

**TRIBUNAL ARBITRAL DE JAN DE NUL SUCURSAL  
COLOMBIA, EN LIQUIDACIÓN vs. CORPORACIÓN  
AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA  
MAGDALENA –CORMAGDALENA–**

**LAUDO ARBITRAL**

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

Agotadas las etapas procesales previstas en el Estatuto de Arbitraje (Ley 1563 de 2016), el Tribunal Arbitral conformado para dirimir las controversias jurídicas suscitadas entre **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA, EN LIQUIDACIÓN**, y la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA–** en relación con el Contrato No. 0-0098-2013 que suscribieron el 26 de diciembre de 2013, profiere el presente laudo arbitral:

**1. ANTECEDENTES**

**1.1 PARTES Y REPRESENTANTES**

**1.1.1 Parte convocante**

La parte convocante en este proceso es **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA, EN LIQUIDACIÓN**, persona jurídica de derecho privado, con domicilio en Bogotá, D.C., e identificada con NIT. 900.480.401-3.

Al momento de presentarse la reforma de la demanda, estaba representada legalmente por el señor **KLAUS JORGE VOLLERT**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79'477.522<sup>1</sup>.

**1.1.2 Parte convocada**

La parte convocada en este proceso es la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA–**, creada por el artículo 331 de la Constitución y organizada por la Ley 161 de 1994, cuyo artículo 1º la define como un “ente corporativo especial del orden nacional con autonomía administrativa, presupuestal y financiera, dotado de personería jurídica propia, el cual funcionará como una Empresa Industrial y Comercial del Estado sometida a las reglas de las Sociedades Anónimas, en lo no previsto por la presente Ley”.

Al momento de presentarse la demanda, estaba representada legalmente por su Director Ejecutivo encargado, señor **CARLOS NÚÑEZ DE LEÓN**, identificado con cédula de ciudadanía No. 92'549.287<sup>2</sup>, quien posteriormente fue sustituido por el señor, **LUIS ÁLVARO MENDOZA MAZZEO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 73'076.009<sup>3</sup>.

**1.2 EL PACTO ARBITRAL**

<sup>1</sup> Cuaderno Principal No. 1, folio 17.

<sup>2</sup> Cuaderno Principal No. 1, folio 53.

<sup>3</sup> Cuaderno Principal No. 1, folio 819.

El pacto arbitral que sirve de fundamento a este proceso arbitral está contenido en la cláusula VIGÉSIMA CUARTA del Contrato No. 0-0098-2013 suscrito el veintiséis (26) de diciembre de dos mil trece (2013) por **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA**, actualmente en liquidación, y la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA–**. En dicha cláusula se dispuso:

“**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO.** Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, el cual estará sujeto a sus reglamentos y al procedimiento allí contemplado, de acuerdo con las siguientes reglas:

“a) El Tribunal estará integrado por 3 árbitros designados por las partes de común acuerdo. En caso de que no fuere posible, serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio, a solicitud de cualquiera de las partes.

“b) El Arbitramento será legal y el tribunal fallara en derecho aplicando las leyes de la República de Colombia.

“c) El Tribunal sesionará en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

“d) La secretaría del Tribunal estará integrada por un miembro de la lista oficial de secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá”<sup>4</sup>.

### 1.3 ACTUACIONES PROCESALES

#### 1.3.1 Conformación e instalación del Tribunal Arbitral

1.3.1.1 El 19 de mayo de 2015 **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA, EN LIQUIDACIÓN**, con fundamento en la cláusula compromisoria contenida en la **CLÁUSULA VIGÉSIMA CUARTA** del Contrato No. 0-0098-2013, suscrito el veintiséis (26) de diciembre de dos mil trece (2013), solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la conformación e instalación de un tribunal arbitral que dirimiera sus diferencias con la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA–**<sup>5</sup>.

1.3.1.2 El 22 de mayo de 2015 el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, acatando lo pactado en la cláusula compromisoria, citó a las partes para que de mutuo acuerdo escogieran los árbitros<sup>6</sup>. En la misma fecha informó sobre el inicio del proceso a la Procuraduría General de la Nación<sup>7</sup> y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado<sup>8</sup>.

1.3.1.3 Las partes y sus apoderados se reunieron el 28 de mayo de 2015<sup>9</sup>, sin embargo, ante la falta de acuerdo sobre la designación de los árbitros, la

<sup>4</sup> Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 108.

<sup>5</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 1-20.

<sup>6</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 21-32, 40-42.

<sup>7</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 33-35.

<sup>8</sup> Cuaderno Principal No. 1, folio 38.

<sup>9</sup> Cuaderno Principal No. 1, folio 43.

apoderada de la parte convocante solicitó al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Bogotá “designar los árbitros mediante sorteo”<sup>10</sup>.

1.3.1.4 El 2 de junio 2015 resultaron elegidos, mediante sorteo público, los doctores **VICTOR EDUARDO QUIROGA CÁRDENAS, SAMUEL YONG SERRANO** y **LUCY CRUZ DE QUIÑONES**, como árbitros principales, y **ENRIQUE GAVIRIA LIÉVANO, MANUEL GUILLERMO SARMIENTO GARCÍA** y **EDUARDO FONSECA PRADA**, como árbitros suplentes, nombramientos que se comunicaron a los árbitros principales el 9 de junio del mismo año<sup>11</sup>, y que fueron aceptados por estos oportunamente<sup>12</sup>.

1.3.1.5 En aplicación del artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, los nombramientos de los árbitros se pusieron en conocimiento de las partes sin que estas, dentro del término que les concedía dicho artículo, manifestaran alguna objeción<sup>13</sup>.

1.3.1.6 El 24 de julio de 2015 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal Arbitral. En esta audiencia, el Tribunal dictó el Auto No. 1, designando al Doctor **LUIS FERNANDO SERENO PATIÑO** como Secretario, y reconociendo personería al Doctor **GILBERTO ESTUPIÑAN PARRA**, como apoderado de la convocante, y al Doctor **GABRIEL DE VEGA PINZÓN**, como apoderado de la convocada<sup>14</sup>.

### **1.3.2 Admisión de la demanda arbitral, contestación de la demanda por parte de la convocada, y contestación de excepciones y de la objeción al juramento estimatorio por parte de la convocante**

1.3.2.1 En la misma audiencia de instalación, el Tribunal, mediante Auto No. 2, inadmitió la demanda y concedió a la parte convocante un término de cinco (5) días hábiles para que la subsanara<sup>15</sup>.

1.3.2.2 La parte demandante subsanó su demanda y por este motivo el Tribunal la admitió en su Auto No. 3 del 11 de agosto de 2015<sup>16</sup>.

1.3.2.3 De la demanda arbitral se corrió traslado a la parte convocada, **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA–**, la cual, dentro del término del traslado, contestó la demanda el 15 de octubre del mismo año<sup>17</sup>.

1.3.2.4 Por Auto No. 4 del 19 de octubre de 2015, el Tribunal ordenó dar traslado a la parte convocante de la contestación de la demanda presentada por la parte convocada<sup>18</sup>, decisión que fue notificada mediante correo electrónico el 20 de octubre del mismo año. **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA, EN LIQUIDACION**, contestó la demanda oportunamente el 27 del mismo mes y año<sup>19</sup>.

<sup>10</sup> Cuaderno Principal No. 1, folio 44.

<sup>11</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 74-82.

<sup>12</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 83-94.

<sup>13</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 101-121.

<sup>14</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 139-140.

<sup>15</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 141-142.

<sup>16</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 164-166.

<sup>17</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 199-223.

<sup>18</sup> Cuaderno Principal No. 1, folio 230.

<sup>19</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 224-238.

1.3.2.5 Por Auto No. 5 del 28 de octubre de 2015, notificado por correo electrónico el 30 de octubre de 2015, el Tribunal ordenó que a la parte convocante se le corriera traslado de la objeción presentada por la parte convocada en relación con el juramento estimatorio contenido en la demanda arbitral<sup>20</sup>.

1.3.2.6 La parte convocante dio respuesta a la objeción del juramento estimatorio el 4 de noviembre de 2015<sup>21</sup>.

### **1.3.3 Audiencia de conciliación, reforma de la demanda y pago de honorarios y gastos**

1.3.3.1 En Auto No. 6 del 10 de noviembre de 2015 se fijó el 27 de noviembre de 2015 como fecha de la audiencia de conciliación<sup>22</sup>.

1.3.3.2 El 20 de noviembre de 2015 la parte convocante manifestó su imposibilidad de asistir en esa fecha y solicitó aplazarla<sup>23</sup>.

1.3.3.3 Por Auto No. 7 del 24 de noviembre de 2015 el Tribunal accedió a lo solicitado y fijó como nueva fecha el 3 de diciembre del mismo año<sup>24</sup>.

1.3.3.4 El 3 de diciembre de 2015, antes de iniciarse la audiencia de conciliación, la parte convocante presentó una reforma a su demanda<sup>25</sup>.

1.3.3.5 En la misma fecha el Tribunal admitió la reforma de la demanda y de esta se corrió traslado a la parte convocada<sup>26</sup>.

1.3.3.6 El 22 de diciembre de 2015 la parte convocada presentó un escrito contestando la demanda tal y como quedó reformada<sup>27</sup>.

1.3.3.7 Por Auto No. 9 del 28 de diciembre de 2015, notificado por correo electrónico en la misma fecha, el Tribunal ordenó correr traslado a la parte convocante de las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada y de la objeción al juramento estimatorio que esta última incluyó en su contestación de la demanda reformada<sup>28</sup>.

1.3.3.8 Mediante escrito presentado el 5 de enero de 2016, la parte convocante se pronunció en relación con las excepciones de mérito y la objeción al juramento estimatorio, presentadas por la parte convocada<sup>29</sup>.

1.3.3.9 En Auto No. 10 del 7 de enero de 2016, el Tribunal señaló como fecha para llevar a cabo la audiencia de conciliación, el 18 de enero de 2016<sup>30</sup>.

1.3.3.10 Durante la audiencia de conciliación, no fue posible que las partes acercaran sus posiciones y llegaran a un acuerdo. En el Auto No. 11 del 18

<sup>20</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 239-241.

<sup>21</sup> Cuaderno Principal No. 1, folio 251.

<sup>22</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 252-254.

<sup>23</sup> Cuaderno Principal No. 1, folio 262.

<sup>24</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 263-264.

<sup>25</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 276-356.

<sup>26</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 365-369.

<sup>27</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 400-499.

<sup>28</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 376-399.

<sup>29</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 508-519.

<sup>30</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 500-502.

de enero de 2016, el Tribunal declaró fallida la conciliación y en el Auto No. 12 de la misma fecha fijó los honorarios y gastos del proceso arbitral<sup>31</sup>.

1.3.3.11 Dentro del término inicial de diez (10) días concedido a las partes para que consignaran por mitades los honorarios y gastos, la parte convocante consignó lo que le correspondía mientras que la parte convocada se abstuvo de hacerlo. Ante esto, la parte convocante, dentro del término adicional de cinco (5) días para completar la totalidad de los honorarios y gastos del proceso, consignó la mitad faltante.

### 1.3.4 Primera audiencia de trámite

1.3.4.1 En el Auto No. 13 del 4 de febrero de 2016 se señaló el 12 de febrero de 2016 como fecha para la primera audiencia de trámite<sup>32</sup>.

1.3.4.2 En la primera audiencia de trámite llevada a cabo el 12 de febrero de 2016, el Tribunal Arbitral, después de analizar la cláusula compromisoria, la existencia y debida representación de cada una de las partes, y las pretensiones formuladas por la parte convocante, dictó el Auto No. 14 declarándose “competente para conocer y decidir en derecho las controversias patrimoniales entre **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA, EN LIQUIDACIÓN**, y la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA–**, planteadas en la demanda arbitral reformada”<sup>33</sup>.

1.3.4.3 Durante el desarrollo de la primera audiencia de trámite del 12 de febrero de 2016, el Tribunal Arbitral también dictó el Auto No. 15 por el cual resolvió las peticiones de pruebas formuladas por las partes<sup>34</sup>.

### 1.3.5 Etapa probatoria

#### 1.3.5.1 DOCUMENTOS

En el Auto No. 15 del 12 de febrero de 2016 el Tribunal Arbitral admitió como pruebas los documentos anexados a la demanda inicial y a la reforma de la demanda, al igual que los documentos anexados a la contestación de la demanda inicial y a la contestación de la demanda reformada<sup>35</sup>.

#### 1.3.5.2 TESTIMONIOS

1.3.5.2.1 En el Auto No. 15 del 12 de febrero de 2016 el Tribunal Arbitral decretó los testimonios de los señores **ANDRÉS MOLINA MARTÍNEZ, LAYTON GONZÁLEZ RUBIO, JUAN C. CAMPOS, LUIS MANRIQUE, HERNÁN WEHDERING, ALBERTO DURÁN GAMARRA, MANUEL ALVARADO, LEÓN FUYEDO, RAFAEL MELO, AUGUSTO GARCÍA RODRÍGUEZ y LUIS A. PRIETO-PORTAR**<sup>36</sup>.

1.3.5.2.2 El 7 de abril de 2016 la apoderada de la parte convocante manifestó que desistía de los testimonios de los señores **MANUEL**

<sup>31</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 520-529.

<sup>32</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 533-534.

<sup>33</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 549-554.

<sup>34</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 554-560.

<sup>35</sup> *Ibidem.*

<sup>36</sup> *Ibidem.*

**ALVARADO, RAFAEL MELO y JUAN C. CAMPOS**, desistimiento que fue aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 19 de la misma fecha<sup>37</sup>.

1.3.5.2.3 El 12 de abril de 2016 rindió testimonio el señor **LAYTON GONZÁLEZ RUBIO**<sup>38</sup>.

1.3.5.2.4 El 13 de abril de 2016 rindieron testimonio los señores **LUIS CARLOS PEDRO RAÚL MANRIQUE PÉREZ**<sup>39</sup> y **HERNÁN GREGORIO WEHDEKING VERGARA**<sup>40</sup>.

1.3.5.2.5 El 14 de abril de 2016 rindió testimonio el señor **ANDRÉS ARTURO MOLINA MARTÍNEZ**<sup>41</sup>.

1.3.5.2.6 El 18 de abril de 2016 rindió testimonio el señor **LUIS A. PRIETO-PORTAR**<sup>42</sup>.

1.3.5.2.7 El 18 de abril de 2016 el apoderado de la parte convocada manifestó que desistía del testimonio del señor **AUGUSTO GARCÍA RODRÍGUEZ**, desistimiento que fue aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 20 de la misma fecha<sup>43</sup>.

1.3.5.2.8 El 25 de julio de 2016 rindió testimonio el señor **ALBERTO DURÁN GAMARRA**<sup>44</sup>.

### 1.3.5.3 INFORME ESCRITO BAJO JURAMENTO DEL REPRESENTANTE LEGAL DE CORMAGDALENA

1.3.5.3.1 En el Auto No. 15 del 12 de febrero de 2016 el Tribunal Arbitral, con fundamento en el artículo 195 del Código General de Proceso, ordenó al representante legal de la parte convocada, **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA–**, rendir un informe escrito bajo juramento sobre las cuestiones que para el efecto presentaría la parte convocante dentro los 5 días siguientes<sup>45</sup>.

1.3.5.3.2 El 19 de febrero de 2016 la apoderada de la parte convocante presentó su cuestionario dirigido al representante legal de **CORMAGDALENA**<sup>46</sup>.

