

LAUDO ARBITRAL
Bogotá D.C., Junio 22 de 2015.

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal Arbitral a proferir el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A., como parte convocante y convocada en reconvención, y la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, como parte convocada y convocante en reconvención, relacionadas con el “*CONTRATO DE CONCESIÓN No. 34*”, suscrito el 1º de febrero de 2007, celebrado entre las partes en controversia.

I. ANTECEDENTES:

1.1. El Contrato.

1.1.1. Las partes suscribieron “*CONTRATO DE CONCESIÓN No. 34*”, el 1º de febrero de 2007 (folios del 1 al 11 del Cuaderno de Pruebas No.1).

1.1.2. El 7 de febrero de 2007, las partes suscribieron el Otrosí No. 1 al “*CONTRATO DE CONCESIÓN No. 34 DEL 01 DE FEBRERO DE 2007 SUSCRITO ENTRE LA SOCIEDAD PORTUARIA Y LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA*”, mediante el cual se modifica la CLÁUSULA DÉCIMA – VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN (folios del 12 al 14 del Cuaderno de Pruebas No. 1).

1.1.3. El 20 de marzo de 2007, las partes suscribieron el Otrosí No. 2 “*CONTRATO DE CONCESIÓN No. 34 DEL 01 DE FEBRERO DE*

2007 SUSCRITO ENTRE LA SOCIEDAD PORTUARIA Y LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA” mediante el cual se modifica la CLÁUSULA SEGUNDA – ÁREA ENTREGADA EN CONCESIÓN – DESCRIPCIÓN EXACTA DE LA UBICACIÓN, LINDEROS Y EXTENSIÓN DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO ENTREGADOS EN CONCESIÓN y la CLÁUSULA TERCERA – DESCRIPCIÓN EXACTA DE LA UBICACIÓN, LINDEROS Y EXTENSIÓN DEL TERRENO ADYACENTE A LOS BIENES DE USO PÚBLICO ENTREGADOS EN CONCESIÓN (folios del 15 al 18 del Cuaderno de Pruebas No. 1).

1.1.4. El 23 de diciembre de 2008, las partes suscribieron Otrosí No. 3 al “*CONTRATO DE CONCESIÓN No. 34 DEL 01 DE FEBRERO DE 2007 SUSCRITO ENTRE LA SOCIEDAD PORTUARIA Y LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA*” mediante el cual se adicionó una zona de uso público, ubicada en el Municipio de Sitio Nuevo, Departamento del Magdalena, al área concesionada inicialmente a través del Contrato de Concesión No. 34 de 2007 que significó además modificaciones tanto en el plazo como en el valor de la retribución de dicho contrato, entre otros (folios del 19 al 33 del Cuaderno de Pruebas No. 1).

1.2. El Pacto Arbitral.

1.2.1. De acuerdo con la cláusula TRIGÉSIMA SEGUNDA – SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. CLÁUSULA COMPROMISORIA del “*CONTRATO DE CONCESIÓN No.34*”, suscrito el 1º de febrero de 2007, las partes pactaron cláusula compromisoria, en los siguientes términos, a saber:

“Cualquier conflicto que surja de orden económico entre la Sociedad Portuaria beneficiaria de la concesión y la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, o quien haga sus veces, y no se pueda resolver por medios autocompositivos, deberá someterse ante un Tribunal de Arbitramento, que las partes escogerán de común acuerdo, lo cual deberán hacerlo dentro de los quince (15) días siguientes posteriores a la notificación de una de las partes a la otra de la necesidad del tribunal, con el número de árbitros que dispongan para el efecto, si no hay acuerdo, ante el Tribunal de arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, con tres árbitros que serán designados por ésta de la lista que tienen para tal fin y de acuerdo al reglamento de la misma. PARÁGRAFO: La cláusula compromisoria no limita en ningún aspecto la potestad administrativa que tiene la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, de declarar la caducidad ante el incumplimiento de las obligaciones, la interpretación, liquidación y modificación unilateral u [sic] cualquier otra cláusula exorbitante o especial que la ley o la jurisprudencia le otorgue a la administración pública.”

1.3. La Integración del Tribunal y Audiencia de Conciliación.

1.3.1. Con fecha veinte (20) de junio de dos mil trece (2013), la parte Convocante y Convocada en Reconvención presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, demanda arbitral y solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, tal y como consta a folio 1 y siguientes del Cuaderno Principal No. 1.

1.3.2. Como consta en el Acta de Reunión de Nombramiento de Árbitros que obra a folio 75 del Cuaderno Principal No. 1, las partes de común acuerdo designaron a los Doctores MIGUEL HERNANDO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, ALEJANDRO VENEGAS FRANCO y MARIA LUISA MESA ZULETA como árbitros principales para el presente trámite.

1.3.3. Comunicadas oportunamente las designaciones a los árbitros nombrados como principales (folios 85 a 99 del Cuaderno Principal No. 1), éstos aceptaron oportunamente la designación (folios 100 a 104 del Cuaderno Principal No. 1).

1.3.4. Las aceptaciones de los árbitros fueron informadas a las partes a los efectos de lo previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012 (folios 105 a 113 del Cuaderno Principal No.1), sin que aquéllas presentaran reparo alguno.

1.3.5. En audiencia celebrada el veinte (20) de septiembre de dos mil trece (2013), a la que asistió el apoderado judicial de la parte Convocante, el Representante Legal en lo Judicial de la parte Convocada, se instaló el Tribunal de Arbitramento y se designó como Presidente al doctor MIGUEL HERNANDO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ y como Secretaria a la doctora GABRIELA MONROY TORRES. Así mismo, se fijó como lugar de funcionamiento del Tribunal el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Sede Chapinero, se reconoció personería judicial a los apoderados (principal y sustituto) de la parte Convocante, se admitió la demanda arbitral presentada por la parte Convocante, se ordenó su notificación personal y correr traslado de la misma. Igualmente, se ordenó notificar de la presente instalación al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Judicial (folios 138 a 140 del Cuaderno Principal No.1).

1.3.6. El veinte (20) de septiembre de dos mil trece (2013), se informó a la doctora GABRIELA MONROY TORRES su designación como Secretaria del presente trámite (folio 146 del Cuaderno Principal No.1), la cual fuera aceptada el veinticinco (25) de septiembre de dos mil trece (2013) (folio 151 a 154 del Cuaderno Principal No. 1) e informada a las partes en la misma fecha (folio 155 a 158 del Cuaderno Principal), sin que aquéllas presentaran reparo alguno.

1.3.7. El siete (7) de octubre de dos mil trece (2013), la Doctora GABRIELA MONROY TORRES se posesionó como Secretaria ante el Presidente del Tribunal, levantando el acta de tal actuación que consta en el expediente (folio 159 del Cuaderno Principal No.1).

1.3.8. El nueve (09) de octubre de dos mil trece (2013), en los términos señalados en el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012 se notificó vía electrónica a la parte Convocada el auto admisorio de la demanda arbitral, con el fin de correr traslado de ésta última por el término legal de veinte (20) días (folio 160 a 161 del Cuaderno Principal No.1), entidad que acusó recibo, en la misma fecha, por esa misma vía (folio 170 a 171 del Cuaderno Principal No. 1).

1.3.9. El nueve (9) de octubre de dos mil trece (2013), en los términos señalados en el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012 se notificó vía electrónica al Ministerio Público del auto admisorio de la demanda arbitral, con el fin de correr traslado de ésta última por el término legal de veinte (20) (folio 162 a 163 del Cuaderno Principal No. 1); entidad que confirmó recibo por esta misma vía, informando la designación del Doctor CARLOS EDUARDO VERA VENEGAS como Procurador Delegado para el presente tramite (folios 168 a 169 del Cuaderno Principal No. 1), circunstancia que se formalizó mediante Oficio No. 004999 del veintidós (22) de octubre de dos mil trece (2013), radicado ante la Secretaría el cinco (5) de noviembre de dos mil trece (2013) (folio 178 del Cuaderno Principal No. 1).

1.3.10. El nueve (9) de octubre de dos mil trece (2013), en los términos señalados en el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012 se notificó vía electrónica a la Agencia Nacional de Defensa Judicial del auto admisorio de la demanda arbitral, con el fin de correr traslado de ésta última por el término legal de veinte (20) días (folio 162 a 163 del Cuaderno Principal No. 1); entidad que confirmó recibo por esta

misma vía, el dieciséis (16) de octubre de dos mil trece (2013) (folios 176 del Cuaderno Principal No. 1).

1.3.11. Para los mismos efectos, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5° de la norma citada, el nueve (9) de octubre de dos mil trece (2013), a través de servicio postal autorizado, se notificó el auto admisorio de la demanda arbitral y el traslado correspondiente con sus anexos, tanto a la parte Convocada como al Ministerio Público (folios 172 a 175 del Cuaderno Principal No. 1).

1.3.12. El seis (6) de noviembre de dos mil trece (2013), la parte Convocada presenta contestación a la demanda arbitral proponiendo excepciones de fondo. En la misma oportunidad presenta demanda de reconvención contra la parte Convocante.

1.3.13. El diecisiete (17) de enero de dos mil catorce (2014), mediante Auto No. 3, el Tribunal de Arbitramento se pronunció respecto de la demanda de reconvención presentada por la parte Convocada, inadmitiéndola por no cumplir lo previsto en el artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, y reconociendo personería al Doctor JUAN RAMÓN JIMÉNEZ PÉREZ como apoderado judicial de la parte Convocante.

1.3.14. El veintidós (22) de enero de dos mil catorce (2014) se notificó por estado el Auto No. 3 del diecisiete (17) de enero de dos mil catorce (2014), a través de la Secretaria Virtual de Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (folio 217 del Cuaderno Principal No. 1).

1.3.15. El veintinueve (29) de enero de dos mil catorce (2014) y estando dentro de la oportunidad legal señalada para el efecto, el apoderado de la parte Convocada subsanó la demanda de

reconvención presentada el seis (6) de noviembre de dos mil trece (2013) (folios 218 a 219 del Cuaderno Principal No.1).

1.3.16. El cuatro (4) de febrero de dos mil catorce (2014), el Tribunal de Arbitramento, mediante Auto No. 4, se pronunció respecto de la subsanación de la demanda de reconvención, admitiéndola y corriendo traslado a la parte Convocante y Convocada en Reconvención por el término de diez (10) días. Así mismo, ordenó que vencido el término del traslado de la demanda de reconvención, por Secretaria se efectuara el traslado conjunto de las excepciones contenidas tanto en la contestación de la demanda como de las contenidas en la contestación de la demanda de reconvención (folios 220 a 221 del Cuaderno Principal No.1).

1.3.17. El diez (10) de febrero de dos mil catorce (2014) se notificó por estado el Auto No. 4 del cuatro (4) de febrero de dos mil catorce (2014) a través de la Secretaria Virtual de Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (folio 222 del Cuaderno Principal No. 1).

1.3.18. El veinticuatro (24) de febrero de dos mil catorce (2014) el apoderado de la parte Convocante y Convocada en Reconvención presentó la contestación de la demanda de reconvención proponiendo excepciones de mérito (folio 224 a 236 del Cuaderno Principal No. 1).

1.3.19. El veintisiete (27) de febrero de dos mil catorce (2014), mediante fijación en lista publicada en la Secretaría Virtual del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se corrió traslado conjunto de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y en la contestación de la demanda de reconvención, por el término de cinco (5) días (folio 237 del Cuaderno Principal No.1).

1.3.20. El cinco (5) de marzo de dos mil catorce (2014) la parte Convocada y Convocante en Reconvención radicó un escrito pronunciándose respecto de las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda de reconvención, solicitando pruebas adicionales (folios 238 a 244 del Cuaderno Principal No.1).

1.3.21. El seis (6) de marzo de dos mil catorce (2014) la parte Convocante y Convocada en Reconvención radicó un escrito pronunciándose respecto de las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda principal (folios 245 a 252 del Cuaderno Principal No. 1).

1.3.22. Trabada la Litis, el siete (7) de marzo de dos mil catorce (2014), el Tribunal de Arbitramento, mediante Auto No. 5, fijó fecha para celebrar audiencia de conciliación para el día diecinueve (19) de marzo de dos mil catorce (2014), a las diez de la mañana (10:00 a.m.) (folios 253 a 254 del Cuaderno Principal No. 1).

1.3.23. El trece (13) de marzo de dos mil catorce (2014) se notificó por estado el Auto No. 5 del siete (7) de marzo de dos mil catorce (2014) a través de la Secretaría Virtual del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (folio 255 del Cuaderno Principal No.1).

1.3.24. El catorce (14) de marzo de dos mil catorce (2014) el apoderado de la parte Convocante radicó escrito en el que solicita suspender la realización de la Audiencia de Conciliación por el término de cuarenta y cinco (45) días con el fin de explorar fórmulas de arreglo que permitieran la conciliación de sus diferencias (folio 256 del Cuaderno Principal No.1).

1.3.25. El diecinueve (19) de marzo de dos mil catorce (2014) los representantes legales de cada una de las partes presentan la

solicitud de suspensión de la fecha para realizar la Audiencia de Conciliación, de manera conjunta (folio 257 del Cuaderno Principal No. 1), por el término de quince (15) días calendario con el fin de explorar fórmulas de arreglo que permitieran la conciliación de sus diferencias.

1.3.26. En la fecha, se lleva a cabo la audiencia con la asistencia de los representantes legales de las partes, sus apoderados y el representante del Ministerio Público; y en la que el Tribunal de Arbitramento, atendiendo la solicitud formulada de común acuerdo por las partes, decreta el aplazamiento de la Audiencia de Conciliación, fijando como nueva fecha para su celebración, el veintiuno (21) de abril de dos mil catorce (2014). Lo anterior, mediante Auto No. 6 del diecinueve (19) de marzo de dos mil catorce (2014), el cual quedó notificado en estrados.

1.3.27. El quince (15) de abril de dos mil catorce (2014), nuevamente, las partes presentan solicitud conjunta de aplazamiento de la Audiencia de Conciliación por el término de treinta (30) días hábiles, señalando que se encontraban construyendo el documento mediante el cual se irían a materializar las fórmulas de arreglo para conciliar las diferencias materia del presente trámite (folio 269 del Cuaderno Principal No. 1).

1.3.28. El veintiuno (21) de abril de dos mil catorce (2014), mediante Auto No. 7, el Tribunal de Arbitramento, atendiendo la solicitud de las partes, decretó el aplazamiento de la Audiencia de Conciliación fijando como nueva fecha de celebración el día cuatro (4) de junio de dos mil catorce (2014) (folios 270 a 271 del Cuaderno Principal No. 1).

1.3.29. El seis (6) de mayo de dos mil catorce (2014), se notificó por estado el Auto No. 7 del veintiuno (21) de abril de dos mil catorce

(2014), a través de la Secretaría Virtual del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (folio 272 del Cuaderno Principal No.1).

1.3.30. El veintidós (22) de mayo de dos mil catorce (2014) se recibió una comunicación por parte del representante legal de la parte Convocada y Convocante en Reconvención en la que solicita el aplazamiento de la Audiencia de Conciliación por cuanto en la misma fecha, según manifestó, se llevaría a cabo la Audiencia de Rendición de Cuentas de la entidad que representa. Por lo anterior, solicitó que la Audiencia de Conciliación fuera reprogramada para la semana del dieciséis (16) al veinte (20) de junio de dos mil catorce (2014) (folios 273 a 274 del Cuaderno Principal No.1).

1.3.31. El tres (3) de junio de dos mil catorce (2014) la Convocante y Convocada en Reconvención radicó un memorial en el que coadyuvó la petición de la entidad Convocada y Convocante en Reconvención (folio 275 del Cuaderno Principal No. 1).

1.3.32. El cuatro (4) de junio de dos mil catorce (2014) el Tribunal de Arbitramento se pronunció respecto de las solicitudes de aplazamiento presentadas por las partes, mediante Auto No. 8 de la fecha, fijando como nueva fecha para llevar a cabo la Audiencia de Conciliación el veinte (20) de junio de dos mil catorce (2014) (folios 276 a 277 del Cuaderno Principal No.1).

1.3.33. El seis (6) de junio de dos mil catorce (2014) se notificó por estado el Auto No. 8 del cuatro (4) de junio de dos mil catorce (2014), a través de la Secretaría Virtual del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (folio 279 del Cuaderno Principal No. 1).

1.3.34. El seis (6) de junio de dos mil catorce (2014) la Doctora GABRIELA MONROY TORRES, presentó renuncia a su función como Secretaria del presente trámite arbitral, por las razones comentadas verbalmente a los miembros del Tribunal arbitral (folio 280 del Cuaderno Principal No.1).

1.3.35. El once (11) de junio de dos mil catorce (2014) el Tribunal de Arbitramento, mediante Auto No. 9 de la fecha, acepta la renuncia de la Doctora GABRIELA MONROY TORRES y designa en su reemplazo a la Doctora JOHANNA SINNING BONILLA (folios 281 a 282 del Cuaderno Principal No. 1).

1.3.36. El trece (13) de junio de dos mil catorce (2014) se notificó por estado el Auto No. 9 del once (11) de junio de dos mil catorce (2014) a través de la Secretaría Virtual del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

1.3.37. En la fecha, vía correo electrónico, se informa a la Doctora JOHANNA SINNING BONILLA acerca de su designación como Secretaria para el presente trámite arbitral (folios 284 a 285 del Cuaderno Principal No. 1), quien aceptó por la misma vía, el dieciséis (16) de junio de dos mil catorce (2014), atendiendo al deber de información señalado en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, en concordancia con el inciso segundo del artículo 8º ídem (folio 286 a 287 del Cuaderno Principal No.1).

1.3.38. El diecisiete (17) de junio de dos mil catorce (2014) el apoderado de la parte Convocante y Convocada en Reconvención, presentó escrito en el que renuncia al término del traslado y ejecutoria de la manifestación de la Doctora SINNING BONILLA, sin manifestar objeción alguna ante dicha designación (folio 290 del Cuaderno Principal No. 1).

1.3.39. El veinte (20) de junio de dos mil catorce (2014) el apoderado de la parte Convocada y Convocante en Reconvención, vía correo electrónico, igualmente renuncia al término del traslado y ejecutoria de la manifestación de la Doctora SINNING BONILLA, expresando que no tiene objeción alguno ante dicha designación (folio 291 del Cuaderno Principal No. 1).

1.3.40. El veinte (20) de junio de dos mil catorce (2014), el Tribunal de Arbitramento, previo a iniciar la audiencia de conciliación, procedió a posesionar a la Doctora JOHANNA SINNING BONILLA como Secretaria del Tribunal. Acto seguido, el Doctor ALEJANDRO VENEGAS FRANCO, Árbitro, atendiendo al deber de información, manifestó pertenecer a la Junta Directiva de la compañía aseguradora, garante de las obligaciones del contrato materia de controversia, frente a lo cual las partes y sus apoderados manifestaron no tener objeción alguna. A continuación, se dio inicio a la Audiencia de Conciliación con la intervención de las partes, sus apoderados, y el representante del Ministerio Público, la cual se declaró fracasada. Se procedió con la fijación de honorarios y gastos del Tribunal de Arbitramento (folios 293 a 307 del Cuaderno Principal No.1), cuyo monto se corrigió conforme a la motivación señalada en Auto No. 13 del veinticuatro (24) de junio de dos mil catorce (2014) (folios 308 a 310 del Cuaderno Principal No. 1), notificado por estado del veintiséis (26) de junio de dos mil catorce (2014) a través de la Secretaría Virtual del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (folio 311 del Cuaderno Principal No. 1).

1.3.41. El quince (15) y dieciséis (16) de julio de dos mil catorce (2014), las partes procedieron con la consignación de los honorarios (folios 312 a 318 del Cuaderno Principal No.1).

1.3.42. El cuatro (4) de agosto de dos mil catorce (2014), mediante Auto No. 11, el Tribunal procedió con la fijación de la fecha

para celebrar la Primera Audiencia de Trámite para el día veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014) (folio 319 del Cuaderno Principal No. 1). Dicho auto fue notificado por estado el quince (15) de agosto de dos mil catorce (2014), a través de la Secretaría Virtual del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (folio 321 del Cuaderno Principal No. 1).

1.4. La Primera Audiencia de Trámite e Instrucción del Proceso.

1.4.1. El veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014), el Tribunal de Arbitramento dio inicio a la Primera Audiencia de Trámite, y mediante Auto No. 15, se declaró competente para conocer y resolver, en derecho, las controversias surgidas entre las partes, de que dan cuenta tanto la demanda arbitral como la demanda de reconvención y su reforma oportunamente admitidas, las cuales giran en torno a las diferencias surgidas en la ejecución del “CONTRATO DE CONCESIÓN No. 34” del 1º de febrero de 2007, providencia ésta que no fue recurrida por los apoderados de las partes, quienes manifestaron no tener objeción alguna. (Acta No. 12, folios 323 a 350 Cuaderno Principal No. 1).

1.4.2. En la misma fecha, el Tribunal de Arbitramento decretó, mediante Auto No. 16¹, las pruebas solicitadas por la parte

¹ En esta providencia se analizó por parte del Tribunal la procedencia de las pruebas solicitadas por las partes a la luz de la legislación procesal vigente aplicable al presente trámite, en especial, los artículos 30 y 31 de la Ley 1563 de 2012 y las normas pertinentes tanto del Código General del Proceso como del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, siendo consiste con la unificación jurisprudencial realizada por el H. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto del 25 de junio de 2014, radicación número 25000233600020120039501 (IJ), consejero ponente Enrique Gil Botero, que expone: “*En consecuencia, la Sala unifica su jurisprudencia en relación con la entrada en vigencia de la ley 1564 de 2012, para señalar que su aplicación plena en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como en materia arbitral relacionada con temas estatales, es a partir del 1º de enero de 2014, salvo las situaciones que se gobiernen por la norma de transición que se explicará en el acápite a continuación, las cuales se resolverán con la norma vigente al momento en que inició el respectivo trámite (...)* De la norma trascrita se pueden extraer dos conclusiones generales: a) que las normas procesales prevalecen sobre las anteriores desde su entrada en vigencia, y b) que no obstante la regla general anterior,

Convocante y Convocada en Reconvención y por la parte Convocada y Convocante en Reconvención correspondiente a: (i) los documentos aportados con la demanda arbitral y contestación de la demanda de reconvención, (ii) los documentos aportados con la contestación de la demanda arbitral y la demanda de reconvención; (iii) los testimonios, fijando fecha para su práctica; (iv) los oficios, requiriendo la información solicitada e indicando plazo para su entrega; y (v) dictamen pericial, designando al Doctor JORGE HERNÁN MELGUIZO URIBE, como perito y fijando fecha para su posesión. De igual manera, el Tribunal de Arbitramento decretó de oficio Inspección Judicial con exhibición de documentos, en las instalaciones de CORMAGDALENA, cuya práctica condicionó a que no se pudiese obtener la documentación solicitada a través de los oficios decretados. Finalmente y en la misma oportunidad, mediante Auto No. 17 de la misma fecha, reconoció personería jurídica al Doctor RÚGERO EDUARDO RAMOS LÓPEZ como apoderado de la parte Convocada y Convocante en Reconvención, conforme al poder que aportó a tal efecto (folio 351 del Cuaderno Principal No. 1).

1.4.3. El veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014) se da por concluida la primera audiencia del trámite, empezando a correr el término del mismo a partir del veintiuno (21) de agosto de dos mil catorce (2014) hasta el veinte (20) de febrero de dos mil quince (2015) inclusive.

1.4.4. El veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014), por Secretaría se le informó al Doctor JORGE HERNÁN MELGUIZO URIBE, vía correo electrónico certificado, acerca de su designación para actuar como perito dentro del presente trámite, así como de la

existen unas excepciones que permiten aplicar la norma derogada –pero vigente al momento de la actuación, petición o solicitud– de manera ultraactiva para resolver: (i) los recursos interpuestos, (ii) la práctica de pruebas decretadas, (iii) las audiencias convocadas, (iv) las diligencias iniciadas, (v) los términos que hubieren comenzado a correr, (vi) los incidentes en curso, y (vii) las notificaciones que se estén surtiendo.” (Subrayas por fuera de texto original).

fecha fijada por el Tribunal para su posesión de aceptar su designación. (folios 352 a 363 del Cuaderno Principal No.1).

1.4.5. El veintidós (22) de agosto de dos mil catorce (2014), por Secretaría se expidieron las citaciones con destino a cada una de las personas cuyo testimonio fue decretado mediante en Auto No. 16 del 20 de agosto de 2014, con el fin de su diligenciamiento por parte de los apoderados de las partes (folio 364 a 373 del Cuaderno Principal No. 1).

1.4.6. El veintidós (22) de agosto de dos mil catorce (2014), por Secretaría se expidió Oficio No. 001, mediante el cual se solicita a la parte Convocada y Convocante en Reconvención remita con destino al expediente *“Todos los contratos de concesión portuaria vigentes suscritos por CORMAGDALENA”*, informando que el plazo decretado por el Tribunal de Arbitramento² para su cumplimiento correspondía a veinte (20) días. Dicho oficio fue diligenciado por el apoderado de parte Convocante y Convocada en Reconvención, a través de correo postal certificado de la empresa SERVIPOSTAL, el 29 de agosto de 2014 (folio 403 a 406 Cuaderno Principal No.1).

1.4.7. El veintidós (22) de agosto de dos mil catorce (2014), por Secretaría se expidió Oficio No. 002 mediante el cual se solicita a la parte Convocada y Convocante en Reconvención *“La totalidad de los documentos que integran el expediente administrativo del Contrato de Concesión Portuaria 034 de 2007 (...)”*, informando que el plazo decretado por el Tribunal de Arbitramento³ para su cumplimiento correspondía a veinte (20) días. Dicho oficio se diligenció a través de la Secretaría del Tribunal mediante correo postal certificado de la empresa INTERRAPIDISIMO, el día 25 de agosto de 2014 (folio 375 a 377 del Cuaderno Principal No.1).

² Auto No. 16 del 20 de agosto de 2014.

³ Ídem.

1.4.8. El veintinueve (29) de agosto de dos mil catorce (2014), se llevó a cabo audiencia para recibir los testimonios decretados mediante Auto No. 16 del 20 de agosto de 2014. (Acta No. 13, folios 381 a 387 del Cuaderno Principal No.1). En la fecha, se recibieron los testimonios de: (i) MARIA ALEXANDRA PINZÓN RODRÍGUEZ, quien ilustró su declaración en papelógrafo digital puesto a su disposición, cuyas impresiones se incorporaron al expediente; y así mismo aportó prueba documental de la cual se le dio traslado a la parte Convocada y Convocante en Reconvencción y se incorporó al expediente (folios 284 y 328 Cuaderno de Pruebas No.1). (ii) EDUARDO BARNEY ARANGUREN, cuyo tacha fue solicitada por el apoderado de la parte Convocada y Convocante en Reconvencción. Un duplicado de la grabación de los testimonios fue aportado al expediente conforme lo ordena el artículo 107 del CGP (Cuaderno de Pruebas No. 15).

