247 m3, volumen respecto del cual el Tribunal encuentra evidencia suficiente sobre su realización, en las citadas copias de los libros de bitácora suscritos por el Capitán y/o por oficiales de a bordo de la draga.

Al sumar los volúmenes subrayados, el total que conforme a los anexos del dictamen pericial cuenta con soporte documental en el período de esta pretensión, es decir del 19 de Marzo de 2004 hasta el 4 de Enero de 2005, es de 431,494 m3.

Esta cifra está muy alejada de la cifra a la que se refiere el dictamen del perito del Tribunal, José Luis Canalejo, quien manifiesta a Fl. 175 del tomo I del dictamen que la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla le informó de un volumen dragado entre Marzo 19 de 2004 y Enero 4 de 2005, de 2.660.116 m3. No se encuentra soporte documental alguno sobre este período de dragado diferente del contenido en los reportes diarios de dragado de la Draga La Arenosa, cuya sumatoria total tampoco coincide con lo reportado al perito técnico del Tribunal. Según los reportes diarios de dragado de la Draga La Arenosa, en el periodo comprendido entre el 19 de marzo del 2004 al 5 de enero de 2005, se dragaron un total de 2.412.779 m3.

Sobre este punto, observa el Tribunal que de los citados 2.412.779 m3, únicamente la suma de 431.494 m3 tiene un soporte documental proveniente, bien sea de los informes de los peritos designados por la Capitanía de Puerto de Barranquilla, bien de los libros de bitácora de la propia draga suscritos por el Capitán. El restante volumen de dragado no fue objeto de comprobación física ni documental por parte del perito técnico designado por el Tribunal.

Sobre la valoración de estos reportes diarios de dragado se pronunciará el Tribunal más adelante.

- ii. Período 7: Dragado 8 de Marzo – 27 de Junio de 2005 (num. 3.17 de la demanda)

El dictamen del perito técnico del Tribunal, José Luis Canalejo, manifiesta a Fl. 175 que la sociedad convocante le reporta entre el 5 de Marzo y el 5 de Junio de 2005 (las fechas coinciden parcialmente con lo expresado en el numeral 3.17 de la demanda), un volumen dragado de 657.945 m³, cuyo costo pretende le sea reembolsado por la entidad pública convocada.

Al respecto, una vez analizado el dictamen pericial técnico, junto con sus soportes, el Tribunal tiene las siguientes observaciones:

- El volumen que se reporta como dragado (657.945 m³) no tiene soporte documental alguno, diferente a las hojas de reporte diario de dragado de la Draga La Arenosa suministradas por la sociedad convocante. Según los reportes diarios de dragado de la draga "La Arenosa", en el periodo comprendido entre el 5 de marzo y el 5 de junio de 2005, se dragaron 244.622 M³ y no 657.945 m³ como el perito técnico designado por el Tribunal manifiesta haberle sido informado por la sociedad convocante.
- Si bien existen algunas hojas de bitácora de la Draga La Arenosa que señalan actividades de dragado el 29 de Abril de 2005 (FIs. 197 y 213, repetidos) no se señala allí el volumen dragado, como sí ocurre con otras hojas de bitácora, como las anteriormente relacionadas respecto del período comprendido entre el 19 de Marzo de 2004 y el 4 de Enero de 2005 (sexto período de dragado objeto de la reclamación).

3.1.1.6 Conclusiones del Tribunal respecto de los trabajos efectuados por la Draga La Arenosa

Lo primero que destaca el Tribunal es que la suma total del volumen dragado por la Draga La Arenosa reportada al perito técnico por la sociedad convocante de 3.303.401 m³, no coincide con la sumatoria de los informes diarios de dragado de La Arenosa que obran en el tomo I de anexos del dictamen pericial técnico, los cuales arrojan un total de 2.657.401 M³. Por lo tanto, el análisis del Tribunal acerca del valor probatorio de los soportes documentales partirá de la suma últimamente citada.

En segundo lugar, a juicio del Tribunal existe evidencia suficiente de la realización de trabajos de dragado por La Arenosa en volumen de 431.494 m³. Esta cifra proviene de lo reportado en los informes de los peritos Rigoberto Jaramillo (147.219 m³) y Arístides Jaramillo (131.029 m³), designados por la Capitanía de Puerto de Barranquilla cuando la draga aún tenía bandera extranjera, y de lo reportado en los libros de bitácora de la misma draga antes relacionados, que obran folios 193, 194, 198, 199 y 200 del tomo II de anexos del dictamen pericial técnico y que reportan un total de 153.247 m³.