1.3.5.3.3 Por Auto No. 17 del 7 de abril de 2016 el Tribunal Arbitral ordenó que el cuestionario presentado por la apoderada de la parte convocante fuera remitido al representante legal de **CORMAGDALENA**, concediéndole a este un término de 15 días hábiles para rendir el respectivo informe escrito bajo juramento<sup>47</sup>.

<sup>37</sup> Cuaderno Principal No. 1, folio 601.

<sup>38</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 622-624 y Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 1-23.

<sup>39</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 626-628 y Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 30-36.

<sup>40</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 629-631 y Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 24-29.

<sup>41</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 632-634 y Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 38-67.

<sup>42</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 635-637 y Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 69-101.

<sup>43</sup> Cuaderno Principal No. 1, folio 636.

<sup>44</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 841-843 y Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 643-654.

<sup>45</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 549-560.

<sup>46</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 562-567.

<sup>47</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 598-599.

1.3.5.3.4 El 28 de abril de 2016 el señor **LUIS ÁLVARO MENDOZA MAZZEO**, Director Ejecutivo y representante legal de **CORMAGDALENA**, presentó su informe escrito bajo juramento<sup>48</sup>.

1.3.5.3.5 Por Auto No. 23 del 12 de mayo de 2016 se ordenó poner en conocimiento de la parte convocante la respuesta del representante legal de **CORMAGDALENA**<sup>49</sup>.

1.3.5.3.6 El 24 de mayo de 2016 la apoderada de la parte convocante solicitó requerir al representante legal de **CORMAGDALENA** para que respondiera las preguntas que no contestó en absoluto, o que contestó con imprecisiones o evasivas injustificadas, y corrigiera las que contestó basado en información incorrecta<sup>50</sup>.

1.3.5.3.7 Por Auto No. 25 del 13 de junio de 2016 se ordenó al representante legal de **CORMAGDALENA** dar respuesta a las inquietudes de la apoderada de la parte convocante en relación con sus respuestas a las preguntas 3, 4, 5, 17 y 24 del cuestionario que se le remitió<sup>51</sup>.

1.3.5.3.8 El 12 de julio de 2016 el representante legal de **CORMAGDALENA** presentó un escrito dando cumplimiento al requerimiento que se le hizo mediante Auto No. 25 del 13 de junio de 2016<sup>52</sup>.

#### 1.3.5.4 INTERROGATORIO DE PARTE AL REPRESENTANTE LEGAL DE JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA, EN LIQUIDACIÓN

1.3.5.4.1 En el Auto No. 15 del 12 de febrero de 2016 el Tribunal Arbitral decretó un interrogatorio al representante legal de **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA, EN LIQUIDACIÓN**, señor **KLAUS JORGE VOLLERT VALENCIA**, o quien hiciera sus veces<sup>53</sup>.

1.3.5.4.2 El 18 de abril de 2016 el apoderado de la parte convocada manifestó que desistía del interrogatorio de parte al representante legal de **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA, EN LIQUIDACIÓN**, desistimiento que fue aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 20 de la misma fecha<sup>54</sup>.

#### 1.3.5.5 OFICIOS

1.3.5.5.1 En el Auto No. 15 del 12 de febrero de 2016 el Tribunal Arbitral ordenó oficiar a las siguientes entidades<sup>55</sup>:

- A la **UNIVERSIDAD DEL NORTE** para que remitiera copia de los estudios realizados por la empresa **GEOTECNIA CONSTRUSUELOS LTDA.** en 2011 a petición de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, y del estudio realizado por la empresa **SUELOS E INGENIERÍA S.A.S.** en 2008.

- Al **MINISTERIO DE TRANSPORTE** para que remitiera todos los estudios de suelo que poseía para demostrar la dureza de los suelos evidenciada

<sup>48</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 696-725.

<sup>49</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 680-684.

<sup>50</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 717-721.

<sup>51</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 736-744.

<sup>52</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 776-782.

<sup>53</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 554-560.

<sup>54</sup> Cuaderno Principal No. 1, folio 636.

<sup>55</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 554-560.

durante la ejecución de actividades similares o complementarias en la zona objeto de litigio, es decir, la zona “del Canal Navegable del Río Magdalena en el Puerto de Barranquilla entre el Muz de Tajamar Occidental (K0) hasta el K21+750”<sup>56</sup>.

- Al **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS –INVIAS–**, para que remitiera todos los estudios de suelo que poseía para demostrar la dureza de los suelos evidenciada durante la ejecución de actividades similares o complementarias en la zona objeto de litigio, es decir, la zona “del Canal Navegable del Río Magdalena en el Puerto de Barranquilla entre el Muz de Tajamar Occidental (K0) hasta el K21+750”<sup>57</sup>.

1.3.5.5.2 El 15 de febrero de 2016 se libraron por Secretaría los Oficios 001, 002 y 003, los cuales se entregaron para su trámite a la parte convocada el 5 de abril del mismo año<sup>58</sup>.

1.3.5.5.3 El 19 de abril de 2016 el **INVIAS** presentó un escrito dando respuesta al Oficio 003 que se le envió y anexando al mismo dos discos compactos con la información solicitada<sup>59</sup>.

1.3.5.5.4 Por Auto No. 23 del 12 de mayo de 2016 se puso en conocimiento de las partes la respuesta del **INVIAS**<sup>60</sup>.

1.3.5.5.5 El 24 de mayo de 2016 la apoderada de la parte convocante solicitó requerir nuevamente al **INVIAS** para que allegara al proceso los estudios de suelos de la Licitación Pública LP-PRE-DO-SMF-035-2016<sup>61</sup>.

1.3.5.5.6 El Tribunal Arbitral accedió a la anterior solicitud en el Auto No. 25 del 13 de junio de 2016<sup>62</sup>.

1.3.5.5.7 El 16 de junio de 2016 el apoderado de la parte convocante solicitó que en el requerimiento al **INVIAS** también incluyeran los estudios de soporte técnico del proceso licitatorio LP-PRE-DO-SMF-040-2016<sup>63</sup>.

1.3.5.5.8 El Tribunal Arbitral accedió de oficio a esta solicitud en el Auto No. 26 del 23 de junio de 2016<sup>64</sup>.

1.3.5.5.9 El 8 de julio de 2016 el **INVIAS**, mediante Oficio SMF 31281 del 5 de julio de 2016, allegó al proceso la información solicitada en relación con el proceso licitatorio LP-PRE-DO-SMF-035-2016<sup>65</sup>, y mediante Oficio SMF 31282 del 5 de julio de 2016, allegó al proceso la información solicitada en relación con el proceso licitatorio LP-PRE-DO-SMF-040-2016<sup>66</sup>.

1.3.5.5.10 El 15 de julio de 2016 el apoderado de la parte convocante solicitó que el **INVIAS** fuera requerido de nuevo por no haber entregado completa la información relacionada con el proceso licitatorio LP-PRE-DO-SMF-040-

<sup>56</sup> Inciso 1º de la cláusula PRIMERA del Contrato No. 0-0098-2013.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 587-589.

<sup>59</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 691-693.

<sup>60</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 680-684.

<sup>61</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 724-725.

<sup>62</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 736-744.

<sup>63</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 754-755.

<sup>64</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 756-759.

<sup>65</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 638.

<sup>66</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 640.



2016, puesto que no se allegaron “todos los documentos de soporte técnico tales como: (i) Matriz de riesgo; (ii) Presupuesto Oficial y; (iii) Pliego de Condiciones”<sup>67</sup>.

1.3.5.5.11 Por Auto No. 30 del 2 de agosto de 2016 el Tribunal Arbitral accedió a lo solicitado y ordenó requerir al **INVIAS** para que enviara la información faltante<sup>68</sup>.

1.3.5.5.12 Mediante Oficio DC 40360 del 26 de agosto de 2016, el **INVIAS** complementó la información que había enviado en relación con el proceso licitatorio LP-PRE-DO-SMF-040-2016<sup>69</sup>.

### 1.3.5.6 DICTÁMENES PERICIALES

1.3.5.6.1 En el Auto No. 15 del 12 de febrero de 2016 el Tribunal Arbitral admitió como prueba el dictamen pericial realizado por **LUIS A. PRIETO-PORTAR** y **PIEDROBA CONSULTING GROUP LLC**, el cual se anexó a la reforma de la demanda, y decretó tanto la práctica del dictamen pericial contable, económico y financiero solicitado por la parte convocante, como la práctica del dictamen pericial contable solicitado por la parte convocada<sup>70</sup>.

1.3.5.6.2 Por Auto No. 16 del 23 de febrero de 2016 se designó como perito a la sociedad **JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA.** para que practicara los dictámenes solicitados por las partes<sup>71</sup>.

1.3.5.6.3 El 7 de abril de 2016 **JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA.** se posesionó como perito y se fijó el 23 de mayo de 2016 como plazo máximo para presentar los dictámenes encomendados<sup>72</sup>.

1.3.5.6.4 El 21 de mayo de 2016 **JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA.** solicitó que se le ampliara el plazo mencionado hasta el 5 de julio de 2016, solicitud a la que accedió el Tribunal en su Auto No. 24 del 23 de mayo de 2016<sup>73</sup>.

1.3.5.6.5 El 5 de julio de 2016 **JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA.** presentó su dictamen pericial respondiendo en un mismo escrito los cuestionarios formulados por las partes convocante y convocada<sup>74</sup>.

1.3.5.6.6 Por Auto No. 27 del 12 de julio de 2016 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público del dictamen pericial realizado por **JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA.**<sup>75</sup>.

1.3.5.6.7 El 27 de julio de 2016 el apoderado de la parte convocante solicitó la aclaración y complementación del anterior dictamen<sup>76</sup>.

1.3.5.6.8 En su Auto No. 30 del 29 del 2 de agosto de 2016 el Tribunal Arbitral ordenó a la sociedad **JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA.** rendir las

<sup>67</sup> Cuaderno Principal No. 1, folio 820.

<sup>68</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 868-875.

<sup>69</sup> Cuaderno de Pruebas No. 5, folios 859-860.

<sup>70</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 554-560.

<sup>71</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 569-571.

<sup>72</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 599-601.

<sup>73</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 699-703.

<sup>74</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 456-637.

<sup>75</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 789-794.

<sup>76</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 845-859.

aclaraciones y complementaciones solicitadas por el apoderado de la parte convocante<sup>77</sup>.

1.3.5.6.9 El 31 de agosto de 2016 **JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA.** presentó las aclaraciones y complementaciones que se le solicitaron<sup>78</sup>.

1.3.5.6.10 Por Auto No. 32 del 1º de septiembre de 2016 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público de las aclaraciones y complementaciones presentadas por **JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA.**<sup>79</sup>.

1.3.5.6.11 El 19 de septiembre de 2016 el apoderado de la parte convocante allegó una experticia contable elaborada por **CARLOS JULIO CORTÉS SÁNCHEZ** de la firma **GLOBAL FORENSIC AUDITING LTDA.**, con el fin de controvertir el dictamen pericial realizado por **JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA.** También solicitó convocar al perito y demás expertos a la audiencia a la que se refiere el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012<sup>80</sup>.

1.3.5.6.12 Por Auto No. 33 del 20 de septiembre de 2016 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público de la experticia contable elaborada por **GLOBAL FORENSIC AUDITING LTDA.**, y que la parte convocante presentó para controvertir el dictamen pericial de **JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA.**<sup>81</sup>.

1.3.5.6.13 El 26 de septiembre de 2016 el apoderado de la parte convocada solicitó citar a audiencia a los peritos, **JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA.** y **GLOBAL FORENSIC AUDITING LTDA.**, de conformidad con el inciso 1º del artículo 228 del Código General del Proceso<sup>82</sup>.

1.3.5.6.14 Por Auto No. 34 del 27 de septiembre de 2016 el Tribunal Arbitral citó a los peritos, **JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA.** y **GLOBAL FORENSIC AUDITING LTDA.** a una audiencia programada para el 4 de octubre de 2016<sup>83</sup>.

1.3.5.6.15 En audiencia del 4 de octubre de 2016 los peritos respondieron preguntas de las partes y de los árbitros<sup>84</sup>.

### 1.3.5.7 INSPECCIONES JUDICIALES CON EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS

1.3.5.7.1 En el Auto No. 15 del 12 de febrero de 2016 el Tribunal Arbitral decretó inspecciones judiciales con exhibición de documentos en las sedes de la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA–** ubicadas en Barranquilla y Bogotá, y en la sede de la sociedad **CONSTRUCCIONES CIVILES Y PROYECTOS S.A.S. –CONCEP S.A.S.–**<sup>85</sup>.

1.3.5.7.2 El 27 de abril de 2016 el Tribunal Arbitral y los apoderados de las partes se presentaron en la sede de **CORMAGDALENA** ubicada en la ciudad

<sup>77</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 868-875.

<sup>78</sup> Cuaderno de Pruebas No. 5, folios 1-858.

<sup>79</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 904-906.

<sup>80</sup> Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 1-118.

<sup>81</sup> Cuaderno Principal No. 2, folios 1-4.

<sup>82</sup> Cuaderno Principal No. 2, folio 8.

<sup>83</sup> Cuaderno Principal No. 2, folios 9-11.

<sup>84</sup> Cuaderno Principal No. 2, folios 27-32, y Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 119-156.

<sup>85</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 554-560.

de Barranquilla, con el fin de realizar la inspección judicial con exhibición de documentos previamente decretada. Durante la inspección se exhibió una información que se recopiló en medio magnético<sup>86</sup>. Por Auto No. 21 dictado al final de la diligencia, el Tribunal Arbitral ordenó a **CORMAGDALENA** allegar al proceso un back up con la información cursada vía Internet que tuviera relación con el contrato objeto de controversia<sup>87</sup>.

1.3.5.7.3 El 27 de abril de 2016 el Tribunal Arbitral y los apoderados de las partes se presentaron en la sede de **CONCEP S.A.S.** ubicada en la ciudad de Barranquilla, con el fin de realizar la inspección judicial con exhibición de documentos previamente decretada. Por Auto No. 22 dictado al final de la diligencia, se suspendió la audiencia hasta el 4 de mayo de 2016 y se requirió a **CONCEP S.A.S.** para que tuviera a disposición del Tribunal Arbitral toda la información relacionada con la ejecución del contrato objeto de controversia, incluyendo comunicaciones cruzadas y correos electrónicos con **CORMAGDALENA**<sup>88</sup>.

1.3.5.7.4 El 3 de mayo de 2016 ambas partes solicitaron suspender la inspección judicial con exhibición de documentos que se llevaría a cabo el 4 de mayo de 2016 en la sede de **CONCEP S.A.S.** ubicada en la ciudad de Barranquilla, y manifestaron que el representante legal de esta sociedad acordó con ellas entregar en medio magnético todos los documentos objeto de prueba<sup>89</sup>.

1.3.5.7.5 El 4 de mayo de 2016 el representante legal de **CONCEP S.A.S.** remitió la siguiente información: a) Copia física de la bitácora de obra en dos paquetes que correspondían a los dos libros que constituyen la bitácora de la obra, y b) DVD con los archivos digitales de los correos electrónicos cruzados entre **CONCEP S.A.S.**, **CORMAGDALENA** y **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA, EN LIQUIDACIÓN**, durante el desarrollo del contrato<sup>90</sup>.

1.3.5.7.6 Por Auto No. 23 del 12 de mayo de 2016 se ordenó requerir nuevamente a **CONCEP S.A.S.** para que allegara en medio magnético o físico la documentación seleccionada en la audiencia del 27 de abril de 2016<sup>91</sup>.