1.4.9. El cinco (5) de septiembre de dos mil catorce (2014), en audiencia celebrada en la sede del Tribunal de Arbitramento, el Doctor JORGE HERNÁN MELGUIZO URIBE tomó posesión como perito para resolver los cuestionarios formulados por los apoderados de las partes, previo haber prestado juramento. En la oportunidad se decretaron honorarios provisionales y se estableció el plazo de siete (7) semanas a partir de la fecha, para su práctica, señalando el 20 de octubre de 2014 para su presentación ante el Tribunal⁴ (Acta No. 14, folio 395 del Cuaderno Principal No. 1).

1.4.10. El cinco (5) de septiembre de dos mil catorce (2014), igualmente, se llevó a cabo audiencia para recibir los testimonios decretados mediante Auto No. 16 del 20 de agosto de 2014 (Acta No. 14, folios 392 a 398 del Cuaderno Principal No.1). En la fecha, se recibieron los testimonios de: (i) CLAUDIA MARCELA MAYORGA VILLA, quien ilustró su declaración en el papelógrafo digital puesto a

⁴ Auto No. 18 del 5 de septiembre de 2014 (folio 394 del Cuaderno Principal No.1).

su disposición, cuyas impresiones se incorporaron al expediente (folios 329 a 332 del Cuaderno de Pruebas No.1). No obstante, el apoderado de la parte Convocante y Convocada en Reconvención solicitó la tacha de su testimonio por sospecha; (ii) ALFONSO FERNANDO CASTELLANOS RUEDA; y (iii) MARTHA OSPINO BARRIOS, cuya tacha igualmente fue solicitada por el apoderado de parte Convocante y Convocada en Reconvención (Acta No. 14, Folios 394 a 397 del Cuaderno de Pruebas No.1). Un duplicado de la grabación de los testimonios fue aportado al expediente conforme lo ordena el artículo 107 del CGP (Cuaderno de Pruebas No. 15).

1.4.11. El veintidós (22) de septiembre de dos mil catorce (2014), por Secretaría se recibió correo electrónico del apoderado de la parte Convocada y Convocante en Reconvención, a través del cual adjunta comunicación de su representada solicitando un plazo adicional de diez (10) días hábiles para la entrega de la información requerida en los oficios en mención. Lo anterior -según informa- en consideración al gran volumen de la misma (Folios 418 a 427 del Cuaderno Principal No.1).

1.4.12. El veintitrés (23) de septiembre de dos mil catorce (2014), se radicó ante la Secretaría del Tribunal dos (2) comunicaciones de la parte Convocada y Convocante en Reconvención, mediante las cuales atiende el requerimiento de información realizado a través de los Oficios No. 001 y 002, acompañadas de nueve (9) cajas contentiva de la misma (Folios 428 a 433 del Cuaderno Principal No.1).

1.4.13. El veinticuatro (24) de septiembre de dos mil catorce (2014), se radicó ante la Secretaría del Tribunal una comunicación de la parte Convocada y Convocante en Reconvención, con el fin de aportar una información faltante relacionada con la atención del Oficio No. 001 (Folio 434 a 435 del Cuaderno Principal No. 1).

1.4.14. El veinticuatro (24) de septiembre de dos mil catorce (2014), por Secretaría se recibió correo electrónico del apoderado de la parte Convocada y Convocante en Reconvención desistiendo del plazo adicional para de atender los Oficios No. 001 y 002, en consideración a la radicación realizada el día 23 de septiembre de 2014 (Folio 436 a 437 del Cuaderno Principal No.1).

1.4.15. El diez (10) de octubre de dos mil catorce (2014), por Secretaría se puso en conocimiento a los apoderados de ambas partes las transcripciones de las grabaciones de las diligencias de testimonios practicadas los días 29 de agosto de 2014 y 5 de septiembre de 2014, respectivamente.

1.4.16. El diecisiete (17) de octubre de dos mil catorce (2014), por Secretaría se recibió correo electrónico del perito designado para la práctica del dictamen pericial decretado mediante Auto No. 16 del 20 de agosto de 2014, Doctor JORGE HERNAN MELGUIZO URIBE, solicitando se amplíe el plazo establecido por el Tribunal para rendir su experticia en dos (2) días adicionales. Lo anterior, en consideración a que *"... las partes no han enviado respuesta completa a los requerimientos de información que les hemos solicitado para responder a los cuestionarios que me fueron formulados..."*.

1.4.17. El plazo señalado por el Tribunal para la práctica del dictamen pericial, se estableció en siete (7) semanas, cuyo vencimiento operaba el 20 de octubre de 2014, de acuerdo con lo ordenado en Auto No. 18 del 5 de septiembre de 2014.

1.4.18. El veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014), el Tribunal de Arbitramento decretó por Auto No. 19 de la fecha, la ampliación del plazo otorgado para presentar el dictamen pericial hasta el 27 de octubre de 2014 (Acta No. 15, folios 438 a 440 del Cuaderno Principal No.1). Dicho auto fue notificado por estado del

veintiuno (21) de octubre de dos mil catorce (2014), a través de la Secretaría Virtual del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (folio 441 del Cuaderno Principal No. 1).

1.4.19. El veintisiete (27) de octubre de dos mil catorce (2014), se radicó dictamen pericial, en tres (3) originales, por parte del perito, Doctor Jorge Hernán Melguizo, ante la Secretaría del Tribunal (folio 442 del Cuaderno Principal No.1).

1.4.20. El veintinueve (29) de octubre de dos mil catorce (2014), por Secretaría se fijó en lista el traslado del dictamen pericial presentado el 27 de octubre de 2014, por término de diez (10) días hábiles, en los términos del cuarto inciso del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, cuyo vencimiento operaba el 13 de noviembre de 2014 (folio 444 del Cuaderno Principal No.1).

1.4.21. El doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014), estando dentro del término del traslado, el apoderado de la Parte Convocada y Convocante en Reconvención presentó escrito solicitando aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial, ante la Secretaría del Tribunal (folio 445 a 448 del Cuaderno de Principal No.1).

1.4.22. El trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014), estando dentro del término del traslado, el apoderado de la Parte Convocante y Convocada en Reconvención igualmente presentó escrito solicitando aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial, ante la Secretaría del Tribunal (folio 449 a 452 del Cuaderno Principal No.1).

1.4.23. El catorce (14) de noviembre de dos mil catorce (2014), el Tribunal de Arbitramento, mediante Auto No. 20 de la fecha, decretó las aclaraciones y complementaciones solicitadas por los apoderados

de las partes, señalando el día 5 de diciembre de 2014 para presentar el respectivo informe (Acta No. 16, folios 453 a 456 del Cuaderno Principal No. 1). Dicho auto fue notificado por estado del veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014), a través de la Secretaría Virtual del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (folio 456 del Cuaderno Principal No. 1).

1.4.24. El cuatro (4) de diciembre de 2014, se radicó escrito conjunto de los apoderados de las partes solicitando la suspensión del trámite arbitral del 12 de diciembre de 2014 hasta el 14 de enero de 2015 inclusive (folio 457 del Cuaderno Principal No.1).

1.4.25. El cinco (5) de diciembre de 2014, se radicó ante la Secretaría del Tribunal informe de aclaraciones y complementaciones por parte del perito, Doctor Jorge Hernán Melguizo.

1.4.26. El nueve (9) de diciembre de 2014, el Tribunal de Arbitramento, mediante Auto No. 21 de la fecha, decretó la suspensión por el término solicitado por las partes (Acta No. 17, folio 459 a 460 del Cuaderno Principal No.1), decisión que fue notificada por estado del doce (12) de diciembre de dos mil catorce (2014), a través de la Secretaría Virtual del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (folio 461 del Cuaderno Principal No. 1).

1.4.27. El dieciséis (16) de enero de dos mil quince (2015), se publicó fijación en lista mediante la cual se corrió el traslado a las partes del Informe de Aclaraciones y Complementaciones por término de diez (10) días hábiles, a partir del 19 hasta el 30 de enero de dos mil quince (2015) (folio 462 del Cuaderno Principal No.1).

1.4.28. El treinta (30) de enero de dos mil quince (2015), estando dentro de la oportunidad procesal, los apoderados de ambas partes

describieron el traslado del Informe de Aclaraciones y Complementaciones, así: (i) Por la parte Convocante y Convocada en Reconvención, manifestando, entre otras, se le otorgue el valor probatorio que le corresponde al momento de emitir el laudo (folios 463 a 469 del Cuaderno Principal No.1); y (ii) Por la parte Convocada y Convocante en Reconvención, aportando una experticia mediante la cual controvierte el dictamen pericial practicado (folios 470 a 471 del Cuaderno Principal No. 1), solicitando además, se convocase a audiencia en los términos de lo prevenido en el penúltimo inciso del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012.

1.4.29. El dos (2) de febrero de dos mil quince (2015), el Tribunal de Arbitramento, mediante Auto No.22 de la misma fecha, fijó fecha para llevar a cabo la audiencia en los términos de lo prevenido en el penúltimo inciso del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, para el once (11) de febrero de dos mil quince (2015) (Acta No. 18, folios 472 a 473 del Cuaderno Principal No. 1). Dicho auto fue notificado por estado del seis (6) de febrero de dos mil quince (2015), a través de la Secretaría Virtual del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (folio 474 del Cuaderno Principal No. 1).

1.4.30. El once (11) de febrero de dos mil quince (2015), se celebró la audiencia con el fin señalado en el Auto No. 22 del dos (2) de febrero de dos mil quince (2015), en la cual el perito expuso los fundamentos de sus conclusiones y fue interrogado por los apoderados de las partes y por el Tribunal. En su exposición, el perito se valió de una presentación de cual dejó una copia con destino al expediente (folios 479 a 519 del Cuaderno Principal No.1). Acto seguido, la audiencia se suspendió para continuar con la misma el nueve (9) de marzo de dos mil quince (2015), según lo ordenó el Tribunal, mediante Auto No. 23 del once (11) de febrero de dos mil quince (2015). Así mismo, decretó la suspensión del término del trámite del doce (12) de febrero de dos mil quince (2015) hasta el seis

(6) de marzo de dos mil quince (2015), ambas fechas incluidas, conforme a la solicitud conjunta presentada por las partes en la oportunidad (Acta No. 19, folios 475 a 478 del Cuaderno Principal No. 1).

1.4.31. El nueve (9) de marzo de dos mil quince (2015), el Tribunal de Arbitramento procedió a continuar con la audiencia suspendida el once (11) de febrero de dos mil quince (2015), continuando con el interrogatorio al perito respecto del dictamen pericial presentado y su informe de aclaraciones. Los representantes de las partes en la audiencia presentaron en audiencia el *“Acta de revisión conjunta de propuesta de cálculo del valor de la contraprestación presentada por Palermo Sociedad Portuaria a consideración de CORMAGDALENA previo al envío de la misma al señor Perito Jorge Hernán Melguizo”*, documento que se anexó al expediente (folios 525 a 527 del Cuaderno Principal No. 1). De igual manera, el perito entregó al finalizar su exposición un documento intitulado *“Recapitulación Dictamen Pericial y Contable / Cálculo de la contraprestación portuaria”* que fue anexado al expediente (folios 528 a 576 del Cuaderno Principal No. 1). Se dejó constancia de que la audiencia había sido grabada. Acto seguido, el Tribunal de Arbitramento profirió Auto No. 24 del nueve (9) de marzo de dos mil quince (2015), mediante el cual (i) fijó los honorarios definitivos al perito; (ii) declaró el cierre probatorio del trámite por haberse practicado en su integridad; y (iii) fijó fecha para llevar a cabo *Audiencia de Alegatos* para el día nueve (9) de abril de dos mil quince (2015). En la misma oportunidad, los apoderados de las partes solicitaron la suspensión del trámite, la cual fuera decretada por el Tribunal, mediante Auto No. 25 del nueve (9) de marzo de dos mil quince (2015). (Acta No. 20, folios 520 a 524 del Cuaderno Principal No. 1).

1.4.32. El nueve (9) de abril de dos mil quince (2015), se celebró *Audiencia de Alegatos* con la asistencia de los apoderados de las

partes, quienes expusieron tanto oral como por escrito sus alegaciones, por el espacio de una (1) hora cada una (folios 582 a 633 del Cuaderno Principal No. 2). Habiendo finalizado sus exposiciones, los apoderados de las partes solicitaron la prórroga del término del presente trámite por dos (2) meses a partir del quince (15) de mayo de dos mil quince (2015), en consideración al plazo transcurrido hasta la fecha. En consecuencia, el Tribunal, mediante Auto No. 26 del nueve (9) de abril de dos mil quince (2015), decretó la prórroga del término del presente trámite a partir del quince (15) de mayo de dos mil quince (2015) hasta el quince (15) de julio de dos mil quince (2015) y señaló fecha para llevar a cabo *Audiencia de Laudo* para el día veintidós (22) de junio de dos mil quince (2015). Dicha providencia fue notificada en estrados. Acto seguido, y consideración a un correo electrónico recibido por Secretaría por parte del representante del Ministerio Público –quien no se hizo presente– a través del cual adjunta solicitud de un *traslado especial* para presentar sus alegatos de conclusión (folios 649 a 650 del Cuaderno Principal No. 2), mediante Auto No. 27 del nueve (9) de abril de dos mil quince (2015), el Tribunal concedió el plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha, esto es, hasta el veintitrés (23) de abril de dos mil quince (2015) para que presentara sus alegaciones para el presente caso. Esta decisión fue comunicada por Secretaría al representante del Ministerio Público, según obra a folio 651 del Cuaderno Principal No. 2.

1.4.33. El catorce (14) de abril de dos mil quince (2015), mediante Auto No. 28, aclaró el Auto No. 26 del nueve (9) de abril de dos mil quince (2015), en lo que hace a la sede en la que se llevaría a cabo la *Audiencia de Laudo* (Acta No. 22, folios 652 a 654 del Cuaderno Principal No. 2), que fuera notificado por estado a través de la Secretaría Virtual del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015) (folio 655 del Cuaderno Principal No. 2).

1.4.34. El veintitrés (23) de abril de dos mil quince (2015), de acuerdo con el traslado especial decretado mediante Auto No. 27 del nueve (9) de abril de dos mil quince (2015), el representante del Ministerio Público presentó su escrito de alegatos para el presente trámite (folios 656 a 687 del Cuaderno Principal No. 2).

1.5. Término de duración del proceso.

1.5.1. Conforme lo dispuso el Tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, según lo dispone el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012.

1.5.2. La primera audiencia de trámite concluyó el día veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014) (Acta No. 12, folios 323 a 350 del Cuaderno Principal No. 1), con lo cual, el primer vencimiento del plazo en el presente trámite correspondía al **veinte (20) de febrero de dos mil quince (2015)**.

1.5.3. Durante el trámite se decretaron las siguientes suspensiones: *(i)* Mediante Auto No. 21 del 9 de diciembre de 2014, suspensión de treinta y cuatro (34) días calendario del 12 de diciembre de 2014 hasta el 14 de enero de 2015, ambas fechas inclusive; *(ii)* Mediante Auto No. 23 del 11 de febrero de 2015, suspensión de veintitrés (23) días calendario del 12 de febrero hasta el 6 de marzo de 2015, ambas fechas inclusive; *(iii)* Mediante Auto No. 25 del 9 de marzo de 2015, suspensión de treinta (30) días calendario del 10 de marzo hasta el 8 de abril de 2015, ambas fechas inclusive. En suma, el número de días de suspensión decretados corresponde a ochenta y siete (87) días calendario.

1.5.4. No obstante, con ocasión de la prórroga decretada mediante Auto No. 26 del 9 de abril de 2015, **el término del presente Tribunal vence el 15 de julio de 2015.**

1.6. Presupuestos procesales y nulidades sustanciales.

1.6.1. El Tribunal considera que se han cumplido con todos los requisitos necesarios para la validez del proceso arbitral ya que las actuaciones procesales fueron surtidas con observancia de todas las disposiciones legales, por lo cual no advierte causal alguna de nulidad y, por ello, puede proceder a dictar Laudo de mérito en derecho. En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

1.6.1.1. Demanda en forma: La demanda inicial y su reforma cumplieron con los requisitos exigidos por el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil⁵ y por ello, en su oportunidad, el Tribunal la admitió y la sometió a trámite.

1.6.1.2. Contestación de la Demanda y Excepciones de Mérito: Fue presentada en cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 92 del Código de Procedimiento Civil⁶, y por ello, en su oportunidad, el Tribunal dio por contestada la demanda y la sometió a trámite.

1.6.1.3. Demanda de Reconvención: Por haber sido subsanada en la oportunidad debida, atendiendo a lo señalado en el 206 del

⁵ Normatividad aplicada al momento de proceder con admisión, sin perjuicio de la aplicación del nuevo Código General del Proceso al trámite arbitral a partir de lo señalado en Auto del 25 de junio de 2014 del Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, radicación número 25000233600020120039501 (IJ), Consejero Ponente, Dr. Enrique Gil Botero.

⁶ Ver nota precedente.

Código General del Proceso⁷ y normas concordantes, el Tribunal la admitió y la sometió a trámite.

1.6.1.4. **Competencia:** Conforme se declaró por Auto No. 15 del 20 de agosto de 2014, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las partes referidas.

1.6.1.5. **Capacidad:** Las partes son sujetos capaces de comparecer al proceso y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación objeto de estudio no se encuentra restricción alguna al efecto; las diferencias surgidas entre ellas, sometidas a conocimiento y decisión del Tribunal, son de carácter disponible y, además, por tratarse de un arbitraje en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, debidamente constituidos y así reconocidos, a saber:

(i) **Parte Convocante y Convocada en Reconvención:**

PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A., en adelante la “Parte Convocante y Convocada en Reconvención” o PALERMO.

La parte Convocante y Convocada en Reconvención en el presente trámite arbitral es PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A., sociedad comercial, debidamente constituida bajo las leyes de la República de Colombia, representada legalmente por el señor RICARDO ALFONSO ROMAN HERAZO, según consta en el certificado de existencia y representación, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, visible a folios 35 a 38 del Cuaderno Principal No. 1.

⁷ De acuerdo con el artículo 627 del Código General del Proceso, norma vigente a partir del 12 de julio de 2012.

Para su representación judicial en este trámite arbitral, otorgó poder al doctor OSCAR DAVID GÓMEZ PINEDA, de acuerdo con el poder visible a folio 34 del Cuaderno Principal No. 1, y al doctor GUSTAVO CORTES VALEST, de acuerdo con la sustitución de poder visible a folio 67 del Cuaderno Principal No.1, a quienes se les reconoció personería judicial para actuar en el presente trámite de acuerdo con el Auto No. 1 del 20 de septiembre de 2013, contenido en el Acta No. 1 de la misma fecha (folios 138 a 141 del Cuaderno Principal No.1).

(ii) Parte Convocada y Convocante en Reconvención:

La Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, en adelante “La Parte Convocada y Convocante en Reconvención” o CORMAGDALENA.

La parte Convocada y Convocante en Reconvención en el presente trámite arbitral es CORMAGDALENA, entidad creada por el artículo 331 de la Constitución Política, como ente corporativo especial del orden nacional con autonomía administrativa, presupuestal y financiera, dotada de personería jurídica propia, que funciona como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, sometida a las reglas de las Sociedades Anónimas, representada legalmente por su Director Ejecutivo, AUGUSTO GARCÍA RODRÍGUEZ, según consta en el certificado emitido por dicha Corporación que obra a folios 306 del Cuaderno Principal No. 1.

Para su representación judicial en este trámite arbitral, otorgó poder al doctor JUAN RAMÓN JIMÉNEZ PÉREZ, visible a folio 202 del Cuaderno Principal No.1, debidamente reconocido para actuar mediante Auto No. 3 del 17 de enero de 2014 (folio 213 a 216 del Cuaderno Principal No. 1); poder que posteriormente sustituyó al doctor RÚGERO EDUARDO RAMOS LÓPEZ, según se observa a folio 351 del Cuaderno Principal No.1, y quien fuera reconocido para

actuar por el Tribunal, mediante Auto No. 17 del 20 de agosto de 2014 (folios 323 a 350 del Cuaderno Principal No.1).

1.7. Pretensiones de la Demanda Arbitral.

Mediante apoderado especial, debidamente reconocido por el Tribunal dentro del proceso, la Parte Convocante y Convocada en Reconvención solicita al Tribunal despachar favorablemente las siguientes pretensiones:

El capítulo V de la demanda arbitral presentada por el apoderado de PALERMO, se indica las pretensiones de la misma, como se lee a continuación:

“5.1. PRINCIPALES.

“5.1.1. Que se declare la Nulidad integral de la Resolución 405 del 7 de diciembre de 2012, por medio de la cual se reajustó la contraprestación estipulada en el contrato de concesión N° 034 de 2007, suscrito entre la sociedad PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. y CORMAGDALENA.

“5.1.2. Que se declare la Nulidad Integral de la Resolución 070 del 1° de marzo de 2013, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 405 del 7 de diciembre de 2012.

“5.1.3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y como restablecimiento del derecho, se ordene la devolución de las sumas de dinero que PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. haya cancelado en acatamiento de la resolución 405 de 2012.

“5.1.4. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y como restablecimiento del derecho se ordene la continuación del pago de la contraprestación, con base en los postulados y cantidades contenidas en el contrato 034 de 2007 y sus otrosíes modificatorios,

esto es la suma mensual de DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL TRECIENTOS VEINTITRÉS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$236.323).

“5.1.5. Que se condene a CORMAGDALENA al pago de intereses moratorios, de las sumas de dinero que debe devolver y sobre las sumas líquidas actualizadas que resulten a su cargo, por el tiempo de la mora a la tasa máxima legal permitida, a la sociedad PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.

“5.1.6. Que se condene a CORMAGDALENA a dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 192 de la ley 1437 del 18 de enero de 2011.

“5.1.7. Que se condene a CORMAGDALENA al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho.

“5.2. SUBSIDIARIAS.

“En el evento de no prosperar las pretensiones principales, de manera comedida solicito al H. Tribunal

“5.2.1. Que se declare la Nulidad parcial de la Resolución 405 del 7 de diciembre de 2012, por medio de la cual se reajustó la contraprestación estipulada en el contrato de concesión N° 034 de 2007, suscrito entre la sociedad PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. y CORMAGDALENA, en lo relacionado con el procedimiento y/o fórmula utilizada para efectuar el reajuste de la contraprestación.

“5.2.2. Que se declare la Nulidad parcial de la Resolución 405 del 7 de diciembre de 2012, por medio de la cual se reajustó la contraprestación estipulada en el contrato de concesión N° 034 de 2007, suscrito entre la sociedad PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. y CORMAGDALENA, en lo relacionado con el cobro retroactivo del ajuste de la contraprestación

“5.2.3. Que se declare la Nulidad Integral de la Resolución 070 del 1° de marzo de 2013, por medio de la cual se resolvió el recurso de

reposición interpuesto en contra de la Resolución 405 del 7 de diciembre de 2012.

“5.2.4. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y como restablecimiento del derecho, se ordene la reliquidación de la contraprestación del contrato de concesión N° 034 de 2007, de acuerdo con el procedimiento y/o las fórmulas que determine el presente Tribunal de Arbitramento.

“5.2.5. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y como restablecimiento del derecho se ordene la continuación del pago de la contraprestación, con base en los postulados y cantidades que disponga el presente Tribunal de Arbitramento.

“5.2.6. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y como restablecimiento del derecho, se ordene la devolución de las sumas de dinero que PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. haya cancelado en acatamiento de la resolución 405 de 2012.

“5.2.7. Que se condene a CORMAGDALENA al pago de intereses moratorios, de las sumas de dinero que debe devolver y sobre las sumas líquidas actualizadas que resulten a su cargo, por el tiempo de la mora a la tasa máxima legal permitida, a la sociedad PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.

“5.2.8. Que se condene a CORMAGDALENA a dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 192 de la ley 1437 del 18 de enero de 2011.

“5.2.9. Que se condene a CORMAGDALENA al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho.”

La Parte Convocante y Convocada en Reconvención fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda arbitral (folios 1 a 33 Cuaderno Principal), así:

“4. HECHOS EN LOS QUE SE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

“4.1. CORMAGDALENA otorgó a Palermo Sociedad Portuaria S.A. una concesión portuaria para ocupar y utilizar de forma temporal y exclusiva, unas zonas de uso público en tierra y fluvial, ubicadas en la margen derecha del río Magdalena, en una longitud inicial aproximada de 750 metros y definitiva, en el corregimiento de Palermo, jurisdicción del municipio de Sitionuevo, departamento del Magdalena, para la construcción y operación de un puerto multipropósito de servicio público denominado Puerto Palermo, conforme al contrato de concesión portuaria No.34 de febrero 1 de 2007.

“4.2. El objeto del contrato se estipuló en la cláusula primera de la siguiente manera:

“CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO DEL CONTRATO: LA CORPORACIÓN en virtud del presente contrato, formaliza el otorgamiento a la **SOCIEDAD PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.**, de una concesión portuaria en los siguientes términos: **1.1.** Se otorga a **LA SOCIEDAD CONCESIONARIA**, el derecho a ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva el área de uso público, descrita en la Cláusula Segunda del presente contrato, a cambio de la contraprestación económica de que trata la Cláusula Décima de este contrato, a favor de la Nación — Instituto Nacional de Vías - INVIAS y del Municipio de Sitio Nuevo, o a favor y en las condiciones que determine la ley. **1.2.** El objeto del presente contrato es entonces, la entrega a **LA SOCIEDAD CONCIESIONARIA** del uso y explotación de zonas de uso público pertenecientes a la Nación por el tiempo de ejecución estipulado y para que sean destinados al servicio establecido en la solicitud a cambio de la contraprestación establecida en la Cláusula Décima de este contrato”.

“4.3. Por su parte, el párrafo tercero de la Cláusula Décima del contrato dispuso:

“PARÁGRAFO TERCERO: La Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, o quien haga sus veces, podrá reajustar la contraprestación periódicamente atendiendo a la evolución del negocio, dicho ajuste corresponderá únicamente a la actualización de las variables que se tuvieron en cuenta para el cálculo de la contraprestación inicial

según los criterios establecidos en el Decreto - 2680 del 11 de noviembre de 1993, y con el procedimiento que consagra el Código Contencioso Administrativo para las actuaciones iniciadas de oficio estipulado en los artículos 4 y 28 del C.C.A esto con fundamento al equilibrio financiero del contrato, establecido como principio de la contratación estatal e incorporado en la ley 80 de 1993, estatuto de la contratación Estatal.”

