

Tabla de Contenido

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES.....	1
1. La constitución e instalación del tribunal y el desarrollo del proceso	1
2. La cláusula compromisoria	10
3. Las pretensiones formuladas en la demanda	11
4. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones de la demanda....	14
5. Pronunciamiento del INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO – sobre los hechos y pretensiones de la demanda	18
En cuanto al incumplimiento contractual.....	19
En cuanto al Incumplimiento por parte de las entidades competentes de la obligación de remoción del artefacto naval	19
Frente a la omisión en el deber de información a cargo de la entidad concedente y a favor del concesionario	20
Frente a los efectos de los hechos narrados en el desarrollo del contrato de concesión portuaria	20
Frente a las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la obligaciones de la Administración	20
Frente a la ineficacia del numeral 2 del Acta de Reanudación del Contrato 21	
6. El término del proceso	21

CAPÍTULO II

PRESUPUESTOS PROCESALES	22
--------------------------------------	-----------

CAPÍTULO III

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	22
1. La competencia del Tribunal.....	22
2. Las objeciones a los dictámenes periciales.....	23
2.1. Las objeciones al dictamen pericial financiero.....	24
2.1.1. Formuladas por CEMAS	24
2.1.2. Formuladas por la ANI.....	27
2.2. La objeción por error grave formulada por la parte convocada respecto del dictamen pericial técnico.....	28
3. Estudio del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada 29	
3.1. Las posiciones de las partes:.....	29
3.2. Consideraciones del Tribunal.....	36

3.2.1. El hundimiento de la draga y su incidencia sobre la concesión portuaria.....	37
3.2.2. La asunción de riesgos en el contrato de concesión.....	44
3.2.3. La existencia y alcance de la obligación que invoca el demandante	48
4. La solicitudes de ineficacia y nulidad	60
Consideraciones del Tribunal	61
5. Costas	68
CAPÍTULO IV.....	70
PARTE RESOLUTIVA.....	70

Bogotá D.C., 18 de septiembre de 2013

Agotado el trámite previsto en la ley y dentro de la oportunidad legal para hacerlo, se emite el laudo arbitral que pone fin al proceso convocado por la **SOCIEDAD PORTUARIA DE CEMENTERAS ASOCIADAS S.A. – CEMAS S.A.** para dirimir sus diferencias con el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO**, el cual se pronuncia en derecho y por unanimidad de los árbitros que integran el Tribunal.

CAPÍTULO I **ANTECEDENTES**

1. La constitución e instalación del tribunal y el desarrollo del proceso

- 1.1. El 29 de agosto de 2011, por medio de apoderado especial constituido con tal fin, la SOCIEDAD PORTUARIA DE CEMENTERAS ASOCIADAS S.A., en adelante – CEMAS , presentó ante el centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá una solicitud de convocatoria a un Tribunal de Arbitramento, con el objeto de poner fin a las controversias surgidas entre CEMAS y el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES, en lo sucesivo INCO.
- 1.2. Los árbitros que integran el Tribunal fueron designados de común acuerdo por las partes. En el expediente consta (folios 118 a 125 del Cuaderno Principal No. 1) la oportuna aceptación de los árbitros designados como principales y su oportuna aceptación.
- 1.3. El 24 de noviembre de 2011 se llevó a cabo audiencia en la cual, de acuerdo con la ley, se declaró legalmente instalado el Tribunal, sin la comparecencia de la parte convocada. En esa misma oportunidad se designó presidente y secretario del Tribunal, se admitió la demanda, se le reconoció personería al apoderado de la parte convocante y se ordenó correr traslado a la parte convocada por el término de diez (10) días.
- 1.4. El 1 de diciembre de 2011 el secretario notificó personalmente a la Representante Legal de la parte convocada del auto admisorio de la demanda (Folio 157 del Cuaderno Principal)

Ese mismo día, las partes, de común acuerdo, solicitaron la suspensión de los términos durante el período comprendido desde el día 2 de diciembre de 2011, hasta el día 10 de enero de 2012, ambas fechas inclusive.
- 1.5. En audiencia celebrada el 2 de diciembre de 2011, consignada en el Acta No. 2 se profirió el Auto No. 2, en virtud del cual se decidió admitir la petición conjunta de suspensión del término del proceso y se precisó que la suspensión transcurriría entre los días 5 de diciembre de 2011 y 10 de enero de 2012, ambas fechas inclusive.
- 1.6. El 23 de enero de 2012, dentro del término de ley que le fue concedido con tal fin, el INCO presentó la contestación de la demanda contenida en documento que milita entre folios 174 y 245 del Cuaderno Principal No. 1.

- 1.7. El 24 de enero de 2012 se corrió traslado a la parte convocante de las excepciones de mérito propuestas por la convocada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.
- 1.8. El 31 de enero de 2012 la parte convocante presentó escrito por medio del cual se pronunció sobre la contestación de la demanda y solicitó pruebas adicionales.
- 1.9. En audiencia celebrada el 1 de febrero de 2012 y de la cual da cuenta el Acta No. 3, el Tribunal tuvo como oportunamente contestada la demanda, reconoció personería al apoderado de la parte convocada y citó a las partes para llevar a cabo la audiencia de conciliación, para el día 8 de febrero de 2012.
- 1.10. El 3 de febrero de 2012, mediante Auto No. 4 de esa fecha, se accedió a la solicitud de suspensión de la audiencia que las partes sometieron a consideración del Tribunal y se fijó el 15 de febrero de 2012 para tuviese lugar la audiencia de conciliación.
- 1.11. Por medio de escrito de 7 de febrero de 2012, la parte convocante solicitó aplazamiento de la audiencia de conciliación prevista para el día 15 de febrero de 2012.
- 1.12. El día 14 de febrero de 2012 el Tribunal de Arbitramento profirió el Auto No. 5 de esa fecha, por medio del cual se admitió la solicitud formulada al Tribunal por el apoderado de la parte convocante y se fijó como nueva fecha para la celebración de la audiencia de conciliación el día 22 de febrero de 2012.
- 1.13. El 20 de febrero de 2012 las partes convocante y convocada solicitaron de común acuerdo al Tribunal la suspensión del proceso hasta el día 12 de marzo de 2012.
- 1.14. El 28 de febrero de 2012 el Tribunal emitió el Auto No. 6 de esa misma fecha, por medio del cual se admitió la solicitud de aplazamiento de la audiencia de conciliación programada para el 22 de febrero de 2012. Como consecuencia de lo anterior, se reprogramó la mencionada audiencia para el día 14 de marzo de 2012.
- 1.15. El 12 de marzo de 2012 las partes solicitaron la suspensión del proceso hasta el día 30 de marzo de 2012.
- 1.16. El 14 de marzo de 2012 se profirió el Auto No. 7, en el que se accedió a la solicitud de las partes y se fijó el día 29 de marzo de 2012 como nueva fecha para que tuviese lugar la audiencia de conciliación pospuesta.
- 1.17. El 27 de marzo de 2012 la parte convocada solicitó el aplazamiento de la audiencia de conciliación por el término de un mes, solicitud que fue coadyuvada por la parte convocante por medio de comunicación del 28 de marzo de 2012.
- 1.18. El 29 de marzo de 2012 se expidió el Auto No. 8 por medio del cual se aceptó la solicitud de aplazamiento de la audiencia de conciliación presentada por los apoderados de las partes y se fijó como nueva fecha

para la realización de la audiencia de conciliación el día 30 de abril de 2012.

1.19. El apoderado de la parte convocada, por medio de comunicación de fecha 27 de abril de 2012, solicitó al Tribunal el aplazamiento de la audiencia fijada para el 29 de abril de 2012, solicitud a la que la parte convocante manifestó que no se oponía, según escrito de esa misma fecha.

1.20. El 30 de abril de 2012 el Tribunal profirió el Auto No. 9 por medio del cual se resolvió la petición de las partes en el siguiente sentido:

“Como anteriormente lo ha puntualizado el Tribunal cuando quiera que las partes han manifestado su consenso en punto del aplazamiento de la fase de conciliación del proceso, la solicitud de la entidad convocada de la que trata el informe secretarial, que fuera coadyuvada por parte convocante será acogida.

“Sin embargo a diferencia del trámite dado a las anteriores solicitudes de aplazamiento, el Tribunal se abstendrá de fijar una nueva fecha para la iniciación y trámite de la fase procesal indicada y exhorta a los apoderados para que, una vez hayan acorado la continuación del proceso arbitral, se lo informen al tribunal”

1.21. El 25 de mayo de 2012 el apoderado de la parte convocante manifestó que se han hecho ingentes esfuerzos para llegar a un acuerdo con la convocada, y que por diferentes razones no se ha recibido manifestación alguna por parte de esta última. Como consecuencia de lo anterior señaló que con el fin de que se adelante el proceso promovido por CEMAS, se encuentra a partir de esa fecha en plena disposición de atender las audiencias que determine y convoque el Tribunal.

1.22. El 29 de mayo de 2012 se profirió el Auto No. 10 por medio del cual se fijó la fecha de 8 de junio de 2012, para que tuviese lugar la audiencia de conciliación.

1.23. En esa fecha se celebró la audiencia respectiva, en la cual se hicieron presentes las partes por medio de sus representantes legales y sus apoderados, declarándose fracasada esa etapa del proceso y procediendo el Tribunal a fijar el monto de los gastos y honorarios del proceso y citando a las partes a la primera audiencia de trámite para el día 9 de julio de 2012.

1.24. El 9 de julio de 2012 se llevó a cabo a cabo la primera audiencia de trámite del proceso, en la cual, mediante Auto No. 13, el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver el proceso. Acto seguido, el señor apoderado de la parte convocada, interpuso recurso de reposición contra esa decisión, el cual fue sustentado verbalmente y sintetizado en un escrito entregado en esa misma oportunidad.

1.25. La audiencia se suspendió y para su continuación se señaló el día 15 de agosto de 2012.

- 1.26. La audiencia del 15 de agosto de 2012 fue suspendida por haber sobrevenido una incapacidad médica de uno de los integrantes del Tribunal. Como consecuencia de lo anterior se expidió el Auto No. 15, por medio del cual se dispuso que la continuación de la primera audiencia de trámite sería el día 23 de agosto de 2012.
- 1.27. Por medio de escrito de fecha 23 de agosto de 2012 el apoderado de la parte convocante hizo las siguientes manifestaciones y solicitudes relacionadas con las pruebas por él solicitadas:
- a) Desistió de la práctica de la prueba en virtud de la cual se solicitó se expidiera oficio a la Capitanía de Puerto de Buenaventura con el fin de que aportara al expediente copia auténtica de la totalidad de los documentos que integran el expediente correspondiente a la investigación jurisdiccional adelantada en cumplimiento del artículo 5, numeral 27, y los artículos 25 a 74, del Decreto – Ley 2324 de 1984, con ocasión del siniestro marítimo consistente en el hundimiento de la draga Calima, ocurrido el 19 de noviembre de 1994, incluyendo los fallos proferidos en primera instancia por la Capitanía de Puerto de Buenaventura y en segunda instancia por la Dirección General Marítima DIMAR, en grado de consulta.
- En su lugar el apoderado solicitó que el perito técnico que fuese designado por el Tribunal tuviera en cuenta la información obrante en el citado expediente, para rendir su dictamen pericial.
- b) Desistió de la práctica de la prueba de testimonio del señor Jaime Ordoñez Vásquez.
 - c) Desistió de las preguntas 3 y 4 contenidas en la petición del dictamen pericial financiero.
 - d) Agregó una nueva pregunta al perito económico financiero.
 - e) Solicitó igualmente al Tribunal que para práctica del dictamen pericial técnico se pidiera al perito tener en cuenta la información contenida en expediente correspondiente a la investigación jurisdiccional adelantada en cumplimiento del artículo 5, numeral 27, y los artículos 25 a 74, del Decreto – Ley 2324 de 1984, con ocasión del siniestro marítimo consistente en el hundimiento de la draga Calima, ocurrido el 19 de noviembre de 1994, incluyendo los fallos proferidos en primera instancia por la Capitanía de Puerto de Buenaventura y en segunda instancia por la Dirección General Marítima DIMAR, en grado de consulta
 - f) Finalmente, suministró la dirección de notificaciones de los testigos, Óscar Humberto Medina Mora y Carlos José González.
- 1.28. El 23 de agosto de 2012 tuvo lugar la continuación de la primera audiencia de trámite.
- 1.29. En el curso de la misma y para resolver el recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, el Tribunal expidió el Auto No. 16 confirmando su decisión en punto de la competencia declarada y ordenando la continuación del proceso.

Acto seguido el apoderado de la parte convocada pidió la suspensión de la audiencia con el fin de que se vinculara al proceso a la Agencia Nacional de Defensa Judicial del Estado en atención a lo ordenado en los artículos 610 a 627 del Código General del Proceso.

1.30. Por medio del Auto No. 17 el Tribunal consideró que no era procedente acceder a la solicitud del apoderado de la parte convocada en tanto que se podía Informar a la Agencia Nacional de Defensa Judicial del Estado, sin necesidad de suspender el proceso.

1.31. Mediante Auto No. 18 de la misma fecha el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes en las oportunidades legales correspondientes, las cuales fueron practicadas y puestas en conocimiento y a disposición de las partes, salvo las que fueron oportunamente desistidas por ellas con la anuencia del Tribunal y previo traslado a los sujetos procesales. Dentro del recaudo probatorio se encuentra:

- **Documentales:** se tuvieron como tales los documentos aportados por las partes en las oportunidades procesales correspondientes.
- **Oficios:** Se ofició por parte del Tribunal a:
 - Al Instituto Nacional de Concesiones INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura) para que a costa de la parte convocante remitiera los documentos de que trata la petición distinguida con el número 1 del literal B), "oficios", del escrito de la demanda.
 - A la Agencia Nacional de Infraestructura para que a costa de la parte convocante remitiera:
 - El documento del que trata la petición distinguida con el número 1 del literal "A", "oficios" del escrito de que trata el artículo 399 del Código de Procedimiento Civil.
 - El documento de que trata la petición distinguida con el número 2 del literal A), "oficios", del escrito del que trata el artículo 399 del Código de Procedimiento Civil.
 - La certificación que se solicita bajo el numeral 3 del literal A), "oficios", del escrito de que trata el artículo 399 del Código de Procedimiento Civil.
 - A la Capitanía de Puerto de Buenaventura, para que a costa de la parte convocada se emitiera la certificación solicitada bajo el numeral 3 literal B) "oficios", del escrito de la demanda.
 - Al Ministerio de Transporte para que a costa de la parte convocante emitiera la certificación que se solicita bajo el numeral 4 del literal A), "oficios", del escrito de que trata el artículo 399 del Código de Procedimiento Civil.
 - A la Superintendencia Nacional de Tránsito y Transporte para que a costa de la parte convocada certificara la información solicitada por

ésta del acápite “oficios” contenido en el escrito de contestación de la demanda.

- **Dictámenes periciales:** Se decretaron los siguientes peritajes:
 - **Técnico:** Sobre los aspectos de los que trata la solicitud de la prueba y los cuestionarios contenidos tanto en la demanda como en el memorial presentado en el traslado del artículo 399 del Código de Procedimiento Civil. El nombramiento del respectivo perito fue propuesto por el Tribunal.
 - **Económico y financiero:** Sobre los aspectos económicos – financieros de que trata la solicitud de la prueba y los cuestionarios contenidos tanto en la demanda como en el memorial presentado en el traslado del artículo 399 del Código de Procedimiento Civil. Para dicho fin fue designado el señor JAIME MALDONADO.
 - **Declaración de terceros:** a solicitud de las partes se decretaron los testimonios de: 1) LUIS FEDERICO D'CROZ, 2) FERNANDO RESTREPO VALLECILLA; 3) OSCAR HUMBERTO MEDINA MORA; 4) CARLOS JOSÉ GONZÁLEZ; 5) MANUEL CAMPO; 6) GLORIA VILLAMIL CARDENAS; 7) NAZARIO AGUDELO; 8) ANA MARIA CONSUEGRA
 - **Interrogatorio de parte y reconocimiento de documentos:** los Representantes Legales de las dos partes fueron citados para absolver los interrogatorios solicitados en las oportunidades correspondientes. Sin embargo el interrogatorio del representante legal de CEMAS, fue desistido por la parte solicitante.
- 1.32. Por medio de correo electrónico de 29 de agosto de 2012, el secretario del Tribunal informó a la Agencia de Defensa Judicial del Estado sobre la existencia del proceso en cuestión.
- 1.33. Por medio de correo electrónico de 7 de septiembre de 2012 la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, comunicó que la notificación había sido efectivamente recibida.
- 1.34. En audiencia del 11 de septiembre de 2012 se informó que durante el término de ley no se presentó recusación contra el perito Jaime Maldonado y se informó que se había hecho entrega de todos los oficios solicitados por las partes y de las boletas de citación para los testigos.
- 1.35. En esa misma fecha se profirió el Auto No. 20, en virtud del cual se dispuso que el día 13 de septiembre de 2012 el perito Jaime Maldonado debería tomar posesión en la sede del Tribunal. Así mismo se dispuso que se deberían incorporar las comunicaciones de los testigos Carlos González y Ana María Consuegra en las que informaban al Tribunal sobre su imposibilidad de asistir a rendir testimonio en la fecha y hora señaladas para cada uno de ellos.
- 1.36. Acto seguido se recibió el testimonio del señor Federico D'Croz Estupiñán, cuya declaración fue grabada y de su transcripción se corrió el respectivo traslado a las partes. En el curso de su declaración el

testigo aportó en medio magnético una fotografía del puerto de Buenaventura la cual fue incorporada al expediente por orden del Tribunal.

- 1.37. El mismo 11 de septiembre de 2012 el Tribunal recibió el testimonio de los señores Fernando Restrepo y Óscar Humberto Medina Mora, cuyas declaraciones fueron grabadas y de sus transcripciones se corrió traslado a las partes.
- 1.38. El 13 de septiembre de 2012 el apoderado de la parte convocante aportó documento por medio del cual solicitó al Tribunal modificar el cuestionario que debería absolver el perito financiero, consistente en el retiro de dos preguntas de las decretadas mediante Auto No. 18 de 23 de agosto de 2012 y la adición de una nueva.
- 1.39. El 13 de septiembre de 2012 se recibieron los testimonios de los señores Manuel Campos García y Nazario Agudelo, y se dió posesión al perito económico - financiero, doctor Jaime Maldonado.
- 1.40. En esa misma oportunidad el Tribunal profirió el Auto No. 21, en virtud del cual se aceptó el desistimiento del testimonio de la señora Gloria Villamil Cárdenas y se ordenó incorporar al expediente la foto aportada por el testigo D´CROZ.
- 1.41. Por medio del Auto No. 22 de 13 de septiembre de 2012, se designó como perito técnico en temas marítimos al señor Humberto Baratto Abello. Así mismo se fijó nueva fecha para recibir los testimonios de Carlos Gonzalez España y Ana María Consuegra y para el interrogatorio de parte de representante legal de la Agencia Nacional de Infraestructura, antes INCO.
- 1.42. Por último, en esa misma fecha y Auto No. 23, el Tribunal, acogiendo la solicitud conjunta de los apoderados de la partes, suspendió el proceso entre los días 14 y 27 de septiembre de 2012, ambas fechas inclusive.
- 1.43. El 24 de septiembre de 2012 el Tribunal profirió el Auto No. 24, por el cual se fijó fecha para la posesión del perito Baratto Abello así como para recibir los testimonios de los señores González y la señora Consuegra, éstos últimos fijados para el día 2 de octubre de 2012.
- 1.44. Por escrito de fecha 27 de septiembre de 2012 el apoderado de la parte convocante, informó al Tribunal que desistía de las pruebas testimoniales del señor Carlos González y de la señora Ana María Consuegra.
- 1.45. El día 2 de octubre de 2012 se dio posesión al perito técnico, señor Carlos Humberto Baratto. En cuanto a la práctica del interrogatorio del Representante Legal de la parte convocada, su apoderado manifestó que el mismo era improcedente en tanto que si el fin de dicha prueba es producir confesión, de conformidad con el artículo 198 del Código de Procedimiento Civil no es posible obtenerla de los representantes legales de las entidades públicas.