En cuanto a los informes rendidos por los peritos Rigoberto Jaramillo y Arístides Jaramillo, designados por la Capitanía de Puerto de Barranquilla, observa el Tribunal que se trata de informes elaborados por encargo de una autoridad pública, que se encuentran debidamente firmados por los citados peritos, que acreditan las fechas y las zonas en que realizaron las operaciones de dragado, así como los volúmenes dragados, en sumas que fueron revisadas por el perito técnico del Tribunal. Estos documentos fueron allegados al expediente como parte del dictamen pericial técnico, al que fueron a su vez aportados por la Capitanía de Puerto de Barranquilla, y los mismos no fueron objeto de objeción o

tacha alguna por la entidad convocada dentro del término de traslado del dictamen.

Y en relación con las hojas de bitácora de la Draga La Arenosa que cuentan con registros de las cantidades dragadas en las fechas de dichas hojas (folios 193, 194, 198, 199 y 200 del tomo II de anexos del dictamen pericial técnico), observa el Tribunal que las mismas constituyen documentos privados provenientes de la sociedad convocante, debidamente suscritos por el Capitán de la Draga y/o por los oficiales a cargo de la embarcación.

En este punto, el Tribunal quiere resaltar el hecho de que estos documentos formen parte del libro de bitácora de la Draga La Arenosa y de que se encuentren suscritos por el Capitán y la relevancia que esto supone frente a su valoración probatoria.

El capitán de una nave, y la Draga La Arenosa se clasifica como tal, es el jefe supremo de la embarcación durante su navegación. En palabras del artículo 1495 del Código de Comercio:

“El capitán es el jefe superior encargado del gobierno y dirección de la nave.

La tripulación y los pasajeros le deben respeto y obediencia en cuanto se refiere al servicio de la nave y a la seguridad de las personas y de la carga que conduzca.

Como representante del armador ejercerá, frente a todos los interesados en la nave y en la carga, los poderes que le sean atribuidos por la ley. Las restricciones convencionales al derecho de representación del capitán no serán oponibles a terceros de buena fe.”

De otra parte, conforme al artículo 1501, numeral 17, literal c) del Código de Comercio, es obligación del capitán de una nave mantener a bordo el libro de navegación o bitácora.

El libro de bitácora o diario de navegación es el documento más importante que se debe llevar a bordo y la responsabilidad de su diligenciamiento y registro corresponde al capitán, por cuanto es en dicho libro que se registran todos los acontecimientos ordinarios y extraordinarios que ocurran en el curso de la navegación.

La doctrina internacional destaca la importancia del libro de bitácora o diario de navegación y las formalidades que el mismo debe cumplir, en pasaje proveniente del Manual de Derecho de la Navegación del tratadista Rodolfo González – Lebrero, que el Tribunal estima pertinente transcribir:

“El Diario de Navegación constituye el documento más importante y trascendente de a bordo; su exigencia resulta del art. 83 de la Ley de la Navegación y del art. 23.0101 del REGINAIVE. En los buques argentinos, debe estar encuadernado, foliado, rubricado y sellado, hoja por hoja, por la Prefectura Naval Argentina, practicándose las anotaciones sin interlineaciones, raspaduras ni enmiendas, de forma continuada y con la fecha de cada asiento que debe, además, llevar la firma del capitán. Este tiene, por otra parte, que firmar diariamente dicho libro.

“En el Diario de Navegación se reproducen todos los hechos vinculados a la navegación y a los acontecimientos extraordinarios ocurridos en el curso de esa navegación respecto del buque, tripulantes, pasajeros y carga. En particular, se asientan la situación, derrota y maniobras realizadas por el buque, las observaciones meteorológicas e hidrográficas efectuadas a bordo, los actos cumplidos por el capitán en su carácter de funcionario público, las actas de los consejos de oficiales (conf. Art. 84, Ley de la Nav.), más toda una larga serie de hechos y circunstancias exigidos por las leyes y reglamentos, tales como: existencia y consumo de combustible y de agua

de alimentación de calderas, daños o averías acaecidos al buque, a su armamento o a su carga, echazones y sus causas y relación de los objetos echados o averiados, arribadas forzosas, asistencias o salvamentos prestados o recibidos, manipulación de carga en navegación, relevo en navegación del capitán o del jefe de máquinas, servicios extraordinarios prestados por la tripulación, etc.