“4.4. El día 7 de febrero de 2007, mediante otro sí No. 1 se modificó la cláusula décima del contrato No. 34 de 2007, correspondiente al valor y forma de pago de la contraprestación, manteniendo lo establecido en el párrafo tercero de la cláusula modificada.

“4.5. El día 23 de diciembre de 2008, mediante otro sí No. 3, se adicionaron bienes de uso público en agua y tierra para su uso y goce en forma temporal y exclusiva, se amplió el plazo del contrato en diez (10) años y se fijó una contraprestación de Dos Millones Ciento Treinta y Dos mil Sesenta y Ocho Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 2.132.068), por el tiempo que resta de la ejecución del contrato, pagaderos en 28 cuotas mensuales de Doscientos Treinta y Seis Mil Trecientos Veintitrés Dólares de los Estados Unidos de América (US\$236.323).

“4.6. El día 7 de diciembre de 2012, CORMAGDALENA, expidió la Resolución N°405 por medio de la cual reajustó de manera unilateral e inconsulta la contraprestación a Palermo Sociedad Portuaria S.A., estableciéndola en la suma de US\$4.376.594,56

“4.7. En este mismo acto administrativo la Convocada ordenó a mi representada cancelar la suma de UN MILLON CUATROCIENTOS SETENTA Y UN MIL SEICIENTOS VEINTIUN DOLARES CON NOVENTA Y CINCO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US\$1.471.621,95), al considerar de manera discrecional la administración, que se canceló un menor valor por concepto de contraprestación entre los años 2007 y 2011, discriminándolo de la siguiente forma:

“4.7.1. Por el año 2007 US\$362.627,37

“4.7.2. Por el año 2008 US\$362.627,37

“4.7.3. Por el año 2009 US\$248.789,07

“4.7.4. Por el año 2010 US\$248.789,07

“4.7.5. Por el año 2011 US\$248.789,07

“4.8. Contra la resolución 405 de 2012 la Convocante interpuso recurso de reposición, afirmando la ilegalidad de la decisión y la arbitrariedad de la administración en el procedimiento adelantado para sustentar el reajuste de la contraprestación y el cobro retroactivo de la misma.

“4.9. Mediante Resolución 070 del 1º de marzo de 2013, CORMAGDALENA decide confirmar en todas sus partes la resolución 405 del 7 de diciembre de 2013, quedando de esta manera agotada la vía gubernativa por no proceder recursos en contra de esta disposición.

“4.10. Con la aceptación emitida por CORMAGDALENA el 10 de abril de 2013 se formalizó acuerdo de pago entre las partes, el cual se estipuló de la siguiente manera:

“4.10.1 Agosto 20 de 2013, pago por U\$30.185,59

“4.10.2 Septiembre 20 de 2013, pago por U\$30.000,00

“4.10.3 Octubre 20 de 2013, pago por U\$30.000,00

“4.10.4 Noviembre 20 de 2013, pago por U\$30.000,00

“4.10.4 Diciembre 20 de 2013, pago por U\$1.351.435,37

“4.11. La decisión de la Administración, de reajustar de manera unilateral la contraprestación estipulada en el texto del contrato y sus documentos modificatorios, así como de otorgarle efecto retroactivo al cobro de dicho ajuste, contraviene las disposiciones legales que rigen las relaciones contractuales entre los particulares y el Estado, circunstancia que justifica a todas luces la adopción de medidas que procuren evitar los perjuicios que esta decisión acarrea para mi representada.

Frente a estos hechos de la demanda se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión.

1.8. La Contestación de la Demanda y las Excepciones de Mérito propuestas por CORMAGDALENA.

Mediante apoderado debidamente reconocido por el Tribunal, la parte Convocada y Convocante en Reconvención contestó la demanda dentro de la oportunidad debida, refiriéndose a los hechos; a las pretensiones, tanto principales como subsidiarias, señalándolas de infundadas; a los fundamentos de derecho en los que se basa la demanda arbitral; e, igualmente, propuso la excepción de fondo consistente en la “*LEGALIDAD DE LAS RESOLUCIONES IMPUGNADAS*” en cuanto a:

- (i) *“La Contraprestación”* pactada;
- (ii) *“Razones de Derecho que justifican el pacto del parágrafo 3º de la cláusula 10ª”*;
- (iii) *“El parágrafo tercero contempla una fórmula de reajuste determinable”*;
- (iv) *“Para la expedición de la Resolución 405/12 se garantizó el debido proceso”*;
- (v) *“La Contraloría General concede la razón a Cormagdalena”*;

Frente a la contestación como a la excepción de mérito que propone la parte Convocada y Convocante en Reconvención, se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión.

1.9. Pretensiones de la Demanda de Reconvención:

Mediante apoderado especial, debidamente reconocido por el Tribunal dentro del proceso, la Parte Convocada y Convocante en Reconvención solicita al Tribunal despachar favorablemente las siguientes pretensiones:

El capítulo II de la demanda de reconvención presentada por el apoderado de CORMAGDALENA, se indica las pretensiones de la misma, como se lee a continuación:

“2.1. Se declare que en virtud del párrafo tercero de la cláusula décima del contrato de concesión portuaria No 34 de 2007, Cormagdalena tiene el derecho contractual a revisar y a reajustar periódicamente la contraprestación, si se dan los presupuestos indicados en el mismo.

“2.2. Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a Palermo Sociedad Portuaria S.A. pagar a Cormagdalena la suma de un millón cuatrocientos setenta y un mil seiscientos veintiún dólares con noventa y cinco centavos de dólar de los Estados Unidos de América (USD1.471.621,95), en su equivalente en pesos colombianos a la TRM vigente en la fecha de pago, o la suma que resulte probada dentro del presente proceso, por concepto del valor de reajuste de la contraprestación por los años 2007 a 2011.

“2.3. Se condene a Palermo Sociedad Portuaria S.A. pagar a favor de Cormagdalena intereses moratorios a la tasa más alta permitida por la ley sobre la suma de que trata la pretensión 2.2. desde la fecha de presentación de la demanda que dio lugar a este proceso arbitral hasta la fecha en que se verifique la solución o pago efectivo.

“2.4. Se condene a Palermo Sociedad Portuaria S.A. en costas del proceso, incluyendo las agencias en derecho.”

La parte Convocada y Convocante en Reconvención fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en su demanda de reconvención (folios 206 a 212 del Cuaderno Principal No. 1), así:

“3.1. Cormagdalena celebró con Palermo Sociedad Portuaria S.A. el contrato de concesión No 34 del 1º de febrero de 2007 para que ésta última pudiese ocupar a título de concesión y en forma temporal y exclusiva unas zonas de uso público en tierra y fluvial, en la margen derecha del río Magdalena, jurisdicción del municipio de Sitionuevo, corregimiento de Palermo (Dpto del Magdalena), con el propósito de construir y operar un puerto fluvial, a cambio de una contraprestación. El plazo del contrato inicialmente se fijó en veinte años desde la fecha de su perfeccionamiento; y la contraprestación en USD1.024.686,68.

“3.2. El contrato de concesión portuaria No 34 de 2007 estipula en la cláusula décima lo siguiente:

““CLAUSULA DECIMA: VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN: 10.1. VALOR DEL CONTRATO: El valor del presente contrato es la suma de UN MILLÓN VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS DOLARES CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$1.024.686,68) liquidado a la tasa representativa del mercado –TRM- del día del pago. 10.2. FORMA DE PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN: A partir del perfeccionamiento del presente contrato, LA SOCIEDAD CONCESIONARIA pagará de la siguiente manera la contraprestación: 10.2.1 UN MILLÓN VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS DOLARES CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$1.024.686,68), a valor presente, pagaderos dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de perfeccionamiento del contrato de concesión portuaria...o podrá pagar veinte (20) cuotas de...(US\$122.435,54)...pagaderos por anualidades anticipadas...”.

“3.3. Esta cláusula fue modificada por el Otrosí No 1 del 7 de febrero de 2007 (es decir, seis días calendario después de firmado el contrato principal), en consideración a que “...la apoderada especial del Concesionario, solicitó...se ampliara el plazo para cancelar la totalidad de la contraprestación de cinco (5) días a treinta (30) días, atendiendo a que la sociedad que representa quiere optar por la opción de cancelar la totalidad de la contraprestación, pero requiere de un período mayor para gestionar los recursos”. Y en tal sentido, se pactó modificar el plazo de pago en un solo contado, ya no de cinco días sino de treinta días contados desde el día siguiente de la fecha de suscripción del contrato de concesión; sin perjuicio de mantener el derecho de optar por el pago en 20 cuotas anuales.

“3.4. Posteriormente, con Otrosí No 3 del 23 de diciembre de 2008, las partes adicionaron al contrato bienes de uso público en agua y tierra, pactaron la ampliación del plazo del contrato a treinta años y se aumentó el valor de la contraprestación, la cual quedó en USD2.132.068.

“3.5. Si bien en el otrosí No 1 se había planteado la posibilidad de pagar en un solo contado la contraprestación en los primeros treinta días de

concesión, finalmente la concesionaria optó por la segunda alternativa contractual (contenida en el Otrosí No 3): pagarla en veintiocho cuotas anuales anticipadas, iguales y sucesivas, las cuales quedaron, a partir del año 2009, y en cumplimiento de aquel último otrosí, en USD236.323 cada una (en los dos primeros años, 2007 y 2008, antes de ese otrosí, la concesionaria pagó dos cuotas anuales por USD122.485).

“3.6. Desde el perfeccionamiento del contrato de concesión No 34 y hasta la fecha, ha permanecido vigente entre las partes el Parágrafo Tercero de esa misma cláusula décima, el cual expresa:

““La Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, o quien haga sus veces, podrá reajustar la contraprestación periódicamente atendiendo a la evolución del negocio, dicho ajuste corresponderá únicamente a la actualización de las variables que se tuvieron en cuenta para el cálculo de la contraprestación inicial según los criterios establecidos en el decreto 2680 del 11 de noviembre de 1993, y con el procedimiento que consagra el Código Contencioso Administrativo para las actuaciones iniciadas de oficio estipulado en los Artículos 4 y 28 del C.C.A., esto con fundamento al equilibrio financiero del contrato, establecido como principio de la contratación estatal e incorporado en la ley 80 de 1993, Estatuto de la Contratación Estatal”.

“La redacción del parágrafo transcrito no nació con el contrato de concesión portuaria sino antes de él, con la Resolución 000012 de enero 18 de 2007, expedida por Cormagdalena, por la cual se otorgó formalmente la concesión portuaria objeto de este proceso. Esta resolución fue notificada personalmente a Palermo Sociedad Portuaria S.A. y contra ella no se interpuso recurso alguno. El parágrafo segundo del numeral 4.3 de la cláusula cuarta de dicha resolución trae una redacción exacta al parágrafo contractual que nos ocupa. Valga aclarar que en la redacción del referido parágrafo tercero se cometió un error mecanográfico, superado por las partes, pues el decreto es el 2688 de 1993, cuyo capítulo III, art. 11, ordena que para establecer la contraprestación dentro de las concesiones portuarias se aplicará la metodología que aparece en el anexo C del documento Conpes-DNP-2680-Mintransporte-UINF del 11 de noviembre de 1993. Por eso es que en la demanda principal, que dio origen a este proceso, la demandante, dentro del acápite 6, Fundamentos Legales, numeral 6.7, Error en los presupuestos sobre los cuales se realiza el ajuste

económico del contrato, mediante el cual pretende desvirtuar el procedimiento de cálculo de reajuste de la contraprestación efectuado por Cormagdalena, arranca desde “la metodología vigente al momento del cálculo y definida en el Documento CONPES-DNP-2680-MINTRANSPORTE-UINFE del 11 de noviembre de 1993...con base en lo establecido en el Decreto 2688 del 30 de diciembre de 1993”.

“3.7. A su turno, en la cláusula novena del contrato No 34 de 2007 quedó acreditado que para la concesión portuaria otorgada a Palermo Sociedad Portuaria S.A., la determinación de la contraprestación tuvo como factor de cálculo “...un volumen aproximado de 281.000 toneladas anuales entre graneles sólidos, graneles líquidos, carga general y contenedores...”.

“3.8. En comunicación con radicado 20122000449 del 29 de marzo de 2012, Cormagdalena requirió a la concesionaria para que aportara las estadísticas de carga manejadas por el terminal portuario, en la inspección ocular anunciada en ese requerimiento; inspección que se llevó a cabo en el mes de abril y de la cual surgió el Informe de Supervisión No 5 del 30 de abril de 2012, que fue de conocimiento de la concesionaria. A partir de este informe y de la audiencia pública del 20 de junio de 2012, quedó evidencia emanada de manifestación propia de la representante de la concesionaria, que en la actualidad se han movilizado por el Puerto de Palermo volúmenes de carga superiores al millón de toneladas anuales, por lo cual se le hizo saber en la misma audiencia que tal cantidad era muy superior al estimado inicial (281.000 toneladas anuales). El 10 de agosto de 2012 se expidió el informe financiero No 123, el cual proponía tres escenarios para efectuar el ajuste del valor de la contraprestación; posteriormente, el 11 de octubre de 2012, el informe financiero No 129, el cual contemplaba modificar únicamente la variable de la carga movilizada, con base en el Informe de supervisión No 5; y finalmente, el informe financiero No 133 del 5 de diciembre de 2012, que sirvió de soporte a la resolución de reajuste, objeto de este proceso. Con la información recaudada, y plasmada en estos informes, Cormagdalena llegó a la conclusión que se estaba presentando un desequilibrio en su contra de la ecuación contractual, toda vez que la contraprestación cobrada era muy baja frente a los reales movimientos de carga e ingresos obtenidos por el Puerto de Palermo. Por lo anterior, y con base en la facultad contractual conferida por el arriba transcrito parágrafo tercero de la cláusula décima del contrato de concesión, Cormagdalena procedió a reajustar la contraprestación, por los años 2007 a 2011, mediante la Resolución 405 de diciembre de 2012, la cual fue debidamente

notificada, contra ella se interpuso recurso de reposición, y éste fue resuelto por la Resolución 070 de 2013, igualmente notificada en debida forma. La concesionaria aceptó pagar la deuda y propuso un acuerdo de pago (comunicación recibida abril 1º/13, que reposa en el expediente), aceptado por Cormagdalena.

“3.9. Mediante oficio AEF/CORMAGDALENA-04 del 15 de noviembre de 2012, la Contraloría General de la República dio traslado a esta entidad de los resultados preliminares obtenidos en desarrollo de la Actuación Especial de Fiscalización a varios contratos de concesión, entre estos al No 034 de 1997. En relación con los resultados hallados, destacamos el de la página 15, num. 5. Administrativo con presunta incidencia disciplinaria. Modelo Financiero., en el cual la Contraloría cuestiona a Cormagdalena por no haber hecho uso de su facultad de reajustar la contraprestación si se daban los motivos para el efecto:

““Se evidencia incumplimiento de la obligación contractual a cargo de CORMAGDALENA establecido en el parágrafo tercero de la cláusula décima del Contrato de Concesión 034 de 2007, Palermo Sociedad Portuaria, debido a que la entidad no ha hecho uso de la facultad de reajustar la contraprestación periódicamente atendiendo la evolución del negocio, a sabiendas que las variables para su cálculo en valores reales han superado los valores proyectados, lo cual es generador de desequilibrio financiero en el contrato a favor del concesionario, en violación de este principio establecido en el estatuto contractual, Ley 80 de 1993”.

“La anterior investigación ha demorado varios meses, Cormagdalena ha dado respuesta a los distintos requerimientos dentro de ella, y en su oportunidad informó y remitió la documentación correspondiente, sobre la expedición de la resolución 405 del 7 de diciembre de 2012, con la cual, en opinión de Cormagdalena, se cumplía satisfactoriamente con el reajuste de la contraprestación. Sin embargo, la Contraloría, con Oficio 201EE0066459 del 13 de julio de 2013, hizo entrega a Cormagdalena del Informe de Resultados de la Actuación Especial de Fiscalización, Contrato de Concesión Portuaria 034 de 2007, Palermo Sociedad Portuaria S.A., y en lo pertinente concluyó a páginas 11 a 13:

““Hecho 4. Administrativo con presunta incidencia Disciplinaria y Fiscal. Modelo Financiero Contraprestación.

“Se evidenció un presunto incumplimiento de la obligación contractual a cargo de CORMAGDALENA establecida en el parágrafo tercero de la cláusula décima del Contrato de Concesión 034 de 2007, debido a que la entidad no había hecho uso de la facultad de reajustar la contraprestación periódicamente atendiendo a la evolución del negocio, teniendo conocimiento de que las variables para su cálculo en valores reales se diferenciaban de los valores proyectados, lo cual generó un desequilibrio en la ecuación contractual a favor del concesionario...”

“Con posterioridad a la comunicación de hechos presuntamente irregulares efectuada por la CGR el 15 de noviembre de 2012...Cormagdalena expidió la Resolución 405 del 7 de diciembre de 2012, reajustando la contraprestación a US\$4.376.594,56, equivalente al pago de 30 cuotas anuales anticipadas de US\$485.112,91, y como consecuencia del reajuste, se ordenó a la sociedad portuaria a pagar US\$1.471.621,95, correspondiendo al valor cancelado de menos entre los años 2007 y 2011, lo cual implica aceptación de algunos de los aspectos señalados en los hechos comunicados...”

“No obstante reconocer que Cormagdalena acogió algunos aspectos requeridos por la Contraloría, al final expresa que la fórmula como se calculó el reajuste no fue aplicada correctamente, e insiste en que sigue presentándose un desequilibrio en contra del Estado en el valor de la contraprestación, “...ocasionando un presunto detrimento patrimonial al Estado en \$63.703,7 millones de 2011, que corresponde a la diferencia entre el valor de la contraprestación calculado por la CGR y el pagado por la Sociedad Portuaria durante el período 2009 a 2011 y ajustado mediante la Resolución 405 del 7 de diciembre de 2012 en Cormagdalena”.

“3.10. A pesar de ser un derecho contractual el de revisar y reajustar la contraprestación y de estar de acuerdo con ello la Contraloría General, quien además le exige a Cormagdalena darle cumplimiento al parágrafo en cuestión, la sociedad concesionaria inició este proceso arbitral, con el cual pretende la nulidad de las resoluciones 405 de 2012 y 070 de 2013, que ordenaron y confirmaron dicho reajuste, recordando que la misma concesionaria aceptó pagarlo a través de un acuerdo de pago. Si en un remoto caso el Honorable Tribunal decidiese que ellas son ilegales, tal declaratoria en nada afecta la validez del parágrafo tercero de la cláusula

décima del contrato de concesión portuaria No 34 de 2007 ni resta veracidad a los hechos descritos en el numeral 3.8 anterior. En consecuencia, esta demanda de reconvención pretende que a Palermo Sociedad Portuaria S.A. se le ordene pagar a Cormagdalena la suma de un millón cuatrocientos setenta y un mil seiscientos veintiún dólares con noventa y cinco centavos de dólar de los Estados Unidos de América (USD1.471.621,95), en su equivalente en pesos colombianos a la TRM vigente en la fecha de pago, o la suma que resulte probada dentro del presente proceso, por concepto de valor de reajuste de la contraprestación por los años 2007 a 2011, siempre y cuando el Tribunal considere y declare que la Resolución 405 del 7 de diciembre de 2012 de Cormagdalena, y con la cual se ordenó administrativamente el pago de ese reajuste, fue expedida ilegalmente.

“3.11. La cláusula trigésima segunda del contrato de concesión portuaria No 34 de 2007 pacta la cláusula compromisoria que permite a este Tribunal dirimir la controversia contractual puesta de presente en esta demanda de reconvención.

“3.12. Tengo poder suficiente para presentar esta demanda de reconvención

“(…)”

Frente a estos hechos se referirá el Tribunal al estudiar la materia de decisión.

1.10. La Contestación de la Demanda de Reconvención y las Excepciones de Mérito propuestas por PALERMO.

Mediante apoderado debidamente reconocido por el Tribunal, la parte Convocante y Convocada en Reconvención, contestó la demanda dentro de la oportunidad debida, refiriéndose a los hechos; oponiéndose a las pretensiones; e, igualmente, propuso las siguientes excepciones de mérito, a saber:

- (i) *“Carencia de Presupuestos Axiológicos de las Pretensiones”.*

- (ii) *“Pleito Pendiente”.*
- (iii) *“Violación al Debido Proceso”.*
- (iv) *“Inexistencia de Parámetros para Reajustar la Contraprestación”.*
- (v) *“Imposibilidad de Efectuar Cobros Retroactivos por Concepto de la Contraprestación”.*

Frente a la contestación como a las excepciones de mérito que propone la parte Convocante y Convocada en Reconvención, se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión.

1.11. Traslado de la Excepción de Mérito a la demanda arbitral y de las Excepciones de Mérito a la demanda de reconvención.

Respecto del traslado conjunto que se efectuó de las excepciones de mérito presentadas a la demanda arbitral y a la demanda de reconvención, las partes, a través de sus apoderados, recorrieron el traslado mediante sendos escritos, respectivamente. En la oportunidad, el apoderado de la parte Convocada y Convocante en Reconvención solicitó pruebas adicionales (testimonios y dictamen pericial), decretadas posteriormente por Tribunal⁸.

1.12. Concepto del Ministerio Público.

Las consideraciones del Ministerio Público fueron expuestas a través del escrito presentado por su Representante designado para el presente trámite arbitral, el 23 de abril de 2015, en el cual señaló:

“En el presente caso se debate si la demandante, PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A, tiene derecho a que el Tribunal Arbitral determine declarar la nulidad de las Resoluciones a través de las cuales se reajustó la contraprestación establecida en el contrato de concesión N° 034 de 2007, así como la que resolvió y confirmó el reajuste realizado por la sociedad CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RIO GRANDE DE LA MAGDALENA "CORMAGDALENA", habida cuenta, dice la actora, que esta no

⁸ Ver Auto No. 16 del 20 de agosto de 2014 (Acta No. 12, folios 323 a 350 Cuaderno Principal No. 1).

tenía la facultad necesaria para hacer dicho reajuste inconsultamente y de manera unilateral.

“Así las cosas, lo primero que habría que decir al respecto es que el contrato es ley para las partes tal y como claramente lo prescribe el artículo 1602 del Código Civil, y por tanto "...no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales", lo que nos permite señalar en principio, que todo aquello que las partes suscribientes de un contrato plasman y libremente consienten en él es precisamente o lo que tienen que hacer o a lo que se tienen que atener.

“Para el asunto que nos ocupa, lo anterior significa que para poder determinar si existe un hecho que genere obligaciones en cabeza de una o más personas se hace necesario analizar no solo las manifestaciones que hicieron las mismas partes en el texto del contrato suscrito, sino además si tales manifestaciones se encuentra sostenidas en el correspondiente ordenamiento jurídico, razón por la cual debemos remitirnos al artículo 1494 ibídem, que al tenor dice que: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones;..." .

“De acuerdo con lo anterior, lo primero que se hace necesario anotar, desde luego referido al centro del debate, es que el objeto del contrato de concesión celebrado, según el mismo texto, ha sido "la entrega a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA del uso y explotación de zonas de uso público pertenecientes a la Nación... a cambio de la contraprestación establecida en la Cláusula Décima de este contrato", y como de lo que trata el conflicto jurídico planteado es, precisamente, sobre el reajuste de tal contraprestación, sólo a eso se va a concretar la emisión del presente concepto. (subrayado fuera de texto)

“Manifiesta la sociedad actora en el escrito contentivo de la demanda, que los días 7 de febrero de 2007 y 23 de diciembre de 2008 se efectuaron consensualmente unas modificaciones a la cláusula décima del contrato, la última de ellas consistente en la adición de bienes al objeto del contrato, en ampliar el plazo del mismo a 10 años y en aumentar la contraprestación a US\$2.132.068, pero que, sin embargo, posteriormente, el 7 de diciembre de 2012, de manera unilateral e inconsulta CORMAGDALENA realizó un nuevo ajuste a dicha contraprestación mediante la ya aludida Resolución 405,

ordenándole igualmente la cancelación de US\$14741.624,95 (sic), aduciendo para ello que para los años 2007 a 2011 se le había cancelado un menor valor. "Se hace pertinente señalar desde ya, que si bien PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. impugnó los actos administrativos base jurídica del reajuste, posteriormente afirma que el 10 de abril de 2013 CORMAGDALENA aceptó "el plan de pagos" que anteriormente le había propuesto el 1 de abril del mismo año, plan de pagos que finalmente no fue cumplido habida cuenta de la iniciación de este proceso arbitral, lo cual se hizo seguramente con base en lo manifestado en el mismo escrito de la demanda cuando expresa que el ajuste de la contraprestación "contraviene las disposiciones legales que rigen las relaciones contractuales".

"Veamos, entonces, qué es lo que las partes convinieron y señalaron en el párrafo tercero de la cláusula décima del contrato de concesión suscrito:

"La Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, o quien haga sus veces, podrá reajustar la contraprestación periódicamente atendiendo a la evolución del negocio, dicho ajuste corresponderá a las variables que se tuvieron en cuenta para el cálculo de la contraprestación inicial según los criterios establecidos en el Decreto 2680 del 11 de noviembre de 1993, y con el procedimiento que consagra el Código Contencioso Administrativo para las actuaciones iniciadas de oficio estipulado en los artículos 4 y 28 del C.C.A. esto con fundamento al equilibrio financiero del contrato, establecido como principio de la contratación estatal e incorporado en la ley 80 de 1993".

"El Ministerio Público ha hecho la transcripción del párrafo tercero de la cláusula décima del contrato, por considerar que es ahí de donde nace el problema jurídico planteado y además en donde se encuentra la posible solución del mismo, o por lo menos parte importante de ella, pues en dicho párrafo, en concepto de esta agencia, se encuentran sino no todos sí varios de los elementos que ayudaran de manera eficaz a resolver el conflicto jurídico en litis.

"A fin de empezar a desarrollar lo antes afirmado, empezaremos por enunciar y enumerar los elementos a los que de forma general se hizo mención allí, de la siguiente manera:

"1.- CORMAGDALENA podrá reajustar la contraprestación periódicamente atendiendo a la evolución del negocio.

“2.- El reajuste se tendrá que someter a las mismas variables que se tuvieron en cuenta para el cálculo de la contraprestación inicial.

“3.- Además se tendrán que utilizar tanto los criterios que para el efecto se establecieron en el decreto 2680 de 1993, como lo prescrito, para las actuaciones iniciadas de oficio, en los artículos 4 y 28 del C.C.A.

“4.- El reajuste se hará con fundamento en el denominado equilibrio financiero del contrato, principio que se encuentra incorporado en la ley de contratación estatal contenida en la ley 80 de 1993.