El apoderado de la parte convocante manifestó que la prueba sí debía evacuarse, pues si bien es cierto que el llamado a interrogatorio no puede confesar como Representante de una entidad de la naturaleza

de la convocada al proceso, sí puede rendir declaración sobre los hechos del mismo.

La Agente del Ministerio Público manifestó que no obstante el Representante de la entidad convocada está en capacidad declarar sobre los hechos del proceso, es posible que quien está citado para esta fecha no tenga el conocimiento sobre los mismo, razón por la cual le pide al Tribunal tomar la decisión que a su juicio corresponda.

- 1.46. Para resolver, el Tribunal profirió el Auto No. 25 de 2 de octubre de 2012, por el cual decidió practicar el interrogatorio de parte al señor Representante Legal de la Agencia Nacional de Infraestructura (antes INCO), cuyo mérito probatorio sería apreciado en la oportunidad procesal correspondiente. Así mismo aceptó el desistimiento de los testimonios del señor González y de la señora Consuegra.
- 1.47. Por Auto No. 26, también de esta fecha, el Tribunal decretó la suspensión del proceso entres los días 10 de octubre y 18 de noviembre de 2012, ambas fechas inclusive, atendiendo petición de los apoderados de las partes en tal sentido.
- 1.48. En audiencia del 27 de noviembre de 2012 el Tribunal fue informado de que los señores Jaime Maldonado y Humberto Baratto entregaron sus dictámenes durante la suspensión del proceso. Así mismo se informó que la Agencia Nacional de Infraestructura solicitó una nueva fecha para que fuera recibido el interrogatorio de parte de su Representante Legal, dado que éste se encontraría en licencia entre los días 2 y 5 de octubre de 2012.
- 1.49. Conocido el informe el Tribunal expidió el Auto No. 27 en virtud del cual se corrió traslado a las partes de los dictámenes periciales en los términos previstos en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil. Así mismo señaló que posteriormente se fijaría fecha y hora para practicar el interrogatorio de parte del Representante Legal de la entidad convocada.
- 1.50. Por escritos fechados el 30 de noviembre de 2012, el apoderado de la parte convocada solicitó aclaración y complementación del dictamen financiero rendido por el señor Jaime Maldonado y del dictamen técnico rendido por el señor Huberto Baratto.
- 1.51. Por medio de escrito de 30 de noviembre de 2012, el apoderado de la parte convocante presentó solicitud de aclaración y complementación del dictamen pericial financiero.
- 1.52. El 13 de diciembre de 2012, el Tribunal profirió el Auto No. 28 mediante el cual ordenó a los peritos absolver las solicitudes de aclaración y complementación de los dictámenes a su cargo. El término del proceso se suspendió entre los días 19 de diciembre y 18 de enero de 2013 ambos inclusive, en atención a la solicitud que en tal sentido le formularon los apoderados de las partes.
- 1.53. Por escrito radicado el 5 de febrero de 2013 en la secretaría del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el apoderado de la parte convocada presentó objeción a los dictámenes

periciales rendidos por los peritos Jaime Maldonado y Humberto Baratto. A su vez el apoderado de la parte convocante objetó por error grave el dictamen pericial económico - financiero.

- 1.54. El 8 de febrero de 2013 se hizo la fijación en lista de la que trata el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil, con el fin de correr traslado de las objeciones presentadas por las partes frente al dictamen pericial del señor Jaime Maldonado.
- 1.55. El 13 de febrero de 2013 el apoderado de la parte convocante se pronunció sobre la objeción presentada a los dictámenes periciales por parte del apoderado de la parte convocada.
- 1.56. Por Auto No. 30 del 21 de marzo de 2013 el Tribunal ordenó al perito Jaime Maldonado dar respuesta concreta a los interrogantes que se le formularon de oficio. Se suspendió el trámite entre los días 2 y 22 de abril de 2013, ambas fechas inclusive, por solicitud conjunta de los apoderados de las partes.
- 1.57. En audiencia del 26 de abril de 2013 se le informó al Tribunal que el 23 de abril de 2013 el perito Jaime Maldonado hizo entrega del documento que contiene las respuestas que le fueron formuladas de oficio. Ese mismo día se profirió el Auto No. 31 en virtud del cual, según lo dispuesto en el artículo 236 del Código de Procedimiento Civil, se corrió traslado a la partes del escrito presentado por el mencionado auxiliar de la justicia.
- 1.58. El 6 de mayo de 2013 los apoderados presentaron ante el Tribunal sendos escritos por medio de los cuales complementaron la objeción por error grave que ya se había presentado en contra del dictamen pericial por el señor perito Jaime Maldonado Fischer.
- 1.59. El día 9 de mayo de 2013 se hizo fijación en lista del artículo 108 del Código de Procedimiento Civil, con el fin de dar traslado de los escritos de objeción por error grave al dictamen pericial del señor Jaime Maldonado Fischer.
- 1.60. El apoderado de la parte convocante, mediante escrito de fecha 15 de mayo de 2013, se pronunció sobre el escrito de objeción por error grave propuesto por el apoderado de la parte convocada. En igual sentido y en la misma fecha lo hizo el apoderado de la parte convocada frente al escrito de objeción aportado por el apoderado de la parte convocante.
- 1.61. Por Auto No. 31 el Tribunal abrió a trámite la objeción contra del dictamen pericial económico financiero, presentada por el apoderado de la parte convocante; así mismo consideró que para dar impulso al proceso era necesario fijar para el 28 de mayo de 2013 la fecha para que tuviese lugar el interrogatorio de parte que debería absolver el Representante Legal de la Agencia Nacional de Infraestructura; por último, según la solicitud enviada por las partes, accedió a suspender el proceso entre los días 17 y 27 de mayo de 2013, ambas fechas inclusive.
- 1.62. El 28 de mayo de 2013 se tenía previsto recibir el interrogatorio de parte del Representante Legal de la Agencia Nacional de Infraestructura. Sin embargo previamente a la iniciación de la audiencia se informó que el

absolvente había sufrido una calamidad doméstica que le impedía atender la diligencia. Acto seguido el apoderado de la parte convocante desistió de dicha prueba.

- 1.63. Por Auto No. 32 se aceptó el desistimiento del interrogatorio del Representante legal de la entidad convocada, se declaró concluida la etapa probatoria del proceso y se decretó la suspensión del mismo entre el 29 de mayo y 25 de junio de 2013, ambas fechas inclusive, por solicitud conjunta de los apoderados; de igual manera se fijó el día 26 de junio de 2013 para que tuviese lugar la audiencia de alegatos de conclusión.
- 1.64. El día 26 de junio de 2013 tuvo lugar la audiencia de alegatos de conclusión. En el curso de la misma, cada uno de los apoderados de las partes hizo uso de la palabra y presentó verbalmente sus alegatos haciendo entrega de resúmenes escritos de los mismos. Una vez concluida la intervención de los apoderados, la Procuradora Judicial Administrativa solicitó que le fuera concedido el traslado especial previsto en la Ley para presentar su concepto final.
- 1.65. Por Auto No. 33 de esa fecha el Tribunal resolvió: suspender el proceso entre los días 27 de junio y 13 de agosto de 2013, según solicitud conjunta de las partes; conceder al Ministerio Público el término de 10 días para la presentación del concepto final de esa entidad sobre el litigio; por último se fijó el día 14 de agosto de 2013 para celebrar la audiencia en la cual sería emitido el laudo que ponga fin al proceso.

El 9 de agosto los apoderados de las partes se dirigieron por escrito al Tribunal para solicitar el aplazamiento de la audiencia de emisión del laudo arbitral, así como la suspensión del proceso entre los días 14 de agosto y 15 de septiembre de 2013, ambas fechas inclusive.

El Tribunal accedió a esta petición entre los días 15 de agosto y 15 de septiembre de 2013, ambas fechas inclusive y fijó como fecha para la emisión del laudo el 18 de septiembre siguiente.

2. La cláusula compromisoria

La cláusula compromisoria con fundamento en la cual se convocó a este Tribunal está contenida en la estipulación 19 del Contrato de Concesión Portuaria No 024 de 22 de octubre de 1999, celebrado entre las partes, cuyo texto se transcribe:

“Cláusula Compromisoria y arbitramento técnico. 19.1. Tribunal de Arbitramento.

19.1.1. Salvo aplicación ende la cláusula de caducidad y sus efectos, así como de las Cláusulas excepcionales al derecho común previstas en los artículos 15°, 16° y 17° de la ley 80 de 1993, cualquier disputa o controversia surgida con relación al presente contrato, que se susceptible de transacción y que no pueda arreglarse directamente entre las partes, o que no se sometida a Arbitramento Técnico según lo establecido más adelante en esta misma cláusula, será dirimida de acuerdo con lo establecido por el artículo 70 de la Ley 80 de 1993 o la norma vigente en Colombia al momento en que se solicite por una de las partes. 19.1.2. La sede donde funcionará el Tribunal de

Arbitramento será Santafé de Bogotá D.C., Colombia. 19.1.3. El Tribunal será constituida por tres (3) árbitros, abogados en ejercicio, quienes serán designados de común acuerdo entre las partes, los cuales se registrarán por las reglas establecidas por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá. Si las partes no logran acordar su designación dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, contados a partir de la fecha en que se solicitó la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, se procederá de acuerdo a la Ley. El laudo que se profiera será en derecho 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 cualquier demanda, contrademanda, asuntos o cuentas presentadas o sometidas al Arbitramento, la cual será cumplida y pagada oportunamente. 19.1.5. Sobre intereses y costas se atienden la SUPERINTENDENCIA y EL CONCESIONARIO 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 el presente contrato.”

3. Las pretensiones formuladas en la demanda

Las pretensiones formuladas por Sociedad Portuaria de Cementeras Asociadas S.A. – CEMAS S.A. en la demanda, son las siguientes:

“PRETENSIONES PRINCIPALES

“PRIMERA.- Que se declare el incumplimiento del contrato de concesión portuaria 024 del 22 de octubre de 1999 por parte de la Entidad Concedente – Hoy representada por el Instituto Nacional de Concesiones – INCO - , celebrado con la SOCIEDAD PORTUARIA DE CEMENTERAS ASOCIADAS S.A. “CEMAS S.A.”, específicamente en relación con la obligación señalada en la Cláusula Vigésima Novena del contrato citado según la cual: “la entrega material que deberá realizar la SUPERINTENDENCIA al CONCESIONARIO de los bienes otorgados en concesión, se realizará dentro del término de diez (10) días siguientes a la suscripción del Contrato, plazo este que podrá prorrogarse a voluntad de las partes. Las partes suscribirán para este efecto el “Acta de Entrega de los Bienes Otorgados en Concesión” en la que conste la entrega que hace la SUPERINTENDENCIA a EL CONCESIONARIO de todos los bienes materia de la concesión. En todo caso los bienes serán entregados libres de cualquier ocupación o limitación a su uso. (...)”, con base en los hechos, fundamentos jurídicos y soportes probatorios de la presente demanda arbitral.

“SEGUNDA.- Que se reconozca la ineficacia de pleno derecho de la Cláusula Séptima del Acta de Reanudación del contrato de concesión portuaria No. 024 de 1999, suscrita entre el Instituto de Nacional de Concesiones – INCO – y la SOCIEDAD DE CEMENTERAS ASOCIADAS S.A. “CEMAS S.A.” el 17 de febrero de 2005, la cual establece : “De conformidad con lo establecido en el inciso final, parágrafo 2 de la cláusula 21 del Contrato de Concesión Portuaria No 024 de 1999, el CONCESIONARIO renuncia a ejercer cualquier tipo de reclamación y/o indemnización en contra de INCO por concepto de la suspensión ordenada por el Ministerio de Transporte, así como por términos y condiciones acordadas en esta Acta de reanudación y aprobación de obras”, por ser abiertamente contraria al ordenamiento jurídico

colombiano, especialmente a aquella disposición que contempla un derecho a favor de los contratistas y correlativamente una prohibición legal a los contratantes, contenida en el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 (norma aplicable al presente contrato por ser de naturaleza estatal), que dispone: 3. Podrán acudir a las autoridades con el fin de obtener protección de los derechos derivados del contrato y la sanción para quien los desconozca o los vulnere. Las autoridades no podrán condicionar la participación en licitaciones ni la adjudicación, adición o modificación de contratos, como tampoco la cancelación de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste.

“TERCERA.- Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento contractual y de la nulidad absoluta de la cláusula séptima del Acta de Reanudación del contrato de concesión portuaria No. 024 de 1999, se condene a la entidad concedente – hoy representada por el Instituto Nacional de Concesiones – INCO – a la indemnización integral de los perjuicios a favor del concesionario – LA SOCIEDAD PORTUARIA DE CEMENTERAS ASOCIADAS S.A. - CEMAS S.A., por los siguientes conceptos, de conformidad con lo dispuesto el artículo 1614 del Código Civil colombiano:

- A) Por DAÑO EMERGENTE la suma de CUATRO MIL VEINTIDOS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS COLOMBIANOS (\$4022.469.669), que corresponde a la pérdida sufrida en el patrimonio de la SOCIEDAD PORTUARIA DE CEMENTERAS ASOCIADAS S.A. “CEMAS S.A.”, como consecuencia del incumplimiento por parte de la entidad concedente de la obligación de entrega de los bienes libres de ocupación o limitación a su uso, lo que conlleva a que con cargo al patrimonio de CEMAS S.A., se procediera a la remoción de la Draga Calima.

- B) Por LUCRO CESANTE la suma de CINCUENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS COLOMBIANOS (\$ 53.643.395.882) como aquella ganancia dejada de percibir durante el tiempo que, como consecuencia del incumplimiento contractual citado, la SOCIEDAD PORTUARIA DE CEMENTERAS ASOCIADAS S.A. “CEMAS S.A.” se vio en la imposibilidad física y jurídica de construir y operar un puerto privado en el municipio de Buenaventura, según los términos y condiciones planteados en el contrato de concesión portuaria No 024 de 1999

“CUARTA.- Que se condene en costas procesales a la parte demandada”

“PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

“PRIMERA.- Que se declare el incumplimiento del contrato de concesión portuaria No. 024 de 1999 por parte de la Entidad Concedente – hoy representada por el Instituto Nacional de Concesiones INCO – celebrado con la SOCIEDAD PORTUARIA DE CEMENTERAS S.A. “CEMAS S.A.” específicamente con la obligación señalada en la Cláusula Vigésimo Novena del contrato citado según la cual “La entrega material que deberá realizar la SUPERINTENDENCIA al CONCESIONARIO de los bienes otorgados en concesión, se realizará dentro del término de diez (10) días

siguientes a la suscripción del Contrato, plazo este que podrá prorrogarse a voluntad de las partes. Las partes suscribirán para este efecto el “Acta de Entrega de los Bienes Otorgados en Concesión” en la que conste la entrega que hace la SUPERINTENDENCIA a EL CONCECIONARIO de todos los bienes materia de la concesión. En todo caso los bienes serán entregados libres de cualquier ocupación o limitación a su uso. (...)”, con base en los hechos, fundamentos jurídicos y soportes probatorios de la presente demanda arbitral.

“SEGUNDA.- Que, de no considerarse ineficaz de pleno derecho, se declare la nulidad Absoluta de la Cláusula Séptima del Acta de Reanudación del contrato de concesión portuaria No. 024 de 1999, suscrita entre el Instituto de Nacional de Concesiones – INCO – y la SOCIEDAD DE CEMENTERAS ASOCIADAS S.A. “CEMAS S.A.” el 17 de febrero de 2005, la cual establece : “De conformidad con lo establecido en el inciso final, parágrafo 2 de la cláusula 21 del Contrato de Concesión Portuaria No 024 de 1999, el CONCECIONARIO renuncia a ejercer cualquier tipo de reclamación y/o indemnización en contra de INCO por concepto de la suspensión ordenada por el Ministerio de Transporte, así como por términos y condiciones acordadas en esta Acta de reanudación y aprobación de obras”, por ser abiertamente contraria al ordenamiento jurídico colombiano, especialmente a aquella disposición que contempla un derecho a favor de los contratistas y correlativamente una prohibición legal a los contratantes, contenida en el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 (norma aplicable al presente contrato por ser de naturaleza estatal), que dispone: 3. Podrán acudir a las autoridades con el fin de obtener protección de los derechos derivados del contrato y la sanción para quien los desconozca o los vulnere. Las autoridades no podrán condicionar la participación en licitaciones ni la adjudicación, adición o modificación de contratos, como tampoco la cancelación de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste.

“TERCERA.- Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento contractual y de la nulidad absoluta de la cláusula séptima del Acta de Reanudación del contrato de concesión portuaria No. 024 de 1999, se condene a la entidad concedente – hoy representada por el Instituto Nacional de Concesiones – INCO – a la indemnización integral de los perjuicios a favor del concesionario – LA SOCIEDAD PORTUARIA DE CEMENTERAS ASOCIADAS S.A. - CEMAS S.A., por los siguientes conceptos, de conformidad con lo dispuesto el artículo 1614 del Código Civil colombiano:

A) Por DAÑO EMERGENTE la suma de CUATRO MIL VEINTIDOS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS COLOMBIANOS (\$4022.469.669), que corresponde a la pérdida sufrida en el patrimonio de la SOCIEDAD PORTUARIA DE CEMENTERAS ASOCIADAS S.A. “CEMAS S.A.”, como consecuencia del incumplimiento por parte de la entidad concedente de la obligación de entrega de los bienes libres de ocupación o limitación a su uso, lo que conlleva a que con cargo al patrimonio de CEMAS S.A., se procediera a la remoción de la Draga Calima.

B) Por LUCRO CESANTE la suma de CINCUENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL

OCHOCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS COLOMBIANOS (\$ 53.643.395.882) como aquella ganancia dejada de percibir durante el tiempo que, como consecuencia del incumplimiento contractual citado, la SOCIEDAD PORTUARIA DE CEMENTERAS ASOCIADAS S.A. "CEMAS S.A." se vio en la imposibilidad física y jurídica de construir y operar un puerto privado en el municipio de Buenaventura, según los términos y condiciones planteados en el contrato de concesión portuaria No 024 de 1999"

"CUARTA.- Que se condene en costas procesales a la parte demandada"

4. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones de la demanda

Éstos se resumen así:

1. El 5 de septiembre de 2001 la sociedad CEMENTOS DEL VALLE S.A., presentó una solicitud de concesión portuaria ante la Superintendencia General de Puertos, bajo la modalidad de puerto particular, para la construcción y operación de un puerto de servicio público.
2. La Superintendencia General de Puertos resolvió de manera favorable la solicitud de concesión mencionada
3. Teniendo en cuenta que para la época en la que se otorgó la concesión el criterio adoptado por la autoridad portuaria era que los beneficiarios de las mismas solo podían ser sociedades portuarias, mediante escritura pública 4531 de 6 de agosto de 1993, suscrita en la Notaría Novena del Círculo de Cali, se constituyó la SOCIEDAD PORTUARIA DE CEMENTERAS ASOCIADAS S.A. CEMAS
4. Por medio de Resolución 1197 de 21 de octubre de 2003 se formalizó la concesión portuaria a favor de la sociedad constituida para tal fin. Dicho acto administrativo contiene una descripción exacta de los linderos y extensión de los bienes de uso público entregados en concesión. Así mismo está claro que esta zona fue autorizada como apta para el manejo de carga general según lo dispuesto en el documento CONPES DNP-2504-UINF.
5. La Resolución de Concesión Portuaria No. 1197, fue modificada por las siguientes Resoluciones: 51 del 28 de enero de 1994; 189 del 15 de marzo de 1994; 425 del 2 de mayo de 1994; 809 del 4 de agosto de 1994; 589 del 5 de diciembre de 1995; 294 del 9 de abril de 1996; 730 del 3 de octubre de 1996; 200 de 3 de abril de 1997; 412 del 3 de julio de 1998, 613 del 1 de octubre del 1997 y 98 del 9 de febrero de 1998, todas ellas proferidas por la Superintendencia General de Puertos con el fin de posponer la suscripción del contrato de concesión portuaria.
6. Las prórrogas se concedieron teniendo en cuenta, en primer, que los bienes objeto de concesión se encontraban ocupados ilegalmente por terceras personas, razón por la cual se iniciaron las acciones legales correspondientes, las cuales fueron favorables a la Nación, según Resolución obtenida en el segundo semestre de 2005.
7. El 22 de octubre de 1999, en cumplimiento de lo ordenado por la Sección Quinta del Consejo de Estado al decidir una acción de cumplimiento se suscribió el Contrato de Concesión Portuaria 024 entre la Superintendencia General de Puertos y la Sociedad Portuaria de Cementeras Asociadas S.A.,

“Para la ocupación temporal y exclusiva de una línea privada de playa y zonas de bajamar en longitud de 289.90 metros, para la construcción de un muelle privado con servicio al público”

8. En cumplimiento de lo pactado en el Contrato de Concesión antes mencionado, CEMAS presentó al Ministerio de Transporte, para su aprobación, el proyecto y cronograma de actividades e inversiones, el cual fue aprobado mediante oficio de 26 de septiembre de 2000.