(...)

“La obligatoriedad impuesta en cuanto a este importante libro en particular tiene por objeto contar con una prueba preconstituida, pero su valor probatorio no es idéntico en todos los casos, pues es distinto también el carácter con que el capitán efectúa los diversos asientos. Todas aquellas anotaciones practicadas en virtud de su excepcional investidura de funcionario público constituyen verdaderos instrumentos públicos, pero el resto de los asientos no participan de esa naturaleza, y su eficacia queda sujeta a la apreciación judicial en cada caso. Valen en contra del armador, y también en su favor, salvo prueba en contrario”.¹⁹

La legislación colombiana no contiene disposición específica acerca de las formalidades que deben llenar los documentos de a bordo de una nave, aparte de la mención del libro de bitácora o diario de navegación que está obligado a llevar el capitán conforme al art. 1501, num. 17, literal literal c) del Código de Comercio. No obstante, las naves abanderadas en Colombia registran sus libros de bitácora o diarios de navegación en las Capitanías de Puerto colombianas, como ocurre en el caso del mismo libro de bitácora de la Draga La Arenosa, como puede comprobarse a folio 207 del tomo I de anexos del dictamen pericial técnico, en el que se encuentra copia de la página inicial del “Diario de Navegación, Dragado y Puerto” de la Draga La Arenosa, registrado ante la Capitanía de Puerto de Barranquilla y firmado por el Capitán Ernesto Durán, quien para entonces ocupaba dicho cargo.

De otra parte, el Convenio para Facilitar el Tráfico Marítimo Internacional de 1965, modificado en 1969, 1973, 1977, 1986 y 1987, ratificado por Colombia mediante Ley 17 de 1991, hace referencia a los diferentes documentos provenientes de la nave que deben ser presentados a las autoridades de cada puerto, tales como la “declaración general”, la “declaración de carga”, la “declaración de provisiones de a bordo”, la “lista de tripulación” y la “lista de pasajeros” (Cap. 2, Regla B). Respecto de todos ellos la citada Convención exige que sean firmados por el capitán de la nave. En efecto, solo para citar un ejemplo de dicha exigencia, la “declaración general” es definida por el art. 2.2 (Cap. 2, Regla B) del Convenio como “... el documento básico en el que figure la información exigida por las autoridades públicas, a la llegada y salida, referente al buque”. Respecto de ella, la norma del Convenio, contenida en el art. 2.2.3 dispone que “las autoridades públicas aceptarán la declaración general fechada y firmada por el capitán, el agente del buque o cualquiera otra persona habilitada y debidamente autorizada por el capitán”. Igual disposición establece la mencionada Convención respecto de los demás documentos que acrediten hechos acaecidos en el buque.

Como puede observarse, entonces, tanto en el derecho marítimo nacional como en el internacional, se atribuyen al capitán de una nave amplias facultades para dar fe de los hechos que tengan lugar en el buque durante la navegación, por ser el capitán la máxima autoridad de la nave durante la travesía. Y ello encuentra fundamento en cuanto durante la navegación no existe manera de comprobar los hechos y circunstancias que hayan acaecido, salvo por la constancia misma que de ellos suministre el capitán. Dichas constancias deben reflejarse en el libro de bitácora o en los demás documentos de la nave que deban llevarse según las reglamentaciones de cada puerto, y respecto de todas ellas se exige la firma del capitán.

¹⁹ González-Lebrero, Rodolfo; Manual de Derecho de la navegación; 4ª edición, Desalma, Buenos Aires, 2000, p. 282.

Llama la atención del Tribunal el hecho de que de los informes diarios de dragado de la Draga La Arenosa entre el 19 de Marzo de 2004 y el 27 de Junio de 2005 (fechas de la reclamación), únicamente están firmados por el capitán de la draga los que se refieren al período comprendido entre el 4 de Enero de 2005 al 7 de Marzo de 2005 (folios 292 -300, folios 324 – 370, excepto el 326, del tomo II del dictamen pericial técnico), que es el período en el cual dicha draga realizó trabajos en ejecución del Contrato de Dragado No. 026 de 2004 suscrito entre la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla y CORMAGDALENA. Dichos reportes se encuentran firmados por el capitán, y por el interventor designado por la entidad contratante, por cuanto conforme al citado contrato ello es requisito indispensable para el reconocimiento y pago de las cantidades dragadas²⁰.