“En cuanto al primer punto, debemos decir que es claro e indubitable que CORMAGDALENA podía reajustar la contraprestación plasmada de común acuerdo por las partes en el contrato de concesión, ya que se hace válido repetir que de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil los convenios que las mismas plasman en el contrato es ley para ellas y no pueden ser invalidados sino por consentimiento mutuo o por causas legales, situación que en el sub lite no se dio pues ninguna de las partes ha manifestado el acontecimiento de tal circunstancia. En consecuencia, no hay nada que aclarar ni debatir en relación con las facultades de Cormagdalena para reajustar la contraprestación, ya que dicha facultad fue otorgada a esta por la misma voluntad libre de las partes.

“En relación con lo que toca al segundo punto, es decir, a que el aludido reajuste tendría que efectuarse teniendo en cuenta las mismas variables económicas que se sirvieron de análisis para la fijación de la contraprestación inicial, preciso es decir que si esa serie de elementos se tuvieron en cuenta como base para tomar la determinación del reajuste en cuestión, en concepto del Ministerio Público el mismo sería totalmente válido ya que en la ley contractual, que contiene el aludido párrafo, nada se mencionó que para ello fuese necesario acudir a la voluntad del contratista; dicho de otro modo, si en desarrollo del objeto del contrato se llegó a presentar la alteración de las diversas variables o factores económicos y financieros requeridos para ello, Cormagdalena podía reajustar la pluricitada contraprestación así tal acto hubiese sido llevado a cabo de manera unilateral.

“Respecto del tercer punto, esto es, a que para poder efectuar el reajuste de la contraprestación en debida forma será necesario aplicar los parámetros que

para ese efecto menciona el decreto 2680 de 1993 y los artículos 4 y 28 del C.C.A., lo primero que habría que reseñar en ese sentido es que al parecer hubo una equivocación al citar dicho decreto en el texto del contrato, ya que el mencionado decreto 2680 del 29 de diciembre de 1993 no es el que se debe aplicar para este tipo de casos sino el 2688 de 1993 (30 de diciembre), que es el que habla precisamente del "PLAN DE EXPANSIÓN PORTUARIA PARA EL PERIODO 1993-1995", y en el que además se dice que se incluye el documento CONPES-DNP-2680. En cuanto a lo que se refiere a la materia contractual, el 2680 sólo hace alusión en el Capítulo IV a "La celebración de los contratos o convenios marco para la administración y manejo de los recursos de la participación de cada Resguardo Indígena en los ingresos corrientes de la Nación".

“Como ya antes se anotó, es en el decreto 2688 de 1993 de donde se pueden sacar los parámetros de que se habla en el párrafo tercero de la cláusula décima del contrato celebrado, y fue allí en donde expresamente se dijo que dicha norma se expedía para regular el Plan de Expansión Portuaria, y en donde se mencionaron temas tales como las regiones en donde convenía instalar los puertos y la forma como deberían efectuarse las inversiones públicas y privadas en las correspondientes zonas portuarias. Si esta parte del párrafo tercero fue aplicada o no para realizar el cuestionado reajuste, es algo que necesariamente deberá examinarse y verificarse a fin de poder expedir en debida forma el correspondiente Laudo Arbitral.

“Sin embargo, también se hace necesario anotar que dentro del punto en cuestión habría otra exigencia de la que tendríamos que hablar, y es la del cumplimiento de los artículos 4º y 28 del Código Contencioso Administrativo, que en cuanto a lo que interesa a este proceso señalan lo siguiente:

““Artículo 4º. CLASES -PERSONAS QUE PUEDEN INICIAR ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS- Las actuaciones administrativas podrán iniciarse:

“1. (...)

“4. Por las autoridades, oficiosamente.

“DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS INICIADAS DE OFICIO

“Artículo 28. DEBER DE COMUNICAR. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar

afectados en forma directa, a estos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

“En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35.

“Artículo 14. CITACIÓN A TERCEROS. Cuando... o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que puedan estar directamente interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos. La citación se hará por correo a la dirección que se conozca si no hay otro medio más eficaz.

“(...)

“Artículo 34. PRUEBAS. Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas...

“Artículo 35. ADOPCIÓN DE DECISIONES. Habiéndose dado la oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

“Me he permitido realizar la transcripción de estos artículos, habida cuenta de que al parecer al contratista no se le comunicó ni se le hizo parte cuando se llevó a cabo la actuación administrativa que condujo a la toma de la decisión de reajustar la contraprestación contractual, lo cual a simple vista nos conduciría a pensar que en ese sentido no se tomó en cuenta la aplicación de ese requisito para llevar a cabo la actuación administrativo, razón por la cual el Tribunal Arbitral tendrá que analizar tal situación, para lo cual deberá tener en cuenta, de todas maneras, que no obstante presentarse esa falencia en el procedimiento administrativo, posteriormente, después de la expedición y confirmación de la Resolución atacada, hubo una aceptación y acuerdo de pago por parte de PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A., como consta en este expediente; con un elemento adicional, que igualmente tendrá que mirarse el denominado equilibrio económico del contrato, el que sustancialmente busca que haya una verdadera equidad en las relaciones económicas del mismo.”

1.13. Audiencia de Laudo.

La audiencia de laudo se fijó para el veintidós (22) de junio de dos mil quince (2015), mediante Auto No. 26 proferido en la audiencia de alegatos celebrada nueve (9) de abril de dos mil quince (2015), notificado en estrados (Acta No. 21, folios 577 a 581 del Cuaderno Principal No. 2); y aclarado mediante Auto No. 28 del catorce (14) de abril de dos mil quince (2015) (Acta No. 22, folios 652 a 654 del Cuaderno Principal No. 2), el cual fuera notificado por estado a través de la Secretaría Virtual del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (folio 655 del Cuaderno Principal No.2).

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal se ocupará ahora del estudio y decisión de las pretensiones de la demanda arbitral, las excepciones a la demanda, de las pretensiones de la demanda de reconvención y de las excepciones a la demanda de reconvención presentadas, de acuerdo con las pruebas regular y oportunamente allegadas y practicadas en el proceso, y de acuerdo con las normas jurídicas aplicables al caso.

2.1. LA ACCIÓN JUDICIAL IMPETRADA

La acción promovida por la convocante PALERMO Sociedad Portuaria S.A. es la consagrada en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), persigue la nulidad de un acto administrativo contractual expedido por CORMAGDALENA, entidad estatal convocada y, como consecuencia de ello, el restablecimiento de derecho orientado a la devolución de una suma determinada de dinero pagada en razón a la ejecución del Contrato de Concesión portuaria

No.0034 de 2007, indexada y con sus rendimientos económicos, como pretensiones principales. Solicita, además, la condena en costas y agencias en derecho.

La convocada, CORMAGDALENA, como se dijo anteriormente, en oportunidad legal propuso demanda de reconvención enderezada a que, de conformidad con lo pactado expresamente en el Parágrafo Tercero de la Cláusula Décima del Contrato de Concesión Portuaria No.0034 de 2007, se le reconozca el derecho a reajustar la contraprestación económica pactada en el precitado contrato, demanda que surtió el trámite de rigor, razón por la cual igualmente será objeto de decisión por el Tribunal.

2.2. DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL EN EL CASO CONCRETO

La convocada y convocante en reconvención, CORMAGDALENA, en su escrito de contestación de la demanda, al referirse a los acápites 2 y 3 incorporados en la convocatoria presentada por PALERMO Sociedad Portuaria S.A., esto es, "*Consideraciones previas de orden procesal*" y "*Consideraciones generales sobre la procedencia y oportunidad de la acción*", manifestó que:

"(...) Los tribunales de arbitramento son competentes para conocer y dilucidar las diferencias que surjan entre las partes de un contrato estatal, pero en tratándose de los actos administrativos producidos durante su desarrollo únicamente se extiende esa competencia a las consecuencias económicas de los mismos, no a definir su legalidad (...)"

Por lo que solicitó:

"(...) analizar y aclarar este tema en la primera audiencia de trámite en la cual deberá resolver sobre su propia competencia".

A ello el Tribunal, en efecto, procedió en la primera audiencia de trámite en los términos que registra el Auto No.15 del 20 de agosto de 2014, contenido en el Acta No. 12 de la misma fecha (folios 323 a 350 Cuaderno Principal No.1), providencia notificada en estrados y que no fue recurrida por los apoderados de las partes, quienes manifestaron no tener objeción alguna.

No obstante haber analizado a profundidad esta solicitud en la Primera Audiencia de Trámite como se indicó, y pese a no haber sido propuesta como una excepción propiamente dicha por parte de la Convocada y Convocante en Reconvención en este trámite, vale la pena ratificar las consideraciones al respecto:

2.2.1. La competencia del Tribunal no comprende examen alguno del ejercicio de las potestades excepcionales o de poderes exorbitantes de los cuales está investida la administración pública cuando celebra contratos como el de concesión. Su labor decisoria se orienta a verificar, conforme a los límites propios de la contención, si el reajuste de la contraprestación, contenido en las varias veces mencionadas resoluciones, por parte de CORMAGDALENA, fue acorde con la regulación contractual y con las disposiciones legales aplicables; en tal sentido debe establecer si obedeció a un ejercicio ordinario de desarrollo contractual mediante la interpretación de las previsiones pactadas en el contrato, como es planteado por la convocada y convocante en reconvención, o si media una conducta abusiva o violatoria del contrato y de las disposiciones legales, como lo señala el convocante y convocado en reconvención; una y otra postura indicadas tanto en la demanda arbitral como en la de reconvención.

2.2.2. La competencia del Tribunal proviene de la cláusula compromisoria pactada en el contrato de concesión, cuyos términos son los siguientes:

"Cláusula Trigésima Segunda. Solución de conflictos. Cláusula compromisoria. *Cualquier conflicto que surja de orden económico entre la Sociedad Portuaria beneficiaria de la concesión y la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, o quien haga sus veces, y no se pueda resolver por medios auto compositivos, deberá someterse ante un Tribunal de Arbitramento, que las partes escogerán de común acuerdo, lo cual deberán hacer dentro de los quince (15) días siguientes posteriores a la notificación de una de las partes a la otra de la necesidad del tribunal, con el número de árbitros que dispongan para el efecto, si no hay acuerdo, ante el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, con tres árbitros que serán designados por esta de la lista que tienen para tal fin y de acuerdo al reglamento de la misma.*

Parágrafo. La cláusula compromisoria no limita en ningún aspecto la potestad administrativa que tiene la Corporación Autónoma Regional de Río Grande de la Magdalena, de declarar la caducidad ante el incumplimiento de las obligaciones, la interpretación, liquidación y modificación unilateral u cualquier otra cláusula exorbitante o especial que la ley o la jurisprudencia le otorgue a la administración pública."

La cláusula transcrita contenida en el Contrato de Concesión Portuaria del 1º de febrero de 2007 suscrito por el señor Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, CORMAGDALENA y la representante legal de la sociedad concesionaria PALERMO Sociedad Portuaria S.A., no fue objeto de modificación en los varios otrosíes suscritos entre las mismas partes, ni en el número 1 del 7 de febrero de 2007, ni en el número 2 del 20 de marzo de 2007, ni tampoco, por el último, el número 3 del 23 de diciembre de 2008.

En desarrollo de la misma, conforme a la secuencia visible en el expediente, las partes emplearon los mecanismos procesales correspondientes tales como trabar el litigio mediante la presentación de la demanda arbitral, su contestación, la proposición de excepciones, su traslado y respuesta, al propio tiempo que la aducción

de la demanda de reconvención y su trámite, al igual que la integración del Tribunal.

2.2.3. Debe desatacarse que el pacto arbitral contenido en la cláusula compromisoria transcrita de manera coherente con las jurisprudencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, así como respecto de la legislación pertinente, delimita el alcance de la capacidad decisoria del tribunal de arbitramento y del ámbito del arbitraje cuando la controversia tiene como objeto una controversia de orden económico, suscitada en el contrato de concesión asociado con una actuación administrativa y la cláusula compromisoria es inequívoca en delimitar que se trata, de un lado, su referente normativo a conflictos de orden económico y de otro, que la cláusula inhibe su eficacia frente a asuntos vinculados con el ejercicio de las facultades exorbitantes dentro del contrato de concesión.

2.2.4. El pacto arbitral contenido en la cláusula compromisoria, eficaz para la asunción de competencia, fija los criterios y límites para la actuación del Tribunal, esto es, controversias de índole económica como lo es la disputa en torno a la contraprestación liquidada al amparo del otrosí número 3, que carece de vínculo con hipótesis alguna entorno al ejercicio de los poderes exorbitantes con los que cuenta la Administración; pues, la diferencia contractual que provoca la oposición de intereses se aplica respecto de un ejercicio concreto vertido en sendos actos administrativos que liquidan una contraprestación; y no, como se ha dicho⁹, un desarrollo de una facultad exorbitante en los contratos estatales.

⁹ En los cuales, como lo ha señalado la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, *"el reconocimiento de poderes excepcionales a la administración que le permiten extinguir el vínculo contractual para asegurar la primacía de los intereses públicos o sociales que están vinculados a la realización del objeto del contrato"*. Sentencia C-136 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell, reiterado luego entre otras providencias por la C-400 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-620 de 2012, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

2.2.5. Para el Tribunal la controversia no se trata del ejercicio de una facultad exorbitante como la caducidad, interpretación, liquidación y modificación unilateral, en cuyo caso carecería de competencia tanto por aplicación de la legislación como de la propia cláusula compromisoria¹⁰.

2.2.6. Como atrás se dijo, en la contestación de la demanda arbitral se mencionó la falta de competencia del Tribunal, la que se evaluó y determinó por parte de éste en el auto también ya citado. Con ello debe relevarse que el estudio acerca de la competencia de este Tribunal, fue un asunto traído al trámite en la oportunidad de la contestación de la demanda, sin que luego haya sido tratado de nuevo en el resto del trámite arbitral. Por tanto, en cuanto tiene que ver con la alegación de falta de competencia, el Tribunal registra su invocación en la oportunidad legal prevista para los efectos, sin que ninguna de las partes hubiese recurrido en la oportunidad debida la respectiva providencia bajo la cual el tribunal asumió competencia.

2.2.7. Corolario de lo anterior, el Tribunal ha asumido competencia con base en el desarrollo de la cláusula compromisoria vigente prevista en el contrato de concesión; en la determinación adoptada en la audiencia de la cual da cuenta el auto número 15 del 20 de agosto de 2014, contenido en el Acta número 12 de la misma fecha, providencia anterior que quedó notificada en estrados sin que contra ella se interpusiera recurso por parte de los señores apoderados de las partes, quienes además manifestaron no tener objeción alguna; en la disposición contenida en el inciso 3 del artículo 1 de la ley 1563 de 2012 que a su vez integra la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

¹⁰ Ver Cláusula Trigésima Segunda del Contrato de Concesión 034 del 1º de febrero de 2007 (folio 10 del Cuaderno de Pruebas No.1).

2.2.8. Por su parte, la competencia de la jurisdicción arbitral viene dada inicialmente, por lo que establecen el artículo 116 de la Constitución Política de 1991, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo No.03 de 2002, y la Ley 1563 de 2012, artículo 1º, inciso final¹¹.

2.2.9. Para conocer de la pretensión de nulidad de actos administrativos que se profieran dentro de un contrato estatal, es preciso recordar las reglas jurídicas establecidas tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, al abordar el estudio de las normas de competencia arbitral que regían antes de la entrada en vigencia de la ley 1563 –12 de octubre de 2012-, esto es, los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, que si bien fueron derogados expresamente por el artículo 118 del referido Estatuto de Arbitraje a partir de esa fecha, tales consideraciones fueron recogidas en la nueva codificación y resultan aplicables para su interpretación normativa.

¹¹ La convocatoria fue promovida el día 20 de junio de 2013 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, cuando ya había entrado en vigencia la Ley 1563 de 2012 “Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional”, siendo ésta la codificación aplicable al caso concreto. En su artículo 119 dispuso:

“Artículo 119. VIGENCIA. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia.”

Los procesos arbitrales en curso a la entrada en vigencia de esta ley seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores.” (Subrayas por fuera de texto original).

Ello en concordancia con lo dispuesto en el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012 “Código General del Proceso”, que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887:

“Artículo 624. Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:

Artículo 40. (..) La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad. (Subrayas por fuera de texto original).

2.2.10. La sentencia C-1436 de 2000, mediante la cual se estudió la constitucionalidad de los referidos artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, los declaró exequibles, previas las siguientes conclusiones:

“Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política. Tal es la orientación, entre otras, de las sentencias de 15 de marzo de 1992 y 17 de junio de 1997, proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

(...)

Así las cosas, pese a que las normas acusadas de la ley 80 de 1993 no señalan expresamente que los árbitros tienen la competencia para pronunciarse en relación con los actos administrativos de carácter unilateral que dicta la administración, con fundamento en la autoridad que le es propia y reconocida expresamente por el legislador, para salvaguardar el interés público que está implícito en los contratos estatales y lograr el cumplimiento de los fines estatales, éstas tampoco pueden interpretarse en tal sentido, pues ello desconocería no sólo la naturaleza del mecanismo arbitral, sino las potestades del Estado, en cuanto a la administración de justicia y su indelegabilidad en aspectos que son esenciales a él.

(...)

En virtud de lo dicho, esta Corporación habrá de declarar exequibles los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para

pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.”

2.2.11. La Corte Constitucional, excluyó del conocimiento de los árbitros, en el marco de controversias originadas en contratos estatales, la legalidad de los actos administrativos proferidos en ejercicio de sus facultades excepcionales, luego entonces, no los deshabilitó para conocer de los demás asuntos, incluidos aquellos en donde se procure revisar la legalidad de actos administrativos que no sean el producto de tales facultades¹².

A partir de ese pronunciamiento constitucional, el Consejo de Estado, después de haber sostenido posiciones diametralmente divergentes, arribó a la interpretación única y actual mediante reiterada jurisprudencia, según la cual, el control de legalidad de los actos administrativos contractuales que no fueran expedidos en ejercicio de las facultades excepcionales, no se hallaba excluido de la competencia arbitral:

“En materia contractual se encuentran excluidos de la competencia de los árbitros i) los actos administrativos de contenido particular y concreto que se expidan en ejercicio de potestades o facultades excepcionales en los términos previstos por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-1436 de 2000 y ii) los actos administrativos de carácter general proferidos en desarrollo de la actividad contractual de la Administración. Podrán, en cambio, ponerse en conocimiento de los árbitros los actos administrativos contractuales de contenido particular que no provengan del ejercicio de facultades excepcionales, dado que respecto de tales actos se reconoce la capacidad dispositiva de las partes, según se desprende de la misma sentencia C-1436 de 2000 en consonancia con los artículos 70 y 71 de la Ley 446 de 1998.”¹³

¹² Criterio constitucional acogido por el Congreso de la República y plasmado en la exposición de motivos del proyecto de ley finalmente aprobado y sancionado como Ley 1563 de 2012, consignada en las Gacetas 108 del 27 de marzo de 2012 (página 8-9) y 321 del 6 de junio de 2012 (página 6).

¹³ H. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 2008, exp. 36.644. Ver también: Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2005, exp. 25.489.

“ (...) la Sala encuentra que el condicionamiento que se ha venido mencionando fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos actos administrativos –cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros– son precisamente los que profieren las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir: a) interpretación unilateral del contrato; b) modificación unilateral del contrato; c) terminación unilateral del contrato; d) sometimiento a las leyes nacionales; e) caducidad y f) reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión¹⁴ (...)”.

“(...) lo cierto es que los únicos actos administrativos cuyo control se encuentra excluido de la competencia arbitral son, en vigencia de la Ley 80 de 1993, aquellos dictados en ejercicio de las potestades consagradas exclusivamente por el artículo 14 (en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 eran los señalados en el artículo 76), pues así lo entendió la Corte Constitucional al pronunciar la exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, de modo que los demás actos administrativos proferidos en desarrollo de la relación contractual no se hallan excluidos de la competencia arbitral.¹⁵”

2.2.12. Ese devenir jurisprudencial, fue el recogido finalmente por la Ley 1563 de 2012, que incluso va más allá y en el artículo 1º, inciso final, mencionado, estableció para los efectos pertinentes, que en los tribunales en que intervenga una entidad pública, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos

¹⁴ H. Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia del 10 de junio de 2009, exp.36252.

¹⁵ H. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de febrero de 2013, exp.20.521.

administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales¹⁶, el laudo deberá proferirse en derecho.

2.2.13. La Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, de creación de rango constitucional, mediante el artículo 331 de la Carta Política, y organizada en los términos señalados en la Ley 161 de 1994 como un ente corporativo especial del orden nacional con autonomía administrativa, presupuestal y financiera, dotada de personería jurídica propia, que funciona como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, sometida a las reglas de las sociedades anónimas, profirió las dos resoluciones demandadas; decisiones que constituyen actos administrativos en cuanto contienen una decisión directa, definitiva y motivada¹⁷ -en torno al reajuste del valor de la contraprestación aplicable exclusivamente al contrato de concesión portuaria 034 de 2007-, adoptada por una autoridad¹⁸, esto es, que se encuentran en

¹⁶ Se resalta como, bajo el pretexto de señalar el tipo de laudo que debe proferirse en esos eventos, la norma extiende su competencia a los efectos económicos de los actos administrativos expedidos en ejercicio de cláusulas excepcionales de las autoridades, lo cual representa tal avance en la materia, que entrar a resolver las pretensiones de nulidad en el caso bajo estudio, le permite al Tribunal mantenerse dentro de los límites que procuran no transgredir el orden público.

¹⁷ Artículo 42 y 43 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA:

“Artículo 42. Contenido de la decisión. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada.

La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos.

Artículo 43. Actos definitivos. Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación.”

¹⁸ Artículo 2 del CPACA:

“Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades. (...)”

firme por cuanto han surtido la ritualidad exigida por la ley para los efectos, relacionadas con la interposición y decisión del recurso de reposición¹⁹, así como sus respectivas notificaciones y ejecuciones, ya que se convino, para darles cumplimiento, un acuerdo de pago fechado el 10 de abril de 2013 –hecho 4.10 del escrito de convocatoria, aceptado como cierto por la convocada- (folio 7 y 181, respectivamente, del Cuaderno Principal No.1).

2.2.14. Como cierto, también tiene este Tribunal, que se está en presencia de un contrato estatal, pues se trata de una concesión de las denominadas portuarias según lo define el artículo 5.2 de la Ley 1 de 1991²⁰, en cuyo objeto, la Corporación le otorgó a la Concesionaria, el derecho a ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva el área de uso público, descrita en su Cláusula Segunda, a cambio de la contraprestación económica de que trata su Cláusula Décima, a favor de *“La Nación-Instituto Nacional de Vías-Invias y del municipio de Sitio Nuevo, o a favor y en las condiciones que determine la ley”*, es decir, el objeto de dicha concesión fue la entrega a la concesionaria del uso y explotación de zonas de uso público pertenecientes a la Nación, por un tiempo de ejecución estipulado y para que sean destinados al servicio establecido en la solicitud a cambio de la contraprestación pactada para los efectos.

¹⁹ Artículo 87 del CPACA:

*“Artículo 87. Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:
(...)”*

2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos. (...)”

²⁰ *“Artículo 5º. Definiciones. Para la correcta interpretación y aplicación de esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:*

(...)”

5.2. Concesión portuaria. La concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos. (...)” Ver también: H.Corte Constitucional, Sentencia C-068 de 2009, M.P.: Mauricio González Cuervo.

2.2.15. Asimismo, revisadas las partes considerativas y resolutivas de los actos *sub júdice*, no se observa la implementación, por parte de la Convocada y Convocante en Reconvención, de cláusulas excepcionales como fundamento de las decisiones allí vertidas, en la forma como lo dispone el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, y por tanto, para los fines de decidir acerca de su competencia, el Tribunal no contempla que aquéllas sean el resultado del uso de los referidos poderes reservados exclusivamente a las autoridades.

2.2.16. Luego entonces, a partir de lo anterior, estas pretensiones formuladas por el Convocante y Convocado en Reconvención, que solicitan la nulidad de las Resoluciones Nos. 405 del 7 de diciembre de 2012 y 070 del 1º de marzo de 2013, al ser concebidas como actos administrativos contractuales de contenido particular expedidos en desarrollo de una concesión pública y en ejercicio de potestades distintas a las excepcionales, son susceptibles de ser conocidas en sede de arbitraje por el Tribunal, manteniéndose en todo caso, dentro de los límites que procuran no transgredir el orden público bajo las consideraciones jurisprudenciales expuestas.

2.2.17. De igual forma, es competente el Tribunal, para decidir de fondo las pretensiones que a título de restablecimiento del derecho y como consecuencia de las nulidades deprecadas, formuló el Convocante y Convocado en Reconvención, en la medida en que recaen completamente sobre factores de orden pecuniario que por su misma naturaleza, devienen en transigibles y sujetos a la competencia del Tribunal.

2.3. SOBRE LA TACHA DE LOS TESTIMONIOS

Durante el trámite arbitral hubo sendas tachas respecto de tres testigos, frente al señor EDUARDO BARNEY ARANGUREN por parte del apoderado de la Convocada y Convocante en Reconvención; y frente a las señoras CLAUDIA MARCELA MAYORGA VILLA y MARTHA OSPINO BARRIOS, hechas por el señor apoderado de la Convocante y Convocada en Reconvención.

Respecto de las mencionadas tachas su fundamento lo constituye, (i) por una parte, su relación laboral con la Convocante y Convocada en Reconvención del señor BARNEY ARANGUREN, circunstancia observada por el apoderado de CORMAGDALENA²¹ como sospechosa para fundamentar su tacha; y (ii) por otro, en virtud del vínculo existente como asesora externa y funcionaria de CORMAGDALENA, respectivamente, de las señoras MAYORGA y OSPINO, lo que a juicio del apoderado de PALERMO se erige en motivo de eventual sospecha, en los términos de las disposiciones legales aplicables²².

Para el Tribunal la circunstancia que los testigos tachados hubiesen tenido una relación con las partes, por efecto de asesoría y/o vínculo laboral, no implica necesariamente que haya un espectro de desconfianza o recelo de tal magnitud que indefectiblemente hayan de conducir a desechar el testimonio.

La relación de asesoría o vínculo implica, en principio, un conocimiento del asunto sobre el que se le interroga y en la valoración en conjunto de los restantes testimonios y de los otros medios probatorios, el dicho del testigo puede revestir razonables características de provecho para establecer la verdad procesal, esto

²¹ Como se indica en el numeral 1.4.9 de los antecedentes de este laudo.

²² Como igualmente se señaló en el numeral 1.4.10 ídem.

es, no por el hecho de esa precedente relación ha de señalarse como inservible el testimonio.

De manera concreta de los testimonios rendidos por los testigos que fueron tachados, la valoración no apareja dudas o falacias.