1.3.5.7.7 Mediante correo electrónico enviado el 20 de mayo de 2016, **CORMAGDALENA** comunicó que la orden de allegar un back up con información cursada vía Internet, emitida por el Tribunal durante la inspección judicial realizada en su sede de Barranquilla, le era imposible cumplirla debido a que por un hecho fortuito se presentó una falla en el servidor que causó "la pérdida total de los correos de todos los usuarios del sistema de correos (100% de los usuarios). Esta información correspondía a los años 2015 hacia atrás"<sup>92</sup>.

1.3.5.7.8 Por Auto No. 24 del 23 de mayo de 2016 se puso en conocimiento de la parte convocante la anterior comunicación de **CORMAGDALENA** y se

<sup>86</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 695.

<sup>87</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 642-653.

<sup>88</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 654-657.

<sup>89</sup> Cuaderno Principal No. 1, folio 678.

<sup>90</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 748-750.

<sup>91</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 680-684.

<sup>92</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 695-698.

declaró cerrada la inspección judicial en su sede ubicada en la ciudad de Barranquilla<sup>93</sup>.

1.3.5.7.9 El 27 de mayo de 2016 se recibió de **CONCEP S.A.S.** la información que se le ordenó allegar en la inspección judicial del 27 de abril de 2016<sup>94</sup>.

1.3.5.7.10 Por Auto No. 25 del 13 de junio de 2016 se puso en conocimiento de las partes convocante la anterior información allegada por **CONCEP S.A.S.**<sup>95</sup>.

1.3.5.7.11 El 12 de julio de 2016 el Tribunal Arbitral y los apoderados de las partes se presentaron en la sede de **CORMAGDALENA** ubicada en la ciudad de Bogotá, D.C., con el fin de realizar la inspección judicial con exhibición de documentos previamente decretada. La diligencia fue atendida por el señor **JOSÉ LUIS DE VALENCIA VÉLEZ**, quien puso a disposición del Tribunal y las partes toda la información digital que tenía en su poder<sup>96</sup>.

### 1.3.5.8 CIERRE DE LA ETAPA PROBATORIA

En audiencia celebrada el 4 de octubre de 2016, las partes manifestaron de manera expresa que las pruebas recaudadas resultaban suficientes para cerrar la instrucción. A continuación se puso a disposición de las partes el expediente para su saneamiento y no manifestaron alguna objeción frente al trámite surtido hasta la fecha, razón por la cual se declaró efectivamente clausurada la etapa probatoria<sup>97</sup>.

### 1.3.6 Conciliación parcial

1.3.6.1 El 13 de julio de 2016 las partes presentaron un "ACUERDO CONCILIATORIO PARCIAL" firmado el 19 de mayo de 2016, para que fuera aprobado por el Tribunal<sup>98</sup>. En dicho acuerdo las partes manifestaron:

"**CUARTO.- LAS PARTES** convienen que el acuerdo conciliatorio al que han llegado resuelve de manera definitiva las diferencias de las que dan cuenta las siguientes pretensiones del **CONTRATISTA**, y de conformidad con ello se desiste de las mismas:

"**QUINTO GRUPO DE PRETENSIONES DECLARATIVAS DE CARÁCTER ESPECÍFICO RELACIONADAS CON LA LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO**

"2.23 Que se liquide judicialmente el Contrato de Obra No. 0-0098-2013 celebrado el 26 de diciembre de 2013, entre **CORMAGDALENA** y el **CONTRATISTA**." y

"2.24: Que de conformidad con la anterior pretensión, se declare que, en virtud de lo dispuesto en la cláusula cuarta del **CONTRATO**, **CORMAGDALENA** debe cancelar los valores

<sup>93</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 708-712.

<sup>94</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 103-144.

<sup>95</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 736-744.

<sup>96</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 789-791.

<sup>97</sup> Cuaderno Principal No. 2, folios 27-31.

<sup>98</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 802-817.

determinados en el Acta de Obra No. 5 correspondientes a COP 3.229.868.156.”

1.3.6.2 En el Auto No. 28 del 15 de julio de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió poner en conocimiento del Ministerio Público el “ACUERDO CONCILIATORIO PARCIAL” para que en el término de 5 días rindiera concepto sobre el mismo<sup>99</sup>.

1.3.6.3 El 22 de julio de 2016 el Ministerio Público rindió concepto favorable a la aprobación del acuerdo conciliatorio<sup>100</sup>.

1.3.6.4 Por Auto No. 29 del 2 de agosto de 2016 el Tribunal Arbitral aprobó el “ACUERDO CONCILIATORIO PARCIAL”<sup>101</sup>.

### **1.3.7 Alegatos de las partes, concepto del Ministerio Público y fijación de fecha para lectura de la parte resolutive del Laudo**

1.3.7.1 En audiencia celebrada el 25 de octubre de 2016, el Tribunal Arbitral escuchó las alegaciones de las partes y el concepto del Ministerio Público sobre el litigio. Tanto las alegaciones de las partes como el concepto del Ministerio Público, fueron incorporados al expediente por escrito<sup>102</sup>.

1.3.7.2 Al final de la audiencia se dictó el Auto No. 39 fijando el 15 de noviembre de 2016 como fecha para la lectura de la parte resolutive del Laudo Arbitral<sup>103</sup>.

1.3.7.3 Por Auto No. 41 del 15 de noviembre de 2016 se aplazó para el 21 de noviembre de 2016 la lectura de la parte resolutive del Laudo Arbitral<sup>104</sup>.

### **1.3.8 Término de duración del proceso**

Por mandato del artículo 10 de la Ley 1563 de 2013, el término de duración del presente proceso no debió ser mayor a 6 meses, contados a partir de la primera audiencia de trámite. No obstante, en varias ocasiones el proceso fue objeto de suspensión por solicitud de las partes, suspensiones a las que accedió el Tribunal en los siguientes autos:

<sup>99</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 821-823.

<sup>100</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 836-840.

<sup>101</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 862-867.

<sup>102</sup> Cuaderno Principal No. 2, folios 40-160.

<sup>103</sup> Cuaderno Principal No. 2, folios 37-36.

<sup>104</sup> Cuaderno Principal No. 2, folios 163-164.

Auto que decretó la suspensión	Fecha de inicio de la suspensión	Fecha final de la suspensión	Días
No. 16 del 23 de febrero de 2016 <sup>105</sup>	24 de febrero de 2016	3 de abril de 2016	40
No. 26 del 13 de junio de 2016 <sup>106</sup>	14 de junio de 2016	22 de junio de 2016	9
No. 26 del 13 de junio de 2016 <sup>107</sup>	24 de junio de 2016	11 de julio de 2016	18
No. 31 del 18 de agosto de 2016 <sup>108</sup>	19 de agosto de 2016	31 de agosto de 2016	13
No. 37 del 4 de octubre de 2016 <sup>109</sup>	5 de octubre de 2016	24 de octubre de 2016	20
No. 40 del 25 de octubre de 2016 <sup>110</sup>	26 de octubre de 2016	14 de noviembre de 2016	20
<b>TOTAL DÍAS DE SUSPENSIÓN</b>			<b>120</b>

Teniendo en cuenta que la primera audiencia de trámite fue celebrada el 12 de febrero de 2016, el presente proceso no debió extenderse más allá del 12 de agosto de 2016, sin embargo, como el proceso fue objeto de suspensiones que en total suman 120 días, el término de duración del presente proceso vencería el 10 de diciembre de 2016.

Lo anterior significa que el presente Laudo Arbitral se profiere dentro del término establecido por la ley.

## 2. FIJACIÓN DEL LITIGIO

### 2.1 LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA

#### 2.1.1 Pretensiones

En su reforma de la demanda arbitral presentada el 3 de diciembre de 2015, la parte convocante sometió a consideración del Tribunal las siguientes pretensiones:

#### 1. DECLARATIVA DE CARÁCTER GENERAL

- 1.1 Que se declare que **CORMAGDALENA** incumplió parcialmente el **CONTRATO**, por los hechos y omisiones que resulten probados en el proceso.

#### 2. DECLARATIVAS ESPECÍFICAS:

#### PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES DECLARATIVAS DE CARÁCTER ESPECÍFICO RELATIVAS A LA DESCARGA DE MATERIAL POR VAN OORD.

<sup>105</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 569-571.

<sup>106</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 744-746.

<sup>107</sup> *Ibidem.*

<sup>108</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 898-900.

<sup>109</sup> Cuaderno Principal No. 2, folios 31-32.

<sup>110</sup> Cuaderno Principal No. 2, folios 38-39.

- 2.1 **DECLARAR** que producto de las descargas de material suelto realizadas por Van Oord, se generó para el **CONTRATISTA** una imposibilidad absoluta de realizar labores de dragado desde 18 de febrero de 2014 hasta el 28 de febrero de 2014.
- 2.2 **DECLARAR** que la imposibilidad absoluta de realizar labores de dragado desde 18 de febrero de 2014 hasta el 28 de febrero de 2014 es imputable a **CORMAGDALENA** como resultado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales.
- 2.3 Que como consecuencia de las pretensiones 2.1 y 2.2, se declare que el **CONTRATISTA** ha incurrido en costos adicionales o sobrecostos, no contemplados en los Estudios y Diseños adelantados por **CORMAGDALENA**, ni dentro de los precios del **CONTRATO** inicialmente pactados a favor de **CONTRATISTA**, derivados del mantener disponible y sin efectuar trabajos la Draga Pedro Alvares Cabral.
- 2.4 Que se declare como consecuencia de la pretensión anterior, que **CORMAGDALENA** se encuentra obligada a indemnizar al **CONTRATISTA**, esto es, a pagar los costos adicionales en los que debió incurrir como resultado de mantener disponible y sin efectuar trabajos la Draga Pedro Alvares Cabral durante los días 18 de febrero de 2014 y 28 de febrero de 2014.
- 2.5 **Pretensiones subsidiarias de la 2.2**
- 2.5.1 Que se declare que la suspensión del dragado desde 18 de febrero de 2014 hasta el 28 de febrero de 2014 se dio como resultado del acaecimiento de hechos sobrevinientes a la suscripción del contrato e imprevisibles para el **CONTRATISTA**.
- 2.5.2 Que de conformidad con la anterior pretensión, se declare que el **CONTRATISTA** no está obligado a asumir los costos causados por mantener disponible y sin efectuar trabajos la Draga Pedro Alvares Cabral durante el período de tiempo comprendido entre el 18 de febrero de 2014 y el 28 de febrero de 2014.
- 2.5.3 Que de conformidad con la anterior pretensión, se declare que **CORMAGDALENA** está obligada a restablecer el equilibrio económico del contrato, quebrantado por los mayores costos que el **CONTRATISTA** tuvo que sufragar y que se produjeron como resultado de mantener disponible y sin efectuar trabajos la Draga Pedro Alvares Cabral durante los días 18 de febrero de 2014 y 28 de febrero de 2014.

**SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES DECLARATIVAS DE CARÁCTER ESPECÍFICO RELATIVAS A LOS MAYORES COSTOS GENERADOS Y A LA IMPOSIBILIDAD DE REALIZAR LABORES DE DRAGADO POR LA MAYOR DUREZA DE LA ROCA EN EL SECTOR III.**

- 2.6 Que se declare que, de acuerdo con el **CONTRATO**, según como quedó establecido en el Capítulo 11 del Anexo de Especificaciones Técnicas del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública LP-004-13, la dureza máxima prevista por **CORMAGDALENA** del material a dragar en el Sector III fue de 2.9. Mpa.
- 2.7 Que se declare que el riesgo de mayor dureza del material a dragar no fue asignado al **CONTRATISTA**, ni por las obligaciones impuestas mediante el clausulado contractual, ni tampoco mediante la asignación de riesgos contenida en la correspondiente matriz.
- 2.8 Que se declare que el **CONTRATISTA** en la ejecución contractual encontró un material en el Sector III con una dureza mucho más alta que la mencionada en el pliego de condiciones.
- 2.9 Que se declare que **CORMAGDALENA**, mediante la elaboración de estudios y diseños adecuados durante la etapa de planeación, hubiera podido prever que la roca tenía una dureza mayor a la señalada en el Capítulo 11 del Anexo de Especificaciones Técnicas del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública LP-004-13
- 2.10 Que, como consecuencia de la pretensión 2.9, se declare que **CORMAGDALENA** incumplió el deber de planeación contractual, al no haber obrado con diligencia en la elaboración de los estudios y diseños.
- 2.11 Que se declare que, como consecuencia de la anterior pretensión, **CORMAGDALENA** se encuentra obligada a indemnizar al **CONTRATISTA** por los perjuicios ocasionados por la baja productividad que tuvieron las dragas Hondius y Pedro Alvares Cabral.
- 2.12 Que se declare que, como consecuencia de la pretensión 2.10, **CORMAGDALENA** se encuentra obligada a indemnizar al **CONTRATISTA** por los daños y reparaciones que se vio obligado a realizar en las dragas Hondius y Pedro Alvares Cabral.
- 2.13 Que se declare que, como consecuencia de la pretensión 2.10, **CORMAGDALENA** se encuentra obligada a indemnizar al **CONTRATISTA** por los mayores costos en que incurrió por un consumo adicional de combustible en las dragas Hondius y Pedro Alvares Cabral.
- 2.14 Que se declare que, como consecuencia de la pretensión 2.10, **CORMAGDALENA** se encuentra obligada a indemnizar al **CONTRATISTA** por el tiempo adicional que requirieron las dragas Hondius y Pedro Alvares Cabral para terminar las labores de dragado.



- 2.15** Que, como consecuencia de la pretensión **2.10**, se declare que la mayor dureza encontrada en el Sector III del **PROYECTO** produjo daños en la draga Hondius, que llevaron a la necesidad de suspender actividades por parte del **CONTRATISTA** para evitar un perjuicio mayor.
- 2.16** Que se declare que como consecuencia de la anterior pretensión, que la draga Pedro Alvares Cabral necesariamente tuvo que suspender actividades debido a que realizaba una labor de barrido del material dragado por la draga Hondius.
- 2.17** Que se declare que como consecuencia de las pretensiones **2.15** y **2.16**, que debido a situaciones imprevistas para el **CONTRATISTA** e imputables a **CORMAGDALENA** la draga Hondius estuvo 12.81 días sin poder realizar labores y la draga Pedro Alvares Cabral 14.05 días.
- 2.18** Que se declare que como consecuencia de la pretensión **2.17** **CORMAGDALENA** se encuentra obligada a indemnizar al **CONTRATISTA** por el tiempo en que las dragas Hondius y Pedro Alvares Cabral no pudieron ejecutar labores.
- 2.19** **Pretensión subsidiaria de la 2.6, 2.7., 2.8 y 2.9.** Que se declare que la mayor dureza de la roca, aun cuando existía con anterioridad a la suscripción del contrato, no podía ser razonablemente prevista por las partes, por lo que el conocimiento de dicha circunstancia durante la ejecución del contrato constituye un evento de sujeciones materiales imprevistas.
- 2.20** Que, de conformidad con la pretensión **2.19**, se declare que **CORMAGDALENA** está obligada a restablecer el equilibrio económico del contrato, quebrantado por la menor productividad, daños y reparaciones, mayores costos por combustible, el tiempo adicional de dragado de las dragas Hondius y Pedro Alvares Cabral y los costos generados por mantener las dragas Hondius y Pedro Alvares Cabral sin poder realizar labores por 12.81 días y 14.05 días, respectivamente.