Esta actitud de la sociedad convocante contrasta con el hecho de que respecto de los dos períodos de dragado cuyo costo reclama en el presente trámite arbitral (19 de Marzo 2004 – 4 de Enero 2005 y 8 de Marzo – 27 de Junio de 2005), los citados reportes de dragado, en idéntico formato, carezcan de la firma del capitán de la draga. A juicio del Tribunal, y en la medida en que las actividades de dragado en un equipo como La Arenosa se adelantan en el curso de un acto de navegación, el capitán es la única persona que, de acuerdo con sus atribuciones legales, está facultado para dar fe de las cantidades dragadas, en ausencia de una mecanismo de medición diferente y acostumbrado en trabajos de dragado, tal como la participación de un interventor o de cualquier entidad certificadora.

²⁰ A folios 116 – 1120 del tomo II del dictamen pericial técnico se encuentra copia del contrato No. 026 de 2004, en cuya cláusula primera se estipuló que *“no se ejecutará ninguna obra de dragado con cargo a este contrato, sin el visto bueno del supervisor del contrato”*. En su cláusula cuarta, igualmente, se acordó que *“el valor del presente contrato se pagará previa la presentación de las respectivas actas mensuales de obra de acuerdo con las cantidades ejecutadas y con los valores estipulados en la cláusula segunda del presente contrato”*. Y en la cláusula quinta se acordó que *“EL CONTRATISTA deberá presentar la respectiva acta mensual de obra en donde se facturará el valor de la obra ejecutada anexando el original del acta mensual de obra aprobada por el interventor”*.

Este contraste entre los informes diarios de dragado firmados por el capitán de La Arenosa, utilizados para acreditar y cobrar las cantidades dragadas en ejecución del Contrato de Dragado No. 026 de 2004, y aquéllos que carecen de firma, es relevante en la medida en que se trata de formatos idénticos, pertenecientes al mismo equipo (Draga La Arenosa), respecto de dragado en el mismo cuerpo de agua (el canal de acceso al puerto de Barranquilla en el Río Magdalena), y cuyo costo se reclama en el marco de relaciones contractuales (Contrato de Dragado No. 026 de 2004, por una parte y por la otra Contrato de Concesión No. 008 de 1993), entre las mismas partes (Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla y CORMAGDALENA).

Aunque el Contrato de Concesión No. 008 de 1993 no contempla la realización de trabajos de dragado por parte de la sociedad convocante, y mucho menos mecanismos para su contabilización acreditación y pago, es en el marco de dicha relación contractual que la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla pretende cobrar a CORMAGDALENA trabajos de dragado adelantados por las razones y en las circunstancias estudiadas en otro aparte de este laudo. Por lo tanto, y en aplicación del principio de interpretación de los contratos contenido en el artículo 1622 del Código Civil²¹, el Tribunal considera que radicaba en cabeza de la citada sociedad portuaria la obligación de mantener un estricto control de las cantidades dragadas en el canal de acceso al puerto que por lo menos fuera igual o equivalente al mecanismo de control y medición utilizado cuando la draga adelantaba trabajos bajo los contratos de dragado suscritos con la misma entidad pública convocada, de modo tal que, a pesar de la ausencia de un marco contractual que regulara específicamente dichos trabajos, se pudiese tener las mismas certeza y precisión necesarias sobre las cantidades dragadas, sobretodo si

²¹ Art. 1622 C.C.: Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.

existía la intención de reclamar su costo posteriormente a CORMAGDALENA, como se pretende en este trámite arbitral.

Respecto de la importancia de los sistemas de medición y control de los trabajos de dragado, el Tribunal estima pertinente citar el texto de la conferencia sobre El Control y la Medición de las Obras de Dragado, del Ingeniero Javier Peña Abizanda:

“12.1.1.1. Éste del control y medición es uno de los aspectos más discutidos que se presenta en las obras de dragado, y quizás el más importante por sus consecuencias finales.

“Si el volumen dragado es la base para el abono y no hay procedimiento de ulterior control, como sucede cuando se arrojan los productos al mar o existen aterramientos continuos e importantes en la zona dragada, se comprende la necesidad, en cualquier momento del proceso, de poder medir lo más perfectamente posible las obras ejecutadas.