9. No obstante lo anterior, la ejecución de dicho proyecto no pudo llevarse a cabo en los términos estipulados por dos razones fundamentales: en primer lugar porque la Curaduría Urbana No. 1 de Buenaventura no otorgó la licencia de construcción del muelle porque el Ministerio de Transporte no había cancelado el impuesto predial de los años 2000 y 2001, correspondiente a los bienes objeto de la concesión.

En segundo lugar por el hundimiento de la “Draga Calima”, circunstancia que imposibilitaba técnicamente la realización de las obras de dragado necesarias para la construcción del muelle. La convocante resalta que el hundimiento de la draga ocurrió en el año de 1994, fecha anterior a la celebración del contrato de concesión portuaria número 024.

10. En comunicación de 19 de septiembre de 2000, la sociedad CEMAS informó al Ministerio de Transporte el hallazgo de la Draga “Calima”, que se encontraba hundida en la zona que debía dragarse para ejecutar el plan de obras del proyecto portuario de CEMAS S.A. y solicitó que esa entidad ordenara, a quien correspondiera, iniciar dichas labores. Según afirma la parte demandante, ésta no fue la única oportunidad en la que se dirigió al Ministerio de Transporte para buscar solución al problema de la draga hundida, toda vez que la remoción de la misma era considerada por aquel como un inconveniente mayor para la ejecución del proyecto portuario.

11. El Ministerio de Transporte, mediante Oficio MT- 5100-2 de fecha 11 de abril de 2001 dio respuesta a las numerosas comunicaciones enviadas por el convocante, afirmando que: *“Con relación al reflotamiento de la Draga Calima, le informamos que DIMAR se encuentra realizando los análisis del caso, cuyo resultado le será informado una vez nos lo haga saber dicha entidad. Sabemos que el citado pago y reflotamiento mencionado han impedido que esa sociedad inicie las obras de construcción del muelle y que ello ha implicado un atraso en el cronograma de actividades que tenían previsto. Pero es claro que el Ministerio ha tenido y seguirá teniendo la mejor de las disposiciones para darle una solución lo más ágil posible a sus requerimientos, en el primer caso dependemos de las disponibilidades del PAC “Plan Anual de Caja” y en el segundo del estudio del estudio de DIMAR, como quiera que no contamos con personal especializado en la materia”*

12. Afirma la convocante en su demanda que luego de conocido el oficio MT – 5100 – 2, presentó nuevas comunicaciones ante al Ministerio de Transporte, por medio de las cuales le hizo saber a esa entidad que el reflotamiento de la Draga Calima era responsabilidad de la autoridad y que el no ejecutar dicha obra haría imposible que CEMAS pudiera ejecutar la obras necesarias para construir el muelle. Como consecuencia de lo anterior solicitó al Ministerio de Transporte que se corrigiera el valor de la contraprestación anual que ésta debía pagar y que se ordenara la compensación que por este concepto CEMAS, había pagado en exceso.

13. En respuesta a las comunicaciones enviadas por CEMAS, el Ministerio de Transporte, por medio de escrito con número de radicado 34682 de fecha 22 de noviembre de 2001, manifestó no ser responsable del reflotamiento de la Draga Calima, toda vez que ésta no hacía parte de los bienes que habían sido transferidos a esa entidad por Foncolpuertos y que en todo caso esta obra correspondía al señor José Vicente Narvárez Polo, quien, según afirma el Ministerio de Transporte, era el armador y propietario de la draga, quien además fue declarado como responsable del hundimiento de dicha draga, según lo dispuso la Capitanía de Puerto de Buenaventura mediante providencia de 1 de marzo de 1995, confirmada por la Dirección General Marítima en providencia de 7 de noviembre de 1995.

14. Sin embargo, manifiesta la parte convocante, la cláusula vigésimo novena del Contrato de Concesión Portuaria No. 024 de 1999, consagra como obligación de la entidad concedente entregar los bienes dados en concesión libres cualquier ocupación o limitación de su uso.

15. Manifestó el convocante que el hundimiento de la Draga Calima constituía una clara limitación al uso de la zona concedida mediante el Contrato No. 024 de 1999, hecho que ya había sido reconocido por el mismo Ministerio de Transporte. Teniendo en cuenta la última respuesta de ese Ministerio, CEMAS decidió solicitarle la modificación del plan de inversión como consecuencia de los hechos relacionados con el reflotamiento de la draga.

16. Mediante Oficio No. 39008 del 21 de diciembre de 2001, el Ministerio de Transporte decidió aceptar y por ende modificar el plan de inversión del Contrato de Concesión Portuaria No. 024 de 1999. Junto con el oficio se incorporó el Anexo No. 1 mediante el cual se fijó el cronograma de actividades a realizar, en el cual se dejó claramente expresado que el inicio de las obras estaba supeditado a la remoción de la Draga Calima.

17. Afirma el apoderado de la parte convocante que entre los meses de abril de 2001 y mayo de 2002, CEMAS S.A., esperó a que las autoridades que según su criterio eran responsables, es decir el Ministerio de Transporte y/o la antes Superintendencia de Puertos y Transportes, procedieran a cumplir con lo que se les había solicitado, sin que tal hecho hubiese acontecido, situación que según afirma el convocante era una condición para poder ejecutar el plan de inversión que había sido aprobado por el Ministerio de Transporte.

18. El 13 de junio de 2002, CEMAS dirigió escrito a la Dirección Nacional de Transporte Marítimo, mediante el cual le solicitó la suspensión del Contrato 024 de 1999, toda vez que los que éste consideraba que estaban obligados a retirar la Draga Calima no habían realizado obra alguna y que el hundimiento de la draga en zonas contiguas a las de la concesión portuaria impedía la normal ejecución del contrato, imposibilitando la construcción del muelle en las condiciones inicialmente pactadas, lo cual significaría un grave detrimento de la concesionaria, en tanto que se podría presentar colisiones entre las naves que pretendieran atracar al muelle, con la draga hundida.

19. Por medio de Resolución 017712 de 5 de noviembre de 2002 se decretó la suspensión del Contrato de Concesión Portuaria No. 024 de 1999. Como consecuencia de lo anterior, el día 17 de enero de 2003 se suscribió la correspondiente Acta de Suspensión del mencionado contrato por un término de 2 años contados a partir de la fecha de suscripción de la misma. Dentro de

los considerandos de dicha acta se expresó que *"No obstante la entidad concesionaria suscribió el contrato 024 de 1999, con posterioridad al hundimiento de la Draga Calima, dicho acontecimiento cambia las condiciones iniciales de su proyecto, toda vez que dentro del citado contrato no se contempló que la remoción del mencionado artefacto. Que el hundimiento de la Draga Calima es un hecho ajeno a la sociedad CEMAS S.A., y no propiciado por ella, que impide la ejecución de su proyecto y del mismo contrato."*

20. El Ministerio de Transporte, mediante Resolución 7586 de 11 de septiembre de 2003, en cumplimiento a lo ordenado por artículo 18 del Decreto 1860 de 2003, cedió a título gratuito el Contrato de Concesión Portuaria No. 024 de 1999 al recién creado Instituto Nacional de Concesiones, INCO.

21. En escrito de fecha 28 de octubre de 2004, CEMAS presentó al INCO un proyecto de modificación de las obras previstas en el Contrato 024 de 1999, al que esa entidad contestó mediante Oficio 007960 de 24 de noviembre de 2004 solicitando un plan de gestión o de acción para la remoción de la Draga Calima, el cual fue presentado a esa entidad el 20 de diciembre de 2004.

22. Afirma la parte convocante que el 17 de enero de 2005 se suscribió entre las partes del Contrato de Concesión Portuaria 024 de 1999, una prórroga a la suspensión del mismo contrato, por el término de un mes.

23. No obstante lo anterior, manifiesta la convocante que mediante escrito de fecha 17 de febrero de 2005, comunicó al INCO su interés por continuar con la ejecución del contrato proponiendo: *"iniciar la ejecución de la fase 1A y dejar condicionada la ejecución de la fase 1B siempre que se logre el reflotamiento o la remoción total de la "Draga Calima" sin que esto implique para INCO asumir responsabilidad alguna en cuanto a los términos y condiciones de la reanudación"*

24. El 17 de febrero de 2005 se suscribió el Acta de Reanudación del Contrato de Concesión Portuaria No. 024 de 1999, en la cual se dejó constancia que una vez estudiada la propuesta de plan de acción para la remoción de la Draga Calima, ésta no era viable en los términos propuestos.

25. Informa el convocante que en el numeral 19 de esa misma Acta de reanudación, el INCO, de acuerdo a los estudios técnicos realizados, decidió acoger la propuesta de CEMAS en cuanto a la forma de ejecutar el Contrato de Concesión Portuaria No. 024 de 1999, aprobando entonces la modificación de la fase I, que implicaba dividir el contrato en Fase IA Y IB; la fase IA debía realizarse antes del retiro de la Draga Calima y la fase IB se adelantaría una vez retirada la Draga Calima. Así mismo se estableció que el reflotamiento de la draga se realizaría por cuenta y riesgo del concesionario, quien además asumiría la totalidad de costos; por último se estableció la posibilidad de que el concesionario, una vez terminado el reflotamiento de la Draga Calima, podría presentar una solicitud de modificación de las condiciones iniciales del contrato debidamente justificada ante el INCO, de acuerdo con el Artículo 17 de la Ley 1 de 1991.

26. Afirma la parte convocante que se solicitó al INCO la aprobación para la modificación del proyecto de diseño, construcción y operación del terminal

marítimo, el cual fue efectivamente aprobado por el INCO mediante Oficio SGC – 000279.

28. Como consecuencia de lo anterior, señala la parte convocante que ésta inició las labores de reflotamiento de la draga con la empresa IFC LTDA., por un valor de CUATRO MIL VEINTIDÓS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$4.022'469.669), labores que formalmente finalizaron el 22 de diciembre de 2008, fecha desde la cual, según afirma el convocante, se pudo iniciar la ejecución de la fase IB del plan de inversiones del proyecto portuario de CEMAS.

29. El 7 de diciembre de 2009 la sociedad convocante, con fundamento en la cláusula 19 del Contrato de Concesión Portuaria No. 024 de 1999 concordante con el punto tercero de Acta de Reanudación de 17 de febrero de 2005, solicitó al INCO una modificación del contrato, con el fin de prorrogar la concesión otorgada por un término de 7 años y así recuperar la inversión que hizo en la remoción de la Draga Calima. Sobre esta solicitud se pronunció la Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca y la Dirección General Marítima DIMAR, manifestando que no encontraban ninguna objeción o inconveniente en que se modificara el contrato en los términos señalados. Por su parte, dentro del término legal correspondiente la Sociedad Ferrocarril del Oeste S.A. y la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., se opusieron a la solicitud de modificación presentada por CEMAS S.A.

30. El 18 de marzo de 2010 la entidad convocada profirió la Resolución No. 111, por medio de la cual convocó a audiencia pública para divulgar los términos y condiciones de la solicitud de modificación del Contrato No. 024 de 1999, así como para también dar lectura a los escritos de oposición correspondientes.

31. El 4 de noviembre de 2012 la entidad convocada, por medio de Resolución No. 463, decidió negar la solicitud de modificación del Contrato de Concesión Portuaria, al considerar que *“No puede aceptarse como causal de modificación del contrato con la correspondiente ampliación del plazo inicial establecido para que el cesionario garantice el retorno de las sumas en que incurrió para el retiro de la Draga Calima, porque éste actúa en nombre y a riesgo propio, para el cumplimiento de las obligaciones y ejecución efectiva de las inversiones de capital necesarias”*. Dicha Resolución fue debidamente recurrida por la parte convocante ante el señor Gerente del INCO quien mediante Resolución No 097 del 9 febrero de 2011, puso fin a la etapa de arreglo directo iniciada por la parte convocante.

31. Afirma la parte convocante que como consecuencia del hundimiento de la Draga Calima y las posteriores obras para removerla, solo hasta el 29 de agosto de 2009 pudo iniciar sus operaciones portuarias con el recibimiento de la primera motonave, situación que le generó una pérdida sustancial en los ingresos que por actividades portuarias esperaba obtener, de haber podido iniciar actividades en el tiempo inicialmente previsto en el Contrato 024 de 22 de octubre de 1999.

5. Pronunciamiento del INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO – sobre los hechos y pretensiones de la demanda

Frente al prolijo recuento contenido en los hechos de la demanda principal, el

INCO aceptó como verdaderos algunos de ellos, negó la veracidad de las afirmaciones contenidas en otros de ellos, bien por la forma como se encontraban presentados o ya por disentir totalmente de ellos y, frente a la generalidad de los fundamentos fácticos de la demanda, indicó que se estaría a lo que resultara probado en el proceso.

En cuanto a la pretensiones, la convocada se opuso a la prosperidad de todas y cada una de ellas, tanto las principales como las subsidiarias, argumentando que no existió incumplimiento contractual por parte del INCO, que además CEMAS decidió asumir por su cuenta y riesgo el retiro de la Draga Calima y por tanto no podía trasladar ese hecho a la convocada y las razones jurídicas que se resumen a continuación:

En cuanto al incumplimiento contractual

Comienza afirmando el apoderado de la parte convocada que la pretendida declaratoria de incumplimiento contractual frente a la obligación de entregar los bienes objeto del contrato de concesión libres de limitación a su uso, no existe, toda vez que, en primer lugar, INCO entregó los bienes en los términos acordados según se desprende del acta de entrega, en la cual se determina que los mismos carecen de restricción o limitación de su uso, y en la cual no se dejó ninguna objeción por parte de la sociedad concesionaria.

Por el contrario, agrega el convocado, de acuerdo a lo que establece el artículo 9 de la Ley 1 de 1991, uno de los requisitos legales para concretar la petición de concesión es *“precisar la ubicación, los linderos y extensión de terreno, señalando sus especificaciones técnicas, principales modalidades de operación y los volúmenes de clase y carga a que se destinará”*, por tanto era evidente que CEMAS participó de manera activa en la determinación de las áreas y zonas objeto del contrato de concesión en tanto que fue esta misma que determinó cuáles de estas áreas resultaban necesarias para el cumplimiento del objeto contractual.

Así mismo afirma que el hundimiento de la draga no constituyó incumplimiento alguno, toda vez que el área en donde ésta se encontraba no hacía parte de las zonas entregadas en concesión y para fundamentarlo trae a colación pronunciamientos de la Dirección.

En cuanto al Incumplimiento por parte de las entidades competentes de la obligación de remoción del artefacto naval

Señaló el apoderado de la parte convocada frente a este punto, que en repetidas ocasiones se estableció que la responsabilidad del hundimiento de la draga correspondía la dueño de la misma, según lo decidió en su oportunidad por la Capitanía de Puerto de Buenaventura, en decisión que declaró responsable al señor Jose Vicente Narváez Polo quien era el propietario de la draga, razón por la cual al INCO no se le puede endilgar responsabilidad por estos hechos.

Desde el punto de vista contractual, afirma la convocada, el hundimiento de la draga es un hecho ajeno a las partes contratantes que conllevó incluso a suspender la ejecución del contrato; sin embargo considera el INCO que dicha suspensión no tenía fundamento alguno toda vez que, en primer lugar legalmente no se presentaban los requisitos de facto necesarios para que

operara dicha figura tales como que la situación fuera imprevista o que esa situación impidiera de forma absoluta la ejecución del contrato.

No obstante lo anterior, resalta la convocante que luego de varios años de negociaciones fue CEMAS la que, con el fin de reanudar la ejecución del contrato, insistió para que de común acuerdo se estableciera que ésta asumiría la carga de remover la draga, bajo su propio riesgo y sin que dicho acuerdo afectara o generara responsabilidad en cabeza de la entidad contratante.

Frente a la omisión en el deber de información a cargo de la entidad concedente y a favor del concesionario

Frente a este punto, afirma la parte convocada que no puede afirmarse que la administración ocultó a la concesionaria información sobre el hundimiento de la draga, toda vez que, en primer lugar, el hundimiento es un hecho notorio; en segundo lugar, porque siendo CEMAS la sociedad que solicitó la concesión, no puede permitirse una falta de tal naturaleza.

Frente a los efectos de los hechos narrados en el desarrollo del contrato de concesión portuaria

Se reafirma por la parte convocada la inexistencia del pretendido incumplimiento del contrato de concesión, toda vez que la zona en la que se encuentra el hundimiento de la draga no fue objeto de concesión, además que era un deber de CEMAS en su calidad de solicitante de la concesión, realizar los estudios y averiguaciones necesarias y suficientes para conocer y poder estimar la magnitud, costo, riesgos y demás factores necesarios para la explotación de concesión solicitada.

Frente a las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la obligaciones de la Administración

Considera la parte convocada que no hay lugar a responsabilidad contractual de la administración frente al caso en concreto teniendo en cuenta que:

En primer lugar se debe determinar la existencia de un daño, el cual se concreta con la lesión del contratista, excluyendo de dicho rango todos aquellos riesgos que por cuenta propia haya decidido asumir este último.

En segundo lugar, el daño debe ser imputable al Estado, por tanto resulta necesario en el caso en concreto demostrar que el daño tuvo por causa la obligación que se dice incumplida por la entidad.

En tercer lugar y en cuanto al equilibrio financiero del contrato estatal, existe la obligación de repararlo o restablecerlo cuando quiera que la ecuación financiera se ve alterada por actos o hechos que son ajenos al contrato, que son imprevisibles y que ocurren con posterioridad a la celebración del mismo.

Concluye entonces el apoderado que teniendo en cuenta que los daños alegados por la parte convocante, ni son imputables a la administración, ni generaron disminución patrimonial o utilidades dejadas de percibir, toda vez que al momento de reanudar el contrato de concesión CEMAS estuvo de acuerdo en que la remoción de la Draga se hiciera bajo su cuenta y riesgo, es

claro que no puede reclamarse lo que ya se perfeccionó, desconociendo lo acordado.

Frente a la ineficacia del numeral 2 del Acta de Reanudación del Contrato

Frente a la solicitud hecha por la parte convocada respecto de la ineficacia de pleno derecho de de la cláusula séptima del Acta de reanudación del contrato, la parte convocada manifestó que:

Según lo deuestran los hechos de la demanda se evidencia un acuerdo según el cual CEMAS asumía el reflote de la draga bajo su propio riesgo, siendo la intención de las partes resolver el tema del hundimiento y sus efectos en la ejecución del contrato de concesión, para así poder continuar con la construcción de la obras previstas en el Plan de Inversión.

Afirma el apoderado de la parte convocada que pretender desconocer el acuerdo alcanzado una vez ejecutada la actividad acordada es un claro ejemplo de mala fe que además desconoce los principios orientadores de la contratación pública.

Por último la convocada en su escrito de contestación de la demanda, presenta unas consideraciones finales de orden jurídico, por medio de las cuales pretende brindar un panorama global de la que denomina la intención de las partes, haciendo un resumen de los hechos acontecidos durante el desarrollo del contrato, para concluir que el problema jurídico se centra en que CEMAS sostiene que hubo un desequilibrio contractual, desde el punto de vista financiero, y por ese motivo, solicita la modificación del contrato, para que se le otorgue un plazo adicional de siete años en el cual podrá recuperar los dineros invertidos en la remoción de la Draga Calima.

Para desvirtuar los argumentos presentados por la parte convocante, la convocada hace un esbozo de las características principales del contrato de concesión; así mismo señala los lineamientos que se han trazado en materia de equilibrio económico de este tipo de contratos y finalmente para determinar si en el caso en concreto se presentó alguna de las causas que puedan alterar la ejecución del contrato; realizó por último un recuento de las causales de imprevisión, toda vez que esta es la que la convocante considera se aplica la caso en concreto.