En tal sentido, el Tribunal no advierte razones para restarle eficacia al dicho de los testigos de los cuales hubo tacha y, por tanto, apreciará su dicho con los otros medios probatorios allegados oportunamente al proceso.

2.4. NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES DEMANDADAS POR VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

Habiéndose evacuado la parte preliminar relacionada con la competencia del Tribunal en el caso concreto, se procederá con el consecuente estudio del primer fundamento de las pretensiones del escrito de convocatoria, la excepción formulada por la convocada y convocante en reconvención y el respectivo análisis probatorio.

La convocante y convocada en reconvención, sociedad PALERMO, le endilga a CORMAGDALENA que en su actuación administrativa ha infringido diversas disposiciones constitucionales y legales, también que se ha excedido frente a lo previsto y pactado en el contrato, al propio tiempo que *"con la expedición de las resoluciones demandas se ha violado de forma evidente el debido proceso administrativo"* (página 27 del escrito de demanda). En apoyo de su afirmación la demandante indica que la demandada Cormagdalena *"no siguió el procedimiento que se señaló en el contrato para efectuar la modificación a la que se alude en la resolución 405 de 2012"*. En tal sentido señala que era *"menester que la Contratante le informará a mi representada sobre la*

iniciación del procedimiento administrativo con el cual se pretendía reajustar la contraprestación".

Por ello afirma, que el acto en cuestión se encuentra viciado de nulidad por haber sido expedido *"con desconocimiento de los derechos de defensa o audiencia, según lo establece el artículo 137 de la ley 1437 de 2011 y por ello se impone tal declaratoria de nulidad para salvaguardar la integridad del ordenamiento jurídico"*. El cargo culmina con la consideración que Cormagdalena, a juicio del demandante, habría vulnerado también el principio de publicidad de las actuaciones y decisiones judiciales y administrativas.

A su vez, la parte demandada, en el escrito de contestación de la demanda afirmó en su capítulo de "EXCEPCIONES DE FONDO", numeral 4, *"Para la expedición de la Resolución 405/12 se garantizó el debido proceso"*, haber requerido información de estadística de carga manejada por el terminal portuario, haber practicado una inspección en el mes de abril de 2012 cuyas conclusiones se encuentran en el informe de supervisión del 30 de abril de 2012, haber quedado en evidencia en audiencia del 20 de junio de 2012 el aumento de los volúmenes de carga superiores al millón de toneladas anuales, haberse expedido el informe financiero No.123 contentivo de tres escenarios para efectuar la modificación del monto de la contraprestación, al propio tiempo que los informes financieros No.129 y 133.

Concluye así que por diversos medios se comunicó a la sociedad concesionaria la investigación adelantada por Cormagdalena. Además, que la Resolución No. 405 de 2012, fue notificada y de la misma se interpuso en oportunidad el correspondiente recurso de reposición, que se decidió mediante la Resolución No. 070 de 2013.

Se trata de establecer si en la expedición de las Resoluciones que son

objeto de solicitud de nulidad, hubo o no satisfacción de los requisitos legales. El convocante, la sociedad portuaria PALERMO, reprocha que en la expedición de dichos actos administrativos, la entidad demandada habría prescindido de cumplir con el debido proceso y careció de oportunidad de dar a conocer sus opiniones, al paso que la entidad demandada, CORMAGDALENA, afirma haber cumplido con el debido proceso, para lo cual enumera diversas actuaciones.

Para esclarecer este aspecto de la controversia el Tribunal habrá de remitirse a las pruebas visibles en el expediente. Se precisa que de las pruebas solicitadas, decretadas y practicadas durante el proceso arbitral cuya controversia se decide en el presente laudo, las partes no manifestaron ninguna objeción o reparo respecto de su decreto o práctica, es decir, que media plenitud en este aspecto.

Respecto del cargo endilgado de quebranto del debido proceso, el Tribunal hace las siguientes consideraciones: En primer lugar debe indicarse que el debate versa sobre dos resoluciones emitidas por la Dirección General de CORMAGDALENA contentivas de ajustes alrededor de la contraprestación prevista en el contrato.

La controversia delimitada por las partes es ajena al proceso de formación del contrato de concesión en sí mismo considerado, en cuyo caso el ataque de nulidad se habría vinculado con otras hipótesis, no obstante lo cual, se estima necesario precisar que concurren las condiciones de validez del contrato indicados en la legislación civil y mercantil, aplicables a la contratación administrativa por expresa remisión legal, lo que significa presencia de capacidad, consentimiento ausente de vicios, objeto y causa lícita, cumplimiento de formalidades señaladas por la ley y sujeción a disposiciones imperativas.

La ley 80 de 1993 incorpora las previsiones del derecho común o privado a la contratación estatal, si bien en el artículo 44 adiciona

causales de nulidad absoluta. El principal efecto de una nulidad absoluta implica la ausencia de cualquier efecto contractual, desde el inicio del contrato.

El Tribunal precisa que del contrato de concesión analizado no hay contención ni ataque vinculado con la formación del contrato ni tampoco con una nulidad del contrato, sino en torno del alcance de una interpretación derivada de una condición contractual. Tal precisión es útil para efectos de la interpretación de algunas de las condiciones del contrato de concesión y de la disputa examinada, lo que se hace en varios apartes o acápites del laudo.

En segundo lugar, una de las garantías más importantes que rigen la actuación administrativa contractual es el debido proceso administrativo que se encuentra previsto en la Constitución Política, en la Ley 80 de 1993 y en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

El debido proceso y el derecho de audiencia resultan esenciales en la actuación contractual. Es un principio rector, como lo señala expresamente el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, conforme al cual "el debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales".

El debido proceso implica *"el derecho a ser investigado o sancionado por la autoridad competente, a que se observen las formas propias del procedimiento, a que no se dilate injustificadamente el procedimiento, a que se presuma la inocencia, la posibilidad de controvertir pruebas y que se tome por nula la obtenida con violación del debido proceso (...)"*²³.

También el debido proceso implica que no haya actuaciones

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de noviembre de 2005, Consejero Ponente Alier Hernández Enríquez.

clandestinas que generen sorpresas y que restrinjan el derecho de defensa del contratista²⁴.

El debido proceso no se contrae únicamente a la actividad de imposición de sanciones por parte de la administración, o en ejercicio de las facultades exorbitantes de las cuales se encuentra investida, sino que *"se predica, igualmente frente al desarrollo de la actividad contractual del Estado"*²⁵.

El resguardo de la sujeción al debido proceso, el respeto por el trámite que haya de aplicarse en cada caso, como el derecho de audiencia, constituyen el referente normativo frente a los cuales debe cotejarse la actuación contractual de la administración, en este caso CORMAGDALENA, frente a los cargos de nulidad por quebranto del debido proceso en la emisión de los actos administrativos que se analizan en el presente laudo, a efectos de decidir la controversia planteada.

En el testimonio de la señora María Alexandra Pinzón Rodríguez, quien fuera funcionaria de PALERMO sociedad portuaria, se señala que en relación con el contrato de concesión la modificación de la contraprestación tiene dos efectos, el primero *"...de allí en adelante el valor de la contraprestación era diferente y estamos hablando de casi duplicar la contraprestación que se estaba pagando y dos se generaba un retroactivo que correspondía desde el 2007 al 2011 por la diferencia que habría entre el valor de la contraprestación..."*. La testigo afirma que para tal determinación no hubo ninguna conversación previa y que fue una sorpresa y que ello significaba *"...un deterioro de su flujo de caja totalmente..."*. De igual manera indica que frente a la vista de verificación o seguimiento que

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de septiembre de 1998, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008, Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

CORMAGDALENA ordena efectuar desconoce si se practicó en Barranquilla, pues ella laboraba en Bogotá y que seguramente habría enviado la información correspondiente.

El señor Eduardo Barney Aranguren, funcionario de PALERMO sociedad portuaria desde el año 2008, hace un recuento del aumento de las actividades propias de una sociedad portuaria en un sitio como el entregado por el Estado, conforme a cuyo relato hubo un incremento de importancia en los volúmenes de carga *"323.000 toneladas año 2009", "se manejaron 820.000 toneladas en el año 2010", "ya en el año 2012 nosotros 1.300.000 y en el año 2013 nos mantuvimos en 1.300.000"*. Agrega también la importancia de contar con la denominada línea de muelle para permitir el arribo de barcos de mayor calado y capacidad, con la consiguiente expansión de gestión comercial para la sociedad portuaria. Y responde a una pregunta del señor Procurador indicando que *"...entre más infraestructura nosotros tengamos y obviamente mejor podemos estar en capacidad de brindar servicios y poder atender simultáneamente a varios clientes, eso nos significaría mayor tonelaje en el muelle."*

La señora Claudia Marcela Mayorga Villa, quien actúa como asesora financiera de Cormagdalena, tuvo a su cargo la responsabilidad de hacer el reajuste de la contraprestación, para lo cual en el testimonio que rindió en el trámite arbitral indicó que el recaudo de la información que sirvió de fundamento para la formulación del reajuste la obtuvo de una visita llevada a cabo a PALERMO *"(...) Ellos entregaron la información de las inversiones, del movimiento de carga y esa fue la forma en la que se obtuvo la información que luego se incorporó a lo que las normas establecen como el método de carga, entonces digamos que yo recibí en los insumos de Palermo y de Cormagdalena e hice el reajuste."*

Agrega que para la fecha de celebración del contrato se encontraba vigente la Resolución 2680 de 1993, la que con posterioridad fue modificada por la Resolución 596 del 15 de junio de 1994 y la Resolución 873 de 1994. Indica también que el vocero de PALERMO era el señor Santiago Valderrama y que ella como asesora de Cormagdalena careció de interlocución directa con funcionario alguno de PALERMO, que tal función la adelantaba la señora Marta Cecilia Ospino, cuyo testimonio se analizará luego.

En el testimonio rendido por el experto financiero Alonso Castellanos Rueda se precisa que prestó sus servicios de asesoría a CORMAGDALENA como profesional sin vínculo laboral, destaca que el modelo empleado por ésta para reajustar la contraprestación corresponde a un esquema de actualización de ingresos. Señala que *"(...) Las contraprestaciones que fija el Estado que están determinadas para que el privado haga un aporte consecuente con el beneficio que el deriva de los bienes recibidos en concesión, de donde se deriva por lógica que esos ingresos deben ser los realmente obtenidos por el concesionario..."*.

Indica que participó en la elaboración de los respectivos estudios y que *"los datos para ser más explícitos de 2007 a 2011 se hicieron con base en cifras reales suministradas por el concesionario y de 2012 en adelante se hicieron con base en las mismas proyecciones presentadas por el concesionario en el curso de las solicitud de modificación del contrato de concesión, no hubo cifras proyectadas por él, equipo de trabajo de Cormagdalena diferentes a las entregadas por el concesionario y a las plasmadas en el modelo financiero que ... El cálculo de la contraprestación, el cual valga decir hasta ese momento el concesionario aceptó plenamente."*

Y que la información la recibió *"...De los informes de supervisión realizados por Cormagdalena, sin embargo asistí a varias reuniones*

con representantes de Palermo Sociedad Portuaria en las cuales se hizo referencia a esa información y hasta donde tengo conocimiento, en ningún momento esos representantes que tenían conocimiento específico del tema informaron tener alguna divergencia con respecto a la calidad o veracidad de la información." Menciona el segundo semestre del año 2013 como el periodo de realización de los mencionados encuentros.

Del proceso que precedió a la expedición de la Resolución 405 que ajustó la contraprestación se tiene que hubo intercambio de opiniones, visitas de inspección o seguimiento por parte del concedente a la sede del concesionario para el recaudo de información, encuentros para la revisión de la fórmula del ajuste de la contraprestación con posterioridad a la expedición de la resolución correspondiente; en fin un cúmulo de actividades que al Tribunal le permiten inferir que la expedición del acto administrativo no constituyó un acto intempestivo o que haya sido sorpresivo frente a PALERMO Sociedad Portuaria.

La entrega de información, las visitas de inspección, entre otras, son manifestaciones de unas opciones o potestades contractuales que permite deducir una voluntad contractual en torno al elemento esencial de cualquier contrato de concesión, como es la contraprestación y su tasación o ajuste.

En tal sentido, la interpretación del Contrato de Concesión en contexto, con una vocación de integridad señala que una modificación de tanto alcance como la comprendida en el Otrosí No. 3 del 23 de diciembre de 2008, que expandió las áreas del lugar donde se cumple el objeto de la prestación de la concesión, que amplió la vigencia del contrato por diez (10) años más para fijar un término total de treinta (30) años, naturalmente implicaba una transformación de la contraprestación por ambas partes, tal como quedó comprobado en varios de los testimonios, en especial de la cuantías mencionadas por

el testigo Eduardo Barney Aranguren y la proporcionalidad entre ingresos y contraprestación a la cual aludió el testigo Alonso Castellanos Rueda.

El reajuste asociado con la contraprestación, es el desarrollo de una previsión que corresponde al carácter conmutativo del contrato estatal, señalado así en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, conforme al cual las prestaciones recíprocas se encuentran fijadas de antemano.

En otros apartes del presente laudo se analiza el alcance de la modificación introducida por el Otrosí No.3 de 2008. Para los efectos del análisis de la pretensión de nulidad invocada por el demandante respecto de las Resoluciones expedidas por CORMAGDALENA y en lo atinente al reajuste de la contraprestación, a la que se le endilga infracción del debido proceso, ya quedó establecido que, en cuanto contraído el cargo a que hubo omisiones del debido proceso y violación al derecho de audiencia, el Tribunal no registra violaciones ostensibles al debido proceso o que haya agravio al derecho de audiencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 4 y 28 del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo (vigente para la celebración de la concesión de marras), en concordancia con los artículos 14, 34 y 35 de la misma codificación.

A su vez, el Tribunal entiende que la contraprestación si bien se ha erigido en los contratos de concesión como un mecanismo legal para que el concesionario recupere su inversión y devengue utilidades por un período determinado y ello porque el concesionario suele asumir la totalidad de los riesgos conforma a la asignación que se haga y que la rentabilidad constituye causa de del negocio jurídico, también lo es que el beneficio estatal asociado con una concesión debe guardar proporcionalidad entre los ingresos que percibe el concesionario y aquellos que percibe la concedente. Con tal orientación coinciden providencias de la **Corte Constitucional y del Consejo de Estado, de la**

primera corporación la distinguida con C-983 de 2010 de la cual fue ponente el magistrado Luis Ernesto Vargas Silva y de la segunda la identificada con la radicación 25000-23-26-000-1994-00071-01 (14390) de la cual fue ponente el consejero Mauricio Fajardo Gómez.

La contraprestación, siendo de la esencia del Contrato de Concesión Portuaria No.0034 de 2007, implica recíprocas consecuencias para las partes, es decir, no es absoluto ni es inmodificable ni constituye su ejercicio un evento de imposición de sanciones, teniendo como precisos límites, los estipulados en la Constitución, la Ley y el respectivo clausulado del contrato, en cuanto éste constituye Ley para las partes. Tal es el entendimiento del Tribunal y por ello no decreta la nulidad de las Resoluciones en cuanto a que en su formación no hubo violación del debido proceso ni infracción del derecho de audiencia de PALERMO S.A.

2.5. FALTA DE COMPETENCIA FUNCIONAL AL EXPEDIRSE LAS RESOLUCIONES NÚMERO 000405 DEL 7 DE DICIEMBRE DE 2012 Y 0070 DEL 1 DE MARZO DE 2013

El Tribunal anuncia que una vez observado el desarrollo procesal, encuentra configurada la causal de nulidad contenida en el artículo 137 del CPACA, consistente en que el acto administrativo fue expedido sin competencia por CORMAGDALENA, tal como se explicará en adelante.

2.5.1. Principio de la Autonomía de la Voluntad Contractual

El principio de la autonomía de la voluntad se encuentra consagrado en el artículo 4 del Código de Comercio, y se traduce en que los contratos deben producir todos los efectos previstos o simplemente previsibles por los contratantes, siempre y cuando no se opongan a los

intereses generados protegidos por las normas legales imperativas. En ese sentido, el precepto contenido en el artículo 1618 del Código Civil es la base para la interpretación de los contratos.

En nuestro ordenamiento legal, debe acudirse al interpretar un contrato a indagar la voluntad, primordialmente, la intención de los contratantes al celebrar el contrato entendida como la interpretación subjetiva de los contratos. Si esta no fuere suficiente para conocer la voluntad de las partes, habrá que recurrir a la interpretación objetiva por ser esta de carácter subsidiario. Así, las dudas y ambigüedades de la voluntad contractual son superadas mediante criterios objetivos, independientemente de lo que los contratantes pudieren haber querido.

Sobre la complementariedad del sistema objetivo de la interpretación contractual, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

“La intención de las partes al celebrar los contratos puede desentrañarse tomando en consideración la naturaleza del contrato y las cláusulas claras y admitidas del mismo que sirvan para explicar las dudosas; las circunstancias que influyeron en su celebración determinando la voluntad de las partes para consentir en él; las costumbres de los contratantes y los usos del lugar en que han pactado; la aplicación práctica que del contrato hayan hecho ambas partes o una de ellas con aprobación de la otra, y otras convenciones o escritos emanados de los contratantes. En una palabra, el juez tiene amplia libertad para buscar la intención de las partes y no está obligado a encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato para apreciar su sentido.”²⁶

Teniendo en cuenta lo anterior, el intérprete de un contrato deberá esclarecer la voluntad de las partes, parte de la interpretación sistemática, que permitirá analizar las cláusulas del mismo como

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Casación del 3 de junio de 1946, Tomo 2X, Pág. 661.

integrantes de tal intención, y posteriormente aplicar las reglas del Libro Cuarto, Título XIII del Código Civil como reglas complementarias. La Corte Suprema de Justicia ha acogido tal interpretación:

*“Solo cuando no es posible determinar con claridad la intención de los contratantes es cuando el fallador debe acudir a aplicar, con vista de las circunstancias de cada caso, las normas que estime conducentes de entre las establecidas en los artículos 1619 a 1624 del C.C.”*²⁷ (El subrayado es nuestro).

*“Contiene el libro 4º del C.C., en su título 13, un tratado sobre interpretación de los contratos, que se distingue por su unidad y sabiduría. No es razonable seguir en la interpretación de los contratos el método exegético, o sea, el análisis sucesivo de sus cláusulas, olvidándose de que en todo acto de voluntad hay siempre un pensamiento principal, generador y lazo de unión de las varias cosas sobre que el acto recae. El estudio aislado de las disposiciones contractuales, como si cada una de ellas se bastara a sí misma, confunde al intérprete e impide la concordia entre los diversos puntos”*²⁸

Tales principios señalados han establecido que en caso de ser imposible exteriorizar la intención de los contratantes con la celebración del contrato, el juez aplicará las reglas consagradas en los artículos 1619 a 1624 del Código Civil.

Así, los términos generales se deben aplicar a la materia sobre la cual se ha contratado (Art. 1619 C.C.); las interpretación de las cláusulas se hace en el sentido en que produzcan algún efecto jurídico (Art.

²⁷ CSJ. Casación Civil, Sentencia del 10 de junio de 1938.

En el mismo sentido CSJ. Casación Civil, Sentencia del 5 de julio de 1983: *“En dicha labor hermenéutica la primera y cardinal directriz que debe orientar al juzgador es, según lo preceptúa el artículo 1618 del Código Civil, la de que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; las demás reglas de interpretación advienen a tomar carácter subsidiario y, por lo tanto, el juez no debe recurrir a ellas sino solamente cuando le resulte imposible descubrir lo que hayan querido los contratantes; cuáles fueron realmente los objetivos y las finalidades que éstos se propusieron al ajustar la convención”*²⁷ (El subrayado es nuestro).

²⁸ CSJ. Casación Civil, Sentencia del 2 de agosto de 1935, XLII, 343.

1620 C.C.), de conformidad con la naturaleza del contrato (Art. 1621 C.C.) como un conjunto (Art. 1622 C.C.); al interpretar un contrato, se debe entender que se extiende a más de lo consagrado en los ejemplos aclaratorios que este contenga (Art. 1623 C.C.) y, finalmente, las cláusulas ambiguas se interpretan a favor del deudor y/o en contra de quien las ha dictado (Art. 1624 C.C.).

Respecto del proceso de interpretación del contrato estatal, el Consejo de Estado ha dicho:

*“Dentro de la teoría general, para entender un contrato de acuerdo con la común intención de los contratantes y asignarle los efectos por ellos queridos y los que el ordenamiento jurídico indica, corresponde seguir el proceso de interpretación, el cual comprende tres pasos: interpretación en sentido estricto, calificación e integración. La **interpretación en sentido estricto** corresponde al proceso a través del cual se determina la común intención de las partes objetivada en el texto o en las declaraciones o comportamientos congruentes y relevantes, mediante la utilización de los criterios subjetivos y objetivos comprendidos en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil. La **calificación** corresponde al encuadramiento o tipificación del acuerdo alcanzado por las partes dentro de las categorías legales comprendidas en la Ley 80 de 1993, el código civil, el código de comercio o en las leyes especiales que resulten aplicables al caso concreto, en otras palabras a la definición del tipo contractual legal dentro del cual se subsume la convención de los contratantes. La **integración** corresponde al fenómeno en virtud del cual, una vez determinado el tipo contractual, las partes o el juez encuentran que al lado de las determinaciones convencionales que tienen fundamento en la autonomía de las partes, se agregan, adicionan o suman otras obligaciones y otros derechos que tienen título en las normas imperativas y supletorias y en las otras fuentes externas al contrato, como los usos y costumbres, la buena fe y la equidad”²⁹.*
(Subrayado y negrillas fuera de texto)

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de mayo de 2013, C.P. Danilo Rojas Betancourth, Exp. 24221; Sentencia del 24 de mayo de 2012, C.P. Hernan Andrade Rincón, Exp. 21181; Sentencia del 7 de julio de 2011, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Exp. 18762,

Ahora, en el mismo pronunciamiento judicial ya citado, el Consejo de Estado manifestó que las cláusulas de los contratos y la búsqueda de la común y real intención de las partes en el sentido literal de las palabras utilizadas deben ser entendidas de conformidad con el criterio de interpretación auténtica, es decir *“de acuerdo a lo que las propias partes hayan podido interpretar sobre el propio texto, bien sea por escrito- mediante un otrosí, un acta aclaratoria o complementaria, un contrato diferente pero coligado u otros documentos similares- o por su comportamiento –siempre y cuando sea congruente y bilateral, o unilateral con aceptación o consentimiento de la otra parte”*.

2.5.2. Principio de la Buena Fe Contractual

Es necesario resaltar, además, el mandato imperativo consagrado en el artículo 871 del Código de Comercio que dispone que *“los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”*. El precepto contenido en esta norma, que también aparece en el Código Civil, se encuentra en perfecta armonía con los principios de interpretación de los contratos estatales.

De lo anterior se desprende que los contratos deberán ser interpretados presuponiendo lealtad y no buscando confusiones u obscuridades. Esto garantiza entonces que su interpretación sea la más adecuada y se ajuste al desenvolvimiento de manera leal de las relaciones contractuales. De esta manera, puede decirse que la interpretación de los contratos de acuerdo a la buena fe no implica tanto la remisión al espíritu que motivó a los contratantes, sino a lo que de acuerdo a la buena fe quiso decirse.

La buena fe expresa la lealtad, la honestidad y la confianza en el comportamiento de cada uno de los contratantes. Así, es una

herramienta para interpretar e incluso integrar, suplir o corregir el contenido del negocio jurídico, por lo que no cabe duda entonces de su aplicación y observancia en el campo del derecho administrativo en general y de la contratación estatal, en particular³⁰.

La expresión de la buena fe comprende el derecho a confiar en las actuaciones de los demás y el deber de honrar la confianza que los demás depositan en uno. El principio se proyecta a lo largo de la vida del contrato en sus diversas fases. La principal función en materia contractual es la de ser integradora del contrato y se manifiesta mediante una serie de deberes que van más allá de lo que las partes pactaron expresamente, como se desprende de los precitados artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio. Así en la negociación, celebración y ejecución del contrato cada uno debe tener en cuenta los intereses de su contraparte y actuar de acuerdo con ellos. En este sentido, el principio de la buena fe obliga a cada una de las partes a ejecutar el contrato de la manera en que mejor realice no solo sus propios intereses, sino también los de su contraparte. Proceder de buena fe es actuar o conducirse con corrección y lealtad respecto de los demás contratantes.

La obligación de observar en todos los campos del comercio y de las relaciones jurídicas una conducta bajo los postulados de la buena fe, encuentra suficiente reconocimiento en el ordenamiento jurídico colombiano, tal como lo disponen los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, anteriormente transcrito.

Además, el principio de la buena fe encuentra igualmente consagración expresa en el artículo 83 de la Constitución Política y, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, *“permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones*

³⁰ DE LOS MOZOS, José Luis. *El Principio De La Buena Fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1965. Págs. 45 y siguientes.

*administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados*³¹.

2.5.3. Consideraciones en torno al Contrato y en particular el Contrato de Concesión Portuaria No.0034 De 2007

El objeto de la controversia que dirime el Tribunal tiene origen, como ya se expresó, en la definición respecto de la legalidad del acto administrativo que dio origen al reajuste de la contraprestación a la que está obligado el concesionario PALERMO S.A., incorporada en el Contrato de Concesión portuaria No.034 de 2007 y a la vigencia de la facultad de CORMAGDALENA de hacerlo unilateralmente.

Ya quedó explicado por el Tribunal al asumir competencia las razones que le asisten para pronunciarse sobre este acto administrativo, diferencia que surge en desarrollo de la ejecución contractual y está dentro del alcance de la cláusula compromisoria.

En ese sentido el pronunciamiento del Tribunal si bien se concentra en el estudio de la legalidad de las Resoluciones atacadas, le resulta imperioso por ineludible, anclar como punto de partida, el análisis del texto mismo del contrato que da origen a esas diferencias y desde el cual surge su competencia arbitral. En consecuencia, el Tribunal procede a analizar su naturaleza y las normas que rigen su celebración e interpretación.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-892/01. En dicha providencia, la Corte anotó: " *Las exigencias éticas que se extraen del principio de la bona fides, coloca a los contratantes en el plano de observar con carácter obligatorio los criterios de lealtad y honestidad, en el propósito de garantizar la óptima ejecución del contrato que, a su vez, se concreta en un conjunto de prestaciones de dar, hacer o no hacer a cargo de las partes y según la naturaleza del contrato, las cuales comprenden, inclusive, aquella de proporcionarle al contratista una compensación económica para asegurarle la integridad del patrimonio en caso de sufrir un daño antijurídico*"

2.5.3.1. Naturaleza e interpretación del Contrato de Concesión Portuaria No.0034 de 2007

Para abordar el análisis de las normas y principios aplicables al contrato de concesión portuaria, el Tribunal considera procedente sustentar su análisis en las siguientes disposiciones:

Es la Ley 1ª de 1991 la que se encarga de regular las concesiones portuarias, definiéndolas a partir del numeral 5.2. de su artículo 5, así:

“5.2. Concesión portuaria. La concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos.”