“El problema es muy complejo, pues aparte de los factores debidos a la diversidad de terrenos y sus características especiales, están los propios de la zona a dragar, el de la forma de ejecutar el dragado, los entumecimientos, así como los derivados del tipo de equipos de dragado utilizados, etc.

“En cada caso habrá una forma más sencilla y segura de realizar la medición y, de acuerdo con ésta, se tratará de fijar las normas por las que han de verificarse.

“Hay que tener en cuenta que a la Administración le interesa el volumen real extraído pero, en cambio, el que ejecuta la obra tiene que tener en cuenta que para dragar dicho volumen hay que considerar variaciones de transporte por entumecimientos de excavación o por el derrame de gran cantidad de productos dragados al mar por no decantar rápidamente en los propios medios de transporte. Por tanto, es muy importante fijar como se mide la obra, si por volumen de perfil “in

situ”, por el de transporte o de cualquier otra forma, para calcular el precio unitario correspondiente.

(...)

“Finalmente hay que fijar el método de abono con determinación de los volúmenes de certificación de cada tipo de terreno, una vez calculadas las posibles tolerancias a considerar; las partidas alzadas, las retenciones temporales en su caso, etc.”²²

Bajo estas consideraciones, estima el Tribunal que la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, teniendo en cuenta las especiales circunstancias bajo las que *motu proprio* adelantó los trabajos de dragado que ahora reclama, pero sobretodo, considerando la existencia de una regulación y una práctica contractuales entre las mismas partes (Contrato de Dragado No. 026 de 2004) respecto de la forma de medición, acreditación y soporte de cobro de los mismos trabajos de dragado, dicha sociedad estaba en condiciones de adoptar las medidas necesarias para acreditar los volúmenes dragados “fuera de contrato”, tales como la contratación de un tercero calificado que supervisara las labores de dragado y certificara las cantidades dragadas, o como mínimo, el diligenciamiento completo de los informes diarios de dragado, con la revisión y firma del capitán de la draga.

Por lo tanto, si bien el Tribunal no cuestiona la autenticidad de los reportes diarios de dragado con los que la sociedad convocante pretende soportar y acreditar los volúmenes dragados entre el 19 de Marzo 2004 y el 4 de Enero 2005 y entre el 8 de Marzo y el 27 de Junio de 2005 - tal como fueron aportados en la práctica del dictamen pericial técnico-, en la medida en que no cuestiona su proveniencia de parte de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, también estima que desde el punto de vista legal y funcional, la única persona habilitada para otorgar valor a dichos reportes es el capitán de la Draga La Arenosa,

mediante su firma en dicho documento, por ser el dragado una labor adelantada en el curso de actos de navegación de la draga y por ser ésta, además, la práctica contractual observada por las mismas partes.

No existe tampoco evidencia de que los mencionados reportes diarios de dragado formen parte del libro de bitácora de la draga, ya que las únicas copias del libro de bitácora de dicha embarcación que obran en el expediente son las correspondientes a trabajos realizados el 30 de Julio 2004 (Fl. 193), el 31 de Julio 2004 (Fl. 193), el 3 de Agosto 2004 (Fl. 194), el 4 de Agosto 2004 (Fl. 194), el 1 de Octubre 2004 (Fl. 199), el 18 de Diciembre 2004 (Fls. 198 y 209, repetido) y el 1 de Enero 2005 (Fl. 200), a todas las cuales el Tribunal otorgó valor probatorio, respecto del mismo período de dragado.

Sobre dichos informes diarios de dragado, en el curso de la inspección judicial a la Draga La Arenosa practicada el 9 de Julio de 2007, el Capitán de la citada embarcación manifestó:

“El capitán explicó así mismo cómo se hace seguimiento tanto a cada movimiento de la draga, como al ritmo de su trabajo y a la contabilización de los materiales de sedimento y arena que ella retira del fondo del canal navegable, y cómo se lleva un registro detallado de actividades, tiempos y volúmenes en documentos preimpresos destinados a tales efectos, los cuales se denominan “informe diario de dragado” Explicó también el capitán que ese informe diario de dragado es un documento interno de la sociedad portuaria para el control de las estadísticas de dragado, pues frente al mundo exterior los únicos documentos con plena validez son los que salen de la administración de la sociedad”. (Ver folio 361 del cuaderno principal No. 1, Acta No. 13 del 9 de julio de 2007)

Conforme a esta declaración del capitán de La Arenosa, resulta evidente que la contabilización de los materiales dragados mediante dicha nave se refleja en los

²² Peña Abizanda, Javier. El Control y la Medición de las Obras de Dragado, Conferencia 12, Curso

“informes diarios de dragado”, aunque también manifestó que se trata de un formato de utilización interna de la sociedad convocante, aclarando que frente a terceros sólo tienen validez los documentos expedidos por la administración de la sociedad.