**CUARTO GRUPO DE PRETENSIONES DECLARATIVAS DE CARÁCTER ESPECÍFICO RELACIONADAS CON LA CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL ESTAMPILLA PRO-UNIVERSIDAD NACIONAL.**

- 2.21** Que se declare que para el cálculo del AIU a favor del **CONTRATISTA** convenido en el **CONTRATO**, no se tuvo en cuenta la contribución parafiscal de la estampilla pro-Universidad Nacional, debido a que no se encontraba consagrada en la legislación tributaria aplicable al momento de presentar la oferta por el **CONTRATISTA**.
- 2.22** Que se declare que **CORMAGDALENA** está obligada contractualmente a restablecer el equilibrio económico del

**CONTRATO**, en todos los eventos en que sobre los pagos efectuados al **CONTRATISTA** se realicen deducciones por concepto de pago de la contribución parafiscal estampilla pro- Universidad Nacional.

**2.22.1 Pretensión subsidiaria a la 2.22:** Que se declare que **CORMAGDALENA** debe indemnizar al **CONTRATISTA** los perjuicios de daño emergente que se le han ocasionado y se le lleguen a ocasionar por los descuentos realizados en virtud de la contribución parafiscal estampilla pro- Universidad Nacional.

**QUINTO GRUPO DE PRETENSIONES DECLARATIVAS DE CARÁCTER ESPECÍFICO RELACIONADAS CON LA LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO.**

**2.23** Que se liquide judicialmente el Contrato de Obra N° 0-0098-2013 celebrado el 26 de diciembre de 2013, entre **CORMAGDALENA** y el **CONTRATISTA**.

**2.24** Que de conformidad con la anterior pretensión, se declare que, en virtud de lo dispuesto en la cláusula cuarta del **CONTRATO**, **CORMAGDALENA** debe cancelar los valores determinados en el Acta de Obra No. 5 correspondientes a COP 3.229.868.126.

**3. DE CONDENA GENERAL:**

**3.1.** Que se condene a **CORMAGDALENA** a indemnizar al **CONTRATISTA** por el incumplimiento parcial del **CONTRATO**.

**4. DE CONDENA ESPECÍFICAS:**

**DE CONDENA RELATIVAS A LA DESCARGA DE MATERIAL POR VAN OORD.**

**4.1** Que en el evento de accederse a la pretensión **2.4**, se condene a **CORMAGDALENA** a pagar al **CONTRATISTA** las sumas en que hubiese incurrido por mantener disponible y sin efectuar trabajos la Draga Pedro Alvares Cabral durante los días 18 de febrero de 2014 y 28 de febrero de 2014, conforme a lo que se pruebe en el presente proceso.

**4.2** Que en el evento de accederse a la pretensión **2.5.3**, se condene a **CORMAGDALENA** a pagar al **CONTRATISTA** las sumas en que hubiese incurrido por mantener disponible y sin efectuar trabajos la Draga Pedro Alvares Cabral durante los días 18 de febrero de 2014 y 28 de febrero de 2014, conforme a lo que se pruebe en el presente proceso.

**DE CONDENA RELATIVAS A LA MAYOR DUREZA DE LA ROCA EN EL SECTOR III.**

**4.3** Que como consecuencia de la pretensión **2.11**, se condene a **CORMAGDALENA** a pagar al **CONTRATISTA** los perjuicios

ocasionados por la baja productividad que tuvieron las dragas Hondius y Pedro Alvares Cabral.

- 4.4 Que como consecuencia de la pretensión 2.12, se condene a **CORMAGDALENA** a pagar al **CONTRATISTA** los costos que se vio obligado a sufragar por los daños y reparaciones realizados en las dragas Hondius y Pedro Alvares Cabral, conforme a lo que se pruebe en el presente proceso.
- 4.5 Que como consecuencia de la pretensión 2.13, se condene a **CORMAGDALENA** a pagar al **CONTRATISTA** los costos en que incurrió por consumo adicional de combustible de las dragas Hondius y Pedro Alvares Cabral, conforme a lo que se pruebe en el presente proceso.
- 4.6 Que como consecuencia de la pretensión 2.14, se condene a **CORMAGDALENA** a pagar al **CONTRATISTA** los costos en que incurrió por el tiempo adicional que requirieron las dragas Hondius y Pedro Alvares Cabral para terminar las labores de dragado, conforme a lo que se pruebe en el presente proceso.
- 4.7 Que como consecuencia de la pretensión 2.18, se condene a **CORMAGDALENA** a pagar al **CONTRATISTA** los daños ocasionados como resultado de no poder ejecutar labores con las dragas HONDIUS y Pedro Alvares Cabral por 12.81 días y 14.05 días, respectivamente, conforme a lo que se pruebe en el presente proceso.
- 4.8 Que en el evento de accederse a la pretensión 2.20, se condene a **CORMAGDALENA** a restablecer la ecuación económica del **CONTRATO**.

**DE CONDENA RELACIONADAS CON LA CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL ESTAMPILLA PRO-UNIVERSIDAD NACIONAL.**

- 4.9 Que como consecuencia de la pretensión 2.22, se declare que para restablecer el equilibrio económico en favor del **CONTRATISTA** por la imposición de la contribución parafiscal estampilla pro- Universidad Nacional, **CORMAGDALENA** está obligada a pagar al **CONTRATISTA** las sumas de dinero descontadas en las actas de avance 1, 2, 3, y 4, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.
- 4.8.1 Pretensión subsidiaria a la 4.8: Que se declare que **CORMAGDALENA** está obligada a restablecer el equilibrio económico en favor del **CONTRATISTA** por la imposición de la contribución parafiscal estampilla pro-Universidad Nacional, de conformidad con la metodología que el Tribunal de Arbitramento considere aplicable de acuerdo con lo probado en el proceso.
- 4.10 Que en el evento de accederse a la pretensión 2.22.1, se declare que **CORMAGDALENA** debe indemnizar al **CONTRATISTA** por los perjuicios resultantes de la imposición de la contribución parafiscal estampilla pro-

Universidad Nacional, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

**5. DE CONDENA COMUNES:**

**5.1.** Que se condene a **CORMAGDALENA** a pagar al **CONTRATISTA** las sumas de dinero actualizadas a que haya lugar conforme a lo que se pruebe en el presente proceso, para lograr el restablecimiento integral de la ecuación económica del **CONTRATO**, incluyendo las correspondientes a la indemnización de la totalidad de los perjuicios ocasionados al **CONTRATISTA**, y el reconocimiento y pago de la totalidad de los sobrecostos de todo orden en que haya incurrido el **CONTRATISTA**.

**5.2.** Que se condene a **CORMAGDALENA** a pagar al **CONTRATISTA**, intereses moratorios por todo el tiempo de la mora a la tasa establecida en Ley 80 de 1.993, sobre todas las sumas líquidas actualizadas a las que resulte condenada, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del laudo.

**5.2.1. Pretensión subsidiaria a la 5.2:** Que se condene a **CORMAGDALENA** a pagar al **CONTRATISTA**, intereses moratorios a la **MÁS ALTA** tasa aplicable legalmente, sobre todas las sumas líquidas actualizadas a las que resulte condenada, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del laudo.

**5.2.1.1. Pretensión subsidiaria a la 5.2.1:** Que se condene a **CORMAGDALENA** a pagar al **CONTRATISTA**, intereses moratorios sobre todas las sumas líquidas actualizadas a las que resulte condenada **CORMAGDALENA**, a partir de la notificación de la demanda en los términos del artículo 884 del Código de Comercio y el valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas a las que resulte condenada, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha de presentación de la demanda.

**5.2.1.1.1. Pretensión subsidiaria a la 5.2.1.1:** Que se condene a **CORMAGDALENA** a pagar al **CONTRATISTA**, intereses moratorios o remuneratorios según sea el caso a la tasa que el Tribunal establezca sobre todas las sumas a las que resulte condenada **CORMAGDALENA**, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del laudo, o desde cuando el Tribunal considere que éstos se deben causar conforme a lo que se pruebe en este proceso.

- 5.3. 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 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y a pagar al **CONTRATISTA**, intereses moratorios sobre las sumas de condena desde la fecha del laudo y hasta su pago efectivo.
- 5.4. Que se condene a **CORMAGDALENA** a pagar al **CONTRATISTA** las agencias en derecho.
- 5.5. **CONDENAR** a **CORMAGDALENA** a pagar las costas y gastos del proceso arbitral.

## 2.1.2 Hechos en los que se fundamentaron las pretensiones de la demanda arbitral reformada

La parte convocante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

### I. ETAPA PRECONTRACTUAL

- A. **Hechos generales relacionados con el proceso licitatorio No. LP-004-2013, celebración del Contrato No. 0-0098-2013 y cláusulas contractuales jurídicamente relevantes:**
  1. El veinticinco (25) de Octubre de 2013, **CORMAGDALENA** publicó el Aviso de Convocatoria para la Licitación Pública No. LP-004-2013 con el objeto de contratar el "MANTENIMIENTO DE LA PROFUNDIDAD DEL CANAL NAVEGABLE DEL RÍO MAGDALENA MEDIANTE DRAGADO EN EL PUERTO DE BARRANQUILLA".
  2. Mediante Resolución N° 000411 del 15 de Noviembre de 2013, el Director Ejecutivo de **CORMAGDALENA** ordenó la apertura de la Licitación Pública N° LP-004-2013 cuyo objeto consistió en el "MANTENIMIENTO DE LA PROFUNDIDAD DEL CANAL NAVEGABLE DEL RIO MAGDALENA MEDIANTE DRAGADO EN EL PUERTO DE BARRANQUILLA"
  3. El tres (3) de diciembre de 2013 **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA** presentó Propuesta para la participación en el Proceso de Selección precitado, circunstancia que se hizo constar en Acta de Cierre del Plazo de la Licitación Pública y Apertura de Propuestas – Sobre No. 1 publicada en el SECOP.
  4. Mediante Resolución N° 000475 del 23 de Diciembre de 2013, el Director Ejecutivo de **CORMAGDALENA** resolvió adjudicar la Licitación Pública N° LP-004-2013 al proponente **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA**.
  5. Con fundamento en lo anterior, se celebró entre las **PARTES** el Contrato N° 0-0098-2013 el 26 de diciembre de 2013, cuyo objeto, según lo descrito en la cláusula primera, consiste en:

*"CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO. El **CONTRATISTA** se obliga a ejecutar, por sus propios medios materiales, equipos y personal en forma independiente y con plena autonomía*

*técnica y administrativa hasta su total terminación y aceptación final, por el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste, y en los términos que señala este contrato, el pliego de condiciones del proceso de la licitación pública, y la propuesta presentada por el CONTRATISTA el 3 de Diciembre de 2013, las actividades de dragado en el sector del Canal Navegable del Río Magdalena en el Puerto de Barraquilla entre el Muz del Tajamar Occidental (K0) hasta el K21+750”*

6. En concordancia con lo anterior, **CORMAGDALENA** se obligó a asumir a favor de **JAN DE NUL** las siguientes obligaciones, contenidas en la Cláusula Octava del **CONTRATO**, así:

*“CLÁUSULA OCTAVA: OBLIGACIONES DE CORMAGDALENA.- Además de las obligaciones previstas en este Contrato o aquellas otras que deban ser cumplidas de conformidad con normas aplicables, CORMAGDALENA, se obliga a:*

*a) Efectuar los pagos acordados para la ejecución del contrato, en los términos y condiciones pactadas.*

*b) Ejercer el control en el cumplimiento del objeto del contrato a través de la Interventoría de la Obra. Corresponderá al Interventor de Obra expedir el recibo de cumplimiento a satisfacción.*

*c) Prestar toda la colaboración al CONTRATISTA en la ejecución del Contrato.*

*d) Permitir el acceso del personal del CONTRATISTA a las zonas en las que requiera realizar actividades, siempre que se cumplan las condiciones señaladas en este Contrato”.*

7. El costo de ejecución de las obras quedó establecido en la Cláusula Tercera del **CONTRATO**, estimado en la suma “VEINTE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO VEINTISÉIS MIL CUATROCIENTOS VEINTE PESOS Moneda Legal Colombiana (\$20.449.126.420,00 MLC)”.
8. De igual manera la vigencia y plazo del contrato fueron estipulados en la Cláusula Sexta del **CONTRATO**, en los siguientes términos:

*“CLÁUSULA SEXTA: PLAZO.- El presente contrato estará vigente desde la fecha de su suscripción hasta su liquidación, periodo dentro del cual el CONTRATISTA deberá realizar todas las actividades y cumplir las obligaciones objeto del presente Contrato. El plazo del contrato para todos los efectos legales, será de CUATRO (4) MESES, contados a partir de la suscripción del acta de inicio por parte del CONTRATISTA y del INTERVENTOR del contrato (...)”*  
*(Subrayado fuera de texto).*

9. De otro lado, la Cláusula Vigésima Primera prevé las condiciones en que se liquidará el **CONTRATO**:

*“CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA: LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. El presente contrato será objeto de liquidación de acuerdo con lo establecido en el artículo 217 del Decreto Ley 019 de 2012 y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, procedimiento que deberá efectuarse dentro de los seis (6) meses siguientes a su vencimiento o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación o a la fecha del acuerdo que así lo disponga. Dentro de este plazo se entiende incluido un término de (4) meses para la liquidación de común acuerdo y dos (2) meses adicionales para la liquidación unilateral si es el caso”.*

10. Finalmente, la Cláusula Trigésima Octava dispone como documentos que hacen parte integral del **CONTRATO** celebrado entre las **PARTES**, los correspondientes a los pliegos de condiciones, sus adendas y la propuesta del **CONTRATISTA**.