Por su parte, el artículo 17 del mismo marco normativo, regula la posibilidad de modificación en sus condiciones económicas, de tales contratos, en los siguientes términos:

*“ARTICULO 17º. Cambio en las condiciones de la concesión. Para que una sociedad portuaria pueda cambiar las condiciones en las cuales se le aprobó una concesión portuaria, debe obtener permiso previo y escrito de la Superintendencia General de Puertos, que sólo lo otorgará si con ello no se infiere perjuicio grave e injustificado a tercero, y si el cambio no es de tal naturaleza que desvirtúe los propósitos de competencia en los que se inspiran los procedimientos descritos en los artículos 9, 10, 11 y 12 de esta ley. **Al hacer cualquier cambio en las condiciones de la concesión podrá variarse la contraprestación que se paga a la Nación, así como el plazo.**”*
(subrayado y negrilla fuera de texto)

Siendo el contrato de concesión portuaria, un contrato administrativo definido así por la Corte Constitucional³², de manera subsidiaria vale apoyarse en *“las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, ...”*³³ para el análisis materia de estudio de la presente providencia. Es decir, a este tipo de contratos, les son aplicables las exigencias propias de cualquier contrato que genera obligaciones y además, las normas de interpretación de los contratos del régimen general civil y comercial.

Los dos requisitos señalados en el artículo 17 de la Ley 1ª de 1991 deben analizarse conjuntamente al momento de la interpretación contrato, por cuanto la formación del consentimiento de las partes debe ser coincidente por lo menos respecto de los aspectos esenciales del contrato, porque los que son de la naturaleza la ley dispone que *“se entienden pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial”*³⁴.

Así, en el caso del contrato de concesión portuaria, además de los requisitos necesarios para la formación válida del contrato como ley para las partes (artículo 1502 del Código Civil) existen unos elementos de la esencia *“aquellos sin los cuales o no produce efecto alguno, o degeneran en otro diferente”* (artículo 1501 ibídem) que son precisamente aquellos sobre los cuales las partes expresan su manifestación de voluntad coincidente al momento de la celebración y

³² SENTENCIA C-068/09, febrero 10, Bogotá D.C. que la definir los contratos de concesión portuaria, los enmarca como: *“...un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos.”*

³³ Así lo señala el artículo 31 de la Ley 1ª de 1991 en concordancia con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, al disponer que *“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.”*

³⁴ Artículo 1501 del Código Civil.

que requieren también por regla general manifestación recíproca para su modificación.

Se identifican entonces como elementos de la esencia del contrato de concesión portuaria los siguientes:

- i) El objeto que corresponde a 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.

En el caso de los puertos, el objeto consiste en la ocupación y utilización “...*en forma temporal y exclusiva las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto*”.

- ii) La contraprestación que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien; pero que en el caso de las concesiones portuarias, corresponde a la *regalía* que el concesionario debe a la administración por permitirle la ocupación y uso de las zonas de uso público a que refiere el numeral 5.2. del artículo 5 de la Ley 1ª de 1991.
- iii) El plazo o término de duración del contrato de concesión dentro de lo permitido por la ley, en cuanto conceptualmente el servicio objeto de la concesión es un servicio público a cargo del Estado, del cual no puede desprenderse indefinidamente sino durante un término que no puede exceder de treinta años, plazo que desde la perspectiva económica tiene una relación directa con la contraprestación, en cuanto se justifica para que el particular pueda recuperar su inversión durante el término del contrato y obtener de esa actividad una utilidad.

El adecuado desarrollo de esos elementos esenciales, está enmarcado en dos (2) principios generales:

- a) El ejercicio de la actividad está sujeto a la vigilancia y control de la entidad concedente, en búsqueda de la adecuada prestación del servicio.
- b) El riesgo del desarrollo de la actividad que lo asume el concesionario.

En cuanto al acuerdo mismo, como fuente de obligaciones, el elemento del consentimiento, reviste en el caso concreto de este tipo de contratos una consideración especial porque la propia ley establece proceso previo a la celebración del contrato, que tiene por finalidad la formación consciente e informada de las partes de expresar su voluntad de obligarse, respecto de esos elementos esenciales.

De una parte, la iniciativa para la celebración de este tipo de contratos puede tener dos orígenes distintos: (i) la invitación de la Entidad pública a celebrar el contrato, mediante la licitación pública o privada encaminada a la selección objetiva del contratante o, (ii) la iniciativa del particular, que tiene la posibilidad de acudir a la administración para hacerle una oferta de la prestación de un servicio que, como la actividad portuaria, está en cabeza del Estado pero que éste tiene la facultad de delegar mediante el contrato de concesión.

Es entonces el particular quien a su propio riesgo, le ofrece al Estado su capacidad técnica, económica y administrativa para la prestación del servicio y es el Estado, en este caso a través de CORMAGDALENA, quien tiene la obligación de evaluar esa propuesta para definir si la acepta o la rechaza. En este supuesto, la evaluación de la administración no implica la valoración de propuestas

comparables, sino la evaluación objetiva sobre la conveniencia económica y funcional de aceptar la oferta del particular en el marco de las políticas públicas para el desarrollo del comercio exterior.

No puede perderse de vista que en el caso concreto de los puertos, la política del CONPES fue incentivar el desarrollo de esta actividad y ella se reflejó en el interés de los inversionistas de ofrecer al Estado la prestación del servicio por un tiempo determinado, a cambio del cual el particular asume un riesgo económico, que puede ser utilidad o pérdida.

En este sentido, la administración para aceptar la oferta, expresa su voluntad mediante la expedición de un acto administrativo unilateral de la administración que fija el marco del consentimiento de la administración, pero que no es el consentimiento en sí mismo al tratarse de un acto de trámite, aún no definitivo³⁵.

³⁵ H. Consejo de Estado, Sección Primera, Consejera ponente: María Elizabeth García González, sentencia del quince (15) de septiembre de dos mil once (2011), radicado 25000-23-24-000-1998-10203-01: “*Es de tener en cuenta que en el trámite de una concesión, las normas transcritas han dispuesto de tres etapas: 1. Aprobación dentro de los cinco meses siguientes a la fecha de la solicitud inicial, por medio de la cual el Superintendente General de Puertos a través de Resolución debe indicar los términos en los que se otorgará la concesión, los cuales, incluyen plazos, contraprestaciones, garantías y 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; 2. Otorgamiento formal de la concesión mediante acto administrativo por parte de dicha entidad, que para el caso se desconoce si hubo un acto en este sentido y además no sería objeto de pronunciamiento en este proceso, pues no constituye el acto demandado. Una tercera etapa sería la suscripción de un contrato estatal de concesión con la empresa a la que le fue otorgada, del cual tampoco se tiene conocimiento y no es asunto que se deba ventilar en este proceso, en el cual se cuestiona la legalidad del acto que aprobó la concesión solicitada.*”

De conformidad con lo anterior, mediante la Resolución acusada núm. 453 de 24 de julio de 1997, no se otorgó ninguna concesión, luego en éste sentido, se trata de un acto de trámite, que no crea, modifica ni extingue situación jurídica particular alguna, pues lo que la Resolución permitía era seguir adelantando el procedimiento para el posterior otorgamiento de la concesión. Recuérdese que en el proceso que la actora adelantó ante el Tribunal, que culminó con pronunciamiento de esta Sección de 11 de abril de 2002, a que se hizo mención anteriormente, también se trató de actos de trámite pero que impedían continuar con la actuación, que equivalen a actos definitivos; diferente de lo que acontece en este caso, pues, como quedó visto, una vez se aprueba la concesión, viene la segunda etapa, esa sí definitiva, cuando se otorga.” (Subrayas por fuera de texto original).

La verdadera manifestación de voluntad está contenida en el contrato que se celebra entre las partes, el cual rige sus relaciones y da origen al nacimiento de obligaciones recíprocas, enmarcadas dentro de las obligaciones señaladas en el marco de la Ley 1ª de 1991.

2.5.3.2. Naturaleza del Contrato de Concesión Portuaria No.0034 de 2007

El contrato adicionalmente a los requisitos mencionados, se puede encuadrar dentro de la categoría de un contrato bilateral, oneroso, conmutativo y de tracto sucesivo.

2.5.3.2.1. El contrato bilateral y las razones que justifican su modificación en el contrato de concesión portuaria. El contrato es ley para las partes. Otrosí No.3 de 2008

La regla general en materia contractual es que el contrato, ley para las partes, solo puede ser modificado por la propia voluntad de quienes intervinieron en su celebración y en materia administrativa, igualmente se aplica esta regla general.

El Otrosí número 3, suscrito el 23 de diciembre de 2008, contiene una modificación consensuada de las condiciones originales del contrato. La actualización del contrato de concesión con el alcance vertido en el otrosí No. 3 procura mantener en otras condiciones la eficacia del contrato, por natural ejercicio de la autonomía de la voluntad manifestada en las modificaciones por libre decisión de las partes en aquellos aspectos que resulten pertinentes, con una causa real y lícita.

Resulta trascendente que el consentimiento para la actualización del contrato se encuentre libre de cualquier vicio, que tratándose de intereses públicos la celebración del otrosí esté precedida de deliberación, que tratándose de concesiones portuarias no se infrinja

la previsión específica contenida en el artículo 17 de la ley 1 de 1991 en el sentido que las modificaciones no causen perjuicio grave e injustificado a terceros.

En el curso del proceso se ha destacado a dicho Otrosí No. 3 como nueva regulación de incidencia en las relaciones de las partes. En efecto, asuntos como la variación de la contraprestación, la extensión por diez (10) años de la vigencia del contrato "*contados a partir del vencimiento de los 20 años estipulados en el contrato de concesión #34 de 2007*" que comprende hasta el año 2030, la identificación de las áreas fluviales y terrestres de propiedad de la Nación que se agregan a la explotación, la variación de la vocación del puerto para que sea multipropósito, al propio tiempo que la mención de la verificación del aumento de volumen de carga, constituyen aspectos de incidencia en el desarrollo de la relación contractual.

Para los efectos del presente trámite, el mencionado otrosí tiene significación. La ampliación de la vigencia, la variación de la contraprestación, la adición de áreas fluviales y terrestres, entre otros aspectos, resultan relevantes a efectos de la opción empleada para ajustar la contraprestación prevista en el contrato. Un contrato de concesión con fijación determinada de prestaciones recíprocas, con carácter conmutativo en las mismas, naturalmente apareja una contraprestación que, como se ha mencionado en otros apartes, resulta de la esencia del contrato; la remuneración del concesionario y su contrapartida que es la contraprestación para la administración "es el más claro ejemplo de habilitación discrecional de la administración en materia concesional" y en la legislación tiene un carácter enunciativo pues bien puede consistir en tasas, derechos, tarifas, valorización o participación que se le otorgue en la explotación del bien objeto del contrato de concesión.

La contraprestación proviene de la explotación del bien objeto del contrato de concesión y el bien hace parte o tiene origen en el patrimonio público. La rentabilidad del concesionario procede de la estructuración financiera que haya acordado con el concedente, titular del bien público. La proporcionalidad entre el beneficio para el concedente y la rentabilidad del concesionario puede comprender cuantías o límites que no menoscaben el patrimonio público y no deterioren la utilidad o rendimiento del concesionario. Para ninguna de las partes puede resultar gravosa o desproporcionada la condición de desempeño financiero del contrato de concesión, pues un aumento de lo oneroso altera la reciprocidad de las prestaciones, su carácter conmutativo e incide en la contraprestación.

De manera simétrica con la legislación con su carácter general en cuanto la identificación de los mecanismos de remuneración o contraprestación del contrato, la condición que en el contrato de concesión sirve de fundamento para el ajuste de la contraprestación, que se examina en otro aparte del presente laudo, tiene también un carácter genérico, que corresponde al ámbito de habilitación discrecional del cual está investido el concedente. Uno y otro son circunstancias conocidas por las partes.

Una modificación contractual tan amplia como la extensión de la vigencia hasta el año 2030, la agregación de áreas, la modificación de la contraprestación implica unas prestaciones recíprocas que también inciden proporcionalmente en el carácter oneroso y conmutativo del contrato de concesión examinado.

2.5.3.2.2. Paralelismo de formas.

En el caso objeto del conflicto sometido a consideración de este Tribunal resulta probado en el expediente que las partes, cuando acudieron a la firma del Otrosí No. 3 de 2008 al Contrato de Concesión

No. 034 del 1º de febrero de 2007, siguieron exactamente el mismo procedimiento que había precedido la celebración del Contrato original (Cuaderno 10, carpeta 20, folio 74). El concesionario se dirigió a la Entidad Estatal para ofrecerle las nuevas condiciones de plazo y precio que regirían al Contrato hacia el futuro, y tras cumplir con los requisitos de publicidad se expidió el acto administrativo aprobatorio y se convino la firma del Otrosí No. 3 de 2008.

En desarrollo del artículo 1622 del mismo Código Civil, en materia de interpretación de contratos, si sobre el particular hubiere duda acerca del procedimiento para convenir la modificación del contrato, habría que acudir a la interpretación que las mismas partes dieron a las cláusulas, para concluir que el reajuste de la contraprestación fue objeto de un consentimiento mutuo.

La facultad conferida en el artículo 17 de la Ley 1ª de 1991 citado parcialmente por el apoderado de CORMAGDALENA en sus alegatos, para invocar la facultad de reajustar unilateralmente el Contrato, no es en concepto del Tribunal aplicable al caso de estudio por dos (2) razones fundamentales: (i) porque las razones que justifican esa variación no tienen respaldo en la norma citada ni tiene relación alguna con la prestación del servicio público y (ii) porque, como se ha anotado, las propias partes al suscribir el Otrosí No. 3 de 2008, dejaron sin efecto esa facultad unilateral de CORMAGDALENA de reajustar la contraprestación.

En efecto, de la revisión de los términos y condiciones bajo las cuales se suscribió entre las partes el Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión No. 034 del 1º de febrero de 2007, el Tribunal concluye que la facultad establecida inicialmente en el Parágrafo Tercero de la Cláusula Décima del pacto inicial, se eliminó de la nueva redacción de dicha cláusula (ver folio 30 del Cuaderno de Pruebas No. 1), quedando sin

efecto tal potestad contractual pactada inicialmente en el contrato aludido.

Por regla general, los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado, a los cuales sirve el contrato. Así lo prevén por ejemplo los artículos 14 y 16 de la ley 80 de 1993, los cuales facultan a la entidades contratantes a modificar los contratos de común acuerdo o de forma unilateral, para “(...) evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”, (subrayas fuera de texto), entre otros; circunstancia, igualmente, reconocida por la cláusula vigésima sexta del Contrato de Concesión No. 034 de 2007, al señalar:

“Las cláusulas de terminación, liquidación, modificación e interpretación unilaterales, se entienden incorporadas a este contrato. LA CORPORACIÓN podrá terminar unilateralmente el presente contrato cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga. Todas las cláusulas excepcionales consagradas en la ley 80 de 1993 y en la jurisprudencia a favor de la administración pública se entenderán integradas a este contrato.”

En el mismo sentido, en la sentencia C-949 de 2001, la Corte Constitucional señaló que las prórrogas de los contratos –como especie de modificación- pueden ser un instrumento útil para lograr los fines propios de la contratación estatal.

Al respecto, vale la pena destacar lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 13 de agosto de 2009:

*“La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta que **la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer***

prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo. Por mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de variar, dadas ciertas condiciones, las obligaciones a cargo del contratista particular, cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En este respecto, la Sala de Consulta en el concepto citado explicó en relación con la mutabilidad de los contratos de concesión de servicios públicos:

“Es claro que al cambiar el entorno en que se desenvuelve la prestación de un servicio público a la comunidad, en forma tal que afecte gravemente dicha prestación, independientemente de su previsibilidad, deben mutar las obligaciones del contrato que tienen que ver con tales cambios, o de lo contrario se estaría dando un servicio inadecuado a las nuevas realidades sociales, culturales o tecnológicas.”

La modificación debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, sustentada y probada, y acorde con los fines estatales a los que sirve la contratación estatal, lo cual no sucedió en el caso concreto. La Sala de Consulta explicó:

“La ley permite una cierta discrecionalidad en la toma de las decisiones de modificar los contratos, pues es muy difícil regular detalladamente el tema, en especial ante la infinidad de situaciones que pueden presentarse durante la ejecución. Por esto utiliza locuciones relativamente amplias, a las que debe someterse la administración. A manera de ejemplo, se citan las siguientes tomadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras, (artículo 4.8), no sobrevenga mayor onerosidad, (artículo 4.9), acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar ... diferencias, (ibídem), evitar la paralización y la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, (artículo 14); etc. Nótese que, sin embargo, en ellas van inmersas las ideas de una causa cierta y unos fines públicos que hay que salvaguardar.

Con ello, para el caso específico de las concesiones portuarias, el artículo 17 en estudio, establece además dos (2) condiciones para que proceda el cambio de condiciones del respectivo contrato, a saber:

- a) Que no se infiera perjuicio grave e injustificado a tercero.
- b) Que el cambio no sea de tal naturaleza que desvirtúe los propósitos de competencia en los que se inspiran los procedimientos descritos en los artículos 9, 10, 11 y 12 del Estatuto de Puertos Marítimos³⁶.

Ahora bien, la facultad de vigilancia y control que radica la ley en cabeza de la administración respecto del desarrollo de la actividad, encaminada a garantizar la efectiva prestación del servicio no tiene como finalidad la modificación de un elemento esencial ni las visitas realizadas por CORMAGDALENA y las actas de las audiencias celebradas en el curso de dichas visitas³⁷. Si bien se realizaron en desarrollo de esa facultad legítima de inspección y vigilancia no suplen, como lo sostiene CORMAGDALENA, el procedimiento encaminado a modificar las condiciones del Contrato, ni la simple presencia de las partes o envío de la información solicitada, pueden entenderse como una manifestación tácita de consentimiento del concesionario, que se entienda válida y vinculante para modificar la contraprestación.

Adicionalmente, tampoco procedería esta decisión unilateral porque las razones que tuvo CORMAGDALENA para modificar la contraprestación en nada tienen que ver con la eficiente prestación del

³⁶ Estos artículos regulan en su orden la petición de la concesión y su forma y contenido, la publicidad que habrá de dársele a la petición a los efectos de que puedan concurrir al trámite de aprobación terceros y las autoridades interesadas en el mismo, las circunstancias en las que se podrá negar o aprobar la respectiva concesión.

³⁷ Ver folios 170 a 175; 215 a 220 de la Carpeta 36; y folios 26 a 42 de la Carpeta 37, respectivamente, del Cuaderno de Pruebas No. 13.

servicio público en cabeza del Concesionario, como marco general de las normas contractuales que rigen las relación de las partes.

El Tribunal considera que si por la propia voluntad de las partes de dejó sin efecto la facultad unilateral de CORMAGDALENA de modificar la contraprestación, mediante el Otrosí No 3, la sola facultad de vigilancia en el marco de una visita periódica no la autoriza para modificar unilateralmente precisamente esa cláusula respecto de la cual se manifestó el consentimiento mutuo sobre un elemento esencial del contrato, luego de efectuarse toda una serie de pasos y cumplirse los requisitos legales indispensables (Ley 1ª de 1991, artículo 17, Documento CONPES 3342 y Decreto 1370 de 2007, artículo 2º y subsiguientes) en un evidente paralelismo de formas enfrentado al trámite inicial de la concesión.

En efecto, aparecen en el expediente los documentos que permiten establecer las causas concretas del Otrosí No.3 de 2008, el cumplimiento de la normatividad especialmente dispuesta para dicha consecución, y los trámites previos que dan cuenta de un trabajo sincronizado desplegado por CORMAGDALENA y PALERMO, así: (i) Solicitud de modificación del Contrato de Concesión Portuaria No.0034 de 2007 presentada por el concesionario (Carpeta 11, folios 18 a 22); (ii) Otra solicitud de modificación del Contrato de Concesión Portuaria No.0034 de 2007 presentada por el concesionario (Carpeta 15, folios 1 a 21); Resolución No.000245 del 26 de septiembre de 2007, proferida por CORMAGDALENA *“Por medio de la cual se fija el lugar, fecha y hora para la celebración de la audiencia pública dentro del trámite de la solicitud de modificación del contrato de Concesión Portuaria No.34 de 2007, presentado por la Sociedad Palermo sociedad Portuaria S.A.”*, (Carpeta 15, folios 35 a 39); Acta de audiencia pública del 7 de noviembre de 2007 (Carpeta 16, folios 17 a 23); Concepto financiero del 16 de mayo de 2008 (Carpeta 20, folios 35 a 44); Informe técnico No.59 del 19 de mayo de 2008 (Carpeta 20, folios 49 a 63);

Resolución No.000124 del 29 de mayo de 2008 *“Por medio de la cual se aprueba una solicitud de Modificación del Contrato de Concesión Portuaria No.34 del 1 de febrero de 2007 de la Sociedad Palermo Sociedad Portuaria S.A.”* (Carpeta 20, folios 71 a 84).

2.5.3.2.3. El contrato oneroso, conmutativo y la distribución del riesgo. El concepto de utilidad o pérdida que asume el concesionario

Se dijo antes que el contrato, además de bilateral, es oneroso y conmutativo.

Lo primero quiere decir que tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada una en beneficio del otro (artículo 1497 del Código Civil). La conmutatividad implica que cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra debe dar o hacer.

A este respecto el concepto de onerosidad debe entenderse en el sentido económico del término, que lleva implícito el concepto de ánimo de lucro, en contraposición a la gratuidad.

Específicamente en el contrato de concesión portuaria esa onerosidad está materializada en dos elementos: (i) la contraprestación que paga el concesionario a la entidad concedente a cambio de (ii) la ocupación y utilización de las zonas de uso público, entiéndase playas, terrenos de baja mar, etc.

Tal y como lo mencionó el Tribunal en aparte anterior, en materia de concesión portuaria, por política de Estado destinada a incentivar la actividad, (documentos CONPES) el particular concesionario asume un riesgo en el desarrollo de esa actividad en cuanto tiene la carga de efectuar las inversiones necesarias para prestar el servicio, en las

condiciones económicas y materiales en que se presentó la solicitud a la entidad pública (CORMAGDALENA) y fue aceptada por ésta.

El concepto de asunción de riesgo implica para el particular que, cualquiera que sea el resultado de la actividad, está obligado a pagar la contraprestación fija que se conviene en el Contrato y que, en cuanto no se pacte que durante el plazo, se efectúen ajustes a esa contraprestación, ésta se causa como una suma predeterminada, sea que el particular obtenga utilidad o pérdida en la prestación del servicio.

La Corte Constitucional en la Sentencia 008 de 2009 al pronunciarse sobre la exequibilidad de algunos artículos de la ley 1ª de 1991 señaló:

“3.3.1. La concesión es uno de los sistemas más típicos de participación de la empresa privada en la gestión portuaria³⁸. Mediante la concesión, el contratista privado o concesionario tiene la responsabilidad total respecto de los servicios concesionados, incluyendo las operaciones para la prestación de los mismos, el mantenimiento de las instalaciones correspondientes, así como las inversiones de capital necesarias para la realización de las instalaciones o para su expansión.

“3.3.2. Los bienes inmuebles fijos aportados o construidos por el contratista a lo largo del periodo concesional, revierten, una vez terminado dicho periodo, a la administración portuaria. Por ello, uno de los elementos esenciales de la concesión es el plazo fijado para la misma, que debe de ser suficientemente amplio para permitir la amortización de la inversión realizada en la construcción de dichos bienes; cuando el plazo concesional no permita la amortización total de la inversión, suelen establecerse condiciones que permitan al concesionario obtener un valor de rescate de dichos bienes al final del periodo concesional.”

En los contratos de concesión portuaria, a diferencia de lo que ocurre con otros tipos de contratos de concesión o de obra, se reconoce

³⁸ Lo que sigue es tomado de http://www.aipyc.org/materiales_archivos/Modelos-Gestion-Portuaria-Montero.pdf

expresamente que el particular tiene el legítimo derecho a obtener una utilidad económica y que la mayor o menor eficiencia en el manejo de su negocio no beneficia ni perjudica al Estado, porque la contraprestación no se establece con base en los resultados del negocio.

Por su parte, el concepto de conmutatividad ha sido explicado como:

*“El fenómeno de la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse. Sin embargo, lo anterior no significa que en todas las hipótesis el contratista deba obtener con exactitud numérica la utilidad calculada y esperada por él pues no cualquier imprevisto que merme su ventaja tiene la virtualidad de conducir al restablecimiento económico. En efecto, sólo aquellas eventualidades imprevistas que alteran gravemente la ecuación financiera son idóneas para pretender con fundamento en ellas el restablecimiento económico pues si esto no se garantiza se afectaría el interés público que está presente en la contratación estatal. Así que el restablecimiento del equilibrio económico más que proteger el interés individual del contratista lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato.”*³⁹

Y sobre la utilidad del contrato estatal y el equilibrio económico ha señalado la Jurisprudencia:

“Ha sido una constante en el régimen jurídico de los contratos que celebra la administración pública, reconocer el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, como quiera

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de junio de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 18836.

que la equivalencia de las prestaciones recíprocas, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista, constituyen principios esenciales de esa relación con el Estado.⁴⁰

“En efecto, se ha reconocido que el equilibrio económico de los contratos que celebra la administración pública puede verse alterado durante su ejecución por las siguientes causas: por actos de la administración como Estado y por factores externos y extraños a las partes.

“El equilibrio financiero del contrato no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato. Tampoco se trata de una equivalencia matemática rigurosa, como parece insinuarlo la expresión “ecuación financiera”.

“Es solamente la relación aproximada, el ‘equivalente honrado’, según la expresión del comisario de gobierno León Blum⁴¹, entre cargas y ventajas que el co-contratante ha tomado en consideración; ‘como un cálculo’, al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado a contratar.

“Es sólo cuando ese balance razonable se rompe que resulta equitativo restablecerlo porque había sido tomado en consideración como un elemento determinante del contrato.”⁴²

La interpretación de uno y otro concepto permiten concluir al Tribunal que: en cuanto no se puede afirmar que en desarrollo del Contrato ocurrieron hechos o situaciones que justifiquen el rompimiento del equilibrio económico del Contrato, el contratista tiene derecho a que se le mantengan las condiciones con base en las cuales presentó la propuesta que le fue aceptada por el Estado, aun cuando como consecuencia de una visita de supervisión o vigilancia la Entidad estatal observe que la utilidad obtenida es superior a aquella que se preveía o asumía con base en ingresos o costos estimados, porque ni la ley ni el contrato establecen que hay lugar a reajuste de la contraprestación como consecuencia de los resultados del negocio,

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2003. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp 14577.