Esta apreciación del capitán contrasta con el hecho de que, en la ejecución del Contrato de Dragado 026 de 2004 suscrito con CORMAGDALENA son esos mismos “informes diarios de dragado”, debidamente firmados por el capitán, los que constituyen el soporte que acredita las cantidades dragadas, y por ende, el soporte del cobro del valor por metro cúbico pactado en el contrato. El mismo tratamiento, entonces, debería darse al citado documento en la presente reclamación, en caso que existiese certeza, mediante la firma del capitán, de que lo allí reportado son las cantidades dragadas en cada jornada.

Por el contrario, si conforme a lo afirmado por el capitán en el curso de la inspección judicial a La Arenosa, los “informes diarios de dragado” son documentos de carácter interno de la sociedad convocante, revistiendo validez únicamente aquéllos que emita la administración de la empresa, también observa el Tribunal que ni en la demanda, ni en sus anexos, ni en la información suministrada al perito técnico, ni en ninguna otra pieza del expediente, obra documento alguno emanado de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla en el que se reporten o se acrediten en modo alguno las cantidades dragadas entre el 19 de Marzo 2004 y el 4 de Enero 2005 y entre el 8 de Marzo y el 27 de Junio de 2005 en el canal de acceso al puerto.

Los únicos documentos aportados al expediente para demostrar las cantidades dragadas en estos períodos son, precisamente, los citados “informes diarios de dragado”. Si ellos, conforme al aserto del capitán de la Draga La Arenosa, son solo documentos de carácter interno sin validez frente a terceros, en la medida en

General de Dragados, Ed. Puertos del Estado, España, p. 5.

que no están firmados por el Capitán, y en ausencia de documento alguno proveniente de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla que acredite, verifique o confirme las cantidades dragadas en dichos períodos, sin haber sido ellas precisadas ni siquiera en la demanda, considera el Tribunal que dichos “informes diarios de dragado” no constituyen, por sí solos, prueba suficiente de las cantidades dragadas en los períodos en cuestión.

En consecuencia, respecto de los períodos del dragado adelantado por la Draga La Arenosa, objeto de las pretensiones de la demanda, comprendidos entre el 19 de Marzo 2004 y el 4 de Enero 2005 y entre el 8 de Marzo y el 27 de Junio de 2005, el Tribunal únicamente ha encontrado acreditado un volumen de dragado de 431,494 m³ y a esta cifra se limitará el reconocimiento que en el presente laudo hará a la sociedad convocante respecto de estos períodos de dragado.

En cuanto al valor del dragado adelantado por La Arenosa que será reconocido a la sociedad convocante en este laudo, el Tribunal considera inapropiado su cálculo con base en los costos diarios de mantenimiento de la draga, conforme lo reporta el dictamen pericial financiero, toda vez que no es deber legal ni contractual de CORMAGDALENA asumir el mantenimiento y operación de la draga. Por el contrario, a la luz del artículo 1473 del Código de Comercio, corresponde al armador de una embarcación asumir todos los costos derivados de su operación. Por lo tanto, el Tribunal tomará como base para determinar el costo del dragado efectuado por La Arenosa, sólo el valor que fue reportado al perito técnico por la misma sociedad convocante como valor del metro cúbico de dragado y que aparece en la página 8 del dictamen pericial técnico en cuantía de Col\$1.936 por m³. Este valor reportado por la convocante tampoco fue objetado por la entidad pública convocada en el curso del traslado del dictamen pericial técnico.