## II. ETAPA DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

11. El 10 de febrero de 2014 las **PARTES** suscribieron conjuntamente con participación de la Interventoría el acta de inicio del contrato.
- B. Retrasos por descarga de material de un tercero.**
12. El 17 de febrero de 2014 la **INTERVENTORÍA** advirtió al **CONTRATISTA** la presencia de material suelto en el Sector 3 del Canal Navegable del Río Magdalena producto de las descargas de material precortado realizadas por Van Oord contratista de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla. Según **CORMAGDALENA** era necesario determinar el responsable de la presencia del material precortado depositado antes de proceder a realizar labores en ese Sector.
13. Debido a la anterior circunstancia, el **CONTRATISTA** luego de iniciar y culminar obras de dragado en el sector No. 1 y en la curva del canal, tuvo que detener el desarrollo de las operaciones de dragado a la espera de una respuesta por parte de **CORMAGDALENA**.
14. Es necesario precisar, que resultaba indispensable remover el material suelto que se encontraba en el Sector 3 para que el **CONTRATISTA** pudiese realizar los relavamientos batimétricos que permitieran conocer el volumen real de material rocoso presente en ese Sector, y así poder continuar con el desarrollo normal del PROYECTO.
15. Ante los anteriores inconvenientes, el 18 de febrero de 2014 la Draga Pedro Alvares Cabral suspendió labores y fue fondeada sobre la margen derecha del Río, en el sector de las flores.
16. Como consecuencia de los anteriores inconvenientes, el 19 de febrero de 2014 se realizó una reunión a la que asistieron representantes del **CONTRATISTA**, **CORMAGDALENA**, Sociedad

Portuaria Regional de Barranquilla y Van Oord con el objeto de buscar una solución a la situación que afectaba la debida ejecución del **PROYECTO**. En desarrollo de la reunión las partes obtuvieron los siguientes acuerdos:

- (i) Van Oord pararía el bombeo de material precortado en el canal de Cormagdalena.
  - (ii) Van Oord debería encontraría una metodología para remover el material descargado, y pon ende, solucionar el inconveniente.
  - (iii) Se suspendería temporalmente el Contrato No. 0-0098-2013.
  - (iv) Se obtendría permiso de la capitania para que la Draga Pedro Alvares Cabral estuviera autorizada a retirar el material descargado por la Sociedad Portuaria en el Canal de Cormagdalena. Esto debido a un acuerdo en el que Van Oord solicitó a Jan de Nul el uso de su draga para retirar el material descargado.
  - (v) Se retiraría el material descargado mediante la utilización de la Draga Pedro Alvares Cabral.
  - (vi) Se elaboraría una batimetría final para verificar la condición del corredor navegable. Esto con el fin de estudiar si el estado del corredor, luego de retirado el material descargado por la Sociedad Portuaria, se asimilaba al estado del canal con anterioridad al descargue del material precortado.
17. Durante el periodo comprendido entre los días veinte (20) y veintidós (22) de febrero de 2014, la compañía Van Oord continuó descargando material en el Canal de Cormagdalena.
18. El 24 de febrero de 2014 el **CONTRATISTA** envió a **CORMAGDALENA** la comunicación 007.L.JDN2802.CON.DBR en la que informó lo siguiente:

*"(...) el día 22 de febrero del corriente año, através (sic) de una batimetría realizada con nuestra lancha de batimetría, entre los kilómetros 19 y 21 del río Magdalena, hemos observado que pese al acuerdo llegado durante la reunión del días 19 de febrero, la draga Hector, la cual se encuentra trabajando para Sociedad Portuaria, continúa descargando el material cortado en el área del canal de Cormagdalena. Esto ha sido confirmado mediante nuestros datos de batimetría y la medición de la posición del extremo de la tubería flotante.*

*Recordamos a ustedes que nuestro equipo de dragado en estos momentos se encuentra detenido en tanto esta situación no se resuelva."*



19. El 25 de febrero de 2014, con comunicación 201400335, **CORMAGDALENA** dijo dar respuesta a la comunicación 007.L.JDN2802.CON.DBR, destacando que:

*“(...) me permito aclararle que el Plan de Dragado Aprobado por la Interventoría y CORMAGDALENA establece que el plazo de ejecución del Sector III está vigente, comprendido entre el 20 de febrero de 2014 al 04 de abril de 2014 es decir una ejecución de 43 días. Igualmente me permito informarle que el único acuerdo que existe entre las partes es lo establecido en el contrato de la referencia.”*

20. Se evidencia en la anterior comunicación, que frente a la continuación en las descargas de material por parte de Van Oord, **CORMAGDALENA** asumió una conducta pasiva e indiferente respecto de los inconvenientes contractuales que las descargas generaban, llegando al punto de no dar respuesta efectiva y no tomar en cuenta a las comunicaciones enviadas por el **CONTRATISTA**.

21. El 27 de febrero de 2014 el **CONTRATISTA** envió a **CORMAGDALENA** la comunicación 0012.L.JDN2802.CMG.DBR con el objeto de poner de presente que en reunión realizada ese mismo día en horas de la mañana, el representante de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla manifestó que **CORMAGDALENA** todavía no le había solicitado retirar el material arrojado en el canal objeto del **PROYECTO**.

22. El 28 de febrero de 2014 las **PARTES** suscribieron acta de suspensión del contrato por el término de tres (3) días, aduciendo como causas que daban origen a la suspensión:

*“Las actividades de dragado en el sector K19+500 a k21+750 no se pueden adelantar hasta tanto la SPRB remueva el material que fue depositado en el canal navegable por el Contratista Van Oord de Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla. En consecuencia se solicita la suspensión del contrato debido a que la Draga Pedro Alvares Cabral se dedicará a realizar trabajos a la Sociedad Portuaria de Barranquilla.”*

23. Según lo señalado en la bitácora<sup>111</sup> diaria de la **INTERVENTORÍA** (desde la página 19 hasta la página 23) la Draga Pedro Alvares Cabral estuvo fondeada y sin realizar trabajos desde el 18 de febrero de 2014 hasta el 28 de febrero de 2014, día en que inició la suspensión del contrato según se reseñó en el hecho anterior.

24. Mediante comunicación 0017.L.JDN2802.CMG.DBR del 1 de marzo de 2014, el **CONTRATISTA** realizó un recuento detallado

<sup>111</sup> Libro de obra llevado en virtud de la obligación “g” del **CONTRATISTA** que establece: “Mantener en su oficina del sitio de las obras un libro de obra (Bitácora) foliado en el cual se consignarán las observaciones dejadas por el **INTERVENTOR**.”

- de lo ocurrido desde el 17 de febrero de 2014 e informó nuevamente a **CORMAGDALENA** sobre los retrasos ocurridos por virtud de la descarga de material precortado que había realizado la compañía Van Oord dentro del Canal Navegable del Río Magdalena. En la misma comunicación se puso de presente la necesidad de llegar a un acuerdo sobre las compensaciones que debían realizarse por las demoras que llevaron a mantener la draga disponible y sin efectuar trabajos.
25. Luego de enviar múltiples comunicaciones requiriendo el cumplimiento de los acuerdos alcanzados el 19 de febrero de 2014, Van Oord y la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla autorizaron el 3 de marzo de 2014 proceder a retirar el material descargado.
  26. De acuerdo con lo anterior, el 4 de marzo de 2014 se iniciaron labores de dragado para retirar el material descargado por parte de Van Oord.
  27. En reunión realizada el 5 de marzo de 2014 el **CONTRATISTA** solicitó ampliación de la suspensión del contrato por un término de cuatro días, debido a que por problemas administrativos de Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla y Van Oord, las labores de dragado no iniciaron en la fecha prevista.
  28. Mediante comunicación 0021.L.JDN2802.CON.DBR del 8 de marzo de 2014, el **CONTRATISTA** solicitó al **INTERVENTOR** la verificación de la batimetría realizada el día 7 de marzo con el objeto de evidenciar el estado del canal navegable y reiniciar labores.
  29. Mediante correo electrónico enviado el 8 de marzo de 2014 el **INTERVENTOR** dio respuesta a la comunicación 0021.L.JDN2802.CON.DBR y comunicó al **CONTRATISTA** que:
 

*“(…) el estado del Canal Navegable corresponde satisfactoriamente a las condiciones existentes antes del inicio de actividades de dragado de Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla. En consecuencia la Interventoría recibe el canal y autoriza el reinicio de actividades de dragado del material blando en ese sector.”*
  30. El 8 de marzo de 2014 las **PARTES** suscribieron acta de reiniciación de contrato, el cual se encontraba suspendido desde el 28 de febrero de 2014, según se reseñó en el hecho 25 de esta demanda.
  31. Según lo reseñado en la bitácora de actividades diarias realizada por el **INTERVENTOR** el reinicio de actividades se efectuó el 8 de marzo de 2014 a la 1:30 p.m.

**C. Mayor dureza del material a dragar en el Sector III.**

**Previsiones contractuales relevantes y relacionadas con la determinación de la dureza del material a dragar.**

32. Dentro del pliego de condiciones publicado por **CORMAGDALENA** dentro de la Licitación Pública N° LP-004-2013 se describió el proyecto de la siguiente manera:

*“La descripción de las obras e información técnica (localización, obras a ejecutar, cantidades, APU, especificaciones particulares, etc.) objeto del presente proceso de selección se encuentran descritas en el ANEXO TÉCNICO y en los documentos correspondientes a los ESTUDIOS Y DOCUMENTOS PREVIOS adjuntos al pliego de condiciones. La información que soportan los documentos y estudios previos fue preparada, elaborados, revisados, unificados y ajustados por CORMAGDALENA.”*

33. Las especificaciones técnicas del material a dragar quedaron definidas en el Capítulo 11 del Anexo de Especificaciones Técnicas del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública LP-004-13, así:

*“11. CAPITULO. MATERIAL A DRAGAR.*

*A continuación se hace una descripción general sobre el tipo de materiales que se encuentran en el lecho del río, y que requieren ser removidos para realizar los dragados de mantenimiento del canal navegable de acceso al puerto de Barranquilla.*

*Por sectores se hace la descripción general de las características de los suelos en el lecho del río*

*(...)*

*Sector III*

*Los dragados a realizar entre K14 y J 19+500, se realizarán sobre depósitos aluviales de similares características a las indicadas en el Sector II.*

*En el tramo K19+500 al K21+750 se encuentra el estrato coralino. Allí se pueden presentar dos estratos así:*

*- Estrato 1. Caracterizado por materiales limo-arcillosos (MC), con intercalaciones delgadas de arenas finas pobremente gradadas (SP) o de arenas finas a gruesas (SW), con rastros de grava y limo.*

*-Estrato 2. Se encuentra un manto compuesto por rocas calizas, calizas meteorizadas y alta cantidad de margas, estos materiales se agrupan en el concepto de material rocoso para el presente documento. Existen en este grupo rocas duras (calizas) y menos duras (margas en matrices arcillosas). De los resultados de perforaciones se encontraron margas con un valor de Dureza de 1.31. Kg/cm<sup>2</sup> y roca caliza con un valor de 29.19 Kg/cm<sup>2</sup> (2.9. Mpa). El dragado se hará removiendo los dos (2) estratos hasta 40*

*pies de profundidad”.*

34. Las características técnicas del Sector III quedaron igualmente definidas en las Especificaciones Técnicas para la selección de la draga, contenidas en el Informe Final E-004-119-12 de Junio de 2012, donde **CORMAGDALENA** suministró la siguiente información:

*“En la zona del canal navegable comprendida entre K19.5 y el puente Pumarejo K21.75 se realizaron 10 perforaciones profundas para conocer la constitución del suelo y para poder realizar una correlación con los estudios de resistividad del lecho realizados en la misma zona.*

(...)

*En las perforaciones realizadas que subyacen el lecho de arena, se encontró rocas calizas, calizas meteorizadas y una alta cantidad de margas, estos materiales se agruparon en el concepto de material rocoso, para efectos de dragado, existiendo en este grupo, rocas duras (calizas) y rocas menos duras (margas en matrices arcillosas). Se realizaron ensayos de presión inconfiada a los sondeos 1 y 8, en el sondeo 1 se encontró solo presencias de margas con un valor de 1.31 kg/cm<sup>2</sup> (0.13 MPa) y en el sondeo 8, solo presencia de roca caliza, con un valor de 29.19 kg/cm<sup>2</sup> (2.29 MPa).” (Página 28 del Informe)*

35. Las partes prescribieron en el acápite (I) “definiciones” del **CONTRATO** respecto de los términos “Anexo” y “pliego de condiciones” lo siguiente :

*““Anexo”. Es el conjunto de formatos y documentos que se adjuntan al Pliego de Condiciones y que forman parte del mismo.*

(...)

*Pliego de Condiciones” o “Pliegos”. Es el documento que señala las condiciones, plazos y procedimientos de la Licitación Pública dentro de los cuales los Proponentes formulan sus Propuestas. Los Pliegos también incluirán, los Anexos, las Adendas, las respuestas entregadas por CORMAGDALENA a las preguntas formuladas al Pliego de condiciones por los Proponentes y debidamente publicadas en el SECOP, las actas de las diferentes audiencias y los Estudios y Documentos previos.”*

36. De conformidad con la anterior previsión contractual, las partes manifestaron que entendían que todos los documentos entregados junto al pliego en desarrollo de la licitación formaron parte del mismo.

37. En la cláusula segunda del **CONTRATO** las partes establecieron:

*“ALCANCE Y CANTIDADES APROXIMADAS DE LOS TRABAJOS.-El alcance de los trabajos corresponde al establecido en los pliegos de condiciones de la licitación pública (...).”*

38. Al analizar la matriz de riesgos de la Licitación Pública LP-004-13, se puede evidenciar que el riesgo de mayor dureza en el material a dragar no fue un riesgo asignado al **CONTRATISTA**.

#### Hechos relacionados con la ejecución contractual.

39. El 11 de marzo de 2014 el **CONTRATISTA** en conjunto con el **INTERVENTOR** realizó una batimetría donde se calculó el volumen de material rocoso restante en el Sector III (K19+000-K21+750). Resultado del estudio batimétrico se logró identificar un volumen significativamente superior a lo previsto en los pliegos de condiciones.
40. Con ocasión de lo anterior, el 19 de marzo de 2014 mediante comunicación 0031.L.JDN2802.CMG.DDO el **CONTRATISTA** solicitó a **CORMAGDALENA** la suspensión del **CONTRATO** con el objeto de adecuar y tener disponible para operación la draga Hondius. En la misma comunicación, se solicitó la extensión del plazo de ejecución del **CONTRATO** debido al volumen extra a dragar de material rocoso identificado.
41. Mediante la comunicación II-513/035-14/ del 20 de marzo de 2014, el **INTERVENTOR** reiteró los argumentos expuestos por el **CONTRATISTA** e indicó a **CORMAGDALENA** lo siguiente:

*“(...) se requiere de un tiempo adicional al inicialmente previsto para poner a punto la draga Cortadora Hondius, hacer el alistamiento y la movilización del equipo (...)*

*Resta por ejecutar la parte del dragado correspondiente al a remoción del lecho rocoso en el sector comprendido entre el K19+500 y el K21+750. (...)*

*En virtud de lo expuesto, esta Interventoría no tiene objeción con relación a la solicitud de suspensión del contrato por el período solicitado. (...)*

*Por último, con relación a la observación del Contratista relacionada con el volumen de roca a dragar, estamos de acuerdo con el tiempo solicitado, toda vez que el volumen de roca a dragar se incrementó en un 50% de esta manera, el tiempo previsto para la ejecución de la actividad del corte de la roca (60 días) se debe incrementar en un 50%, es decir 30 días.”*

42. El 20 de marzo de 2014 las **PARTES** suscribieron acta de suspensión del **CONTRATO** por el término de treinta (30) días, aduciendo como causas que daban origen a la suspensión:

*“(...) en batimetría de control realizada el día 11-03-2014, se evidencia que la cantidad de roca a dragar es considerablemente mayor a la presupuestada, motivo por el cual a la draga cortadora se le deben realizar trabajos y reparaciones mayores a las previstas, atrasando el tiempo de traslado hacia barranquilla. En consecuencia de todo lo anterior, el Contratista Jan de Nul solicita la suspensión del contrato -0—98-2013 a partir del 19 de marzo según comunicaciones adjuntas cruzadas entre Contratista, Interventor y CORMAGDALENA entre el 18 de marzo al 20 de marzo de 2014.”*

43. Los anteriores hechos dan cuenta de la indebida planeación de **CORMAGDALENA**, teniendo en cuenta que desconocía incluso con posterioridad a la firma del **CONTRATO** el volumen de roca que debería ser dragado del Sector III (K19+000-K21+750), siendo tal la inconsistencia en los estudios previos que el volumen de roca sobrepaso en un 50% lo presupuestado por la entidad.