⁴¹ Consejo de Estado francés, sentencia de 11 de marzo de 1910. *Cie française des tramways*.

⁴² André DE LAUBADERE, Franck MODERNE et Pierre DELVOLVÉ. *Traité des Contrats Administratifs*. París, L.G.D.J, 1983. 2ª edic. Tomo 1, num. 718, p. 717.

como tampoco hubiere sido causa eficiente de la rebaja de la contraprestación que el concesionario invocara pérdidas económicas derivadas de la realización de la actividad en condiciones que no configuren rompimiento del equilibrio.

2.5.3.2.4. El contrato de tracto sucesivo y la periodicidad de la contraprestación.

El contrato celebrado es de aquellos en que las prestaciones de las partes no se ejecutan en un solo momento sino por el contrario, las obligaciones recíprocas se proyectan en el tiempo porque se van desarrollando periódicamente durante la vigencia del plazo⁴³. Así, aun cuando la contraprestación se pague en una sola cuota inicial, como un pago anticipado, se considera que ésta se va causando periódicamente por el derecho que le asiste al concesionario a explotar el negocio durante la vigencia del contrato.

A esa misma conclusión llegaron las partes en la interpretación al Otrosí No. 3 cuando liquidaron la nueva contraprestación con posterioridad a la vigencia de dicha modificación contractual, para concluir que el nuevo monto se pagaría a partir del año siguiente. En este sentido, se considera que el plazo tiene una relación directa con la contraprestación pactada en cuanto ésta tiene como origen el derecho a utilizar y explotar la zona durante el término del Contrato.

En las motivaciones formuladas por el concesionario para solicitar la extensión del plazo a 30 años y en el nuevo monto de la contraprestación⁴⁴ se evidencia la relación existente entre uno y otro elemento del contrato, en cuanto a mayor plazo, mayor es el monto de la contraprestación asumida por el concesionario.

⁴³ Artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

⁴⁴ Ver Cuaderno de Pruebas No. 8, Carpeta 11, Folio 21; Cuaderno de Pruebas No. 9, Carpeta 15, Folio 5.

En consecuencia, no comparte el Tribunal la apreciación de CORMAGDALENA en el sentido de afirmar que cualquier reajuste de la contraprestación tiene carácter retroactivo, por dos motivos: primero porque las mismas partes le dieron un alcance diferente en la interpretación y ejecución del contrato y adicionalmente, porque no tendría ningún sentido interpretar la cláusula para concluir que el mayor valor que se fija en función del nuevo plazo se aplica incluso al término ya transcurrido de ejecución.

2.5.3.3. Las reglas de interpretación de los contratos se aplican a los contratos de concesión

Como ya se dijo anteriormente, el contrato de concesión portuaria es de aquellos regulados por la Ley 1ª de 1991. Lo anterior no es impedimento entonces para que armónicamente se apliquen las normas de interpretación de los contratos del derecho mercantil y del derecho civil que consagran los respectivos Códigos. En efecto, esta posición está abonada por virtud de los artículos 13⁴⁵ y 40⁴⁶ de la Ley 80 de 1993, preceptos que establecen que las normas del derecho civil y comercial son aplicables en su integridad a la contratación estatal, con excepción de aquellos asuntos que tienen una regulación propia dentro del régimen especial de los contratos del Estado.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha manifestado:

“En punto a la existencia y aplicación de los principios de reciprocidad y buena fe dentro del régimen colombiano de contratación estatal, se tiene que, a partir del fundamento constitucional al que se ha hecho mención, los mismos aparecen expresamente contenidos en el artículo 28 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -Ley 80 de 1993, que,

⁴⁵ Artículo 13: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo las materias particularmente reguladas en esta ley”.

⁴⁶ Artículo 40: “Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.”

al hacer referencia a los criterios de interpretación de las reglas contractuales, 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". (Subrayas y negrillas fuera de texto).

De esta manera, el régimen de contratación del Estado no se nutre únicamente de las orientaciones normativas que sobre la materia aparecen desarrolladas en los Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, sino que integra a este régimen aquellos principios consustanciales a los contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, que para el Derecho Administrativo son de gran importancia y trascendencia en cuanto que, como ya se explicó, cumplen el objetivo de trasladar a la administración pública la carga del daño antijurídico sufrido por el contratista, asegurándose el equilibrio de la relación jurídica contractual y la integridad del patrimonio particular."

La aplicación del artículo 28 de la Ley 80 de 1993, viene al caso en estudio, para la interpretación del contrato de concesión portuaria que debe respetar los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales, que al decir de la Corte Constitucional, son: (i) la autonomía de la voluntad; (ii) el principio de la prevalencia del interés público; (iii) el principio de la reciprocidad de las prestaciones y (iv) el principio de la buena fe.

Igualmente, son criterios de interpretación de los contratos estatales los siguientes: (i) Obrar en consonancia con los fines previstos para la actividad contractual conforme lo ordena el artículo 3 del estatuto de contratación estatal; (ii) Tener presentes los principios de que trata la Ley 80, incluida la buena fe; (iii) Mantener la igualdad prevista durante la vigencia del contrato; (iv) preservar la equivalencia de derechos y obligaciones y (v) reconocer el carácter conmutativo del contrato estatal.

Las normas del Código de Comercio y del Código Civil son precisas en el sentido de dar preferencia a la común intención de las partes, más que a sus palabras o calificaciones. Esta regla se complementa con otras que ordenan buscar y preferir que las disposiciones contractuales efectivamente produzcan un efecto (artículo 1620 del Código Civil) y acudir a la forma como las partes entendieron y ejecutaron en la práctica el contrato (artículo 1618 del Código Civil), por mencionar sólo algunas, deben siempre tenerse en cuenta al momento de definir el verdadero alcance de las obligaciones asumidas por las partes⁴⁷.

Fuera de lo anterior, los fines económicos perseguidos por las partes al contratar son un elemento esencial de la interpretación jurídica. En consecuencia, para llegar a una interpretación que respete la voluntad de las partes y proteja el negocio jurídico, es imperativo conocer cuáles fueron esos fines.

⁴⁷ Al respecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil: *"En nuestro derecho positivo impera el principio según el cual las leyes que regulan los contratos son normas supletorias de la voluntad de los contratantes, cuando éstos, al celebrarlos, acatan las prescripciones legales y respetan el orden público y las buenas costumbres. (...) El postulado de la normatividad de los actos jurídicos se traduce, en esencia, en que legalmente ajustado un contraído se convierte en ley para las partes, quienes por consiguiente quedan obligadas a cumplir las prestaciones acordadas en él. Pero como es apenas obvio, para que la fuerza obligatoria de la convención cumpla su objetivo propio, se impone, primeramente, determinar el contenido de la voluntad de los contratantes, puesto que el artículo 1618 del Código Civil estatuye que conocida claramente la intención de éstos 'debe estarse a ella más que al literal de las palabras'. (...) Cuando por disentimiento de las partes en el punto se discute judicialmente el alcance de las relaciones surgidas de un contrato, corresponde al juzgador desentrañar el sentido o la significación de las declaraciones de voluntad, con el fin de determinar las obligaciones que por emanar de la convención han de asegurarse en su cumplimiento. En esta tarea, como lo ha expuesto insistentemente la doctrina, el criterio normativo que debe guiar al fallador ha de encaminarse siempre a darle efectividad a la voluntad convencional, indagando, dentro de los principios generales de la hermenéutica contractual cuales fueron realmente los objetivos y las finalidades que se propusieron los contratantes al ajustar el pacto."* Dentro de las reglas de hermenéutica que el juez debe observar al interpretar un contrato figura la que dice que ha de considerar en conjunto las diversas estipulaciones que complementándose entre sí conducen a estructurar la convención. *'Las cláusulas de un contrato - dice el art. 1622 del Código Civil- se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad'*. (sentencia de junio 15/72).

2.5.4. Del Vicio de la Falta de Competencia Funcional en las Resoluciones Nos.000405 del 07 de Diciembre de 2012 y 0070 del 1º de Marzo de 2013

Sea lo primero, reiterar que el acto administrativo acusado no corresponde al ejercicio de una cláusula de las denominadas exorbitantes, como las relacionadas con la caducidad, la de reversión, la de modificación –en especial de esta ya que no se dijo así de manera expresa ni se invocó la “*paralización o la afectación grave del servicio público*”-, la de interpretación o terminación unilateral previstas en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 15, 16, 17, 18 y 19 de la ley 80 de 1993) sobre las cuales la doctrina ha sido clara al sostener: en primer lugar, que en general no son cláusulas en el sentido de que sean estipulaciones contractuales, así aparezcan o puedan aparecer en el clausulado del contrato estatal-, sino que, en realidad, son manifestaciones de una facultad contractual unilateral pactada a favor de la Administración Pública.

Y, en segundo término, que no son exorbitantes del derecho común, pues la Administración, dada la vinculación de sus contratos al interés general o por su finalidad de servicio público, les da a ellos un régimen preponderante de derecho público aplicable a las modalidades de ejecución, cumplimiento y extinción, que puede utilizar aun en aquellas relaciones contractuales en las cuales exista una preponderancia del régimen de derecho privado, o en los casos en que, por cualquier circunstancia, debiendo pactarse por disponerlo el ordenamiento jurídico y en atención a la clase o naturaleza del negocio jurídico, no se haya hecho así. Son cláusulas, se ha dicho por algunos tratadistas, que no son ilícitas en contratos de derecho privado, sino que son desacostumbradas y poco verosímiles por la situación de preponderancia en que se sitúa la Administración contratante.

Ahora bien, encuentra el Tribunal que, aun cuando es cierto e incontrovertible que la concesión es un contrato oneroso y conmutativo, que tiene como causa de la concedente el obtener una contraprestación o regalía por el derecho que otorga al concesionario para explotar económicamente un bien de su dominio, un servicio público o una obra pública construida con recursos del concesionario y por su cuenta y riesgo, no lo es menos que, salvo que el ordenamiento jurídico positivo establezca expresamente el precio, valor o quantum de la contraprestación o regalía, así como la potestad exclusiva de modificarlo, es decir, que es un asunto de la reserva legal, como acontece en Colombia en determinados tipos de concesiones como las relacionadas con la explotación de los juegos de suerte y azar, entre ellos el denominado “chance”, la administración puede pactarlo y modificarlo unilateralmente cuando se den las circunstancias previstas en la ley que reglamenta la concesión en particular art. 17 Ley 1ª. de 1991) o las concesiones en general, o en el propio contrato, o de común acuerdo con el concesionario, o al menos con su colaboración, cuando se ha pactado expresamente o la ley así lo determina, por cuanto ello se deriva o tiene su origen en la denominada **autonomía de la voluntad** que se le reconoce a la propia administración pública (art. 32 de la Ley 80 de 1993).

Y, en el caso sub iudice, aconteció que en materia de contraprestación, regalía o precio del contrato se pactó en el Otrosí No. 3 de 23 de diciembre de 2008, lo siguiente:

“CLAUSULA QUINTA. Modificar la Cláusula Décima del contrato de concesión portuaria no. 034 del 1 de febrero de 2007, la cual quedará así: Teniendo en cuenta el Informe Financiero de fecha 19 de mayo de 2008, el valor de la contraprestación por concepto de uso y goce de la zona de uso público en forma temporal y exclusiva de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o estos para el resto de la concesión, Teniendo en cuenta que se aumentó (sic) el nivel de carga que movilizara (sic) el proyecto en su totalidad, proyecto avalado a través del

*Contrato de Concesión no.034 de 2007, la contraprestación a pagar por la Zona de Uso Público entregada en concesión será, y teniendo en cuenta que el nuevo valor del contrato para el horizonte de TREINTA (30) años, incluyendo lo ya ejecutado del proyecto, es de **DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y DOS MIL SESENTA Y OCHO DOLARES (US \$2.132.068)**, por lo que resta del contrato pagará **VEINTIOCHO CUOTAS (28) de DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS VEINTITRES MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US.\$ 236.323)** pagaderos dentro de dentro (sic) de los cinco (5) días siguientes a la fecha de corte de cada anualidad estipulada en el contrato 34 del 1 de febrero de 2007, liquidados a la tasa representativa del mercado –TRM- del día del pago. **PARAGRAFO PRIMERO.** Atendiendo a que ya comenzó a correr la segunda anualidad, por lo que resta de ésta pagará dentro de los cinco días siguientes a la firma del presente otrosí un valor proporcional, hasta el día en que termine la anualidad sobre el valor establecido en este artículo para este año, restándole en la misma proporción lo que ya cancelaron en febrero por la respectiva anualidad, es decir pagaran sobre **DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS VEINTITRES MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$ 236.323)**. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** El solo retardo en el pago de la contraprestación generara intereses por mora, los cuales deberá pagar La Sociedad Portuaria a la tasa que para el efecto fije el Gobierno Nacional para las obligaciones en moneda extranjera, en este caso en dólares de los Estados Unidos de América. La Sociedad Portuaria, si no existiera la que se establezca para los contratos estatales, deberá renunciar a cualquier tipo de requerimiento judicial o extrajudicial para la constitución en mora.”*

Ante el tenor literal de la cláusula transcrita –ley para las partes (art. 1602 Código Civil)--, que es la definitiva, la que regía en el momento de la expedición del acto administrativo acusado y la que rige aún, ya que el Tribunal no tiene conocimiento de su modificación por las partes, la pregunta o interrogante a resolver por el Tribunal, es la siguiente: ¿subsiste el Parágrafo Tercero del Otrosí No. 1 del 7 de febrero de 2007, que modificó en su totalidad la Cláusula Décima del Contrato de Concesión Portuaria No. 034 de 2007, o, por el contrario, desapareció por derogatoria o modificación expresa o tácita adoptada

por las partes en el contrato al celebrar de común acuerdo el Otrosí No. 003 de 23 de diciembre de 2008?

Sea lo primero observar lo que también establecieron las partes en otras cláusulas del Otrosí No.0003 de 2008:

*“**CLAUSULA DÉCIMO TERCERA.** El resto de condiciones del contrato 034 del 1 de febrero de 2008 quedarán igual.”*

(...)

***CLAUSULA DÉCIMO CUARTA.** Las cláusulas del Contrato de Concesión No. 34 de 2007 que no se contrapongan con lo establecido en el presente otrosí, permanecen vigentes y serán de obligatorio cumplimiento para las partes”.*

Para el Tribunal es evidente que la Cláusula Quinta del Otrosí No. 003 de 23 de diciembre de 2008, que modificó la cláusula décima del Contrato de Concesión no. 034 de 1 de febrero de 2007, en la forma como quedó después de la celebración y firma del Otrosí No. 001 de 7 de febrero de 2007, atendiendo a su tenor literal, se contrapone con aquélla, en cuanto en esta se pactó: i) Que **“el nuevo valor del contrato para el horizonte de TREINTA (30) años, incluyendo lo ya ejecutado del proyecto, es de ..., por lo que resta del contrato pagará VEINTIOCHO CUOTAS (28) DE”**; y ii) en cuanto no existe reproducción del Parágrafo Tercero, subrogación, ni derogatoria expresa; es decir, en cuanto el Tribunal puede llegar a la ineludible conclusión de que se dio una derogatoria tácita del mismo, por razón de existir una evidente contradicción con el texto literal de la Cláusula **Quinta del Otrosí No. 3 de 2008.**

En síntesis que, por haberse suprimido, por tanto, el Parágrafo Tercero de la Cláusula Décima del Contrato de Concesión No.034 de 2007, que nos ocupa, parágrafo que está en contraposición con lo pactado o establecido expresamente en la Cláusula Quinta del Otrosí No. 03 de 2008, la Administración concedente perdió la competencia

que se le había otorgado en el citado párrafo tercero de la cláusula décima originaria o inicial del contrato de concesión, lo que, en los términos y con las consecuencias que se dispondrán adelante, determinaría la declaratoria de nulidad del acto administrativo que es objeto de enjuiciamiento por este Tribunal de Arbitramento.

Desde luego que, como juez llamado a resolver en derecho, no puede dejar de observar los siguientes aspectos, a saber:

I. Cuando el juez, cualquiera que él sea -civil, comercial, administrativo o de la jurisdicción arbitral-, al decidir una contención, encuentre que se configura uno o alguno de los casos previstos en el derecho común y en el derecho administrativo como causales de nulidad absoluta, puede declararla o declararlas de oficio (art. 44 Ley 80 de 1993, en concordancia con las normas del Código Civil sobre la materia), nulidad que puede ser parcial, es decir, estar referida a una o algunas de las cláusulas del contrato, que no invalida la totalidad del acto jurídico, salvo cuando este no pudiese existir sin la parte viciada (art. 47 ib.). La facultad oficiosa es especialmente procedente cuando las partes en la contienda jurídica, como en este caso, son las mismas que celebraron el negocio jurídico, ya que no habría desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa.

II. En este contencioso el Tribunal de Arbitramento considera que:

1) Se está en presencia de un contrato estatal de concesión portuaria;

2) Que es un contrato oneroso y conmutativo;

3) Que la causa del contrato, para la Nación concedente y para el interés público que representa, es el pago de una contraprestación o regalía por el otorgamiento del derecho a utilizar y explotar económicamente, de manera exclusiva por el concesionario, un bien

de uso público y la prestación de servicio que conlleva, lo cual, igualmente, es propio o de la naturaleza de todo contrato de concesión, ya que no puede existir concesión gratuita;

4) Que el derecho al equilibrio financiero no sólo es un derecho del contratista o concesionario, como colaborador en el desarrollo de la gestión o servicio público, sino igualmente de la Administración contratante que, al decir del artículo 4 de la ley 80 de 1993, debe solicitar *“la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren **en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato**”* (negrillas fuera de texto);

5) Que ese es un derecho y un deber irrenunciable, en tanto y en cuanto que los funcionarios públicos, a diferencia de los particulares o administrados que lo único que no pueden hacer es lo que la norma jurídica expresamente les prohíbe, solo pueden hacer aquello que les permite la Constitución y la ley, es decir, que deben mantenerse dentro del ejercicio de la competencia que se les confiere expresamente o surge claramente del ordenamiento jurídico;

6) Que aun cuando en este tipo de contratos puede originarse una o unas cláusulas consensuadas sobre la contraprestación o regalía, fundamentalmente en atención a tres aspectos, que podrían ser, entre otras, las referentes a los plazos o periodos del vínculo jurídico, sin que exceda el máximo de ley cuando lo hubiere, a las tasas o tarifas a cobrar a los usuarios y las que hacen relación al monto de las inversiones presentes y proyectadas que se determinen en la ley, en los reglamentos, en los estudios previos, en las ofertas de los interesados en obtener la concesión y en el propio contrato, no es menos cierto que las partes en la concesión, cuando se presenten circunstancias excepcionales e imprevistas que rompan el equilibrio financiero o económico del contrato, tienen derecho a solicitar del juez competente esa declaración judicial y la de disponer cómo se

restablece ese equilibrio financiero o económico que existió cuando se adjudicó y se pactó o celebró el negocio jurídico, o al momento de darse el fenómeno que produjo o trajo la consecuencia;

7) Que, salvo los aspectos relacionados con la actualización o revisión de precios que no tienen el carácter de imprevistos sino precisamente de todo lo contrario, el desequilibrio financiero o económico debe plantearse ante el juez del contrato, probarse plenamente y decidirse por el mismo, en la medida que equivale a una modificación de los términos del contrato;

8) Que, salvo por los argumentos de las dos partes que se refieren al tema y que están enderezados a sacar adelante sus pretensiones de nulidad y restablecimiento o la de declaratoria de legalidad de la decisión administrativa acusada, la materia de la controversia no es buscar un pronunciamiento del Tribunal sobre el supuesto rompimiento del equilibrio o ecuación financiera de la concesión dentro de cuya ejecución se produjo el acto acusado, su demostración o prueba a través de los medios probatorios de ley y las declaraciones subsiguientes de restablecimiento y de condena; y

9) Que ninguna de las partes en el contrato estatal y en esta contención han planteado razonamientos y pretensiones que atañen o apunten a que el Tribunal de Arbitramento se ocupe de hacer un análisis sobre el poder de legislar, en materia de contraprestación de concesiones portuarias, que le hubieren sido entregadas expresamente por la Constitución y la ley a la Junta Directiva o al Director de Cormagdalena, o que surja de manera ineluctable del ordenamiento jurídico vigente.

Por el contrario, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, cuando ejercía el control de constitucionalidad en pleno o a través de su sala constitucional, jurisprudencia reiterada por la actual Corte

Constitucional, ha sido insistente en el sentido de que las juntas o consejos directivos de los órganos descentralizados (establecimientos público, corporaciones, sociedades de economía mixta, empresas industriales y comerciales del Estado, etc.) carecen de competencia constitucional para legislar, pues ella está radicada en manera exclusiva en el Congreso de la República y excepcionalmente en el Presidente de la República, por razón del otorgamiento de facultades extraordinarias o porque ellas le son otorgadas directamente por la Constitución. Así se puede constatar en las sentencias de inexecutableidad dictadas en el año de 1972 por la Corte Suprema de Justicia, relacionadas con los decretos leyes que reformaron la Administración Pública en 1968, entre ellas la del 13 de diciembre de 1972, magistrado ponente Eustorgio Sarria, que se pronunció sobre el artículo 38 del Decreto ley 3130 de 1968.

Como conclusión de lo expuesto, el Tribunal considera que, en este caso en particular, no es el juez del contrato de concesión que originó la controversia y de todos los aspectos o controversias que se originen en el mismo, entre ellos los relativos a la nulidad absoluta, total o parcial, o que puedan representar o representaron el desequilibrio de su ecuación financiera, sino que, por voluntad de las partes, es el juez de un acto administrativo de origen o naturaleza contractual que se dio durante su ejecución y que, por la cláusula compromisoria pactada por las partes en el negocio jurídico, es llamado a administrar justicia de manera excepcional y transitoria, pero sin salirse de sus funciones y atribuciones determinadas por el acuerdo o acuerdos de las partes en el contrato estatal.

En otras palabras, en este contencioso en particular, este Tribunal solo es el juez de las controversias relacionadas con la legalidad o ilegalidad del acto administrativo contractual que modificó la contraprestación de la concesión portuaria. So pena, de no hacerlo así, puede quedar incurso su decisión dentro de una o algunas de las

causales de nulidad del laudo que se pueden plantear ante el competente.

2.5.5. Facultad oficiosa del juez administrativo para declarar la nulidad de un acto administrativo por falta de competencia funcional

El Tribunal luego de leer la demanda, los alegatos y demás piezas procesales, en las cuales el convocante solicita la nulidad de las respectivas Resoluciones, no avizora al menos con facilidad, que la causal de nulidad denominada “Falta de Competencia” sea aludida y en ella se recoja la eliminación del Parágrafo Tercero de la Cláusula Décima del Contrato y por ende la imposibilidad de invocarlo como fundamento legal de los dos actos administrativos expedidos por parte de CORMAGDALENA.

Revisemos los fundamentos legales invocados en el escrito de convocatoria:

1. “Imposibilidad de aplicar el parágrafo tercero de la cláusula décima del contrato de concesión No.034 del 1º de febrero de 2007-Facultades de la Administración Pública”: Este argumento se fundamenta en la inaplicabilidad de la referida cláusula, en sus palabras, por el evidente vacío que existe en dicha cláusula en relación con los criterios que deben ser utilizados para proceder con la variación de las condiciones económicas del mismo. Agrega que Cormagdalena no dispone de las herramientas ni cuenta con las facultades legales necesarias que le permitan introducir variaciones a las condiciones económicas previamente pactadas. Termina diciendo que si bien la cláusula en mención previó la posibilidad que le asiste a CORMAGDALENA de reajustar la contraprestación

periódicamente, dicha previsión no se acompañó de un pacto claro.

2. “Limitaciones a las cláusulas de interpretación y modificación unilateral previstas en el contrato de concesión portuaria”: Se concentra la demanda en justificar por qué las resoluciones atacadas no fueron en ejercicio de un poder exorbitante.
3. “La expedición de la resolución puede ser considerada como el ejercicio abusivo de los derechos de la entidad contratante”: Para explicar que hubo ejercicio abusivo de CORMAGDALENA, otra vez indica que la facultad de reajuste establecida en abstracto por las partes, sin contar con una fórmula determinada, necesariamente es ilegítimo y por ello abusivo, pues supone una actuación arbitraria de la administración que no fue expresamente consentida por las partes.
4. “Imposibilidad de efectuar cobros retroactivos”: Afirma que si Cormagdalena podía modificar la contraprestación, es de resaltar que dicha modificación solo puede operar hacia el futuro.
5. “Violación al derecho constitucional a la igualdad”: Porque las demás concesiones no tienen pactado el referido Parágrafo Tercero.
6. “Los actos demandados generan el desequilibrio económico del contrato 034 de 2007”: Evidentemente se refiere al rompimiento de la ecuación del equilibrio económico del contrato, análisis que no contiene referencia alguna a la desaparición de la cláusula indicada.

7. “Error en los presupuestos sobre los cuales se realiza el ajuste económico del contrato”: Indica que la información con la cual se alimentó la fórmula, así como las variables, son equívocas.
8. “Violación al debido proceso administrativo”: Explica que no se observó el procedimiento previsto por las partes en el Parágrafo Tercero.
9. “Imposibilidad de revisar anual e indefinidamente la contraprestación”: Ataca con este argumento, de forma exclusiva el artículo tercero de la resolución demandada, en cuanto estableció que la Corporación ajustaría anualmente el monto de la contraprestación con base en el movimiento real de carga de cada anualidad y que para tal efecto, expediría anualmente una resolución que ajuste la contraprestación del año inmediatamente anterior, a partir del año 6 de la concesión.

En el escrito de los alegatos de conclusión, el demandante se reitera en los mismos fundamentos jurídicos, reorganizados pero al fin y al cabo, en idéntico sentido.

Así las cosas, al no abarcarse por la parte demandante el tema de la supresión del Parágrafo Tercero por las partes en el Otrosí No.3 y aunque el demandado tangencialmente a ello se refiere en su escrito de alegatos de conclusión como una probabilidad que puede encontrar establecida el Tribunal en el curso del proceso, así como en su escrito de demanda de reconvención cuando solicita que se le reconozca la facultad de reajuste unilateral con base en el pluricitado parágrafo, la vía que observa el Tribunal que debe recorrerse para continuar el estudio y la consecuente declaración de la nulidad de las resoluciones demandadas, a partir de la eliminación de dicha facultad contractual, es la de oficio, con fundamento en el desarrollo jurisprudencial que el H. Consejo de Estado, ha construido para ello.