Contra

Corporación Autónoma Regional del Río Grande la Magdalena

En este orden de ideas, el valor que será reconocido a la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla por los trabajos de dragado adelantados por la Draga La Arenosa, con sus correspondientes ajustes, se determina de la siguiente manera:

Volumen dragado por valor unitario: 431.494 m³ x Col\$1.936 = \$835.372.384

PERIODO	MESES	INFLACIÓN		VALOR		INTERESES 6%
		AÑO ANTERIOR	APLICABLE	HISTÓRICO	ACTUALIZADO	
Dic 13-31/04	0.6247	6.49%	0.34%	835,372,384	838,194,569	2,617,923
Ene-Dic/05	12	5.50%	5.50%	838,194,569	884,295,271	53,057,716
Ene-Dic/06	12	4.85%	4.85%	884,295,271	927,183,591	55,631,015
Ene 1-Sep 13/07	8.43	4.48%	3.15%	927,183,591	956,363,913	40,310,739
TOTAL INTERESES						151,617,393
ACTUALIZACIÓN						120,991,529

Valor histórico	Actualización	Intereses 6%	TOTAL
835,372,384	120,991,529	151,617,393	1,107,981,306

La suma efectivamente pagada por la sociedad convocante ha sido ajustada con base en la tasa de inflación correspondiente a cada año transcurrido desde la fecha en que se realizaron los trabajos de dragado hasta la fecha del presente laudo; a la cifra resultante se le han aplicado intereses compensatorios a la tasa del 6% anual.

3.1.1.7 Consolidado de los volúmenes de dragado y los valores que serán objeto de reconocimiento

Con el fin de aportar claridad acerca de las cantidades de dragado y los valores que, conforme a las anteriores consideraciones, serán objeto de reconocimiento en el presente laudo, el Tribunal estima pertinente hacer una síntesis de los volúmenes de dragado cuya realización y costo ha encontrado suficientemente acreditados en el curso de este trámite arbitral, de la siguiente manera:

- a. Respecto de los trabajos adelantados por la Draga Cattleya, el Tribunal ha encontrado evidencia suficiente de un volumen dragado de 205.207 m3.
- b. Respecto de los trabajos adelantados por la Draga WH Resolution, el Tribunal ha encontrado evidencia suficiente de un volumen dragado de 447.101 m3.
- c. Y respecto de los trabajos adelantados por la Draga La Arenosa, el Tribunal ha encontrado evidencia suficiente de un volumen dragado de 431,494 m3.

En la medida en que las anteriores cantidades fueron dragadas con base en diferentes precios, el reconocimiento de su costo a favor de la sociedad convocante, que se hará en la parte resolutive del laudo, corresponderá a los valores determinados por el Tribunal conforme a las anteriores consideraciones y cuyo cálculo consolidado, con sus correspondientes ajustes, se encuentra en el siguiente cuadro:

Draga Cattleya	Draga WH Resolution	Draga La Arenosa	Total
Col\$826,050,990	Col\$3,206,209,481	Col\$1,107,981,306	Col\$5,140,241,777

Sobre las sumas objeto de reconocimiento por cada uno de los periodos de dragado a que se ha hecho referencia se han liquidado únicamente intereses compensatorios a la tasa del 6% anual, de una parte, por cuanto esta tasa de intereses compensatorios es la única compatible con una actualización de la condena; y de la otra, porque no procede el reconocimiento de intereses de mora, toda vez que tratándose de unas condenas que corresponden a los perjuicios derivados de una responsabilidad contractual, la respectiva obligación indemnizatoria sólo surge a raíz y a partir de las declaraciones y condenas proferidas en este laudo. En tales condiciones, su pago estará sujeto a los términos y condiciones establecidos en el artículo 177 del C.C.A.

3.1.2. Reclamación de los perjuicios consistentes en los denominados “costos indirectos” en la demanda

Estos perjuicios están contenidos en la tercera pretensión de la demanda (numeral 1.3 de la demanda). Posteriormente, en los hechos de la demanda se describen estos perjuicios en los siguientes términos:

“3.8. Las frecuentes restricciones en el canal de acceso, ocasionan a la Sociedad Portuaria, gastos que no estaban previstos en el contrato, tales como el costo que representa la atención de las naves en fondeo, el aligeramiento de naves fuera de la zona de atraque, el traslado de la mercancía desde otros puertos vecinos y la mayor permanencia de las naves en el puerto.

3.9. Además de los costos adicionales directos en que viene incurriendo la Sociedad Portuaria, tal situación implica una serie de cosas indirectos que se reflejan principalmente en la afectación de su competitividad y en la dificultad en la comercialización del puerto.”