44. Mediante la comunicación 0042.L.JDN2802.CMG.DDO del 25 de abril de 2014 el **CONTRATISTA** solicitó a **CORMAGDALENA** conocer:

*“(...) el resultado de la verificación de la diferencia en volumen del material rocoso a dragar, tal como nos escribieron en el mismo oficio 201400564. Entendimos en la reunión entre CORMAGDALENA, Concep S.A.S. y Jan de Nul Sucursal Colombia del día 21 de abril de 2014, citada por la Ing. Consuelo Castilla ese mismo día, que existen dudas por parte de CORMAGDALENA tanto en cuanto a la profundidad de la capa de material rocoso como en cuanto al nivel de referencia, establecido por Jan de Nul Sucursal Colombia en conjunto con la Interventoría Concep S.A.S. Les solicitamos que nos expliquen sus dudas con la finalidad de confirmar el nivel de referencia, el diseño y el volumen restante por dragar.”*

45. En reiteración de lo anterior, el **CONTRATISTA** envió el 16 de mayo de 2014 a **CORMAGDALENA** la comunicación 0049.L.JDN2802.CMG.DDO mencionando lo siguiente:

*“(...) nos permitimos recordarles que el día 25 de abril de 2014 se envió, para su revisión y respuesta, el oficio 0042.L.JDN2802.CMG.DDO en lo (sic) cual les solicitamos la confirmación del diseño del Sector 3, el nivel de referencia en Sector 3 y consecuentemente el volumen del material rocoso*

*restante a dragar en Sector 3. Hasta el momento no hemos recibido respuesta.*

46. El 21 de mayo de 2014 se llevó a cabo una reunión a la que asistieron representantes de **CORMAGDALENA**, el **CONTRATISTA**, la Universidad del Norte y el **INTERVENTOR** con el objeto de llegar a un acuerdo sobre el tema de los volúmenes de roca a dragar en el Sector 3, no obstante no se logró ningún acuerdo.
47. El 23 de mayo de 2014 las **PARTES** suscribieron acta de reiniciación del **CONTRATO**, indicando en ella:

*"(...) Que en reunión realizada el 21 de mayo de 2014 entre CORMAGDALENA, la Universidad del Norte y CONCEP S.A.S. no se llegó a un acuerdo en el tema de los volúmenes de roca a dragar CORMAGDALENA decide reiniciar el contrato y solicita al contratista e interventoría la verificación del material que se extrae."*

48. El 3 de junio de 2014 el **CONTRATISTA** envió la comunicación 0055.L.JDN2802.CON.DDO al **INTERVENTOR** y **CORMAGDALENA** con el objeto de poner de presente ciertos hallazgos respecto de la dureza del estrato 2 del Sector III, en la comunicación se señaló:

*"Por medio de la presente, nos permitimos compartir con ustedes nuestras primeras experiencias referentes al dragado de pre-corte mediante la draga HONDIUS en el Sector III el contrato No. 0-0098-2013.*

*Durante los primeros días del dragado con dicha draga, hemos estado observando los indicadores usuales del proceso de dragado: producción del corte, potencia del cortador, consumo de dientes, desgaste del cortador, eficacia de las anclas, desgaste a las anclas y etcétera.*

*Tanto los indicadores mencionados como las muestras tomadas, nos hacen creer que la dureza de la roca encontrada en el Sector III es mayor que lo estipulado en el Capítulo 11 de las Especificaciones Técnicas en lo cual se mencionan valores de dureza hasta 2.9 MPa para la roca caliza.*

*Por lo tanto, les informamos que estamos organizando una campaña de análisis de muestras tomadas a bordo de las dos dragas con la finalidad de determinar las consecuencias operativas y económicas. Esas muestras se toman en conjunto con el supervisor de la interventoría y reciben un número de serie único. Luego, se determinará el esfuerzo de compresión (UCS), lo cual es el parámetro relevante para*

*indicar la dragabilidad del material, y se expresa en Mpa. Les mantendremos informados de los resultados de esa campaña.”*

49. El 14 de junio de 2014 el **CONTRATISTA** mediante la comunicación 0057.L.JDN2802.CMG.DRB comunicó a **CORMAGDALENA** los resultados de la campaña de análisis de muestras tomadas a bordo de las dragas con el objeto de verificar el nivel de dureza real del material dragado, se mencionó en la comunicación:

*“Como mencionado (sic) en nuestra carta 0055.L.JDN2802.CON.DDO fechada 03/06/2014, el material que actualmente encontramos es mucho más duro que el tipo de material mencionado en las Especificaciones Técnicas, Capítulo 11 “Material a Dragar”*

*En dicho capítulo, Sector III, Estrato 2, el suelo está caracterizado como “margas con un valor de Dureza de 1.31 kg/cm<sup>2</sup> (0.13 MPa) y roca caliza con un valor de 29.19 kg/cm<sup>2</sup> (2.9 Mpa)” sin embargo, los resultados de los ensayos del laboratorio están dando valores mucho mas (sic) alto, entre 7 y 23 MPa.*

*El contratista se reserva el derecho a reclamar los costos por el mayor desgaste, producciones de dragado menores de los previstos, y otros costos proviniendo de la dureza considerablemente mas (sic) alto en el trabajo.”*

50. Mediante la comunicación del 20 de junio de 2014 el **CONTRATISTA** invitó a **CORMAGDALENA** a acompañar una segunda campaña de análisis de muestras para demostrar la dureza del material hallado en el sector III. En la comunicación se puede leer:

*“Por medio de la presente le informamos que en la próxima semana haremos una segunda campaña de análisis de muestras.*

*Con estas muestras, el laboratorio determinará la dureza del material que están dragando en el canal navegable del río Magdalena, entre KP 19+650 y KP 21+750.*

*Para evitar cualquier posibilidad de dudas, le invitamos a acompañar nuestro geólogo (que llegará martes 24 de junio) durante el proceso completo (preparar las muestras, los ensayos, etc). Mandaremos las muestras al laboratorio Integral en Medellín el miércoles 25 de junio. Estimamos que todo el proceso demorará del 25 de junio hasta el 2 de julio.*



*Le solicito confirmar la presencia, durante todo el proceso, de alguien de Cormagdalena y (sic) Interventoría.”*

51. Posteriormente, el 24 de junio de 2014 el **CONTRATISTA** envió a **CORMAGDALENA** la comunicación 0069.L.JDN2802.CMG.DBR en la cual manifestó:

*“Tal como conversamos en la reunión que tuvimos con ustedes CORMAGDALENA y la interventoría Concep el día 20 de junio de 2014:*

*- Cormagdalena esta de acuerdo con los resultados de la primera campaña de análisis de muestras registradas.*

*Sin embargo, Cormagdalena opina que las muestras no son representativas para el material que está dragando la draga Hondius.*

*- El Contratista no comparte esta opinión. Las muestras vienen de la draga Hondius y de la draga Pedro Alvares Cabral, y son recogidas en varios lugares entre KP 19+650 y KP 20+600. Por lo tanto, las muestras son representativas para el material dragado y los análisis muestran que tienen una dureza mucho más alta que la dureza mencionada en el pliego.*

*- Nos reuniremos el 1 de julio con el fin de discutir entre el geólogo de Jan de Nul, la interventoría, Cormagdalena y consultor técnico los detalles técnicos.*

*- El Contratista hará una segunda campaña de análisis de muestras después dicha reunión. El Contratista propone iniciarla el 2 de julio y invita (sic) Cormagdalena y interventoría (sic) para presenciar todo el proceso de análisis.*

*Con el fin de evitar malentendidos, solicitamos su respuesta formal en caso de que no está de acuerdo con lo anterior.”*

52. Así se evidencia que **CORMAGDALENA** fue invitado insistentemente por el **CONTRATISTA** a participar del proceso de recolección de muestras que llevaría a demostrar la mayor dureza encontrada en el Sector III y además que fue un proceso realizado no a espaldas de **CORMAGDALENA** sino previamente informado.
53. El 1 de julio de 2014 a través de la comunicación 0072.L.JDN2802.CMG.DBR el **CONTRATISTA** advirtió a **CORMAGDALENA** la necesidad de suspender trabajos de la draga Hondius con el objeto de realizar una segunda campaña de muestreo que corroborara la dureza del material encontrado en el Sector III. En la comunicación se afirmó lo siguiente:

*“Por medio de la presente le informamos que en el reunión que tuvimos esta mañana en sus instalaciones, Universidad del Norte / Cormagdalena y Interventoría Concep (UN/CMG/IP) manifestaron no estar de acuerdo con los resultados de la primera campaña de análisis de muestras, ejecutada por Jan de Nul. Según UN/CMG/IP, las muestras no están representativas para el material dragado.*

*El Contratista no comparte esta opinión. Las muestras vienen de la draga Hondius y de la draga Pedro Alvares Cabral, y son recogidas en varios lugares entre KP 19-650 y KP 20+600 del canal. Por lo tanto, consideramos que las muestras son representativas para el material dragado y los análisis muestran que tienen una dureza mucho más alta que la dureza mencionada en el pliego.*

*Como insistimos que Cormagdalena reconoce que le material a dragar es mucho más duro que lo mencionado en el pliego, les informamos que seguimos con una segunda campaña de análisis al fin de determinar la dureza del material en el sitio.*

*Jan de Nul solicitó una segunda campaña de análisis a partir del 2 de julio (ref: 0069.L.JDN2802.CMG.DBR) pero lamentablemente Cormagdalena ni Universidad Norte estaba presente con un geólogo. Al fin de determinar la metodología, y continuar con la campaña, hace falta organizar urgentemente otra reunión, con la presencia de expertos en geología por ambas partes.*

*Tomando en cuenta que la primera carta ya fue radicado el 5 de junio (ref: 0056.L.JDN2802.CMG.DBR), el tiempo para organizar una nueva campaña, y la falta de interés de Cormagdalena para participar en ese campaña, o para solucionar esta problema en corto plazo, Jan de Nul tomó la decisión de suspender temporalmente los trabajos de la draga Hondius hasta que tenemos claridad sobre la dureza del material dragado.*

*Queremos dejar en claro que todos los costos del parado de la draga Hondius durante la duración de este campaña correrán a cargo de Cormagdalena.”*

54. Así las cosas, esta documentalmente evidenciada la falta de buena fe de **CORMAGDALENA**, debido a que a pesar de ser invitada a comprobar las fallas en los estudios que hicieron parte de los documentos entregados dentro del proceso licitatorio a los oferentes y los cuales sirvieron de base para la presentación de la oferta del **CONTRATISTA**, fue indiferente y obtusa respecto de las justificadas reclamaciones presentadas.

55. El 2 de julio de 2014 el INTERVENTOR envió al CONTRATISTA la comunicación II-513/085-14/0862 mediante la cual procedió a presentar sus consideraciones en relación a lo expresado en la comunicación 0072.L.JDN2802.CMG.DBR. se manifestó por el INTERVENTOR:

*“Es cierto que la Universidad del Norte, Cormagdalena y la Interventoría manifestaron no estar de acuerdo con la representatividad de las muestras de roca tomadas por Jan de Nul.*

*Si bien estas muestras sí fueron recogidas en el sitio de dragado, para poder extraer los núcleos para el ensayo de comprensión inconfiada, se requiere extraer muestras de gran tamaño. Estas muestras corresponden a las concreciones más duras del depósito de roca que el cabezal cortador no es capaz de fragmentar, motivo por el cual se están ensayando los fragmentos de roca más duros y por tanto es de esperar que los resultados obtenidos superen los indicados en los pliegos de condiciones de la licitación que dio origen al contrato dragado. Por tal motivo, la Interventoría considera que las muestras obtenidas en la forma descrita no representan adecuadamente las condiciones del depósito de roca que se está dragando, tal como se indicó en la reunión celebrada el día de ayer.*

*No compartimos la frase según la cual “...insistimos que Cormagdalena reconoce que el material a dragar es mucho más duro...” puesto que nunca ha habido un reconocimiento de Cormagdalena en tal sentido.*

*Se invoca una supuesta falta de interés de Cormagdalena en resolver el asunto argumentando que la primera comunicación es del 5 de junio. Solo hasta el pasado 18 de Junio fue recibida la comunicación 0058.LJDN2802.CMG.DRB en la cual informaba los resultados de los ensayos realizados sobre las muestras del material.*

*El día 20 de Junio, la Ingeniera Consuelo Castilla envió un correo solicitando información sobre el particular y citó a reunión con la Interventoría, el consultor de Cormagdalena (Universidad del Norte). Esta reunión fue aceptada mediante correo electrónico de la misma fecha por el Contratista.*

*Se señala que “a fin de determinar la metodología, y continuar con la campaña, hace falta organizar urgentemente otra reunión, con la presencia de expertos en geología por ambas partes.” En este sentido, en la reunión sostenida en el día de ayer, se acordó una nueva reunión en la tarde con la participación de la Universidad del Norte, Cormagdalena e Interventoría, la cual en efecto se llevo a cabo, y en la que se examinaron los testigos de las perforaciones realizadas por la Universidad del Norte en los depósitos objeto del dragado.*

*Adicionalmente, se acordó celebrar una nueva reunión en el día de hoy con el fin de establecer la metodología para la nueva campaña de muestreo.*

*Consideramos entonces que no existe como lo afirma, falta de interés de Cormagdalena para solucionar el problema en el corto plazo.*

*Así las cosas, la decisión de Jan de Nul de suspender temporalmente los trabajos, con base en el argumento de falta de interés de Cormagdalena carece de fundamento.*

*Por otra parte, el Contratista tiene la obligación contractual de realizar los trabajos y la eventual diferencia surgida en torno a la dureza del material, que debe ser resuelta con base en criterio técnicos, puede ser objeto de una reclamación por parte del Contratista, derecho que en ningún momento se le ha coartado.*

*Nos permitimos resaltar que el numeral 7.31 RECLAMOS de los pliegos de condiciones de la licitación, establecen el mecanismo para presentar las reclamaciones y señalan que "En caso de reclamo, el contratista no suspenderá las obras a menos que CORMAGDALENA haya decidido hacerlo, y procederá a ejecutar las órdenes recibidas".*

*Por tal motivo, y teniendo en cuenta que por una parte, no existe fundamento para suspender los trabajos, y que por otra, los pliegos señalan que el contratista no podrá suspender las obras motivadas por un eventual reclamo, nos permitimos ordenar el reinicio inmediato de las actividades del contrato. De lo contrario, nos veremos en la obligación de solicitar a Cormagdalena la imposición de las sanciones previstas en el contrato por incumplimiento de las obligaciones allí contenidas.*

*Por último, la frase según el cual el Contratista pretende que los costos generados por la suspensión de actividades corran a cargo de Cormagdalena, no tiene ningún tipo de asidero puesto que se trata de una decisión unilateral de Jan de Nul, motivo por el cual esta Interventoría no reconocerá ningún tipo de sobrecosto relacionado con esta suspensión."*

56. En respuesta a la comunicación II-513/085-14/0862 del **INTERVENTOR**, el **CONTRATISTA** envió la comunicación 0073.L.JDN2802.CMG.DRB del 2 de julio de 2014 con copia al Ingeniero Andrés A. Molina Martínez de **CORMAGDALENA**, en ella se presentaron una serie de argumentos que refutan las afirmaciones realizadas por el **INTERVENTOR** y se hace una detallada recapitulación de las diferentes comunicaciones enviadas en desarrollo de la ejecución contractual que tenían por objeto poner de presente la mayor dureza del material a dragar encontrado en el denominado Sector III del **PROYECTO**. En ella se arguyó lo siguiente:

*“Por medio de la presente le informamos que el Contratista no comparte todos sus argumentos en el oficio del día 2 de julio 2014, ref. 11-513/085-14/0862.*

*El Contratista informó la Interventoría (con copia a Cormagdalena) la primera vez el 3 de junio con la carta 0055.L.JDN2802.CON.DDO sobre la inesperada dureza del material en el Sector III, y la iniciativa de tomar muestras a bordo de las dos dragas al fin de determinar el esfuerzo de compresión (UCS) del material dragado. Como en los días siguientes Cormagdalena ni la Interventoría se declaró en desacuerdo con este procedimiento, el Contratista tomó las muestras según lo que fue acordado entre los representantes de la Interventoría y el Contratista a bordo. Cada muestra recibió una identificación única, y el conjunto de muestras de esta campaña fue enviado al laboratorio Integral en Medellín el 11 de junio.*