Finalmente el apartado relativo a las consideraciones jurídicas termina con un análisis del estudio financiero, por medio del cual la convocada busca demostrar que CEMAS no tiene fundamentos ni jurídicos ni económicos para solicitar la modificación contractual y con ello garantizar las sumas en que incurrió como consecuencia del reflotamiento de la Draga Calima.

6. El término del proceso

Teniendo en cuenta que la primera audiencia de trámite se celebró el día 9 de julio de 2012, el término inicial del proceso se extendía hasta el 30 de enero de 2012.

Según da cuenta el resumen de las actuaciones procesales surtidas en el trámite, el proceso fue objeto de 8 solicitudes de suspensión por un total de 227

días, según se expone en el siguiente cuadro:

INICIO	TERMINACIÓN	DÍAS
14-SEPT/12	27-SEPT/12	14
10-OCT/12	18-NOV/12	39
14-DIC/12	18-ENE/13	35
2-ABR/13	22-ABR/13	21
17-MAY/13	27-MAY/13	11
29-MAY/13	25-JUN/13	28
27-JUN/13	13-AGO/13	47
15-AGO/13	15-SEPT/13	32
TOTALES		227

Implica lo anterior que el término del proceso se extiende hasta el 7 de octubre de 2013; por ende, el presente laudo se profiere en forma oportuna y en atención a la voluntad explícitamente manifestada por las partes en torno a la extensión del término del proceso, en ejercicio de la autonomía.

CAPÍTULO II **PRESUPUESTOS PROCESALES**

El Tribunal los encuentra reunidos a cabalidad y no vislumbra causales de nulidad capaces de invalidar total o parcialmente las actuaciones surtidas hasta la fecha.

CAPÍTULO III **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

1. La competencia del Tribunal

Teniendo en cuenta que en el curso de la primera audiencia de trámite el apoderado de la parte convocada formuló un recurso de reposición¹ en relación con la competencia de este Tribunal y que en su alegato de conclusión ha reiterado que “*el asunto desborda la competencia atribuida al Tribunal de Arbitramento*” resulta necesario en este punto y previamente a abordar el estudio de la decisión de fondo, efectuar algunas consideraciones en torno a la competencia de los árbitros.

Sostiene el apoderado de la convocada que el hundimiento de la draga Calima es un hecho propio del ámbito de la responsabilidad extracontractual y que en consecuencia el Tribunal no es competente para conocer las diferencias derivadas de ese hecho.

Sobre el particular, y a pesar de haber sido ello resuelto en el curso de la

¹ Folios 321 a 328 del cuaderno principal número 1.

primera audiencia de trámite² y de encontrarse en firme esa decisión³, reitera el Tribunal que no existe duda en relación con el hecho de que las pretensiones de la parte convocada se fundamentan en el supuesto incumplimiento de una obligación contractual consistente en la falta de entrega de los bienes otorgados en concesión libres de cargas o gravámenes. Y si bien es cierto que el hundimiento de la draga y la responsabilidad que pudo o podría haberse generado por ese hecho respecto de sus propietarios u operadores, se pueden enmarcar en el ámbito de lo extracontractual, no es ese el punto a resolver por este Tribunal. El enfoque de la demanda no está encaminado al estudio de las razones, los responsables o los efectos de ese naufragio sino que se centra en el análisis, de la conducta, que a la luz del contrato, debía haber adoptado la convocada en relación con sus obligaciones de entrega de los bienes dados en concesión, respecto de la convocante.

En otras palabras, el estudio que se solicita al Tribunal por parte de la actora se refiere a si la actuación de la demandada, como consecuencia de encontrarse el naufragio afectando la zona concesionada, se adecuó a sus obligaciones contractuales, especialmente a la de entrega, lo cual evidentemente es una controversia derivada de la concesión y por ende perfectamente enmarcada dentro de la cláusula arbitral contenida en ella.

En efecto, en la medida en que se solicita al Tribunal analizar si la conducta de la Agencia Nacional de Infraestructura fue acorde con lo pactado en la cláusula vigésima novena del contrato (pretensión primera de la demanda) y al hecho de que la cláusula arbitral otorga competencia para resolver "*cualquier disputa o controversia surgida con relación al presente contrato*", es claro que este Tribunal es competente para conocer los hechos sometidos a su consideración y por ende reitera en este punto su competencia, como en efecto lo hizo en el curso de la primera audiencia de trámite.

2. Las objeciones a los dictámenes periciales

Previo a realizar el análisis de fondo de las cuestiones sometidas a decisión del Tribunal, se procederá, de conformidad con lo previsto en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, a resolver las objeciones por error grave formuladas por las partes respecto de los dictámenes periciales.

² Folios 313 a 320 del cuaderno principal número 1.

³ Folios 333 a 342 del cuaderno principal número 1.

2.1. Las objeciones al dictamen pericial financiero

2.1.1. Formuladas por CEMAS

Considera el apoderado de la convocante, en primer término, que el perito Jaime Maldonado incurrió en un error grave al confundir el concepto “lucro cesante” con el de “pérdida de la oportunidad” toda vez que, cuestionándosele sobre el primero de ellos, calculó la pérdida del chance en que a su criterio incurrió la Sociedad Portuaria de Cementeras Asociadas como consecuencia del hundimiento de la draga Calima⁴.

Dentro del trámite de dicha objeción, y en aras de la economía procesal, el Tribunal ordenó de oficio al experto complementar su dictamen en el sentido de calcular (i) el lucro cesante supuestamente sufrido por CEMAS en función de la ganancia o beneficio que dejó de reportar por no adelantar la construcción del muelle en la oportunidad prevista, debido a la presencia en el sector de la draga Calima y (ii) el lucro cesante, en función de la utilidad dejada de percibir por el concesionario durante el período en que el puerto no operó por razones no imputables al mismo.

Mediante escrito de 23 de abril de 2013, el perito dio respuesta a los interrogantes del Tribunal concluyendo que *“la ganancia o beneficio no reportado por CEMAS S.A. asciende a \$10.300.171.856,00 del mes de agosto de 2009. Este valor se deriva de aplicar la renta realizable a la inversión relevante durante el periodo no aprovechado de la Concesión. El monto de esta ganancia o beneficio no reportado expresado en pesos de octubre del año 2013 asciende a \$11.271.765.397,00”*, valor que para el perito equivale a la renta que dejó de percibir CEMAS durante el período comprendido entre el inicio previsto de las operaciones y la fecha de inicio efectivo de las mismas, exceptuando el período durante el cual se suspendió el contrato.

Posteriormente, mediante escrito de 6 de mayo de 2013, el apoderado de la convocada adicionó la objeción por error grave formulada, esta vez en relación (i) con la fecha desde la cual el experto concluyó que iniciaba el período de beneficio no reportado por CEMAS. El fundamento de dicha crítica

⁴ Folios 472 a 477 del cuaderno principal número 1.

consistió en que desde antes de la celebración del contrato se configuró para CEMAS la obligación de ejecutar las inversiones; y (ii) con la tasa interna de retorno utilizada por el perito para calcular las sumas dejadas de recibir por CEMAS⁵.

El numeral cuarto del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil dispone que el dictamen podrá ser objetado por error grave siempre y cuando éste haya *“sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas”*.

La prosperidad de las objeciones por error grave implica, como lo ha señalado la Corte en varias oportunidades, la demostración no sólo de la existencia de un error por parte del experto, esto es la demostración de que el dictamen contiene una discordancia con la realidad, o se fundamenta en bases equivocadas, sino que además es necesario que dicho error pueda calificarse de “grave”, esto es, de tal magnitud, obviedad y contradicción con la realidad de los hechos objeto de la experticia, que se advierta su existencia sin mayores análisis, y que adicionalmente tenga la entidad suficiente para modificar las conclusiones expuestas por el perito.

En efecto, dicha Corporación ha señalado:

“[S]i se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos...”⁶ pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven (...) (Los errores del dictamen) no pueden hacerse consistir

⁵ Folios 494 a 496 del cuaderno principal número 1.

⁶ Cita del original: “Gaceta Judicial, T LII, pág.306.”

en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. (...)".⁷

Así pues ha entendido la jurisprudencia, tanto arbitral como ordinaria, que no procede la tacha por error grave cuando ésta se hace consistir exclusivamente en el rechazo de los razonamientos del experto pues en ese evento se “*entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva*”⁸.

Téngase en cuenta entonces, que el error grave no puede consistir en divergencias de opinión o de criterio en relación con las conclusiones del experto, sino que debe tratarse de un hecho objetivo que por referirse a una prueba de carácter técnico debe ser demostrado por los medios idóneos que acrediten las falencias o deficiencias científicas de la experticia objetada.

Establecido el anterior marco dentro del cual debe resolverse la objeción, se observa, en primer lugar, que el reparo formulado en el primer escrito esto es, la falta de cálculo del lucro cesante, más que un error fue, en estricto sentido, la falta de respuesta a una pregunta, vacío que por lo demás quedó subsanado con la orden oficiosa emitida por el Tribunal en el sentido de que el experto procediera a dar respuesta al interrogante en los términos en que le fue planteado.

Ahora bien, en lo que se refiere al segundo escrito, el Tribunal observa en él un primer reparo respecto de las conclusiones del experto consistente en que el período considerado por éste como término para calcular el lucro cesante es equivocado, pues en sentir del objetante debió haberse partido de una fecha diferente.

No encuentra el Tribunal que en ese punto específico haya un error y menos de la magnitud que la ley prevé para que pueda considerarse próspera la objeción. Se trata de una simple divergencia de criterios entre el experto y el

⁷ Corte Suprema de Justicia, auto del 8 de septiembre de 1993, exp. 3446, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

⁸ Ibidem

apoderado, divergencia que por lo demás, de ser necesario, puede ser perfectamente resuelta por el Tribunal sin que por ello pueda entenderse que las conclusiones del perito contradicen la realidad. En esos términos la objeción en este punto, no puede prosperar.

El segundo reparo contenido en el memorial que se viene estudiando, se centra en el valor de la tasa interna de retorno utilizada por el auxiliar de la justicia para el cálculo del lucro cesante. En efecto, para el apoderado de la convocante, el experto tomó el 12% a que se refieren las resoluciones 596 y 873 de 1994 las cuales, en su sentir, no resultan aplicables al caso.

Al igual que para el tema anterior, el Tribunal observa que más que un error del experto se trata de una divergencia de criterios que como ha quedado expuesto, no puede entenderse como constitutiva de error y mucho menos grave, por lo cual tampoco habrá de declararse probada la objeción.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, el Tribunal habrá de declarar no probada la objeción por error grave formulada por la parte convocante respecto del dictamen pericial financiero.

2.1.2. Formuladas por la ANI⁹

Considera el objetante, en primer lugar que la metodología de cálculo utilizada por el perito es equivocada por cuanto éste ha debido fundamentar la valoración del lucro cesante en los compromisos de movilización de carga contractualmente pactados por las partes.

Sobre el particular se puede concluir que, al igual que para el caso del apoderado de la convocante, la argumentación del objetante se fundamenta en una diferencia de criterio con el perito en cuanto a la forma de calcular la utilidad dejada de percibir por CEMAS y no realmente en un error que tenga la entidad de dejar sin efecto la prueba practicada, por lo cual no puede configurarse el error en los términos estrictamente previstos en la ley.

El segundo error que el apoderado de la convocada endilga al dictamen, se refiere a la improcedencia del cobro del beneficio de rentabilidad por la

⁹ Folios 497 a 500 del cuaderno principal No. 1

destinación de los recursos, lo cual más que un error es simplemente una posición jurídica de la demandada, que escapa al ámbito de competencia del experto y que es en últimas uno de los puntos de la decisión de fondo que debe adoptar el Tribunal.

Ahora bien, la utilización como referencia alternativa de inversión del Índice Bursátil de la Bolsa de Valores de Colombia por parte del perito, no puede ser considerada como un yerro o una falla de sus conclusiones sino que se trata simplemente de uno de los múltiples criterios que en materia financiera pueden ser empleados para calcular una supuesta pérdida de rentabilidad.

De esta forma tampoco encuentra el Tribunal que pueda prosperar la objeción por error grave formulada por la Agencia Nacional de Infraestructura respecto del dictamen pericial rendido por el doctor Jaime Maldonado Fisher y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

2.2. La objeción por error grave formulada por la parte convocada respecto del dictamen pericial técnico.

Mediante escrito radicado el 5 de febrero de 2013¹⁰, el apoderado de la convocada objetó el dictamen pericial técnico con fundamento en los siguientes argumentos:

- No existe identificación sobre la persona que hizo un dibujo en el plano batimétrico.
- El perito no intentó medir la incidencia del naufragio.
- El perito asumió que la capitanía de puerto no exigió la limpieza de los tanques de combustible antes de autorizar su desguace.
- El perito no evaluó eficazmente la incidencia de la oxidación de un elemento de hierro que está sumergido y sepultado.
- El perito no buscó ni aportó batimetrías anteriores.
- Teniendo en cuenta que, al decir del objetante, el plano batimétrico no tiene soporte *"lo que se diga sobre su impacto en el entorno, su impacto impidiendo operaciones de dragado y su impacto impidiendo las operaciones marinas si no lo hubieran removido, son solamente especulaciones"*

¹⁰ Folios 469 a 471 del cuaderno principal número1

- El dictamen pericial carece de soporte técnico y se centra en apreciaciones subjetivas.

Para resolver las anteriores objeciones, el Tribunal observa en primer lugar, que la parte convocada no allegó ni solicitó las pruebas necesarias para demostrar sus afirmaciones limitándose simplemente a controvertir algunas de las conclusiones del experto. Adicionalmente tampoco se acreditó la incidencia que tuvieron los supuestos errores en las conclusiones del perito lo cual impide evaluar la entidad de los supuestos errores.

Por otro lado revisado el expediente, el Tribunal observa a folios 391 a 393 del cuaderno de pruebas número 1, la existencia de los planos batimétricos que sirvieron de soporte al experto para realizar su experticia y que fueron adicionalmente aquellos que se utilizaron para efectuar el reflotamiento de la draga. En consecuencia no es cierto que el dictamen carezca de soportes técnicos pues el experto, como lo afirma en su escrito de aclaraciones, tuvo en cuenta esos documentos más la visita a la Capitanía de Puerto de Buenaventura, donde pudo analizar la documentación correspondiente a la Draga Calima.

Se observa adicionalmente que las conclusiones del experto son coincidentes con el informe de la sociedad Batiestudios SAS obrante a folios 395 a 405 del expediente, así como con algunas de las manifestaciones rendidas en el curso de la declaración de los testigos Nazario Agudelo¹¹ y Manuel Campos García¹², por lo cual no puede concluir el Tribunal que el dictamen pericial adolezca de errores con la entidad y la magnitud que la convocada ha pretendido endilgarle y por ello habrá de declarar no probada su objeción, en la parte resolutive de esta providencia.

3. Estudio del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada

3.1. Las posiciones de las partes:

En la pretensión primera de su demanda la demandante solicitó:

¹¹ Folios 489 a 495 del cuaderno de pruebas número 1.

¹² Folios 496 a 507 del cuaderno de pruebas número 1.

“PRETENSIONES PRINCIPALES

“1. Que se declare el incumplimiento del contrato de concesión portuaria 024 del 22 de octubre de 1999 por parte de la Entidad Concedente - hoy representada por el Instituto Nacional de Concesiones - INCO -, celebrado con la SOCIEDAD PORTUARIA DE CEMENTERAS ASOCIADAS S.A. CEMAS S.A.”, específicamente en relación con la obligación señalada en la Cláusula Vigésima Novena del contrato citado, según la cual “[l]a entrega material que deberá realizar LA SUPERINTENDENCIA a EL CONCESIONARIO de los bienes otorgados en concesión, se realizará dentro del término de diez (10) días siguientes a la suscripción del Contrato, plazo éste que podrá prorrogarse a voluntad de las partes. Las partes suscribirán para este efecto el “Acta de Entrega de los Bienes Otorgados en Concesión” en la que conste la entrega que le hace la SUPERINTENDENCIA a EL CONCESIONARIO de todos los bienes materia de la concesión. En todo caso los bienes serán entregados libres de cualquier ocupación o limitación a su uso. (...)” (negritas y subrayado fuera de texto), con base en los hechos, fundamentos jurídicos y soportes probatorios de la presente demanda arbitral.”

Para fundar su pretensión el demandante señala que en el proceso se encuentra acreditada la existencia del Contrato de Concesión Portuaria N° 24 de 1999 y de la obligación de la entidad concedente de entregar los bienes libres de cualquier ocupación o limitación a su uso.

Señala que La Draga Calima se hundió el 19 de Noviembre de 1994 en la zona comprendida entre el canal de acceso a Buenaventura y el Estero de El Piñal. Desde su hundimiento, el citado artefacto naval permaneció en ese sitio, pero con el correr del tiempo fue cubierta por una gran cantidad de lodo, sedimentos y arena, de modo tal que no resultaba visible. Agrega que el hundimiento no ha sido negado, y sobre la responsabilidad por dicho hundimiento se pronunció la Capitanía de Puerto y la Dirección General Marítima.

En su concepto la presencia de la Draga Calima en la zona donde se hundió representaba una importante limitación al uso de la zona entregada en concesión a CEMAS en virtud del contrato de concesión portuaria N° 24 de 1999, pues impedía adelantar las obras de dragado necesarias para construir el área de maniobras del puerto de CEMAS, y también impedía que los buques para los que fue diseñado el terminal se aproximaran, arribaran y atracaran en el mismo, en condiciones de seguridad.

Advierte que la Draga Calima se hundió el 19 de Noviembre de 1994 y la

solicitud de concesión portuaria se presentó el 5 de Septiembre de 1991, es decir cuando la Draga Calima no se había hundido. Cuando CEMAS hizo sus estudios y evaluaciones para pedir en concesión una zona de uso público para construir y operar un puerto marítimo, la Draga Calima no se había hundido, ni se podía prever que se iba a hundir. Cuando se le otorgó formalmente la concesión mediante Resolución N° 1197 del 21 de Octubre de 1993 tampoco se había hundido la Draga Calima. El contrato de concesión portuaria se firmó el 22 de Octubre de 1999, esto es, cuando ya había ocurrido el hundimiento de la Draga Calima. En este sentido destaca que la expedición de la Resolución de Otorgamiento genera para el peticionario de la concesión la obligación de concurrir a la firma del respectivo contrato de concesión, so pena de que se le haga efectiva la garantía de seriedad de la oferta exigida para ese entonces por el artículo 5° del Decreto 708 de 1992.

Señala que CEMAS, no sabía, ni hubo culpa de su parte en no saber, acerca del hundimiento de la Draga Calima, y menos del obstáculo que ella representaba para la ejecución del contrato de concesión portuaria N° 24 de 1999. Destaca que cualquier estudio de cualquier índole que hubiese sido adelantado por la liquidada empresa Puertos de Colombia, al cual hace referencia la demandada, se adelantó con anterioridad a la ocurrencia del hundimiento de la Draga Calima. Agrega que ninguna de las Resoluciones de la entidad concedente que obran en el expediente posteriores al mencionado siniestro marítimo, refieren la ocurrencia del hundimiento ni la presencia de la Draga Calima, a pesar de que las autoridades marítimas sí tenían conocimiento de los sucesos, como se demuestra con el fallo del 1 de marzo de 1995 expedido por la Capitanía de Puerto de Buenaventura.

En cuanto a si la Draga se encontraba o no en el área de la concesión, señala que las áreas de maniobras de un proyecto portuario son parte inescindible del mismo y que por ende, si existen objetos, artefactos, o embarcaciones hundidas en éstas, y por ello no pueden utilizarse para las operaciones, no podrá cumplirse con el objeto del contrato de concesión portuaria el cual incluye la construcción (parte de la construcción del puerto consiste en adelantar las obras de dragado de la zona de maniobras y los accesos a ésta) y operación del puerto, pues el obstáculo impide que se adelanten dichas actividades. A tal efecto se refiere a las obligaciones que establece el contrato de concesión de mantener la profundidad de las áreas de maniobra.