Esa construcción jurisprudencial claramente apunta, hasta ahora de manera pacífica, a que la única causal de nulidad que puede ser decretada de oficio por el juez de lo contencioso, esto es, sin que la discusión haya tenido lugar al interior de la litis, sin que se haya argumentado ni contraargumentado al respecto, sin que se haya solicitado pruebas relacionadas con el punto por las partes ni mucho menos decretado, es la consistente en falta de competencia del servidor público que suscribe el respectivo acto administrativo.

El artículo 137 del CPACA, inciso segundo, determina que los actos administrativos son nulos cuando son expedidos, entre otras, con falta de competencia:

“Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió (...)”

El Consejo de Estado, Sección Tercera⁴⁸, ha establecido al respecto de la nulidad oficiosa de un acto administrativo, en este caso contractual, que:

“5. La facultad oficiosa del juez para examinar los eventos de falta de competencia.

La naturaleza de orden público propia de las normas que regulan y determinan la competencia, sea ésta de carácter jurisdiccional⁴⁹ o

⁴⁸ C.P.: Hernán Andrade Rincón, Sentencia de abril treinta (30) de dos mil catorce (2014), radicado 18001-23-31-000-1997-01006-01(27096).

administrativa⁵⁰, exige el control de su ejercicio para evitar que sus límites se transgredan, así este aspecto no se constituya como pretensión, comoquiera que la incompetencia se erige en la más grave ilegalidad⁵¹; precisamente en atención a las facultades unilaterales y especialmente aquellas de carácter sancionatorio de que disponen las entidades estatales en materia contractual, resulta necesario que el juez, oficiosamente, adelante el examen sobre el punto, aun cuando éste no se hubiere solicitado en el proceso. Sobre este asunto, la Sala señaló en anterior oportunidad:

*“En el caso que se examina se encuentra que la extemporaneidad alegada no fue objeto de las pretensiones de la demanda y esta consideración sólo la hace la parte actora en el alegato de conclusión ante esta instancia. Sin embargo, por tratarse del cargo de incompetencia temporal o *ratione temporis* que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (arts. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador.”⁵²*

⁴⁹ En este sentido, el artículo 6° del C. de P. C. dispone: “Las normas procesales son de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.

“Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas.”

⁵⁰ Al respecto, los artículos 121 y 122 de la Constitución Política, prescriben, en su orden:

Art. 121: “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.”

Art. 122: “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.”

⁵¹ La doctrina ha expuesto sobre el tema: “**De todas las formas de ilegalidad [la incompetencia], es la más grave: los agentes públicos no tiene (sic) poder sino con fundamento en los límites de los textos que fijan sus atribuciones; más allá, ellos dejan de participar en el ejercicio de la potestad pública. Es por lo que las reglas de competencia son de orden público: la incompetencia debe ser declarada de oficio por el juez, incluso si el demandante no la ha invocado en apoyo de su demanda. Ella no puede ser convalidada por la aprobación ulterior de la autoridad competente**”. (Resalta la Sala) (RIVERÓ, Jean: Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984. P.274)

⁵² CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Sentencia de mayo 11 de 1999. Exp. 10.196. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Posteriormente, en igual sentido y resaltando la trascendencia del principio de legalidad en las actuaciones administrativas, esta Sección expresó al respecto:

“En virtud del principio de legalidad⁵³, principio básico en un Estado de derecho, las competencias de cada uno de los órganos y autoridades de la Administración Pública deben encontrarse asignadas por la Constitución Política o la ley de manera expresa, tal como lo ordena la Carta en sus artículos 4, 6, 121 y 122, lo cual impone que toda actuación de dichos órganos se encuentre sometida al imperio del derecho, presupuesto indispensable para la validez de los actos administrativos.

*“La jurisprudencia de la Sección Tercera⁵⁴ ha enseñado que la competencia constituye el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, asumiendo que la incompetencia configura la regla general mientras que la competencia constituye la excepción, comoquiera que la misma se restringe a los casos en que sea expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico a las distintas autoridades, lo cual se explica si se tiene en cuenta que **‘la incompetencia’** está entronizada en beneficio de los intereses generales de los administrados contra los posibles abusos o excesos de poder de parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse’⁵⁵.*

“Igualmente ha puntualizado sobre el vicio de incompetencia lo siguiente⁵⁶:

‘(...) dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la

⁵³ Nota original: La legalidad ha sido definida por Georges Vedel como “la cualidad de lo que es conforme a la ley. La legalidad expresa así la conformidad al derecho y es sinónimo de regularidad jurídica” Cfr. VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, traducción de la sexta edición francesa, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 219.

⁵⁴ Nota original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2006; Consejo Ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Expediente: 13414.

⁵⁵ Nota original: GIRALDO CASTAÑO, Jesael Antonio, *Derecho Administrativo General*, 5ª edición, Editorial Marín Vieco Ltda., Medellín, 1995, p. 59.

⁵⁶ Nota original: Sentencia de 16 de febrero de 2006, Exp. 13414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

*doctrina*⁵⁷, ha considerado que “...por tratarse del cargo de incompetencia (...) que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (Art. 121 y 122 Constitución Política), **es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador**”⁵⁸.

“Con lo anterior, no se trata de desconocer el principio de jurisdicción rogada que distingue a la contencioso administrativa, sino de admitir que existen algunos eventos en los cuales tal característica debe ceder, en virtud de los más altos valores que se hallan en juego y que le corresponde defender al juez contencioso administrativo (...)’ (la negrilla no es del texto original).

“La actividad contractual de la Administración no escapa al principio de legalidad, toda vez que en este ámbito sus actuaciones también deben someterse a claras y precisas competencias que se encuentran atribuidas por la ley, normas de orden público y de obligatorio cumplimiento, máxime cuando se trata del ejercicio de prerrogativas que detenta la entidad estatal contratante; así pues, las facultades que por atribución legal ejercen las entidades del Estado cuando se relacionan con los particulares, mediante la contratación, requieren definición legal previa y expresa de la ley, puesto que es la propia ley la que establece los límites a la autonomía de la voluntad.

“Es por ello que la terminación unilateral a cuya aplicación obliga el artículo 45 de la Ley 80, mal podría ejercerse en casos distintos a los expresamente previstos en esa norma legal.”⁵⁹

⁵⁷ Nota original de la sentencia citada: BETANCUR JARAMILLO, Carlos; Derecho Procesal Administrativo Señal Editora, 5ª ed.; pág. 209. Afirma el profesor Betancur, que el carácter de orden público que tienen las normas que atribuyen las competencias funcionales, “...permite su declaratoria oficiosa por el juzgador, aunque el demandante no la haya invocado en apoyo de su petición”. Por su parte, en la doctrina argentina, la incompetencia en razón de la materia es considerada como un “**vicio muy grave**”, calificación que hace que el acto sea inexistente, lo cual puede ser declarado de oficio en sede judicial (DROMI, Roberto; Ob. cit., Págs. 244 y 245).

⁵⁸ Nota original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 1999; Expediente 10.196. Actor: Sociedad Brogra Ltda.

⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 29 de 2007. Exp. 15.324.

Con base en lo expuesto y dada la naturaleza de orden público propia de las normas sobre competencia y los postulados del principio de legalidad, se concluye que en aquellos eventos en los cuales el juez advierta falta de competencia en determinado caso, debe abordar oficiosamente su estudio, debido a que ésta constituye una grave causal de ilegalidad.”

La Sección Quinta, trae esta línea jurisprudencial para ratificarla en un asunto que si bien es eminentemente electoral, comparte las mismas razones de derecho, así:

“La competencia, elemento del acto administrativo, se define como la “esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente. En otros términos, la competencia de los órganos administrativos es el conjunto de atribuciones que, en forma expresa o razonablemente implícita, confieren la Constitución Nacional, la Constitución provincial, los tratados, las leyes y los reglamentos. La competencia es irrenunciable e improrrogable. Debe ser ejercida directa y exclusivamente por el órgano que la tiene atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las disposiciones normativas pertinentes”⁶⁰. (Subrayas ajenas al texto original).

Al respecto, como lo sostiene el profesor Marienhoff “cabe advertir que una ‘grosera’ incompetencia puede constituir una verdadera ‘vía de hecho’, con todas sus implicancias”⁶¹.

De igual forma el profesor Rivero considera que “[la incompetencia, como vicio del acto administrativo] es la más grave: los agentes públicos no tienen poder sino con fundamento y en los límites de los textos que fijan sus atribuciones; más allá, ellos dejan de participar en el ejercicio de la potestad pública. Es por ello que las competencias son de orden público: la incompetencia debe ser declarada de oficio por el juez, incluso si el demandante no la ha invocado con apoyo a su demanda”⁶².

⁶⁰ Dromi, José Roberto, *Derecho Administrativo Tomo I*, Buenos Aires. Astres, p. 164.

⁶¹ Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, p. 523.

⁶² Rivero, Jean, *Derecho Administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 274.

En el mismo sentido, esta Corporación⁶³ ha admitido, en tratándose de falta de competencia para la expedición de los actos administrativos, la posibilidad oficiosa de declaratoria de nulidad en los siguientes términos:

*“[...] la incompetencia absoluta del órgano administrativo, con ocasión de la usurpación de las atribuciones que por mandato constitucional o legal corresponde a otra autoridad, o como en este caso –tratándose del ejercicio de la potestad reglamentaria- que han de ejercerse conjuntamente con otra, es sin duda una de las formas de ilegalidad más grave que puede ostentar un acto administrativo. **Esta circunstancia -que no puede pasar por alto la Sala así no haya sido alegada por el actor- entraña la infracción manifiesta de uno de los principios medulares de todo Estado de Derecho: el de legalidad.***

[...]

La magnitud de la irregularidad autoriza al fallador para destruir la presunción de legalidad que acompaña al acto administrativo, y en consecuencia invalidarlo oficiosamente cuando en el ejercicio de las acciones pertinentes los interesados no hayan invocado esta agresión grosera y brutal al orden jurídico, que desborda todos los límites de la legalidad, resultante de la usurpación de atribuciones que competen a otras autoridades, o -como en el sub lite- que deban ejercerse conjuntamente con otras, aún si éstas son subalternas.

Expresado en otros términos, cuando el funcionario obra por fuera de sus atribuciones como vía de hecho que es, se permite su declaratoria oficiosa por el juzgador, aún y a pesar de que el actor no la haya invocado en su escrito de demanda, dada la naturaleza de orden público de las normas atributivas de competencia y por lo mismo constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad⁶⁴. Vicio de incompetencia que además “no puede ser subsanado por la aprobación posterior de la autoridad competente, ni ésta puede renunciar a ella en beneficio de un administrado

⁶³ En el mismo sentido se puede revisar las sentencias con número interno 16493, 18292, 23650 o 35749.

⁶⁴ En el mismo sentido la Corporación se ha pronunciado, Cfr. Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia del 16 de diciembre de 1994, Exp. 7879, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de mayo 11 de 1999. Exp. 10.196. C.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 16 de febrero de 2006, Rad. 13001-23-31-000-1988-07186-01(13414), C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de 25 de febrero de 2009, Rad. 73001-23-31-000-1997-05889-01(16493) y sentencia de 15 de abril de 2010, Rad. 76001-23-31-000-1995-01791-01(18292), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

(...) Tampoco puede ser la competencia objeto de convención entre las partes ni modificarse, en principio, por razones de urgencia^{65”66}.

En este orden de ideas, la falta de competencia que observa el Tribunal para proceder a anular los actos administrativos de naturaleza contractual aquí atacados, se estructuraron a partir de la siguiente secuencia fáctica y jurídica, que avanzó de forma simultánea y concurrente, hacia la respectiva “tipificación” de la causal legal de nulidad:

- 1) La eliminación del Parágrafo Tercero de la Cláusula Décima del Contrato 034 de 2007, modificada con Otrosí No.1 de 2007, que contenía la facultad contractual de reajustar el precio de la contraprestación por parte de Cormagdalena, desaparición ocurrida con la supresión que del mismo hicieran las partes cuando reescribieron dicha cláusula décima en el Otrosí No.3 de 2008, vigente a partir de su suscripción.
- 2) La inexistencia de norma constitucional o legal que habilitara a Cormagdalena, aún en ausencia del Parágrafo Tercero de la Cláusula Décima del Contrato 034 de 2007, en los términos del numeral anterior, a reajustar la contraprestación de la concesión.
- 3) La inexistencia de una función pública proveniente de la Constitución o la Ley que le impusiera el deber expreso al Director Ejecutivo de Cormagdalena, de reajustar las contraprestaciones acordadas en los contratos de concesión suscritos por la Corporación, como es el caso del Contrato No.034 de 2007, así como de hacer otro tipo de intervenciones que permitieran alterar las condiciones del mismo, revisada la Ley 161 de 1994, artículo 15 y el Decreto 790 de 1995, artículo 24.

⁶⁵ Betancur Jaramillo, Carlos, op. cit., pp. 218 y 219.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercero, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de 27 de octubre de 2011, número interno 34144.

A partir de la verificación de dichas situaciones, el Tribunal sintetiza que en efecto, el Parágrafo Tercero quedó eliminado, que no existe norma aplicable al contrato que habilitara el reajuste de la contraprestación, que no existe una función en el manual de funciones del Director Ejecutivo de Cormagdalena que así se lo impusiera, y que por ello, opera la falta de competencia funcional de dicho servidor público, cuya consecuencia no puede ser otra que la anulación de los actos administrativos demandados, tal como se determinará así en la parte resolutive del presente Laudo.

2.6. EL DICTAMEN PERICIAL FINANCIERO Y CONTABLE

Como quedó registrado en los antecedentes, el Tribunal decretó un dictamen pericial que fue rendido en oportunidad y del cual hubo el ejercicio del derecho de contradicción previsto en las disposiciones del Estatuto Arbitral.

El dictamen contribuyó a esclarecer el debate sometido a determinación del Tribunal, en cuanto fue procedente para verificar hechos que interesan al proceso, según lo dispuesto en el artículo 226 del CGP, al propio tiempo que fue apreciado junto con las demás pruebas que obran en el expediente, como lo señala el artículo 232 ibídem.

2.7. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE LA CONVOCADA Y LA PROCEDENCIA DE SUS PRETENSIONES

La demanda de reconvencción, planteada oportunamente por la convocada, contiene las siguientes pretensiones:

- ✓ Que se declare que en virtud de lo dispuesto en el Parágrafo Tercero de la Cláusula Décima del Contrato de Concesión portuaria No. 034 de 2007, CORMAGDALENA tiene el derecho contractual a revisar y reajustar periódicamente la contraprestación, si se dan los presupuestos indicados en el mismo;
- ✓ Que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a Palermo Sociedad Portuaria pagar a CORMAGDALENA la suma de US\$1.471.621,95, en su equivalente a pesos colombianos a la TRM vigente en la fecha de pago, o la suma de dinero que resulte probada en el proceso, por concepto del valor de reajuste de la contraprestación en el período 2007-2011;
- ✓ Que se condene al pago de los intereses moratorios a la tasa más alta permitida; y
- ✓ A las costas del proceso, incluyendo agencias en derecho.

En este punto es preciso indicar lo siguiente: Si bien ya el Tribunal explicó los fundamentos con los cuales procederá a declarar la nulidad de los actos demandados, a partir de su facultad oficiosa en los términos de la jurisprudencia desarrollada por el H.Consejo de Estado y por la doctrina recogida en ella, lo cierto es que esta discusión jurídica, la de la existencia del Parágrafo Tercero de la Cláusula Décima del Contrato, se encuentra planteada como se desprende de las pretensiones transcritas, por la Convocada y Convocante en Reconvención en el escrito de su demanda de Reconvención así como en sus alegatos de conclusión.

Ello le impone inevitablemente al Tribunal entonces, por menester de la Convocada y Convocante en Reconvención, entrar en el análisis de la existencia o no del referido Parágrafo Tercero, a los efectos de establecer la validez o no de las Resoluciones impugnadas, en cuanto

tales pretensiones de reconvención constituyen, en sí mismas, fundamentos de derecho que procuran defender la legalidad de tales actos administrativos.

A partir de ello, como las pretensiones de la parte Convocada y Convocante en Reconvención ruegan la declaratoria de existencia o vigencia del Parágrafo Tercero de la Cláusula Primera del Otrosí No.1 de 7 de febrero de 2007, que inicialmente sustituyó la Cláusula Décima del Contrato de Concesión Portuaria al cual se ha venido refiriendo este Tribunal, no están llamadas a prosperar, por las mismas razones expuestas al decidir sobre la causal de nulidad del acto administrativo acusado, relacionada con la falta de competencia funcional de la administración concedente; consideraciones a las cuales el Tribunal de Arbitramento se remite por economía procesal, vistos como antecede.

A las pretensiones de la Convocada y Convocante en reconvención, relacionadas con el contrato de concesión portuaria, en especial sobre el alegado derecho a reajustar unilateralmente la contraprestación de la Concesión Portuaria No. 034 de 2007 –que el Tribunal ha considerado inexistente como lo explicó *in extenso*-, se reitera, no prosperarán.

Por otro lado, como ya se dijo también, este análisis no tiene relación alguna con el eventual derecho de CORMAGDALENA para solicitar un pronunciamiento sobre el desequilibrio financiero o económico del citado contrato, si a bien lo tiene. Empero, como también ya se dijo, ello sería materia de otro proceso en el cual se formule la consiguiente pretensión y las derivadas de su procedencia o no, proceso en el cual el desequilibrio o rompimiento de la ecuación financiera debe quedar plenamente establecido.

Sobre la condena o no al pago de costas del proceso, incluidas las agencias en derecho, habrá un pronunciamiento más adelante.

2.8. DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

A título de restablecimiento del derecho, el Tribunal de Arbitramento dispondrá en la parte resolutive:

Condenar a la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, CORMAGDALENA, a título de restablecimiento del derecho, al reintegro y pago de la suma de dinero determinada en el acto administrativo acusado, cuya nulidad se decreta, o sea, a la cantidad de USD \$1.471.621,95 dólares, si esta hubiere sido cancelada por Palermo Sociedad Portuaria S.A., en su totalidad, o en su lugar, a la suma que esta hubiere cancelado a aquella en el momento de ejecutoria de este Laudo, con sus rendimientos económicos del doce por ciento (12%) anual, o sea, el doble del interés legal civil, conforme a lo establecido en el inciso segundo del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 (estatuto de contratación de la administración pública), aplicable de preferencia por tratarse de contención relacionada con un contrato estatal, rendimientos que se causarán, liquidarán y pagarán en USD, desde las fechas de pago total de la contraprestación o desde las de cancelación de cada una de las cuotas periódicas, según el caso, hasta la de ejecutoria de este Laudo.

Por consiguiente, las pretensiones no relacionadas con esos y otros aspectos que no son admisibles por el Tribunal, según se expresará adelante, serán denegadas.

2.9. SOBRE LAS DEMÁS PRETENSIONES DE LA CONVOCANTE

En cuanto hace relación a la pretensión 5.1.4 de la convocante, el Tribunal considera que no es procedente hacer pronunciamiento alguno, por cuanto habría que entrar en consideraciones, que no corresponde hacer en estos momentos, sobre los derechos de las partes en el contrato de concesión portuaria que se hayan originado o causado desde el año 2012, en adelante, teniendo presente la legalidad o ilegalidad de la cláusula décima del contrato de concesión portuaria No. 034 de 2007, en la forma como quedó sustituida por la Cláusula Quinta del Otrosí No. 003 de 2008, que no estuvo *sub judice* en este proceso; y/o el rompimiento de la ecuación financiera del contrato, principio y derecho que se invocó para atacar o sostener la validez del acto administrativo contractual acusado, pero respecto del cual no se solicitó pronunciamiento alguno como pretensión de una demanda, ni se estableció por los medios probatorios de ley, entre otras materias.

III. PRESUPUESTOS PROCESALES

Los “*presupuestos procesales*”⁶⁷ concurren a plenitud en el proceso. En efecto, la demanda presentada reúne todas las exigencias normativas y conforme la normatividad procesal vigente, no se observa ineptitud, ambivalencia o anfibología, por lo cual se admitió sin protesta o recurso alguno en contra del auto de admisión. De igual manera, se observó el cumplimiento de tales exigencias respecto del escrito de contestación de la demanda arbitral, la demanda de reconvenición y el escrito de contestación a esta última. En idéntico sentido, las partes acreditaron su existencia y representación legal, ostentan capacidad procesal, habilidad dispositiva y han comparecido

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de Agosto de 1954.

por conducto de sus representantes legales y apoderados judiciales, abogados titulados.

El Tribunal, es competente para juzgar en derecho las diferencias contenidas en las demanda arbitral y en la demanda de reconvenición, según analizó en el auto de asunción de competencia, por concernir a asuntos litigiosos, dudosos e inciertos, susceptibles de disposición, transacción y estricto sensu de naturaleza patrimonial, derivados de la celebración y ejecución del Contrato de Concesión 034 de 2007, suscrito entre las partes el 2 de febrero de 2007, estando plenamente autorizadas en desarrollo del derecho fundamental de acceso a la justicia y su libertad contractual o de contratación, rectius, autonomía dispositiva, para acudir al arbitraje en procura de la solución de sus controversias contractuales y acordar pacto arbitral en virtud del principio de la autonomía contractual (artículos 116 de la Constitución Política; 8º y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 270 de 1996; 3º de la Ley 1285 de 2009; 3º y 111 de la Ley 446 de 1998, la Ley 1564 de 2012 y la Ley 1563 de 2012).⁶⁸

Asimismo, se instaló en debida forma, asumió competencia, decretó y práctico las pruebas solicitadas, garantizó en igualdad de condiciones para las partes, así como el debido proceso.

A las partes, durante el proceso arbitral, se les garantizaron y, efectivamente, brindaron todas las garantías procesales para la defensa de sus derechos.

Finalmente, no se observa causa de nulidad del proceso.

⁶⁸ Los arts.70 a 72 de la Ley 80 de 1993, 111 a 132 de la Ley 446 de 1998, 111 a 231 del Decreto 1818 de 1988, entre otros, fueron derogados por la Ley 1563 de 2012, art. 118, aplicable sólo “a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia”, el 12 de Octubre de 2012, y no a los “en curso... que seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores” (art. 119, ejusdem).

IV. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Existiendo norma especial, de acuerdo con lo establecido en los parágrafos 2º y 3º del artículo 75 de la ley 80 de 1993, que condicionan la condena en costas en las controversias contractuales a una actuación temeraria o abusiva, queda sentado que tal circunstancia no se ha observado en el presente caso, referido a una controversia que giró en torno a la vigencia e interpretación de un parágrafo de una de las cláusulas del contrato, sobre lo cual diferían las partes contratantes; razón por la cual el Tribunal **se abstendrá** de condenar en costas a la parte vencida en el presente trámite.

Como agencias en derecho, el Tribunal fijará el equivalente al uno punto uno por ciento (1,1%) de la condena económica por concepto de devolución de la contraprestación en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica pagada por la convocante Palermo Sociedad Portuaria S.A. a Cormagdalena, liquidada sobre la suma efectivamente devuelta, incluidos sus rendimientos económicos, a la tasa de cambio oficial certificada por las autoridades competentes a la fecha de la ejecutoria del presente Laudo.

V. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, el Tribunal de Arbitramento de conformidad con lo expuesto en los considerandos de esta providencia.

RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR la excepción de falta de competencia del Tribunal propuesta por la parte Convocada y Convocante en

reconvención Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena-CORMAGDALENA.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo acusado, integrado por las Resoluciones No. 405 del 07 de diciembre de 2012 y 0070 del 1 de marzo de 2013 proferidas por el Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena-CORMAGDALENA, en cuanto por ellas se dispuso el reajuste de la contraprestación, aplicable al Contrato de Concesión Portuaria No. 034 del 1 de febrero de 2007 y sus otrosíes modificatorios, correspondiente a los años 2007 a 2011 (años 1, 2, 3, 4 y 5 de la citada Concesión).

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena-CORMAGDALENA, entidad pública creada por el artículo 331 de la Constitución Política, que funciona como empresa industrial y comercial del Estado, sometida a las reglas de las sociedades anónimas, representada por su Director Ejecutivo, a liquidar y pagar a la convocante PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A., con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., representada por su Gerente, por concepto de reintegro de las sumas de dinero que se ordenaron pagar mediante las Resoluciones No. 405 del 7 de diciembre de 2012 y 0070 del 1 de marzo de 2013, anuladas en esta providencia, esto es, la cantidad de UN MILLÓN CUATROCIENTOS SETENTA Y UN MIL SEISCIENTOS VEINTIÚN DÓLARES AMERICANOS, CON NOVENTA Y CINCO CENTAVOS DE DÓLAR AMERICANO (USD \$1.471.621.95) o las cifras que efectivamente hubieren sido pagadas, con sus rendimientos económicos equivalentes al doce por ciento (12%) anual fijado por el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, tomando como referencia las fechas de pago de cada una de las veintiocho (28) cuotas anuales causadas y

pagadas por PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. y hasta la fecha de ejecutoria de este proveído.

CUARTO: CONDENAR a la convocada Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena - CORMAGDALENA, por concepto de agencias en derecho, a pagar a la convocante, PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A., sociedad con domicilio en Bogotá, representada por su Gerente, el equivalente al UNO PUNTO UNO POR CIENTO (1,1%) de la condena económica dispuesta en el numeral TERCERO de la parte resolutive de esta providencia, liquidada a la tasa de cambio oficial certificada por las autoridades competentes a la fecha de la ejecutoria del presente Laudo.

QUINTO: NEGAR la pretensión 5.1.4 de la demanda promovida por PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. por las razones expuestas en la parte motiva, así como NEGAR PARCIALMENTE la pretensión 5.1.7 del mismo escrito, exclusivamente en lo relacionado con la solicitud de condena al pago de costas del proceso.

SEXTO: NEGAR las pretensiones subsidiarias relacionadas en el numeral 5.2. de la demanda promovida por PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.

SÉPTIMO: NEGAR las pretensiones formuladas en la demanda de reconvencción presentada por la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena-CORMAGDALENA, por conducto de su apoderado especial, contra PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.

OCTAVO: Al presente Laudo se dará cumplimiento en los términos previstos en el artículo 195 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

NOVENO: ORDENAR que se entregue a los Árbitros y a la Secretaria del Tribunal el saldo de sus honorarios.

DÉCIMO: ORDENAR el reintegro a las partes en el proceso, el valor de las sumas de dinero fijadas para gastos del proceso que no se hubieren utilizado.

DÉCIMO PRIMERO: Expídanse por Secretaría copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las partes, y copia simple tanto al señor Agente del Ministerio Público como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, ANJDE.

DÉCIMO SEGUNDO: En firme esta providencia, ORDENAR el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en los términos señalados en el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

MIGUEL HERNANDO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ
Presidente

MARIA LUISA MESA ZULETA
Árbitro

ALEJANDRO VENEGAS FRANCO
Árbitro

JOHANNA SINNING BONILLA
Secretaria