*Tan pronto como recibimos los resultados de los ensayos, el 16 de junio, los mismos fueron presentados a la Interventoría y Cormagdalena por medio de la carta con ref. 0057.L.JDN2802. CMG.DRB.*

*El 20 de junio el Contratista mandó otra carta con ref. 0065.L.JDN2802.CMG.DRB, invitando a Cormagdalena y la Interventoría de presenciar una segunda campaña de análisis de muestras. El mismo día la Ing Consuelo solicitó por correo que el Contratista entregase toda la información del laboratorio y metodología aplicada. El Contratista respondió a este correo con una solicitud de especificar la información requerida, a lo cual aún no hemos recibido una respuesta. El mismo correo de Ing Consuelo menciona que el Contratista no está autorizado de realizar cualquier actividad hasta que entregase la información requerida y fue propuesta de tener una reunión con los especialistas de ambas partes (Cormagdalena/Interventoría y Contratista) el 1 de julio para estudiar este asunto en detalle. En dicho reunión, donde los especialistas por parte de Cormagdalena/Interventoría no estaban presentes, Cormagdalena manifestó no estar de acuerdo con la metodología del análisis de muestras y que consecuentemente las muestras no eran representativas.*

*Al fin de llegar a un acuerdo y aclarar el tema de la dureza del material, no vemos otra opción que suspender los trabajos con la draga Hondius temporariamente y de organizar una segunda campaña en sitio, según la metodología acordada entre los geólogos de Cormagdalena /Universidad del Norte / Interventoría y el Contratista.*

*Hasta que recibimos los resultados de esta campaña queremos dejar en claro que todos los costos del parado de la draga Hondius durante la duración de esta campaña correrán a cargo de Cormagdalena.”*

57. El 2 de julio de 2014 se suspendieron las labores de dragado, según se evidencia en la bitácora diaria del INTERVENTOR. El

**CONTRATISTA** debido a los múltiples daños sufridos por la draga Hondius y para evitar un mayor perjuicio, se vio en la necesidad de suspender actividades debido a la mayor dureza encontrada en el Sector III. Es preciso señalar, que ante la suspensión de actividades de la draga Hondius, la draga Pedro Alvares Cabral necesariamente también tenía que suspender actividades, debido a que la draga Pedro Alvares Cabral realizaba una labor de barrido del material dragado por la draga Hondius.

58. Fue solo hasta el 3 de julio de 2014 y luego de múltiples comunicaciones enviadas por el **CONTRATISTA**, que **CORMAGDALENA** mediante el oficio 2014101276 dio respuesta parcial a los interrogantes planteados. En dicha oportunidad se afirmó entre otras cosas lo siguiente:

*"(...) solicitamos el reinicio de actividades de dragado plasmadas en el contrato 0-0098 de 2014 y su respectivo plan de dragado.*

*Si bien se han presentado diferencias técnicas, resaltamos que estas no obstaculizan la ejecución del contrato en manera alguna, y su suspensión unilateral e inconsulta si puede generar consecuencias adversas para el canal de acceso a Barranquilla y las concesiones portuarias que se encuentran ubicadas en el mismo. (...)*

*Por lo anteriormente expuesto, solicitamos el reinicio de las actividades de dragado, so pena de imponer las sanciones contractuales a las que haya lugar, sin perjuicio de las reclamaciones que deba iniciar Cormagdalena en razón a la posible afectación de la navegabilidad del Canal de Acceso a Barranquilla."*

59. El 4 de julio de 2014 el **CONTRATISTA** dio respuesta al oficio 2014101276 enviado por **CORMAGDALENA**, mediante la comunicación 0075.L.JDN2802.CMG.DRB en la cual expuso lo siguiente:

*"Hoy, en la reunión convocada por Cormagdalena, explicamos al Ing. Andres Molina por qué tomamos la decisión de interrumpir las actividades de dragado de nuestra; draga de corte Hondius.*

*Hace un mes, el 3 de junio para ser exacto, Jan de Nul manifestó por primera vez que el material que la draga de corte Hondius estaba dragando pareció más duro de lo previsto, ver carta ref. 0055.L.JDN2802.CON.DDO En la misma correspondencia también informamos que tomamos el iniciativa de organizar una campaña de muestreo y análisis en un laboratorio especializado, al fin de determinar la dureza del material. Durante todo este proceso de la campaña de muestreo y el posterior análisis de las muestras, Jan de Nul mostró su buena voluntad y continuó trabajando, haciendo todos los esfuerzos posibles para no perjudicar el avance del proyecto y afectar la navegabilidad del Canal de Acceso a Barranquilla.*

Hasta la reunión del día 1 de julio, siendo 4 semanas después de nuestra citada carta, nadie nos informó que Cormagdalena no estaba de acuerdo con nuestra metodología de muestreo propuesta, y recién ese día fue sugerido hacer la campaña de análisis de otra manera, conforme requerimientos aprobados por Cormagdalena.

Como ese día Cormagdalena no contaba en la reunión con representantes con experiencia en esta materia, una segunda reunión fue agendada para el día siguiente, con el objetivo de llegar a un acuerdo sobre la metodología, equipo, localizaciones de las perforaciones, etc.

Como el objetivo de esta reunión fue puramente técnico, y teniendo en cuenta la extrema urgencia del tema, no conseguimos entender que actualmente ni siquiera conseguimos tener un acuerdo firmado por ambas partes para iniciar la campaña de muestreo y análisis.

Aunque entendemos la preocupación de Cormagdalena que esta interrupción del dragado podrá posiblemente demorar la finalización del proyecto, no estamos de acuerdo con su solicitud de continuar dragando de cualquier modo, por los siguientes motivos:

Primero: como Cormagdalena y la Universidad del Norte sostienen que la única manera de recuperar muestras representativas es a través de una campaña de perforaciones en suelo 'virgen', es obvio que no podemos dragar esta área hasta que la campaña de muestreo termine. Además, debido a las demoras en llegar a un acuerdo sobre la metodología de las perforaciones, y los procedimientos a seguir, es probable que si la draga Hondius siguiera trabajando, ella terminaría antes del inicio de las perforaciones y con eso no queda material para analizar.

Segundo: el contrato requiere que la draga desplegada es capaz de dragar material rocoso con una dureza hasta 5Mpa. La draga de corte que hemos movilizado tiene una potencia en el cortador de 1500kW, y es capaz de dragar material mucho más duros que lo requerido. No obstante, en el material actualmente encontrado la draga está dragando a sus límites y está sufriendo muchos daños y desgastes excepcionales: la cabeza de corte está dañada, las anclas se rompieron y tuvieron que ser reacondicionado completamente, el consumo de dientes del cortador es mucho más elevado de lo previsto, los rodamientos y el eje del cortador están mostrando un desgaste excepcional y probablemente tendrán que ser reemplazados pronto. Para limitar las fuerzas en las anclas, y sus cables, el ancho de corte fue reducido. Todos estos factores llevaron a un avance mucho más lento de lo previsto.

Hasta ahora siempre hemos puesto la draga a sus límites para poder cumplir con los requerimientos de Cormagdalena,

*pero como vemos que Cormagdalena en el tiempo transcurrido desde nuestra inicial alerta sobre este tema, no ha admitido esta situación como extraordinaria y extracontractual, legamos a un punto que no estamos más dispuestos de sobrecargar y dañar la draga sin algún reconocimiento de Cormagdalena por los correspondientes costos incurridos.*

*Así la cosas, es nuestra opinión que en este momento no hay otro camino que temporariamente interrumpir las actividades de dragado, con el fin de permitimos organizar una campaña, acordado entre Cormagdalena y Jan de Nul, de perforaciones y análisis de muestras en el sitio donde actualmente estamos trabajando, y definir si estamos tratando con una situación fuera del alcance del contrato.*

*Proponemos que la interrupción de las obras continuará hasta que ambos partes lleguen a un acuerdo sobre cómo proceder, y finalizar el proyecto sin más retrasos.”*

60. No existe razón jurídicamente aceptable, que permita afirmar que el **CONTRATISTA** se encontraba obligado a continuar con el dragado, y a asumir los costos y cargas que ello implicaba, tendiendo en cuenta que:
- (i) Estaba demostrado que el material encontrado en el Sector III resulto tener una mayor dureza a la prevista en los estudios que fueron entregado por **CORMAGDALENA**.
  - (ii) El **CONTRATISTA** no esta obligado a cumplir con obligaciones que en ultimas resultarían ser ofrecimientos de extensión ilimitada.
  - (iii) **CORMAGDALENA** es responsable por las inconsistencias y errores que pudiesen inducir a error al **CONTRATISTA**.
61. El mismo 4 de julio de 2014 mediante la comunicación 0074.L.JDN2802.CMG.DRB el **CONTRATISTA** presentó a **CORMAGDALENA** una solicitud de reconocimiento de los mayores valores en que había incurrido con ocasión de la mayor dureza encontrada en el Sector III. Se señaló:

*“Por medio de la presente le transmitimos nuestro reclamo formal con respecto a los costos adicionales incurridos debido a daños y desgastes excepcionales por dragar material rocoso que resultó considerablemente más duro de lo previsto.*

*Tomando en cuenta todos los reparos que han sido efectuados hasta ahora, y que no son considerados como mantenimiento preventivo o previsible durante las operaciones de dragado, junto con los desgastes extraordinarios que hemos observados y cuales vamos a tener que reparar en corto plazo, y considerando el volumen dragado hasta ahora, hemos estimado el costo adicional por metro cúbico dragado.*



*Para el material que hemos dragado hasta el día 1 de julio, el precio por metro cúbico debería ser el doble del precio acordado en el Contrato o a 64,419 COP por metro cúbico +30% AIU=83,745 COP por metro cúbico.*

*A parte de ese costo adicional para los daños y desgastes excepcionales ya incurridos, el contratista mantiene el derecho de reclamar los costos por daños y desgastes excepcionales que sucederán cuando vamos a dragar el volumen restante, y los costos por retrasos sufridos durante el dragado del material rocoso.”*

62. Mediante la comunicación II-513/087-14/0882 del 5 de julio de 2014 el **INTERVENTOR** dijo dar respuesta a la comunicación 0074.L.JDN2802.CMG.DRB del **CONTRATISTA**, manifestando que *“(…) la reclamación presentada en los términos contenidos en la comunicación del asunto no puede ser considerada para su análisis y por tanto es rechazada por la Interventoría.”*
63. El 10 de julio de 2014 mediante la comunicación 0076.L.JDN2802.CMG.DDO el **CONTRATISTA** aclaró en referencia a las comunicaciones 0055.L.JDN2802.CON.DDO del 3 de junio de 2014, 0057.L.JDN2802.CMG.DRB del 14 de junio de 2014, 0072.L.JDN2802.CMG.DRB del 1 de julio de 2014, 0073.L.JDN2802.CMG.DRB del 2 de julio de 2014 y 0074.L.JDN2802.CMG.DRB del 4 de julio de 2014, que la frase “suspensión de obras” contenida en ellas no se debe a una decisión unilateral de JAN DE NUL, sino a un evento fuera de control que tiene relación con los daños sufridos por la draga de corte HONDIUS que impiden la ejecución del **CONTRATO** mientras que se hacen los arreglos y revisiones respectivas para el correcto funcionamiento de la draga. Se precisó por parte del **CONTRATISTA** al final de comunicación que: *“(…) las actividades no están interrumpidas por decisión unilateral de JAN DE NUL pero más bien por razones técnicas fuera de control del contratista.”*
64. El 14 de julio de 2014 el **CONTRATISTA** informó a **CORMAGDALENA** mediante la comunicación que había culminado las labores de reparación de la draga HONDIUS y por tanto se reiniciarían las labores de dragado.
65. En relación con el hecho anterior y teniendo en cuenta lo manifestado en el hecho 52, es preciso señalar que la draga HONDIUS estuvo 12.81 días sin poder realizar labores y la draga Pedro Alvares Cabral 14.05 días.
66. Con el objeto de evidenciar y probar la mayor dureza del material a dragar en el Sector III, **JAN DE NUL** contrató a las firmas Suelos e Ingeniería y Batiestudios S.A.S., las cuales realizaron un informe técnico, cuyas perforaciones y pruebas de laboratorios demostraron una mayor dureza en el material dragado por el

**CONTRATISTA** en comparación con lo previsto en el pliego de condiciones por **CORMAGDALENA**.<sup>112</sup>

67. Debe resaltarse que una vez reiniciado el proceso de dragado el **CONTRATISTA** para poder cumplir el **CONTRATO** se vio en la necesidad de realizar múltiples reparaciones a la draga Hondius, tuvo que mantenerla más tiempo en operación para lograr dragar el volumen de material previsto, se vio enfrentado a una producción reducida de la draga y a un mayor consumo de combustible, todo lo anterior debido a la mayor dureza del Sector III.
68. La ejecución de las actividades de dragado en el Sector III con los valores de dureza del material rocoso detectados, representaron para el **CONTRATISTA** mayores costos directos e indirectos representados en los desgastes extraordinarios de las dragas – no comprendidos dentro del rubro de mantenimiento preventivo o previsible – así como los costos asociados a los mayores tiempos invertidos en el dragado del material rocoso.
69. En efecto, el análisis de precios unitarios de **CORMAGDALENA** durante el Proceso de Selección y que fue tenido en cuenta por **JAN DE NUL** para presentar su Oferta Económica, consideraba un valor de dureza del material inferior al que se presentó en dicho Sector III, razón por la cual, dichos costos fueron insuficientes para hacer frente a dicha circunstancia encontrada en el material, cuya dureza superaba en algunos casos, muchas veces la dureza indicada por **CORMAGDALENA** en los documentos del Proceso de Selección, que hacen parte integral del **CONTRATO** celebrado.

**D. Estampilla Pro-Universidad Nacional.**

Por efectos metodológicos en este acápite será necesario realizar ciertas reiteraciones conceptuales y replicar ciertos hechos mencionados en otros acápites de este documento.

70. El 18 de noviembre de 2013 fue publicado por **CORMAGDALENA** el pliego de condiciones definitivo para la Licitación Pública No. LP-004-13.
71. El tres (3) de diciembre de 2013 **JAN DE NUL** presentó Propuesta para la participación en el Proceso de Selección precitado, circunstancia que se hizo constar en Acta de Cierre del Plazo de la Licitación Pública y Apertura de Propuestas – Sobre No. 1 publicada en el SECOP.
72. El 20 de diciembre de 2013 fue promulgada la Ley 1697 de 2013, “por la cual se crea la estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia.” En el artículo 5 de la mencionada Ley se estableció como hecho generador:

*“Está constituido por todo contrato de obra que suscriban las entidades del orden nacional, definidas por el artículo 2° de la*

<sup>112</sup> Aportado como prueba documental en esta reforma a la demanda.