Igualmente se refiere a la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en donde a su juicio se reconoce de manera clara y contundente la inescindibilidad de las áreas marinas (para el caso en referencia era área marina de fondeo) en los contratos de concesión. Por lo anterior concluye que la draga se encontraba hundida en una zona entregada en concesión a CEMAS, o por lo menos, en una zona que era objeto del contrato de concesión N° 24 de 1999. Agrega que si en gracia de discusión se admitiere que el área de maniobras no forma parte de la zona entregada en concesión por el contrato N° 24 de 1999 y, por ende, la Draga Calima se encontrara fuera de esa zona, de todas formas la ubicación del hundimiento de dicha Draga en el área marina de maniobras del puerto de CEMAS representaba una limitación al uso de la zona otorgada en concesión en virtud de dicho contrato y un incumplimiento de la obligación contenida en la cláusula vigésima novena del mismo.

Adicionalmente advierte que el hundimiento de la draga no fue un hecho notorio y para establecerlo señala que bastaría con que los Árbitros se preguntaran si, antes de conocer de este proceso, sabían del hundimiento de la Draga Calima. Si la respuesta es negativa, dicho acontecimiento no es un “hecho notorio”. Agrega que si se quiere sostener que el hundimiento de la Draga Calima era un “hecho notorio” para quienes trabajan en actividades portuarias, o para quienes integran la comunidad portuaria de Buenaventura, ello también se encuentra desvirtuado en el presente trámite arbitral.

La parte demandada se opuso a la pretensión de la demanda señalando que no existió incumplimiento del contrato de concesión. A tal efecto hizo referencia al proceso de celebración del contrato y agregó que desde el momento mismo en que fue aprobada la solicitud de concesión portuaria y concretamente desde la expedición de la Resolución No. 1197 de 1993, se configuró una situación jurídica en cabeza del concesionario, que además de otorgarle derechos, le creó obligaciones. Así se dispone y se dispuso en las Resoluciones que regulan la materia, y se sostiene por la jurisprudencia nacional. En tal sentido se refiere al Decreto 838 de 1992, a la Resolución No.10 de 1992, que autoriza la concesión, la Resolución 1197 de 1993, que otorga formalmente la concesión portuaria a la Sociedad Convocante y al Decreto 708 de 1992. Por lo anterior concluye que la Sociedad Portuaria de Cementeras Asociadas tenía a su cargo varias obligaciones desde el momento mismo de la

aprobación de la concesión y por supuesto, realizar al menos inspecciones y visitas esporádicas para evitar nuevas posesiones ilegales o cualquier otro inconveniente en las áreas y zonas que serían intervenidas y explotadas, máxime si no existía un lugar con condiciones similares para ejecutar concesiones de dicha índole. Agrega que antes del perfeccionamiento del contrato de concesión, la sociedad Portuaria adelantó gestiones para resolver el inconveniente de las ocupaciones ilegales, gestiones que fueron complementarias a las realizadas por la Superintendencia General de Puertos.

Por otra parte se refiere a los efectos jurídicos del otorgamiento de la concesión portuaria, y señala que la jurisprudencia ha precisado que la Resolución de aprobación de la concesión no es otra cosa que el acto administrativo negocial de carácter estatal “*contentivo del contrato de la concesión portuaria,*” del cual se desprenden derechos y obligaciones mutuas. Señala que en el entendido de que cumplió a cabalidad los deberes mínimos de todo comerciante y en especial, de un contratista a cargo de la ejecución de un contrato de concesión portuaria, CEMAS debió percatarse de la presencia de la Draga “Calima” y de su obligación de removerla en tanto que obstáculo material y no jurídico para la ejecución del contrato de concesión.

Advierte que para la época en que se otorgó la concesión, la contraprestación se calculaba con base en la “LÍNEA DE PLAYA”, y las zonas accesorias de bajamar, pero no se entregaban formalmente el mar territorial, o áreas marítimas accesorias como parte integral de los bienes de uso público concesionados. Expresa que el hundimiento de la Draga ocurrió por fuera de los bienes otorgados en concesión, en zonas aledañas e incluso dentro de la concesión portuaria en cabeza de la Sociedad Portuaria de Buenaventura - Muelle 14 petrolero. Destaca que en los más de ocho años que transcurrieron desde la petición de concesión, CEMAS debió cerciorarse, verificar y supervisar permanentemente el estado y las condiciones generales de la zona, antes de suscribir el contrato.

Afirma que no es razonable imputarle responsabilidad a la Administración Pública por un hecho que no cometió, y que ocurrió en zonas ajenas a las entregadas en concesión. La entidad pública encargada cumplió a cabalidad con su obligación de entregar los bienes de uso público y, en ese sentido, no puede prosperar la pretensión de la parte convocante.

En cuanto al hundimiento de la draga dice que para la Dimar, el hundimiento fue un hecho notorio y agrega que esa notoriedad también se concluye de los testimonios rendidos en el proceso.

Destaca que el naufragio ocurrió antes de suscribirse el contrato, por el hecho de un tercero, en la zona concesionada a la Sociedad Portuaria de Buenaventura.

Afirma que una vez CEMAS “se percató”, como así lo sostiene en la demanda, de que el hundimiento de la Draga obstaculizaba sus labores, jamás alegó incumplimiento contractual por parte de la Superintendencia de Puertos o del Ministerio del Transporte, sino que, acudió indistintamente ante diversas autoridades para que colaboraran en el reflotamiento de la misma. Así mismo las autoridades públicas tampoco consideraron que el hundimiento de la Draga fuera un incumplimiento contractual. En tal sentido cita la Dirección Marítima del Ministerio de Defensa –Dimar-

Por su parte la señora agente del Ministerio Público expresa que de conformidad con las normas pertinentes era el solicitante de la concesión quien debía determinar los predios sobre los cuales se desarrollaría el proyecto, sin que durante el tiempo transcurrido entre la aceptación de la solicitud de concesión y la firma del contrato, esto es entre el 5 de septiembre de 1.991 fecha en que se presenta la solicitud de concesión, el 18 de marzo de 1.992 fecha en que la Superintendencia General de Puertos aprobó la solicitud y el 22 de octubre de 1.999 fecha en que se suscribe el contrato de concesión No. 024, hubiere advertido la presencia o hundimiento de la draga “Calima”, hecho que solo advierte con posterioridad a la suscripción del contrato y al acta de entrega de bienes.

Agrega que se acreditó en el proceso la responsabilidad del propietario de la draga “Calima” por el hundimiento de la misma y, además, que aquel fue un hecho independiente, ajeno al contrato y no imputable a ninguna de las partes, que ocurrió con anterioridad a la suscripción del mismo, afectando como se ha probado la normal ejecución del contrato.

Se refiere a la cláusula vigésima novena sobre la entrega de los bienes

otorgados en concesión y expresa que el acta de entrega de los mismos se suscribió entre las partes el día 10 de diciembre de 1.999, sin que en ella se dejara constancia alguna por parte del Concesionario, sobre el hundimiento de la draga "Calima", hecho acaecido con anterioridad a la suscripción del contrato de concesión y la referida acta de entrega de bienes, según lo afirma el convocante el día 19 de noviembre de 1.994.

Expresa que tratándose de un hecho ajeno a las partes, el convocado, según se detalla en cada uno de los documentos que hacen parte del proceso, tomó las medidas que la Ley le permitía a efecto de lograr que el convocante cumpliera con el objeto contractual, teniendo en cuenta que para decretar la suspensión del término de ejecución del contrato debían darse situaciones imprevistas, las que según lo alegado por la parte convocada no se cumplían y ante la insistencia de CEMAS, las partes acordaron que ésta, asumiría los costos de remoción de la Draga, **"bajo su propio riesgo"**, y sin que dicho acuerdo afectara o generara responsabilidad a la entidad contratante, lo cual llevó a la modificación de las condiciones iniciales del contrato, del cronograma de actividades, incluyéndose dentro del Plan de Inversión el costo del retiro de la draga, quedando a su cargo realizar todas las actividades, lo cual se evidencia en el plan de acción para la remoción de la Draga presentado por CEMAS el día 20 de diciembre de 2004.

Señala que lo anterior se plasmó en la cláusula sexta del Acta de Reanudación del contrato de concesión portuaria No. 024 de 1999, suscrita entre el Instituto Nacional de Concesiones -Inco- y la Sociedad Portuaria de Cementeras Asociadas S.A. "Cemas S.A." el 17 de Febrero de 2005.

Indica que en forma clara y expresa, sin que se alegue error o vicio del consentimiento que invalide dicha decisión, CEMAS asumió la responsabilidad de realizar a su costa todas las actividades tendientes a la remoción de dicho elemento, situación que acorde con las normas en materia contractual, constituye una modificación al acuerdo de voluntades inicial, válida para producir efectos respecto a las obligaciones de las partes y que no puede desconocerse, para solicitar tenerla como no válida para reclamar la indemnización que se pretende obtener en el fallo del presente laudo.

Agrega frente a la declaratoria de ineficacia o nulidad de la cláusula

impugnada del Acta de Reanudación, que la misma se suscribe de común acuerdo entre las partes, se cumple lo allí pactado, es decir produjo la finalidad para la cual se expidió dicho acto, que hacía relación a dar continuidad al objeto contractual, por lo cual no resultan procedentes las pretensiones del convocante, frente a la declaratoria de ineficacia del acta frente a la citada cláusula.

Se refiere a la cláusula 21 del contrato y señala que la solicitud de suspensión dependía de la imposibilidad de continuar el contrato, circunstancia que se acreditó y que consistió en el hundimiento de la draga "Calima", contando con dos (2) opciones, suspender el contrato hasta por dos (2) años y remover el obstáculo por su cuenta y riesgo o solicitar la terminación del contrato sin que en los casos planteados implicara reconocimiento de indemnización alguna.

Por lo anterior afirma que acorde con las cláusulas del contrato, donde claramente se determina la obligación del concesionario de construir la obra a explotar bajo su responsabilidad y riesgo, se le imponía a su costa el retiro de la draga "Calima", a efecto de cumplir con el objeto contractual, sobre el área que directamente solicitó. Advierte que por ser parte interesada debía conocer las condiciones en que se encontraba el área previa a la suscripción del contrato y acta de entrega, sin que pueda por ello aducirse incumplimiento por parte del Convocado del contrato de Concesión No. 024 del 22 de octubre de 1.999

Agrega que el Concesionario, acorde con lo previsto en la cláusula vigésima primera, parágrafo segundo, en forma clara optó por la suspensión del contrato por el término de dos (2) años, lo cual efectivamente se dio y transcurrido este término en caso de continuar las causas de la suspensión, tenía la facultad de terminarlo o continuarlo, en ambos casos sin indemnización, por lo cual carece de fundamento reconocer la ineficacia de pleno derecho de la cláusula séptima del acta de reanudación del contrato de concesión, ya que la misma en modo alguno resulta contraria a las cláusulas del contrato.

3.2. Consideraciones del Tribunal

Lo primero que se advierte es que está acreditada la existencia del contrato

de concesión portuaria No. 024 de 1999, el cual fue suscrito por la Superintendencia General de Puertos en calidad de entidad concedente y la Sociedad Portuaria de Cementeras Asociadas S.A. - CEMAS S.A., el 22 de octubre de 1999 (Folio 81 a 125 del Cuaderno de Pruebas No. 1). Por virtud del Decreto 101 de 2000 le fueron transferidas al Ministerio de Transporte las competencias en materia de concesiones portuarias. Por Decreto 1800 de 2003 fue creado el Inco y por otrosí No 2 (folio 244) suscrito entre el INCO y CEMAS se acordó que el INCO sustituía al Ministerio de Transporte en el Contrato. Por Decreto 4165 de 2011 se cambió la naturaleza jurídica del INCO por la de la ANI. De esta manera está claramente establecida la existencia del contrato y las partes del mismo.

Ahora bien, para resolver sobre el fondo el Tribunal considera necesario en primer lugar establecer el hecho del hundimiento de la Draga, para posteriormente examinar el alcance de la obligación que la parte demandante considera incumplida.

3.2.1. El hundimiento de la draga y su incidencia sobre la concesión portuaria

En el proceso está acreditado que la Draga Calima se hundió el 19 de Noviembre de 1994. En efecto, obra en el expediente la Resolución proferida por la Capitanía de Puerto de Buenaventura el 1º de marzo de 1995 (folio 016 y siguientes), en la cual dicha entidad hace referencia al Informativo del 21 de Noviembre de 1994 en el que se hace saber del hundimiento de esa Draga. En dicha Resolución se declara responsable a la firma José Vicente Narvárez Polo por no tomar las medidas necesarias de seguridad y prevención para evitar el naufragio. Dicha Resolución fue confirmada por la Dirección General Marítima el 7 de noviembre de 1995, en la que se hace referencia al Informativo No 18 en el que se señala que la Draga Calima se hundió en cercanías del muelle petrolero de Buenaventura. Así mismo el Ministerio de Transporte reconoció tal circunstancia al decretar la suspensión del Contrato por Resolución 17712 del 5 de noviembre de 2002.

En cuanto a la ubicación de la Draga el testigo Manuel Campos expresó:

“DR. GUZMÁN: Usted también manifestó en algún momento de su declaración que la draga Calima estaba hundida en la dársena, yo lo que quisiera preguntarle para que señale por favor al Tribunal, es si

¿al referirse a la dársena... hace referencia a la zona de maniobra de los puertos, de la Sociedad portuaria de Buenaventura y de lo que es hoy la zona de maniobra de CEMAS?

“SR. CAMPOS: Sí, lo único que se sabía es que estaba, así suene como absurdo, pero es lógico, si ya no estaba en la playa donde estaba amarrada ni en la zona de bajamar que es una zona de playa que se cubre habitualmente, estaba debajo del agua de una zona que es permanentemente cubierta con agua que está al frente de la zona portuaria, habitualmente al frente de las zonas portuarias hay unas zonas donde los buques se amarran para cargar y descargar y una dársena que es un sector de agua donde ellos giran para devolverse, al desaparecer de la vista del sector de playa y muelle, pasó a estar hundida en la dársena que hoy en día es la zona donde los buques maniobran para cargar y descargar.

“En esa zona, independiente si era más o menos metros, estaba en la zona después del muelle de líquidos, limitada como entre el muelle de líquidos y la playa donde hoy en día hay un puerto construido, cuando se sacó, se veía que la gente trabajaba ahí en donde hoy en día los barcos se amarran.

“DR. GUZMÁN: Cuando usted se refiere, hoy en día los barcos se amarran en el puerto construido, ¿se refiere a CEMAS?

“SR. CAMPOS: Sí, queda más o menos donde hoy en día quedan las... y los timones de los barcos que llegan a CEMAS ahí hace unos años se hizo una operación que terminó con la sacada de la draga, es el sitio.

“...

“DR. GUZMÁN: ¿En ese lugar donde se encontró la draga, ese lugar estaba ubicado entre el canal de acceso al puerto de Buenaventura y el estero del piñal?

“SR. CAMPOS: Ahí sí le pido que me recuerde, el estero del piñal, ¿desde dónde se llama así?, el puente el piñal yo lo conozco y luego hay un sector que se llama la palera.

“DR. GUZMÁN: Ese es el sector, entre el canal de acceso a la vía Buenaventura y el estero del piñal, o sea, donde queda el puente del piñal, en esa zona era que estaba hundida la draga Calima.

“SR. CAMPOS: Sí, como le dije, como ha 50 metros hacia el noreste petrolero, en el agua, como es un segmento angosto de agua por donde llegan los buques madereros, ese mismo sector era, por eso es que me acuerdo, el piñal, sí, es por donde pasan los buques madereros, es más, cuando pasaban los buques madereros a gran velocidad generaban una agitación del agua que los buzos trataron de solicitar que se suspendiera ese tránsito mientras hacían la maniobra porque podía ser peligrosa para la operación debajo del agua.”

Por su parte el perito Capitán Humberto Baratto Abello en su dictamen pericial

técnico señaló:

“Para el cálculo de la ubicación de la draga Calima tras su hundimiento y distancias, se tomó como referencia el plano batimétrico levantado en el año 2006, copia del cual se anexa a este dictamen pericial.

“Como se puede observar en la gráfica, la parte del naufragio “Calima” mas cercano a la costa (la proa) está casi exactamente sobre la línea imaginaria que une el “dolphin” o “piña” del Este del muelle petrolero, con la línea externa del proyectado muelle de CEMAS; a una distancia de 60 metros del citado “dolphin” y a 65 metros del extremo oeste del muelle de CEMAS y con la popa hacia el estero con un ángulo aproximado de 40°.

“...”

Igualmente el señor Nazario Agudelo en su declaración expresó:

“DR. PABÓN: Para el momento en que usted fue contratado como interventor de dragado de esa obra, ¿sabe usted si existía alguna draga hundida en la zona donde se iban a hacer los trabajos, ya no existía o sabe si existió alguna vez una draga hundida?”

“SR. AGUDELO: Sí, ya tenía conocimiento.

“DR. PABÓN: ¿De qué?”

“SR. AGUDELO: De que existía una draga hundida ahí en límites, entre las zonas de Sociedad Portuaria de Buenaventura y CEMAS, que había una draga hundida ahí, ya tenía conocimiento claro.”

En cuanto se refiere a la incidencia del hundimiento de la Draga en el desarrollo de las labores a cargo de CEMAS se encuentra probado lo siguiente:

En el testimonio rendido por el señor Luis Federico D’Croz se expresó:

“DR. PABÓN: Desde el punto de vista de la operación del puerto qué significaba que la draga estuviera ahí, es decir, en qué se traducía para poder operar el puerto o para poderlo no operar, cuál era el efecto de la draga en cuanto a la operación del puerto?”

“...”

“SR. D’CROZ: ...

“Lo otro es que si hoy estuviera no permite una operación marítima segura, no permite porque no puedo atracar un barco en mi muelle con la draga ahí; primero, si yo atraco de estribor mi buque significa que entro por la derecha a descargar, el buque queda con la draga en la popa y ese es un equipo que tenía 42 metros, ninguna propela,

empecemos por si un capitán decide hacer una operación, no la hace, es un tema de seguridad marítima, el equipo aquí no le permite hacer la maniobra al buque atracando en el muelle, no le permite bajo ninguna circunstancia, si estuviera incluso hoy señalizada y a la vista de todos, suponiendo que yo pude haber hecho el dragado completo y dejar ahí, no es posible una operación marítima con la draga y el artefacto ahí.

“El tema además es que se requería una profundidad, lo que llamamos los técnicos, el primer dragado de un puerto se llama dragado capital, CEMAS fue diseñado y está aprobado así para ser un puerto con una profundidad de 32 pies, son algo así como 10 metros y medio en marea mínima, eso viene de que estoy diseñado para recibir un buque de 185 metros de lora y un buque con esa característica tiene un calado, lo que entra en el agua, en el comercio esa es la profundidad que se requiere, la draga estaba por encima de esa cota, no permitía hacer un dragado capital, si yo hago un dragado capital contiguo a la draga, la draga estando a cinco metros o seis, siete metros de profundidad en marea mínima yo tenía que bajar a 10 metros y medio, no era posible hacerlo tampoco, esa es la limitante técnica.”

En su dictamen el Cap. Humberto Baratto Abello señaló:

“Al estar el naufragio “Calima” relativamente en el centro entre el muelle petrolero y el proyectado muelle de CEMAS, tenía incidencia directa en la zona, afectaba las operaciones del primero y el dragado en la zona del segundo (...)”.

Igualmente expresó:

“El naufragio incidía en la zona ya que su presencia era un obstáculo físico y afectaba las operaciones en el muelle petrolero, pues las maniobras de atraque de buques en él, las hacía más riesgosas y los Pilotos Prácticos debían extremar medidas de cuidado para no acercarse al naufragio; con mayor razón durante las operaciones de dragado y reflotamiento del “Calima”, razón por la cual se suspendían estos trabajos al aproximarse un buque.

“Afectaba el naufragio los trabajos de dragado para la construcción del muelle de CEMAS, técnicamente no los hacía posible, ya que al dragar se estaba bajando el fondo próximo al naufragio y alteraba su talud, por lo que el naufragio se podía rodar a ese con ayuda de la acción de las corrientes de marea”.