El dictamen pericial financiero señala que dichos perjuicios corresponden a los siguientes conceptos:

- “2.a) ALIGERAMIENTOS Y FONDEOS
- “2.b) ENCALLAMIENTOS
- “2.c) ASISTENCIA A MOTONAVES
- “2.d) DESVÍOS Y DEMORAS
- “2e) BATIMETRÍAS Y OTROS COSTOS

En el dictamen pericial financiero se relacionan otros conceptos de costos asumidos por la sociedad convocante, los cuales clasifica como lucro cesante:

- *"1. DESVÍO DE MOTONAVES*
- *"2. MOTONAVES ALIGERADAS*
- *"3. RETIRO NAVIERA*
- *"4. SERVICIOS CONDONADOS*

Estos perjuicios, diferentes al costo de dragado asumido directamente por la sociedad convocante, es decir, los denominados en la demanda como "costos indirectos", que reclama la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, originados en la falta de mantenimiento y conservación del canal de acceso al puerto de Barranquilla, están enmarcados en el supuesto previsto en la cláusula 11.2.1.1 del contrato, cuyos elementos el Tribunal no ha encontrado acreditados, como se expuso en otro aparte del presente laudo.

En efecto, en aparte anterior de este laudo se expusieron las razones por las cuales el Tribunal considera que la reclamación de estos últimos perjuicios no es de recibo, razón por la cual se abstiene de analizar su pertinencia y hacer su valoración.

3.1.3. Costas

El Tribunal, considerando que las pretensiones prosperaron sólo parcialmente, y teniendo en cuenta además que la conducta de las partes ha sido ética, diligente y transparente, se abstendrá de condenar en costas, con fundamento en lo

dispuesto en los artículos 392 del C.P.C. y 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida "Protocolización, registro y otros", se ordenará su devolución si a ello hubiera lugar. En el evento de que la suma disponible a la fecha no resulte suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente que debe ordenarse en el laudo, el valor faltante deberá ser sufragado por las partes por mitades.

III- PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia por habilitación de las partes, en decisión unánime, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que no prospera ninguna de las excepciones de mérito propuestas por la convocada, por las razones expuesta en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Declarar que la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, Cormagdalena, incumplió las obligaciones contenidas en el numeral 11.2.1.1 de la Cláusula Undécima del Contrato de Concesión Portuaria 008 de 1993, en la forma y circunstancias analizadas y expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. Declarar que como consecuencia del incumplimiento de su obligación contractual de dragado en el canal de acceso al Puerto de Barranquilla, por parte de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la

Magdalena, Cormagdalena, la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla sufrió unos perjuicios consistentes en haber asumido directamente los trabajos de dragado de que se da cuenta en la parte motiva de este laudo.

CUARTO. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, condenar a la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, Cormagdalena a pagar a la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, a título de indemnización de perjuicios, la suma total de CINCO MIL CIENTO CUARENTA MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MIL SETECIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS MCTE (\$5.140.241.777), que ya contiene su actualización e intereses, correspondiente a los costos directos en los que incurrió dicha sociedad por razón de los trabajos a que se refiere el numeral tercero de la parte resolutive de esta providencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. Denegar las demás pretensiones contenidas en el punto 1.3 de la demanda, relacionadas con la condena al pago de los costos indirectos en que dijo haber incurrido la convocante como resultado de la omisión de la entidad pública, las utilidades dejadas de percibir y la consiguiente disminución de la contraprestación, los costos de oportunidad e intereses moratorios, todo ello por las razones expresadas en la parte motiva de la presente providencia.

SEXTO. No condenar en costas a ninguna de las partes, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO. La condena impuesta en el numeral cuarto precedente será cumplida en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y, de conformidad con éste causará intereses a partir de la ejecutoria del laudo.

Contra

Corporación Autónoma Regional del Río Grande la Magdalena

OCTAVO. En firme este laudo, protocolícese por el Presidente del Tribunal en una Notaría de esta ciudad, de conformidad con el artículo 159 del Decreto 1818 de 1998, con cargo al rubro de protocolizaciones, efecto para el cual se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare, si la suma decretada y recibida para este fin resultare insuficiente o si resultare mayor se devolverá lo pertinente.

NOVENO. Expedir copias auténticas del presente Laudo a cada una de las partes y al Representante de la Procuraduría General de la Nación, con las constancias de ley (Artículo 115, numeral 2 del C. de P. C.).

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO
Presidente

CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA
Árbitro

JOSÉ VICENTE GUZMAN ESCOBAR
Árbitro

CAMILA DE LA TORRE BLANCHE
Secretaria