“... ”

“No fue posible encontrar datos oficiales de profundidades en los años 90's, en batimetrías posteriores al hundimiento de la Draga figuran como 4 metros la profundidad en inmediaciones donde estuvo el naufragio, pero se pueden hacer algunas reflexiones a partir de informaciones obtenidas:

“A la fecha de hundimiento de la Draga, la proa que era la parte mas cercana a la tierra era casi perceptible en marea baja, luego podía estar entre 8 y 9 metros de profundidad y la parte de proa hacia el estero estaba casi 12 metros de profundidad. Es claro que buques maniobrando en su cercanía estaban en peligro de contacto con el naufragio.

“Al inicio de la operación de reflotamiento, la draga estaba cubierta por lodo compacto en una altura entre 4 y 5 metros; esto indica que la parte superior del lodo estaba a 4.20 metros de profundidad [12-(3.8+4)] y los buques que atracan en el muelle de CEMAS llegan con un calado superior a los siete (7) metros”.

Y más adelante agregó:

“La Capitanía de Puerto de Buenaventura, mediante oficio No. 11200702771 MD.DIMAR-CP01- Litorales- 511 de fecha 26 de octubre de 2007 manifestó que “...la draga se encuentra hundida en proximidades del muelle petrolero de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, es un riesgo potencial para las maniobras de atraque de los buques que arriban a este terminal...”

“De acuerdo con el plano Batimétrico señalado en el numeral 6, se aprecia que la draga al hundirse quedó entre el muelle petrolero y los terrenos en que se construiría el muelle de CEMAS, afectando el área próxima a ellos pero dejando libre gran parte del Estero EL Piñal para la navegación.

“En el caso hipotético que se pudiera dragar la zona sin detrimento de la posición del naufragio “Calima” y se construyera el muelle de CEMAS, la presencia del naufragio no permitiría a los buques hacer una aproximación regular para amarrarse al muelle, limitaría el espacio para las maniobras de atraque y zarpe; sería mas que un obstáculo físico, un peligro para los buques de más de 180 metros de eslora (longitud), la popa del buque quedaría a escasa distancia del naufragio. En las fotos a continuación, se aprecia el muelle petrolero sin buque y el muelle de CEMAS con buques de más de 180 metros de eslora, cuya popa sobresale del muelle hacia el lugar donde estuvo el naufragio.

“El muelle de CEMAS fue diseñado y construido en línea con el muelle petrolero, por lo cual el naufragio si bien permitía el atraque y desatraque de buques en el muelle petrolero, sí era un peligro y limitante del espacio de maniobra de este muelle”.

El señor Nazario Agudelo expresó igualmente en su declaración:

“DR. PABÓN: De acuerdo con su conocimiento técnico, ¿la labor de dragado se hubiera podido realizar con la draga hundida?”

“SR. AGUDELO: El dragado, ¿me repite por favor?”

“DR. PABÓN: Para dejar el puerto listo para operar en lo que se refiere al dragado, ¿se hubiera podido realizar con la draga hundida, la labor de dragado?”

“SR. AGUDELO: No, no hubiera sido posible, no.

“...”

“DR. GUZMÁN: Con esa profundidad que había en esa zona de maniobra, donde hoy es la zona de maniobra del puerto de CEMAS, cuando la draga estaba allí presente con esa profundidad que usted midió, ¿habrían podido atracar buques normalmente en condiciones de seguridad?”

“SR. AGUDELO: No, no es posible.

“DR. GUZMÁN: Nos puede explicar ¿por qué?, por favor.

“SR. AGUDELO: Porque un buque es una motonave que tiene regularmente un calado importante, de pronto superior a 7, 8 metros y no daba las profundidades para que se aproximara ahí, escasamente se podía arrimar una motonave menor, de pronto de cabotaje, de muy poco calado, de unas características mínimas.

“DR. GUZMÁN: La profanidad que usted llegó a medir después de que se hubiera retirado la draga Calima, ¿qué profundidad era en esa zona, sí recuerda?”

“SR. AGUDELO: Sí, yo creo que alcanzaron por ahí los 7 metros más o menos.

“DR. GUZMÁN: ¿Y esa profundidad ya permitía la maniobra?”

“SR. AGUDELO: No porque la draga únicamente ocupaba un pequeño sector de lo que es el sitio de maniobra y atraque de CEMAS, es únicamente un sector, no lo es todo, no es la longitud total.

“DR. GUZMÁN: Después de sacar la draga, ¿hubo que hacer trabajos de dragado para canalizar la zona?”

“SR. AGUDELO: Sí señor, una vez se finalizó la remoción total del artefacto, fue cuando se inició la operación de dragado.

“DR. GUZMÁN: ¿Solo fue posible hacer la operación de dragado después de sacar la draga Calima?”

“SR. AGUDELO: Sí señor.”

En su testimonio, el señor Manuel Campos expresó:

“DR. GUZMÁN: ... la pregunta que le quiero hacer es, asumiendo que presencia de la draga, la hipótesis de que la presencia de la draga

Calima donde estaba hundida no hubiera tenido ninguna incidencia en las labores de construcción del puerto y que se hubiera podido construir el puerto de CEMAS sin sacar la Draga, ya construido el puerto de CEMAS en esa hipótesis, si la draga estuviera ahí y no se hubiera removido, ¿habrían podido atracar los buques en el puerto de CEMAS, hacer normalmente las maniobras de atraque y de desatraque? Asumamos que hoy en día ya está el puerto de CEMAS, pero que la draga no se sacó, si la draga estuviera ahí, ¿el puerto podría funcionar?

“SR. CAMPOS: Esa pregunta es difícil, como marino es poco probable que acceda un capitán o cualquier marino a poner un buque encima o cerca de un elemento que no se ve que estaba porque cualquier movimiento del buque que es el que está flotando puede hacer que las hélices o el timón toquen el elemento que está abajo y eso deja inactivo el buque.

“Si no la hubieran sacado, la hubieran tenido que delimitar muy bien y casi forrar en algo para que no fuera hacer un daño y demarcar con luces y con algo muy atractivo para que por ninguna razón fuera a haber contacto entre ese elemento sumergido y ese buque.

“Finalmente los marinos de carga en los puertos no acercan el buque a menos de 50 metros de algo que no esté protegido con caucho, en los puertos tienen que acercarlo al muelle porque el muelle allá se levanta, pero para acercarlo tiene que estar protegido con caucho, delimitado de dónde a dónde es el muelle, amarrar el buque fijo, cualquier otra cosa tiene que estar muy bien demarcada o cubierta con una protección especial que no vaya a dañar y si no es así, el buque por seguridad propia deja 50 metros de holgura para evitar cualquier cosa, por ejemplo que en un momento cambie la brisa, la marea o la corriente y el buque se mueva un poco, con el movimiento del buque contra alguna cosa se puede dañar el timón que es lo más delicado, un buque sin timón no puede zarpar.

“Hubiera sido posible, pero muy difícil y seguramente los buques de bandera internacional no se hubieran sometido a un peligro innecesario, hubieran preferido no llegar a ese muelle o mejor dicho, no llegar ahí.”

DR. GUZMÁN: ¿Podría decirse entonces que en esa hipótesis que ha planteado, el atraque y las maniobras de atraque y desatraque de buques en puerto de CEMAS, si estuviera la draga Calma sería una maniobra peligrosa desde el punto de vista de navegación?

SR. CAMPOS: Yo no uso esa palabra, pero hubiera sido una maniobra un poco más delicada, más complicada, era otro tipo de maniobra, es muy distinto llegar a un muelle que está al final de 800 metros lineales de muelle y es un muelle más, que llegar a un muelle que tiene un elemento sumergido que puede representar un peligro para el timón, no se usa en puertos de servicio internacional que reciban buques con un peligro sumergido.”

De lo expuesto se desprende que la Draga hundida no permitía realizar las

obras de dragado y así mismo, si la Draga no era removida no era posible utilizar el puerto en las condiciones previstas.

3.2.2. La asunción de riesgos en el contrato de concesión

Como quiera que el contrato objeto del presente proceso es de concesión y que el mismo implicaba el dragado de la zona donde se encontraba hundida la Draga, considera necesario el Tribunal precisar si el concesionario debía asumir las consecuencias derivadas del hecho de que ese artefacto se encontrara hundido en dicho lugar.

Para tal efecto, corresponde en primer lugar, establecer el alcance de los riesgos que asume un concesionario.

El artículo 32 de la ley 80 de 1993 define los contratos de concesión señalando que tienen tal carácter *“los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”* (se subraya)

De este modo el concesionario asume en principio los riesgos derivados de la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra o bien destinados al servicio o uso público. Sin embargo, a dicho contrato le es aplicable igualmente el principio del equilibrio económico pues la ley no lo excluyó. Así lo ha señalado la jurisprudencia¹³. En tal sentido dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012: *“En relación con el*

¹³ Así por ejemplo en sentencia C-300 de 2012 expresó la Corte Constitucional: “De otro lado, sobre el concepto de desarrollo del objeto por el concesionario “bajo su cuenta y riesgo”, la Corte ha señalado que hace referencia a la asunción del riesgo del fracaso o éxito por el concesionario, sin perjuicio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, de conformidad con los principios generales de la contratación estatal”.

mantenimiento del equilibrio económico del contrato, la jurisprudencia se ha basado en la idea de que si bien es cierto el concesionario asume la mayor parte de los riesgos, no está obligado a asumir la carga pecuniaria de cambios de las condiciones de ejecución imprevisibles, que no se comprometió a soportar y que no le son imputables". Ha señalado igualmente la Corte que en este tipo de contrato "los riesgos de ejecución del objeto son en su mayoría asumidos por el concesionario. Estos comprenden usualmente aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra"¹⁴.

Adicionalmente, la Corte Constitucional señaló en la sentencia mencionada que *"Las concesiones son por naturaleza contratos incompletos, debido a la incapacidad que existe de prever y redactar una consecuencia contractual para todas y cada uno de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto, lo que impone un límite a las cláusulas contractuales efectivamente redactadas. Por ello adquiere especial relevancia la posibilidad de renegociar y modificar los contratos con el fin, entre otros, (i) de recuperar el equilibrio económico, en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, o (ii) de adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad, por ejemplo, desde el punto de vista tecnológico."*

Por consiguiente, el hecho de que en el contrato de concesión el concesionario actúe por su cuenta y riesgo no significa que él deba asumir todos los riesgos que se puedan presentar, sino que en todo caso deberá tenerse en cuenta los riesgos que debía asumir.

Partiendo de lo anterior debe examinarse el contenido del contrato en relación con las obligaciones del concesionario para determinar los riesgos que debía asumir y si la Draga hundida era uno de ellos.

Desde este punto de vista observa el Tribunal que el contrato de concesión en la cláusula cuarta contiene la *"Descripción del Proyecto, sus especificaciones técnicas, modalidades de operación, volúmenes y clase de carga a la que se destinara"* y señala *"El proyecto que ejecutará EL CONCESIONARIO está determinado en las siguientes fases y con la descripción de las obras civiles y equipos que se mencionan a continuación:*

¹⁴ Ibidem

“B. ACTIVIDADES VINCULADAS A LA CONSTRUCCION DEL PUERTO

“B.1. Adecuación del lugar de emplazamiento

“ ...

“B.1.2 Dragado: Ver Planos Nos. 7 y 8, documentos que forman parte integrante del presente contrato. **B.1.2.1 Justificación:** Para recibir buques de alta capacidad de carga se requiere aumentar la profundidad que posee el estero El Piñal a la altura del terreno donde se llevará a cabo el presente proyecto, la cual en estos momentos fluctúa entre 4 y 6 metros. El canal de acceso al terminal marítimo ofrece en bajamar calado de hasta 34 pies, lo que permite embarques que fluctúan entre 20.000 y 30.000 toneladas. Presentando dicha profundidad hasta la altura del Muelle Petrolero; motivo por el cual resulta necesario realizar las obras de dragado para mantener en el muelle un calado similar al del canal de acceso y así poder desarrollar el proyecto tal como se ha planteado. **B.1.2.2 Área y profundidad Mínima y Máxima:** Aproximadamente el área de influencia de la plataforma de atraque de buques es de 15.000 m², y sus profundidades han de ser, en bajamar mínimo de 32 pies y en pleamar alrededor de 45 pies; esto garantiza el desarrollo normal de las labores de atraque y desatraque de buques independientemente de las condiciones de marea. **B.1.2.3 Volumen:** Para un área de 24.000M² se estima un volumen de dragado de 250.000M³”. **B.1.2.4 Sitios de disposición del material dragado:** Parte de dicho material, de acuerdo con las características, se utilizará para el relleno a efectuarse en tierra firme; sin embargo, por experiencia se sabe que dicho material presenta características de limos en su mayoría, lo cual indica que es un material muy fino, lo que impide utilizar grandes volúmenes en la elaboración del relleno. El resto se depositará en el mismo sitio que se hace cuando se lleva a cabo el dragado del Muelle Petrolero, es decir, en la parte continental, en frente del lote”. (se subraya)

En la cláusula décima segunda que contempla las obligaciones del concesionario el contrato incluye la siguiente:

“EL CONCESIONARIO se obliga para con LA SUPERINTENDENCIA a cumplir todas las obligaciones legales y contractuales necesarias para el desarrollo de este Contrato, en especial las siguientes:

“ ...

“12.21 Adelantar las obras necesarias para el adecuado mantenimiento de la zona de maniobra y demás instalaciones portuarias, de conformidad con las disposiciones vigentes”.

De esta manera es claro que el Concesionario se obligó a realizar el dragado necesario para que en la zona del muelle se tuviera una profundidad similar a la del canal de acceso y que la profundidad del área de influencia de la

plataforma de atraque de buques fueran en bajamar mínimo de 32 pies y en pleamar alrededor de 45 pies. Igualmente se obligó a realizar el adecuado mantenimiento de la zona de maniobra, lo que obviamente implicaba mantener la profundidad requerida.

Sin embargo, ello no implica que el Concesionario debiera asumir la remoción de la Draga. En efecto, lo primero que debe determinarse es si se puede entender que dentro de las operaciones de dragado se encontraba recuperar la nave hundida.

En el proceso obran diversas pruebas que indican que el dragado no era posible si no se realizaba primero el flotamiento de la nave. En efecto el testigo Nazario Agudelo expresó:

“DR. GUZMÁN: ¿Solo fue posible hacer la operación de dragado después de sacar la draga Calima?”

“SR. AGUDELO: Sí señor.

“DR. GUZMÁN: ¿Antes no habría sido posible hacerlo?”

“SR. AGUDELO: No, no es posible porque hay hierro y una draga no está en condiciones de dragar, cortar, succionar, extraer otro metal.”

Como se puede apreciar, la operación de dragado es sustancialmente distinta a la de retirar un buque de metal hundido y ello se desprende de la capacidad de las dragas para extraer material del suelo marino.

Por otra parte, el perito Capitán Humberto Baratto Abello expresó sobre la afectación que causaba la nave hundida:

“Afectaba el naufragio los trabajos de dragado para la construcción del muelle de CEMAS, técnicamente no los hacía posible, ya que al dragar se estaba bajando el fondo próximo al naufragio y alteraba su talud, por lo que el naufragio se podía rodar a ese fondo con ayuda de la acción de las corrientes de marea;” (se subraya)

A lo anterior se agrega que en la Resolución 17712 de 2002, expedida por el Ministerio de Transporte, por la cual se suspendió el contrato se dijo:

“Que no obstante la Sociedad Concesionaria suscribió el contrato 024 con posterioridad al hundimiento de la draga Calima, dicho acontecimiento cambia las condiciones iniciales de su proyecto, toda vez que dentro del citado contrato no se contempló la remoción del mencionado artefacto.

“Que el hundimiento de la draga Calima es un hecho ajeno a la Sociedad CEMAS. S.A., y no propiciada por ella, que impide la ejecución de su proyecto y del mismo contrato.”

Todo lo anterior lleva a concluir que la remoción de la draga hundida no constituía parte de las labores que debía realizar el contratista.

Por lo demás no sobra recordar que la Corte Constitucional en la sentencia ya citada ha señalado que en los contratos de concesión es procedente *“modificar los contratos con el fin, entre otros, (i) de recuperar el equilibrio económico, en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista”*. Desde este punto de vista es claro que cuando la remoción del obstáculo excede lo que es razonablemente previsible dicho riesgo no lo asume el concesionario y menos aún debe asumir otras actividades distintas.

Desde esta perspectiva surge la necesidad de determinar el tratamiento que debe darse a esta situación. Esto es, si se trata de un incumplimiento por parte de la entidad concedente o de una circunstancia ajena a ella que planteaba un problema de equilibrio económico del contrato?

3.2.3. La existencia y alcance de la obligación que invoca el demandante

En la cláusula 29 del Contrato de Concesión, cuya violación invoca el demandante, se pactó:

“La entrega material que deberá realizar LA SUPERINTENDENCIA a EL CONCESIONARIO de los bienes otorgados en concesión, se realizará dentro del término de diez (10) días siguientes a la suscripción del Contrato, plazo éste que podrá prorrogarse a voluntad de las partes. Las partes suscribirán para este efecto el “Acta de Entrega de los Bienes Otorgados en Concesión” en la que conste la entrega que le hace la SUPERINTENDENCIA a EL CONCESIONARIO de todos los bienes materia de la concesión. En todo caso los bienes serán entregados libres de cualquier ocupación o limitación a su uso. (...)” (se subraya).

Lo primero que debe observar el Tribunal es que la obligación de entrega a que alude el demandante surge del contrato de concesión.

En efecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que por la Resolución de otorgamiento de una concesión surge una relación bilateral entre las partes. Así en providencia del 15 de agosto de 2002 expresó¹⁵:

“Advierte la sala que de acuerdo con las prescripciones de la ley 1ª de 1991, la aprobación de la concesión portuaria se realiza por el Superintendente General de Puertos por medio de resolución “en la que indicará los términos en los que otorgará la concesión. Tales términos incluirán los plazos, las contraprestaciones, las garantías y las demás condiciones de conservación sanitaria y ambiental, y de operación a que debe someterse la sociedad portuaria a la que haya que otorgarse la concesión” (art. 12)

“De otra parte, el art. 39 relativo al régimen de transición, estableció que las empresas que ya hubieren recibido autorización, seguirían ejerciendo sus derechos y las obligaciones que tuviesen a favor de la Nación se cumplirían a través de los sistemas que determinara la Superintendencia General de Puertos, acogándose al régimen y mecanismo tarifario previsto por la ley.

“Esta regulación legal armoniza con lo dicho por el el a-quo, cuando en el auto apelado precisó que “dicho acto unilateral debe considerarse como el acto jurídico estatal contentivo del contrato de la concesión portuaria.”

“En estas condiciones, es claro que las obligación que adquirió la sociedad demandada tienen su origen en una relación contractual con el Estado. Ya la sala al examinar la licencia que reciben del Estado los operadores para la prestación de un servicio público, (similar a lo que sucede con los operadores portuarios a los cuales se les otorga la concesión por medio de resolución motivada), precisó que “es claro que aquella genera consecuencias bilaterales que involucran intereses del solicitante de la misma y del Estado otorgante, por lo que puede decirse que se trata de “un acto administrativo negocial o negocio jurídico de derecho público” del que se desprenden una serie de derechos y obligaciones y mutuas contraprestaciones que más se parecen a una relación contractual.”¹⁶

“Lo anterior se ajusta a la definición legal de contrato estatal, en tanto se tiene por tales “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto” (art. 32 ley 80 de 1993).”

Si bien desde que se otorga la concesión por acto administrativo surge una

¹⁵ Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2002. Rad.13862.

¹⁶ Auto del 5 de noviembre de 1998, expediente 14.490.

relación jurídica entre la entidad concedente y el concesionario, ello no significa que a partir de la misma se produzcan todos los efectos propios de la concesión, pues en cada caso habrá que examinar las obligaciones que surgen para las partes de la respectiva Resolución. Así por ejemplo en el caso estudiado en la providencia antes citada, se adelantaba un proceso con el objeto de obtener el cobro de las sumas que se habían impuesto por el acto administrativo respectivo al concesionario. Tales obligaciones claramente no surgían del contrato de concesión, sino de la Resolución respectiva.

En el caso objeto del presente proceso se encuentra lo siguiente:

En la Resolución 1197 de 1993 por la cual se otorgó la Concesión (folio 20) se aprecia que en la misma además de otorgarla, se describen los bienes de uso público entregados en concesión, los accesos a dichos terrenos, el proyecto que se va a desarrollar, y se dispone que dentro de los dos meses siguientes al perfeccionamiento del contrato, la sociedad presentará para aprobación el proyecto definitivo y el cronograma de actividades. Igualmente se dispone que la sociedad concesionaria debe constituir una serie de garantías a favor de la Nación referidas al término del contrato de concesión y que la concesionaria a partir de la fecha de perfeccionamiento del contrato pagará una contraprestación que se fijó en esa resolución. Así mismo se estableció que CEMAS debía cumplir con los requerimientos formulados por las autoridades de acuerdo con lo estipulado en el artículo segundo numeral 3.e, 3.i, 3.j, 3.k, de la Resolución 010 del 18 de marzo de 1992. También se previó que el contrato se celebraría dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria de la resolución y una vez cumplidos los requerimientos formulados por la Resolución 10 de 1991. Igualmente se fijó el plazo de la concesión y la reversión.

Es pertinente señalar que la Resolución No. 10 de 1992, que autorizó la concesión, había previsto que dentro de los cuatro meses siguientes a su ejecutoria, el concesionario debería constituir las garantías que allí se indicaban, presentar los estudios definitivos y el cronograma de actividades e inversión; elaborar y presentar los estudios definitivos de impacto ambiental de acuerdo con los términos de referencia entregados por el Inderena; solicitar a la Dirección General de Aduanas la habilitación del puerto, y cumplir con las recomendaciones formuladas por la Dimar y con los requisitos señalados por las autoridades allí señaladas.

Así las cosas, de las Resoluciones mencionadas surgieron algunas obligaciones para el concesionario, pero no las que se había previsto que nacerían por razón de la celebración del contrato de concesión.

Dichas resoluciones no le impusieron al concesionario una obligación de custodia o de conservación de las zonas que serían dadas en concesión, ni el concesionario tenía por qué realizar actividades para tal propósito en la medida en que el bien dado en concesión sólo se le entregaría una vez celebrado el contrato.

Por consiguiente, no considera procedente el Tribunal invocar tales actos administrativos para sostener que el concesionario debía asumir las consecuencias del hundimiento de la Draga.

Ahora bien, para precisar el alcance de la cláusula 29 del Contrato a la que se ha hecho referencia, considera necesario el Tribunal determinar en relación con la obligación de entrega cuál es el alcance de la expresión "*libres de cualquier ocupación o limitación a su uso*". En efecto, esta expresión es ambigua, en la medida en que podría interpretarse que ella se refiere a cualquier clase de limitación sea material o jurídica, o que se refiere específicamente a limitaciones jurídicas.

Lo anterior impone entonces interpretar el texto contractual para determinar su sentido y alcance.

A este respecto observa el Tribunal que si se acude al tenor literal de la estipulación contractual se advierte que la misma establece que debe entregarse libre de cualquier "*limitación a su uso*". La limitación de acuerdo con el Diccionario de la Lengua implica "*la acción o efecto de limitarse*", lo que conlleva colocar una frontera o restricción al uso. De esta manera desde un punto de vista literal una limitación al uso se refiere a cualquier circunstancia que impide usar la cosa como estaba previsto. No sobra destacar la diferencia entre la expresión sin "*limitación a su uso*", y la de sin "*limitaciones al dominio*", expresión esta última usual en los negocios y que claramente implica limitaciones jurídicas, en la medida en que el Código Civil regula expresamente

las limitaciones al dominio en los artículos 793 y siguientes.

Por otra parte, observa el Tribunal que no aparece probada en el proceso una intención común de los contratantes que permita precisar el sentido de la expresión usada en el contrato. Así mismo, no se ha acreditado la existencia de una práctica de ellas en la ejecución del mismo que permita determinar su sentido, ni tampoco otro contrato entre ellas que igualmente permita hacerlo.

A este respecto recuerda el Tribunal que el artículo 28 de la ley 80 de 1993 dispone:

“En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (se subraya)

Desde esta óptica es pertinente recordar que según precisaba Emilio Betti la buena fe “es esencialmente una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte” y, en particular, como función de integración “la buena fe lleva a imponer a quien debe la prestación a hacer todo cuanto sea necesario – se haya dicho o no- para asegurar a la otra parte el resultado útil de la prestación misma.”¹⁷ En este mismo sentido Massimo Bianca¹⁸ señala que en “la ejecución del contrato y de la relación obligatoria la buena se especifica en un segundo canon como una obligación de salvaguarda; en este caso la buena fe impone a cada una de las partes obrar de manera tal de preservar los intereses de la otra con independencia de las obligaciones contractuales y del deber extracontractual de *neminem laeder*.” Agrega que la buena fe implica que “el intérprete debe adecuar la interpretación al significado en que las partes podían razonablemente confiar en relación con las circunstancias concretas. En términos negativos la buena fe prohíbe, en particular, interpretaciones capciosas, en contraste con la causa del contrato o con el espíritu del acuerdo o bien basadas en expresiones literales incluidas o adjuntas por un error

¹⁷ Betti, Emilio. Teoría General de las Obligaciones, Tomo I, páginas 102 y 103, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

¹⁸ Bianca, Massimo. Derecho Civil. El Contrato. Ed. Externado de Colombia. Bogotá, 2007, páginas 526 a 531.

*material al texto concordato, o basadas en expresiones literales que hacen parte del texto concordado pero que no responden al compromiso acordado*¹⁹. En este sentido conviene recordar que la doctrina alemana²⁰ señala que la interpretación debe tener en cuenta muchos factores, “*pero muy especialmente la finalidad del negocio, la situación de los intereses y la conexión con otros negocios o con otras partes del mismo negocio*”.

Así las cosas, a la luz de la buena fe la interpretación de los términos ambiguos de un contrato debe hacerse privilegiando aquél sentido que permita lograr el fin previsto al contrato y cumplir las expectativas que las partes tenían al momento de contratar.

Desde esta perspectiva y para precisar el alcance que ha de darse a la entrega “*libres de cualquier ocupación o limitación a su uso*”, y dado que el legislador no regula en detalle el contrato de concesión, considera procedente el Tribunal referirse a la forma como el ordenamiento regula la obligación de entregar en otros contratos.

Así en materia de compraventa, la ley prevé que el vendedor debe entregar la cosa, y dicha entrega, según ha dicho la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 20 de enero de 1951, G.J. tomo 69, página 6), puede hacerse “*por cualquier medio que el vendedor convenga con el comprador o que permita a éste entrar en posesión material de lo vendido*”. Señala la doctrina²¹ que es necesario que la entrega se haga de tal manera que le comprador pueda retirar los beneficios que espera un propietario, aunque en ciertos casos no es necesario que haya una transferencia de la posesión, porque puede bastar el solo hecho de que el vendedor abandone la cosa para que el comprador pueda entrar en posesión. El cumplimiento de la obligación de entrega implica entonces que el vendedor haga todo lo que de él depende para que el comprador pueda retirar todos los beneficios que normalmente recibe un propietario.

Así mismo, en el contrato de arrendamiento el arrendador debe entregar la cosa arrendada. Como quiera que el Código Civil no precisa en qué estado

¹⁹ Ob cit, página 445

²⁰ Hans Carl Nipperdey en el Tratado de Derecho Civil Alemán de Enneccerus, Kipp y Wolf. Volumen 2º, segunda parte. Página 813. Ed Bosch, página 813

²¹ Joseph Hamel. En el Traité Pratique de Droit Civil Francais de Planiol y Ripert ed LGDJ Paris 1956. Tomo X, numero 70

debe entregarse la cosa arrendada, la doctrina²² ha señalado que *“teniendo en cuenta que el fin del arrendamiento es proporcionar al arrendatario el goce de la cosa arrendada, y que el goce efectivo de ésta no puede obtenerse sino en cuanto ella se encuentre en buen estado, puede decirse que es de la naturaleza del contrato de arrendamiento que la cosa arrendada debe entregarla el arrendador en buen estado”*

Adicionalmente, el Código Civil, en forma semejante a como sucede en la venta, establece en el artículo 1978 que *“la entrega de la cosa que se da en arriendo podrá hacerse bajo cualquiera de las formas de tradición reconocidas por la ley”*. Ha precisado la doctrina²³ que dicha norma no puede interpretarse literalmente y que *“la obligación del arrendador que se estudia consiste en la entrega material de la cosa, en forma que el arrendatario quede en contacto físico con ella y pueda disfrutarla”*

Como puede apreciarse, tanto en la venta como en el arrendamiento el ordenamiento contempla la obligación de entregar la cosa de tal manera que tanto el comprador como el arrendatario puedan entrar a gozar de la cosa en la forma que corresponda a un propietario, en el caso de la compraventa, o a un arrendatario, en el caso del arriendo. Así mismo, es claro que aunque el Código Civil no lo establece expresamente quien encarga la construcción de una obra debe entregar el terreno donde ha de realizarse dicha obra, de manera que la misma pueda efectuarse.

Por consiguiente, a la luz de dichos principios considera el Tribunal que cuando en el contrato de concesión se pactó que *“los bienes serán entregados libres de cualquier ocupación o limitación a su uso”*, dicha regla debe entenderse en el sentido que el bien que se entrega no debe tener limitaciones jurídicas ni materiales que impidan su uso para el objeto para el cual se celebra el contrato, es decir el desarrollo de un puerto.

Ahora bien, puede ocurrir que a pesar de que se entregue la cosa y se reciba a satisfacción, posteriormente se descubran defectos que la misma tenía al momento del contrato y que no permitan lograr el fin previsto al contratar.

²²Cesar Gomez Estrada. Los Principales Contratos Civiles, 1ª ed Dike 1983 página 230

²³César Gómez, Ibidem página 229

A tal efecto en materia de compraventa el ordenamiento consagra la figura de los vicios ocultos en los artículos 1915 y siguientes del Código Civil y 934 del Código de Comercio, los cuales hacen referencia a aquellos defectos o vicios que aparecen después de la entrega, cuya causa es anterior al contrato, que han sido ignorados por el comprador sin culpa grave en el Código Civil o sin culpa en el Código de Comercio, y que hacen la cosa impropia para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato.

De esta manera, si el comprador después del contrato encuentra que la cosa presenta vicios puede intentar las acciones que consagra el ordenamiento, que conducen a la rescisión (en el Código Civil, artículo 1914) o resolución (en el Código de Comercio, artículo 934) del contrato o a la rebaja del precio. Adicionalmente, cuando el vendedor conocía o debía conocer el vicio puede generarse una obligación de indemnizar los perjuicios (artículos 1918 del Código Civil y 934 del Código de Comercio).

Por otra parte, el artículo 1982 del Código Civil establece dentro de las obligaciones del arrendador la de *“librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa”*, salvo los casos en que se trata de perturbaciones de hecho por parte de terceros (artículo 1988 del Código Civil).

En desarrollo de dicha obligación el artículo 1990 del Código Civil prevé el derecho del arrendatario *“a la terminación del arrendamiento y aún a la rescisión del contrato, según los casos, si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido arrendada, sea que el arrendador conociese o no el mal estado o calidad de la cosa al tiempo del contrato; y aún en el caso de haber empezado a existir el vicio de la cosa después del contrato, pero sin culpa del arrendatario”*. Además la ley reconoce el derecho del arrendatario a reclamar el pago del daño emergente si el vicio existía al tiempo del contrato, e incluye el lucro cesante si el vicio era conocido del arrendador al tiempo del contrato, o si era tal que el arrendador debiera por los antecedentes preverlo, o por su profesión conocerlo.

Como se puede apreciar, el ordenamiento no trata como un incumplimiento de la obligación de entregar, el hecho de que la cosa presente defectos que se descubren después de la entrega, pues le da un tratamiento distinto y particular y sólo en ciertos supuestos permite reclamar el pago de perjuicios.

Ha señalado la doctrina²⁴ que esta garantía es una consecuencia del carácter oneroso de la venta y ella deriva de la noción de causa en los contratos onerosos, por lo que se aplica a todos los contratos de esta categoría²⁵.

Ahora bien, sólo cuando el vendedor conocía o debía conocer la existencia de un vicio oculto la ley le impone indemnizar los perjuicios que se produzcan, pues es claro que en tal caso si el conocía o debía conocer el defecto no debió entregar la cosa.

En forma coherente con lo anterior, en el contrato de construcción de edificios a un precio único prefijado el artículo 2060 del Código Civil establece que "*Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehúsa, podrá acudir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda*".

Desde este punto de vista es claro que quien encarga la construcción de un edificio debe proporcionar el terreno para que se pueda ejecutar la obra, pero si después se encuentran vicios en el suelo que ocasionan costos que no pudieron preverse, en tal caso no existe para el ordenamiento un incumplimiento del contrato por parte de quien encargó la construcción del edificio y entregó el terreno, sino que surge el derecho para el empresario a que se reconozcan mayores costos, esto es a reconocer el desequilibrio que se ha producido en el contrato.

La perspectiva que se deja expuesta corresponde igualmente a la que consagra la ley de contratación estatal y la jurisprudencia del Consejo de Estado. En efecto esta Corporación ha precisado que las entidades estatales pueden comprometer su responsabilidad en materia contractual por culpa o por hechos objetivos que rompan el equilibrio económico del contrato.

En tal sentido en sentencia del 23 de abril de 2008 (Expediente 16491) el

²⁴ Jean Brethe de la Gressaye. La Vente et le louage des choses publicado en el Tomo XI del Cours de Droit Civil Français de Beudant y Lerebours-Pigeonniere. 2ª ed Rousseau y Cia París. 1938, página 138

²⁵ En el mismo sentido Ramón Badenes Gasset. El Contrato de Compraventa. Ed J.M. Bosch. Barcelona 1995, Tomo I página 538

Consejo de Estado precisó:

“En síntesis, la responsabilidad contractual de la entidad pública contratante puede comprometerse con fundamento en la culpa (art. 50 de la Ley 80 de 1993), es decir, una responsabilidad con falta, derivada de una conducta de incumplimiento de las obligaciones contractuales; o con base en un fundamento objetivo como el derecho del contratista al equilibrio financiero del contrato (numeral 1 art. 5 ibídem) y el deber de las entidades públicas de mantenerlo y restablecerlo (numerales 8 y 9 del art.4 ejusdem), es decir, una responsabilidad sin falta” (se subraya)

De esta manera, cuando se pretende la responsabilidad de la entidad estatal por incumplimiento del contrato, la misma supone un incumplimiento de éste derivado de la culpa, esto es, de un error de conducta, en tanto que si lo que se reclama es la ocurrencia de hechos que han afectado el equilibrio económico del contrato, es conforme a las reglas que rigen este principio que debe resolverse la situación.

Desde este punto de vista debe recordarse que la jurisprudencia igualmente ha señalado los diversos conceptos por los que puede verse afectado el equilibrio económico del contrato y a tal efecto ha señalado²⁶:

“En síntesis, el equilibrio económico del contrato puede verse alterado por:

“a) Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo -ius variandi-, sean éstas abusivas o no.

“b) Actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato.

“c) Factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él”.

Como se puede apreciar, las reglas que rigen los contratos estatales contemplan como un evento distinto al incumplimiento del contrato y que da lugar al restablecimiento de su equilibrio económico las sujeciones materiales

²⁶ Sentencia del 31 de agosto de 2011 Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)

imprevistas. Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés ha señalado²⁷ que son sujeciones imprevistas, *“las dificultades materiales encontradas en la ejecución de un contrato, que presentan un carácter excepcional, que son imprevisibles al celebrar el contrato y cuya causa es exterior a las partes”*. Tales circunstancias pueden dar lugar al restablecimiento del equilibrio económico.

Por consiguiente, cuando en la ejecución de un contrato de obra se presenta una circunstancia material desconocida, como es un defecto oculto en el lugar donde habrá de realizarse la obra, que afecta la ejecución de la misma, no se trata de un incumplimiento del contrato sino de un evento que debe examinarse a la luz de los principios que rigen el restablecimiento del equilibrio económico.

Lo anterior no es extraño si se considera que en materia de obligaciones se distingue entre obligaciones de medio y de resultado y en un mismo caso se pueden entremezclar las dos clases de obligaciones. Si bien la obligación de entregar es una obligación de resultado, pues si no se entrega hay incumplimiento, para el ordenamiento el procurar que la cosa que se entrega no tenga defectos ocultos constituye en el fondo una obligación de medio, por lo cual, no da lugar a considerar que hay incumplimiento a menos que se acredite la culpa. Lo anterior independientemente de los mecanismos que se establezcan para mantener el equilibrio del contrato.

De todo lo anterior concluye el Tribunal que por el hecho de que se descubran con posterioridad al contrato defectos ocultos que impiden lograr el fin previsto al contratar, no se puede afirmar que exista un incumplimiento de la obligación de entrega, pues no existe culpa de la entidad y dichos eventos son resueltos por el ordenamiento en forma distinta al incumplimiento del contrato a través de mecanismos que buscan preservar la conmutatividad del mismo. Lo anterior salvo que el contratante deudor de la obligación de entrega haya conocido o debido conocer el defecto, caso en el cual se impone la obligación de indemnizar los perjuicios causados.

Por consiguiente, es necesario examinar si en el presente caso la entidad que

²⁷ Sentencia del 30 de julio de 2003 *“sujétions techniques imprévues au sens de ces dispositions, que des difficultés matérielles rencontrées lors de l’exécution d’un marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties”*

celebró el contrato conocía o debía conocer la existencia del defecto al tiempo de su celebración.

Bajo este punto de vista se observa que la parte convocante ha invocado el hecho de que la Dirección General Marítima conocía del hundimiento, en la medida en que falló la investigación correspondiente.

Debe observarse que el contrato de concesión se celebró entre la Superintendencia General de Puertos y CEMAS. Por otra parte del naufragio conocieron la Capitanía de Puerto y la Dirección General Marítima. Si bien tanto la Superintendencia General de Puertos, como el Ministerio de Transporte y la Dirección General Marítima son entidades que constituyen parte de la Nación, desde el punto de vista de la contratación estatal son tratadas por el ordenamiento como entes diferentes, por lo que considera el Tribunal que el conocimiento que tuviera la Dirección General Marítima no puede predicarse de la Superintendencia o del Ministerio de Transporte. En esta medida debe analizarse si la Superintendencia o el Ministerio conocieron del hundimiento de la Draga antes de la celebración del contrato.

A este respecto no encuentra el Tribunal elementos que le permitan llegar a dicha conclusión. En efecto, si se examina el expediente la primera información que dichas entidades recibieron acerca del hundimiento de la Draga resulta de la propia comunicación que el 19 de septiembre de 2000 le remite CEMAS al Ministerio y en la que manifiesta que dentro del proceso de licitación de los dragados se enteró que la Draga Calima se encuentra hundida en el área que se proyecta dragar. (folio 146)

Así mismo en comunicación del 22 de noviembre de 2001 (folio 157) enviada por el Director General de Transportes Marítimos y Puertos a CEMAS, dicha entidad pública le informa que le comunicaron por oficio del 27 de septiembre de 2001 de la Dimar que la Capitanía de Puerto de Buenaventura falló la investigación sobre el hundimiento de la Draga y que la Dimar resolvió el caso vía consulta confirmando la providencia. Agregó dicho funcionario que esta materia no es competencia del Ministerio.

A la luz de lo anterior para el Tribunal no está establecido que en el momento en que se celebró el contrato de concesión la entidad concedente conociera

la existencia del naufragio.

Por lo anterior ha de concluirse que no existió el incumplimiento de la obligación de entrega que se invoca y que lo que podría discutirse es el rompimiento del equilibrio económico del contrato que no le corresponde analizar a este Tribunal.

En esos términos no podrá acceder el Tribunal a las pretensiones primera y tercera principales de la demanda así como a las pretensiones primera y tercera subsidiaria toda vez que ellas se edifican sobre la existencia de un supuesto incumplimiento contractual de la convocada, el cual como ha quedado expuesto, no existió.

4. La solicitudes de ineficacia y nulidad

Solicita el demandante, en su pretensión segunda principal que el Tribunal "(...) reconozca la ineficacia de pleno derecho de la Cláusula Séptima del Acta de Reanudación del contrato de concesión portuaria No. 024 de 1999, (...)" y, de manera subsidiaria, que "se declare la Nulidad Absoluta" de dicha estipulación.

El fundamento de esa solicitud consiste, en síntesis, en que la cláusula es abiertamente contraria al inciso 2º del numeral 3º del artículo 5 de la ley 80 de 1993 que prohíbe a las autoridades condicionar la adición o modificación del contrato o el pago de sumas adeudadas a la renuncia a acciones o demandas.

Para el convocante el INCO indujo a CEMAS a renunciar a cualquier intento de reclamación, con ocasión del reflotamiento de la Draga Calima, lo cual está prohibido por la ley. Tanto en los fundamentos jurídicos de la demanda, como en su alegato de conclusión, el apoderado de la convocada invoca como sustentos el artículo 897 del Código de Comercio por vía del artículo 13 de la ley 80 de 1993. Considera que la renovación del contrato se sometió a la condición de no reclamar judicialmente los gastos en que CEMAS hubiere incurrido por el retiro de la Draga Calima y por ello concluye que se trata de una cláusula ineficaz por cuanto contrarió la previsión contenida en el artículo 5, numeral 3, inciso segundo del estatuto de contratación.

Agrega adicionalmente en su alegato final que *“el INCO forzó indebidamente a CEMAS a suscribir el otrosí número 3 al contrato de concesión portaría número 24 de 1999 (...) a condición de que CEMAS aceptara luego, en el acta de reanudación firmada en la misma fecha del otrosí número 23, la renuncia a reclamar los gastos que se causaran por la remoción de la draga”*.

A su turno la parte convocada al contestar la demanda consideró que al suscribirse el acta de reanudación del contrato de Concesión, las partes tenían simplemente la intención de superar el tema del hundimiento de la draga y que la motivación de la cláusula séptima de ese documento no fue otra que definir y aclarar que CEMAS, una vez reflatada la draga, lo cual asumió voluntariamente, no podía solicitar indemnización alguna por dicha actuación. Agrega que no puede admitirse *“que el concesionario se comprometa a realizar una determinada obligación si de antemano conoce que una vez cumplida, acudirá ante la Administración alegando desequilibrio financiero del contrato”*

Por su parte en su concepto la señora agente del Ministerio Público observó frente a la declaratoria de ineficacia o nulidad de la citada cláusula, que la misma se suscribe de común acuerdo entre las partes, se cumple lo allí pactado, es decir produjo la finalidad para la cual se expidió dicho acto, que hacía relación a dar continuidad al objeto contractual, por lo cual no resulta procedente las pretensiones del Convocante, frente a la declaratoria de ineficacia del acta frente a la citada cláusula. Agrega que acorde con lo previsto en la cláusula vigésima primera, parágrafo segundo, del Contrato la convocante tenía la potestad de remover por su cuenta y riesgo el obstáculo para lo cual se podía suspender el contrato por el término de dos (2), lo cual efectivamente se dio y transcurrido este término en caso de continuar las causas de la suspensión, tenía la facultad de terminar el contrato o continuarlo en ambos casos sin indemnización, por lo cual carece de fundamento reconocer la ineficacia de pleno derecho de la cláusula séptima del acta de reanudación del contrato de concesión, ya que la misma en modo alguno resulta contraria a las cláusulas del contrato.

Consideraciones del Tribunal

Teniendo en cuenta que en la demanda se solicita en primer término la declaratoria de ineficacia de la cláusula séptima del acta de reanudación del contrato de concesión, considera procedente el Tribunal efectuar algunas consideraciones en relación con la figura de la ineficacia y con la petición del demandante.

El apoderado de la actora invoca de manera principal como sustento de la ineficacia el numeral tercero del artículo 5 de la ley 80 de 1993 y para efectos de definir el concepto de ineficacia invoca el artículo 897 del Código de Comercio.

La primera de esas normas dispone lo siguiente:

“Artículo 5º: De los Derechos y Deberes de los Contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas: (...)

“Las autoridades no podrán condicionar la participación en licitaciones o concursos ni la adjudicación, adición o modificación de contratos, como tampoco la cancelación de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste”.

A su turno, el artículo 897 citado prevé:

“ARTÍCULO 897. INEFICACIA DE PLENO DERECHO. Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”.

La figura de la ineficacia en el Código de Comercio ha sido discutida reiteradamente por la doctrina y por la jurisprudencia pues en tanto que la norma es muy clara en determinar que para que un acto no produzca efectos se requiere que esa sanción esté expresamente prevista en el código, existen a su lado otro tipo de ineficacias que surgen cuando nos encontramos ante lo que se denomina una “cláusula abusiva”.

De esta forma, al concepto de ineficacia contemplado en el estatuto mercantil que se refiere a aquellos eventos en los cuales el legislador expresamente prevé que un determinado acto no puede producir efectos, debe agregarse toda la doctrina relacionada con las cláusulas abusivas, la

cual en últimas deja sin efectos una estipulación contractual cuando ésta produce un desequilibrio, profundo dicen algunos, otros, importante e injustificado de los derechos y poderes que surgen del contrato, de tal manera que éste pierda su utilidad para la parte afectada, pues la finalidad que ésta perseguía, de ser aplicada la cláusula, ya no podría obtenerse.

El ejemplo más reconocido en este punto es aquel del famoso fallo Chronopost, en el que la Corte de casación francesa, tuvo por no escrita, por abusiva, una cláusula en virtud de la cual, un transportador, que se había obligado a entregar el escrito contentivo de una oferta para un contrato de obra pública dentro de un plazo señalado, estipuló que, en caso de no hacerlo, sólo respondería por el valor del porte. Esta cláusula que limitaba la responsabilidad del transportador, convirtiéndola en irrisoria, por no decir que lo exoneraba de toda responsabilidad, hacía que desapareciera la razón que llevó a contratar al remitente: la puntualidad y la rapidez del transporte, pues de no llegar a tiempo, su oferta sería descartada del proceso de licitación. Cumplir con el plazo era la obligación esencial del transportador, de modo que la cláusula que, en la práctica la eliminaba, según la Corte de Casación debía considerarse no escrita.

En el presente caso el apoderado de la parte convocada fundamenta en parte su solicitud de ineficacia en la mencionada norma del Código de Comercio que exige para que un acto sea ineficaz que sea la ley misma quien contemple la no producción de efectos, lo cual, en torno del acto que aquí se discute, no está consagrado positivamente y por ende no resulta admisible por el Tribunal.

Por otro lado si se quisiera efectuar una interpretación amplia de la demanda, podría analizarse si la cláusula séptima del acta de reanudación del contrato de concesión es una cláusula abusiva, lo cual tampoco aparece acreditado en el expediente por cuanto la renuncia a presentar una reclamación no implica *per se* la existencia de un desequilibrio contractual que contravenga o desnaturalice la causa del negocio.

Examinada la mencionada acta el Tribunal considera necesario recalcar lo siguiente:

- CEMAS, en aplicación de la cláusula vigésima primera, solicitó la suspensión del contrato de concesión por cuanto la draga impedía su ejecución.
- Con fecha 20 de diciembre de 2004, CEMAS presentó un plan de acción para la remoción de la draga y el anteproyecto de las obras correspondientes al contrato de concesión en las fases 1A y 1B.
- Como una etapa intermedia entre las fases 1A y 1B el concesionario aceptó intentar el reflotamiento o remoción total de la draga *“a su cuenta y riesgo, es decir asumiendo en su totalidad los costos que tal actividad le genere”*²⁸.

El fundamento contractual invocado por las partes para suspender el contrato lo constituyó la cláusula vigésima primera del mismo conforme a la cual *“El presente contrato podrá ser suspendido por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, es decir por imprevistos a los cuales no es posible resistir y en general por cualquier causal debidamente comprobada que impida en forma absoluta la ejecución del presente Contrato y que sea ajena a la voluntad del concesionario”*.

Mediante escrito de fecha junio 13 de 2002, la convocante solicitó al Ministerio de Transporte entidad concedente en ese momento, que con fundamento en la referida cláusula se suspendiera el contrato, lo cual demuestra que la actora era plenamente consciente de que estaba ante un evento de caso fortuito o fuerza mayor, esto es, ajeno a las partes. No podía explicarse de otra forma que se haya invocado la mencionada cláusula para solicitar el derecho en ella conferido y con la suscripción del otrosí número 3 quedó evidenciado que para las partes el naufragio de la draga constituía un evento no imputable a ninguna de ellas.

Tampoco puede entenderse, como se desprende de los alegatos de conclusión de la demandante, que el otrosí número 3 haya sido impuesto o forzado por la convocada, pues lo cierto es que entre sus considerandos queda claro que el origen de esa suspensión provino de una solicitud unilateral del concesionario contenida en la comunicación de 13 de junio de 2002.

Establecido entonces por los contratantes que el evento del hundimiento era externo a ellos, CEMAS optó por la facultad de continuar el contrato, lo cual,

²⁸ Cláusula segunda del acta de reanudación folio 263 del cuaderno de pruebas 1.

para lograrse, implicaba de suyo la remoción de la Draga. Esa circunstancia quedó recogida en el acta de reanudación en la cual además la convocante, se reitera, manifestó asumir esa labor “*por su cuenta y riesgo*” lo cual resulta coherente con el consentimiento coincidente de las partes en el sentido de que el naufragio era un hecho constitutivo de caso fortuito.

En ese orden de ideas, no puede considerarse abusivo que la convocada haya solicitado la inclusión de una cláusula contentiva de renuncias a reclamaciones por ese hecho ni mucho menos puede pensarse que esa previsión desnaturalice la causa del negocio como para que sea procedente su declaratoria de ineficacia. Se trata simplemente de un acuerdo que guarda relación con los convenios celebrados por los contratantes en el sentido de que el evento del hundimiento de la draga era totalmente ajeno a ellas.

En mérito de las consideraciones que anteceden no encuentra el Tribunal posible acceder a una declaratoria de ineficacia de la cláusula séptima del acta de renuncia, en aplicación de las normas del código de comercio o de la doctrina de las cláusulas abusivas.

Ahora bien, corresponde analizar si la ineficacia alegada puede estructurarse con fundamento en el artículo 5, numeral 3, inciso segundo de la ley 80 de 1993.

Estudiada la mencionada norma es evidente que ella contempla una prohibición para la administración de condicionar la suscripción o modificación de contratos a la renuncia de demandas y reclamaciones por parte del contratista, pero ningún punto de vista consagra que el efecto de su contravención sea la ineficacia del contrato o de la estipulación.

Muy por el contrario el numeral segundo del artículo 44 del estatuto de contratación, en concordancia con lo previsto en el artículo 46 de esa ley, consagra que será nula aquella estipulación, entre otros, cuando se celebre “*contra expresa prohibición constitucional o legal*”.

Así mismo el artículo 899 del Código de Comercio dispone que será nulo absolutamente el contrato o la cláusula cuando contravenga una norma

imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa.

Es evidente, como ya se mencionó, que el estatuto de la contratación no previó la ineficacia para aquellos eventos en los que se condicione la celebración de un contrato o su modificación a la renuncia a reclamar algún derecho, como sí sucede por ejemplo con la ineficacia de las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia que incluyan condiciones o exigencias de imposible cumplimiento o exenciones de responsabilidad por información suministrada.²⁹

Es evidente entonces que la violación de una norma jurídica, como la que se alega en este caso, conforme a lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 44 de la ley 80 de 1993 y en el artículo 899 del Código de Comercio, conlleva la nulidad del contrato o de la estipulación, figura jurídica que difiere de la ineficacia en sus causas y en sus efectos.

Ahora bien, dado que la nulidad de la cláusula también es invocada por el convocante, el Tribunal pasará a estudiar si, en el presente caso, la renuncia a ejercer cualquier tipo de reclamación por concepto de la suspensión del contrato o de los términos y condiciones acordadas en el acta de reanudación, constituyen una situación que contravenga una norma jurídica en particular el inciso 2º del numeral 3º del artículo 5 de la ley 80 de 1993.

Como ya se mencionó, la citada norma prohíbe a la administración *“condicionar la participación en licitaciones o concursos ni la adjudicación, adición o modificación de contratos, como tampoco la cancelación de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste”*.

Así, quien pretenda la nulidad de una cláusula o contrato, con fundamento en la violación de esta norma, debe demostrar primero la existencia de una renuncia y segundo que ésta sea el fruto de una imposición o condicionamiento de la administración.

En relación con el primero de los requisitos es claro que CEMAS renunció *“a ejercer cualquier tipo de reclamación y/o indemnización en contra del INCO*

²⁹ Inciso segundo literal f) numeral 5 artículo 24 de la ley 84 de 1993

por concepto de la suspensión ordenada por el Ministerio de Transporte, así como por los términos y condiciones acordados en esta acta de reanudación y aprobación de obras", sin embargo no demostró que dicha decisión haya sido tomada como resultado de que el INCO condicionara la reanudación del contrato a esa renuncia sino porque el contratista eligió una de las opciones que contemplaba el contrato.

De las pruebas que obran en el expediente, y específicamente de aquellas que recogen los diferentes acuerdos efectuados por las partes, se puede establecer lo siguiente: (i) que desde el inicio los contratantes convinieron que los hechos constitutivos de fuerza mayor o de rompimiento del equilibrio financiero del contrato darían derecho a suspender la ejecución del mismo con el fin de remover el obstáculo y de no ser posible, terminar la relación o continuarla sin derecho a indemnización. Lo que evidencia esta estipulación, contenida en la cláusula vigésima primera del contrato, es que el Inco no asumiría los riesgos derivados de una fuerza mayor que imposibilitara su ejecución; (ii) la solicitud de suspensión del contrato fue presentada unilateralmente por la convocante con fundamento en la cláusula vigésima primera citada; y (iii) en el acta de reanudación del contrato CEMAS manifestó expresamente que procuraría el reflotamiento o remoción total de la draga "a su cuenta y riesgo". Demuestran los anteriores documentos que, como ya se dijo, las partes reconocieron que el naufragio constituía un evento de fuerza mayor o caso fortuito, pero además que CEMAS decidió voluntariamente asumir los costos de remoción de la draga tal como quedó registrado en la cláusula segunda del acta de reanudación del contrato.

Para el Tribunal la renuncia de la convocante a presentar reclamaciones posteriores es una simple consecuencia jurídica de su decisión de efectuar el reflotamiento de la draga por su cuenta y riesgo, y en este caso, las partes convinieron además que los otros efectos económicos de ese hundimiento no podían ser reclamados, precisamente por cuanto el convencimiento que ambas tuvieron a todo lo largo de las negociaciones, y que se refleja en los documentos contractuales, es que se trataba de un evento no imputable a ninguna de ellas.

Examinadas las pruebas que reposan en el expediente, no observa el Tribunal documento alguno en el que CEMAS haya dejado constancia de su

inconformidad en relación con los términos del acta de terminación y, en lo que respecta a la eventual fuerza que pudo ejercerse para la suscripción de esa acta, aparece únicamente una mención en el testimonio del doctor Fernando Restrepo Vallecilla, apoderado en su momento de la convocante, quien al ser indagado sobre la suscripción del acta de reanudación manifestó que en relación con la cláusula séptima, el Instituto Nacional de Concesiones, *“fue tajante o existe esa cláusula o no hay acta”*.

Contrastada esa declaración con el contenido de los documentos contractuales, específicamente con aquellos que se han analizado anteriormente, concluye el Tribunal que éstos últimos merecen mayor credibilidad no solamente por el momento de su elaboración, sino porque todos ellos mantienen coherente y constantemente el acuerdo de que el evento del hundimiento de la draga constituía un caso fortuito. Y refuerza esta tesis del Tribunal el hecho de que la demandante, teniendo la posibilidad contractual de retirarse del contrato, ante el evento del hundimiento y sus efectos, optó por la facultad de reanudarlo conociendo de manera clara el contenido de la cláusula vigésima primera en la cual expresamente acordaron que ante cualquiera de esos eventos no había lugar a indemnización.

En síntesis, el contenido de la renuncia prevista en la cláusula séptima del acta de reanudación del contrato no aparece probado como impuesto o forzado por la demandada sino que fue la conclusión del desarrollo de unas conversaciones que las partes mantuvieron por muchos años y de las cuales quedó en evidencia desde la celebración misma del contrato que de darse un evento de caso fortuito o fuerza mayor no habría lugar a indemnización alguna para el concesionario.

En esos términos no encuentra el Tribunal violación de norma imperativa alguna que conlleve la nulidad del acuerdo y en consecuencia habrá de negar las pretensiones segunda y segunda subsidiaria.

5. Costas

El artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, dispone que *“En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta*

asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil”.

Sobre el alcance de esa disposición legal, el Consejo de Estado ha señalado que “En la nueva regulación de las costas en el proceso administrativo no basta entonces que la parte sea vencida, toda vez que se requiere una valoración de la conducta observada por ella en el proceso (...) Es claro que el legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quién están las costas del proceso y por lo tanto, no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora”³⁰.

Toda vez que el arbitraje pactado es sustitutivo de la jurisdicción contencioso administrativa, la norma antes señalada es aplicable a este proceso, pues sería esa la jurisdicción a la cual acudirían las partes de no existir el pacto arbitral.

Sobre el particular esa Corporación ha indicado que “un contrato es estatal sin importar si se rige por la ley 80 o por el derecho privado, siempre que una de las partes del negocio sea una entidad pública, como acontece en el caso sub examine. De aquí se sigue que su juez será el que disponga el legislador, y esto no está asociado al régimen sustantivo del contrato. Ahora, según las normas procesales vigentes, en la actualidad corresponde a esta jurisdicción, porque el art. 82 CCA. dispone que el juez de los conflictos donde sea parte una entidad estatal es la justicia administrativa. Esto también aplica a las controversias contractuales. En segundo lugar, y según se desprende de lo analizado, en los contratos estatales -como el del caso concreto- si la justicia arbitral reemplaza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debe entenderse que las reglas aplicables a aquélla son las que rigen en ésta, sencillamente porque opera un reemplazo de la jurisdicción, es decir, se trata de un verdadero equivalente jurisdiccional, toda vez que la justicia arbitral funge de juez de la administración, con la misma pretensión correctora y protectora del ordenamiento jurídico y del comportamiento de las partes del contrato.... Ahora, en cuanto a las reglas procesales que regulan la forma como se adelanta el proceso arbitral, el tribunal de arbitramento se debe

³⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 1999. Expediente No. 10.775. Magistrado Ponente doctor Ricardo Hoyos Duque.

atener a las previstas en el decreto 1818 de 1998, el cual se ocupa –con gran detalle- de la conformación del tribunal y de su puesta en funcionamiento – trámite prearbitral-“³¹

Y si bien actualmente existe otro Estatuto de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011), por expresa disposición de su artículo 308, aquel sólo comenzó a regir a partir del 2 de julio de 2012 y en relación con los procesos iniciados con posterioridad a esa fecha. Por lo anterior no existe duda de que, en materia de costas, en los procesos en los que hace parte el Estado, la norma aplicable es el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo antes citada(decreto 01 de 1984).

Ahora bien, el Tribunal encuentra que en este proceso ninguna de las partes actuó con mala fe en la acción o en la defensa, sus planteamientos fueron serios y sustentados, guardaron la altura debida en esta clase de litigios y mantuvieron respecto del juez y de las partes la lealtad debida, por lo tanto el Tribunal se abstendrá de condenar en costas.

CAPÍTULO IV. **PARTE RESOLUTIVA**

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitraje integrado para resolver las diferencias surgidas entre **SOCIEDAD PORTUARIA DE CEMENTERAS ASOCIADAS S.A. – CEMAS S.A. –**, por una parte, y por la otra, **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO –**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia, por autoridad de ley, y en cumplimiento de la misión encomendada por los compromitentes para tal fin,

RESUELVE

Primero: Declarar no probadas las objeciones por error grave respecto del dictamen pericial financiero formuladas por las partes.

Segundo: Declarar no probadas las objeciones por error grave respecto del dictamen pericial técnico formuladas por la parte convocada.

³¹ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 18 de febrero de 2010. Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00058-00(37004).

Tercero: Negar las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

Cuarto: Abstenerse de proferir condena en costas.

Quinto: Ordenar la expedición de copias auténticas de esta providencia con destino a las partes y al Ministerio Público.

Sexto: Ordenar la protocolización del expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá.

Esta providencia queda notificada en estrados.

Antonio Pabón Santander
Presidente

Juan Pablo Cárdenas Mejía
Árbitro

Jorge Eduardo Chemás Jaramillo
Árbitro

Juan Pablo Riveros Lara
Secretario