*Ley 80 de 1993, en cualquier lugar del territorio en donde se ejecute la obra, sus adiciones en dinero y en cualquiera que sea la modalidad de pago del precio del contrato. En tal caso, el hecho generador se extiende a los contratos conexos al de obra, esto es: diseño, operación, mantenimiento o interventoría y demás definidos en la Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 2.*

*Parágrafo. Quedan incluidos los contratos de obra suscritos por las empresas industriales y comerciales del Estado y de empresas de economía mixta cuya ejecución sea con recursos del Presupuesto General de la Nación.”*

En el artículo 6 de la Ley 1697 se determinó que:

*“El tributo estará a cargo de la persona natural, jurídica, consorcio o unión temporal que funja como contratista en los negocios jurídicos a que se refiere el artículo anterior.”*

A su vez, el artículo 8 de la pluricitada Ley 1697 estipuló:

*“Base gravable y tarifa. El sujeto pasivo definido en el artículo 6 de la presente ley pagará por las suscripciones de los contratos de obra pública y sus conexos en función de las siguientes bases y tarifas: por los contratos cuyo valor esté entre 1 y 2.000 smmlv pagarán el 0.5%. Los contratos entre 2.001 y 6.000 smmlv pagarán el 1% y los contratos mayores a 6.001 smmlv pagarán el 2%.*

*Parágrafo. En cuanto no sea posible determinar el valor del hecho generador, definido en el artículo 5° de la presente ley, al momento de su respectiva suscripción, la base gravable se determinará como el valor correspondiente al momento del pago, por el término de duración del contrato respectivo.”*

73. Mediante Resolución N° 000475 del 23 de Diciembre de 2013, el Director Ejecutivo de **CORMAGDALENA** resolvió adjudicar la Licitación Pública N° LP-004-2013 al proponente JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA.
74. El 26 de diciembre de 2013 **JAN DE NUL** suscribió el Contrato de Obra N° 0-0098-2013 con **CORMAGDALENA**.
75. De conformidad con lo anterior, al **CONTRATISTA** se le descontaron de sus actas de avance 1,2,3, y 4 la suma total de COP 336.504.320 por la contribución parafiscal “*estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia*”, en ejecución del Contrato de Obra N° 0-0098-2013 con **CORMAGDALENA**.

76. Como consecuencia de los anteriores hechos, es preciso señalar que el **JAN DE NUL** no pudo incluir dentro de su AIU la contribución parafiscal establecida en la Ley 1697 de 2013.
77. El 25 de agosto de 2014 mediante la comunicación 0096.L.JDN2802.CMG.DDO el **CONTRATISTA** puso de presente ante **CORMAGDALENA** las razones de hecho que le generaron un perjuicio, todas ellas relacionadas con la imposición de la contribución parafiscal “*estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia*”.

### III. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

78. Las labores contratadas fueron concluidas con éxito por parte del **JAN DE NUL**, tal y como consta en las Actas de Recibo N° 1 del 14 de marzo de 2014, Acta N° 2 del 01 de agosto de 2014, Acta N° 3 del 12 de agosto de 2014, el Acta N° 4 del 12 de agosto de 2014, y en el Acta de Entrega y Recibo definitivo del 21 de agosto de 2014.
79. Las **PARTES** establecieron en la cláusula cuarta del **CONTRATO** respecto de su forma de pago, lo siguiente:

*“CORMAGDALENA pagará al CONTRATISTA el valor del contrato, por el sistema de precios unitarios fijos, mediante la presentación de actas mensuales de obra, suscritas por el CONTRATISTA y el Interventor. La forma de pago se realizará por las cantidades de obras realmente ejecutadas y recibidas a satisfacción por el interventor, multiplicadas por los respectivos precios unitarios.*

*El valor de este contrato se pagará previa la presentación de la siguiente documentación al Supervisor del contrato: (...)*

*(iv) La última acta de obra se pagará con posterioridad a la suscripción del acta de liquidación del contrato para lo cual el CONTRATISTA debe aportar adicional a los requisitos señalados anteriormente el acta de terminación, los exigidos para el acta de liquidación del contrato. (...)*”

80. El 21 de agosto de 2014 en cumplimiento de lo establecido en la cláusula décima sexta del texto contractual, las **PARTES** y la **INTERVENTORÍA** suscribieron el acta de entrega y recibo definitivo del **CONTRATO**. En el acta se manifestó lo siguiente:

*“La Interventoría deja constancia que las obras recibidas cumplen con las especificaciones generales de construcción y demás condiciones contractuales, de acuerdo con los diseños, planos, carteras y especificaciones estipuladas para este proyecto, y que son las realmente ejecutadas.”*

81. El 13 de septiembre de 2014 el **CONTRATISTA** radicó el Acta de avance de obra número cinco (5) por montos pendientes de pago que ascienden a TRES MIL DOSCIENTOS VEINTINUEVE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CIENTO VEINTISEIS PESOS (\$3.229.868.126).

## 2.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA

### 2.2.1 Contestación de la parte convocada frente a los hechos

En su escrito de contestación, la parte convocada se refirió a los hechos relatados en la demanda arbitral reformada de la siguiente manera<sup>113</sup>:

- HECHOS QUE LA PARTE CONVOCADA RECONOCIÓ COMO CIERTOS: 1, 2, 3, 4, 30, 31, 42, 64, 71, 73, 74, 79 y 80.

- HECHOS QUE LA PARTE CONVOCADA RECONOCIÓ COMO CIERTOS PERO CON ACLARACIONES: 11, 12, 23, 26, 28, 29, 47, 70, 72, 75, 78 y 81.

- HECHOS QUE LA PARTE CONVOCADA DESMINTIÓ: 48 y 51.

- HECHOS RESPECTO DE LOS CUALES LA PARTE CONVOCADA NO MANIFESTÓ SI LOS CONSIDERABA CIERTOS O NO: 5, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 27, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 76 y 77.

### 2.2.2 Excepciones

Las excepciones que propuso la parte convocada fueron las siguientes<sup>114</sup>:

1. Ausencia de incumplimiento de las obligaciones contractuales de CORMAGDALENA.
2. La información entregada en la licitación pública era a título informativo.
3. El desconocimiento de JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA del deber precontractual de obtener información relevante en el contrato a ejecutar.
4. Las renunciaciones libres y voluntarias de JAN DE NUL respecto de la situación de los vertimientos efectuados por VAN OORD y las suspensiones del contrato.
5. La falta de pruebas para demostrar los perjuicios argumentados por la convocante.
6. Excepción genérica.

### 2.2.3 Objeción al juramento estimatorio

En su contestación de la demanda la parte convocada presentó una objeción al juramento estimatorio en los siguientes términos<sup>115</sup>:

No obstante que cuando las partes intentaron llegar a un acuerdo directo presentaron a CORMAGDALENA una reclamación para revisión en reunión que por todo concepto ascendía \$ 5.716.644.657, cuya

<sup>113</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 400-499.

<sup>114</sup> *Ibidem*.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

copia se anexó al proceso y que no fue aceptada por mis poderdantes pero que será debatida en el presente proceso, ahora según las pretensiones de la demanda reformada de JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA-EN LIQUIDACIÓN aspira una indemnización económica así:

<b>MAYOR DUREZA DEL MATERIAL A DRAGAR EN EL SECTOR III</b>	
Disponibilidad sin efectuar trabajos Draga HONDIUS	COP 1,971,263,724
Disponibilidad sin efectuar Draga Pedro Alvarez Cabral	COP 3,074,337,255
Costo adicional dragado material duro	COP 9,988,313,057
<b>RETRASOS POR DESCARGA DE MATERIAL DE UN TERCERO</b>	
Disponibilidad sin efectuar Draga Pedro Alvarez Cabral	COP 2,406,954,426
<b>ESTAMPILLA PRO-UNIVERSIDAD NACIONAL</b>	
Descuentos aplicados	COP 336,504,320
<b>ÚLTIMA ACTA DE OBRA SIN PAGAR</b>	
Valor de acta	COP 3,229,868,126.50

Las anteriores cifras son tomadas del dictamen de parte allegado al expediente con la demanda reformada, como veremos:

**PRIMERO:** Los \$ 1,971,263,724 por concepto de “Disponibilidad sin efectuar trabajos Draga HONDIUS” provienen del cálculo efectuado en la Tabla 4-1 (página 38 del dictamen) denominada “costo del tiempo de espera forzoso de CSD HONDIUS debido a la condición adversa”. Esa suma está compuesta por:

- a) El supuesto costo diario de la draga, valorado en \$ 100.971.371, sin que el informe, ni sus anexos especifiquen con claridad de dónde provienen.
- b) El supuesto costo diario de la tripulación de la draga, valorado en \$13.120.011 que no está acreditado en ningún aparte del dictamen.
- c) El costo diario de combustibles de la draga que asciende a \$ 3.390.233 (que a razón –hoy- de \$ 8.000/galón, equivalen a 423 galones diarios de combustible en una draga que no estuvo en funcionamiento durante casi 13 días). Amén de que ni la demanda, ni el dictamen aportan un solo recibo de caja, o factura de venta de combustibles que se valoran en la suma de \$ 43.428.885 por los 12,81 días que estuvo inactiva la referida draga HONDIUS.
- d) Reporta adicionalmente un gasto de lubricantes diario de \$ 167.281, para un total de 12,81 días de inactividad, que significan en la reclamación \$ 2.142.870, sin aportar cuantas de cobro, ni facturas de venta de dichos combustibles.

A estos cuatro conceptos, que repetimos son tomados del dictamen, se le adiciona el AIU y el IVA, y teóricamente le arroja la suma de \$1,971,263,724.

**SEGUNDO:** En similares circunstancias, respecto a la draga PAC (tabla 4.2 del dictamen, página 38) se establecen unos costos teóricos carentes de respaldo probatorio que ascienden a la suma de \$

3,074,337,255, por costo de draga, personal, combustibles, lubricantes, AIU e IVA, sin que ni el dictamen lo soporte, ni la demanda aporte comprobante alguno de tales gastos.

**TERCERO:** El supuesto daño por “Costo adicional dragado material duro” valorado bajo juramento en \$ 9,988,313,057, proviene de la tabla 4-7 (página 41 del dictamen) que tampoco tiene soporte alguno, amén de una serie de consideraciones teóricas sin comprobación alguna.

**CUARTO:** Un rubro mas significativo del no soportado juramento estimatorio lo constituye los argumentados retrasos por descarga del material de un tercero (Van Oord) que le representaría la “Disponibilidad sin efectuar Draga Pedro Alvarez Cabral” la suma de \$ 2,406,954,426, no tiene respaldo, ni en documentos, facturas, comprobantes, ni en el dictamen pericial. Amén de que quien retiró el material del tercero fue la misma draga PAC cuando estaba a la espera del arribo de la draga HONDIUS.

De este modo, lo único del juramento estimatorio que tiene sustento en la demanda arbitral son las cifras correspondientes a las retenciones por conceptos tributarios y el valor no pagado por concepto del acta de obra N° 5, razón por la cual es menester dar aplicación –en su oportunidad– a lo establecido en el inciso quinto del artículo 206 del C.G del P.<sup>116</sup>

Así las cosas, me permito solicitar al Honorable Tribunal que en se dé aplicación a lo establecido en los incisos tercero y cuarto y el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, con sus respectivas consecuencias.

### **2.3 CONTESTACIÓN DE LA PARTE CONVOCANTE SOBRE LA OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO PRESENTADA POR LA PARTE CONVOCADA**

Al contestar la objeción a su juramento estimatorio, la parte convocante manifestó:

“Que no le asiste razón a la **PARTE CONVOCADA** en lo referente a la objeción a la estimación de la cuantía de los perjuicios solicitados por **JAN DE NUL**, en la medida que los perjuicios pretendidos en la demanda, cumplen con las condiciones de ciertos, directos y personales, en tanto, representan lo que perdió **JAN DE NUL** por las anomalías contractuales generadas y propiciadas por **CORMAGDALENA**. Esto se demuestra a través de las pruebas aportadas y solicitadas en el curso del trámite arbitral. Es pertinente recordar en este punto que en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso, sólo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación, requisitos que no se encuentran cumplidos en el escrito presentado por la **PARTE CONVOCADA** el quince (15) de octubre de 2015”.

### **2.4 EXCLUSIÓN DE PRETENSIONES POR CONCILIACIÓN PARCIAL DE LAS PARTES**

<sup>116</sup> “El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete”.

Quedaron excluidas del debate arbitral las pretensiones 2.23 y 2.24 de la demanda reformada, por haber sido objeto de transacción entre las partes mediante “ACUERDO CONCILIATORIO PARCIAL” celebrado el 19 de mayo de 2016, conciliación que el Tribunal aprobó en su Auto No. 29 del 2 de agosto de 2016<sup>117</sup>.

### 3. CONSIDERACIONES SOBRE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

La totalidad de los presupuestos procesales concurren respecto de la demanda presentada por la parte convocante:

#### 3.1 DEMANDA EN FORMA

La solicitud de convocatoria y demanda arbitral presentada por la convocante se ajusta a la plenitud de las exigencias relativas a los requisitos que debe contener y por ello fue admitida mediante Auto No. 3 del 11 de agosto de 2015<sup>118</sup>.

#### 3.2 COMPETENCIA

El Tribunal, en Auto No. 14 del 12 de febrero de 2016, previo análisis de la cláusula compromisoria, de la existencia y debida representación de las partes y de las pretensiones formuladas, determinó que era competente para el juzgamiento y decisión de las pretensiones contenidas en la demanda, todas de contenido particular, naturaleza patrimonial y económica, y susceptibles de transacción y de libre disposición entre sujetos plenamente capaces y, por ende, de pacto arbitral<sup>119</sup>.

Las partes en este proceso, en ejercicio del derecho constitucional fundamental de acceso a la Administración de Justicia, al tenor de los artículos 116 de la Constitución Política<sup>120</sup> y 1º de la Ley 1563 de 2012, se encuentran jurídicamente facultadas para acudir al arbitraje como mecanismo de solución de las controversias, ante la imposibilidad de solucionarlas por la vía del arreglo directo, salvo la conciliación parcial aprobada por este Tribunal.

A este proceso las partes han comparecido por conducto de sus representantes legales y apoderados judiciales, concurriendo la plenitud de las exigencias normativas para el efecto, y han sometido sus diferencias al conocimiento y juzgamiento del Tribunal Arbitral.

Por otra parte, la justicia arbitral como expresión de la jurisdicción del Estado, encuentra reconocimiento y legitimidad constitucional y, por tal virtud se le confiere a los árbitros, transitoriamente, la función pública de administrar justicia, debidamente habilitados por las partes y el ordenamiento jurídico.

<sup>117</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 862-867.

<sup>118</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 164-166.

<sup>119</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 549-554.

<sup>120</sup> El inciso 4º del artículo 116, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 003 de 2002, establece: “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley” (subrayas fuera de texto).



La naturaleza jurisdiccional de la justicia arbitral se encuentra igualmente consagrada en los artículos 8º y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, y ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional<sup>121</sup>.

Los árbitros investidos de manera transitoria de la función de administrar justicia por mandato constitucional, en el ejercicio de su actividad integran la jurisdicción del Estado, ostentan para el caso concreto el carácter de juzgadores, están sujetos a idénticos deberes y responsabilidades de los jueces, y como verdaderos jueces *–iurisdictio–* profieren providencias judiciales<sup>122</sup>, autos de trámite, interlocutorios y una sentencia denominada laudo arbitral.

### 3.3 CAPACIDAD DE LAS PARTES

Las partes en el presente asunto, **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA, EN LIQUIDACION**, así como la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA–**, son sujetos plenamente capaces, con personería jurídica y, por tratarse de un arbitraje en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y sus apoderados, abogados titulados debidamente constituidos, y, por ende, detentan plena capacidad procesal.

Por último, el laudo conforme a lo pactado y a las respectivas previsiones normativas, se profiere en derecho y dentro del término establecido para su oportuno pronunciamiento.

En consecuencia, no advirtiéndose defecto procesal alguno que invalide la actuación y encontrándose verificada la totalidad de los presupuestos procesales, procede el Tribunal a resolver de fondo la controversia que le ha sido planteada.

## 4. CONSIDERACIONES DE ORDEN SUSTANCIAL

### 4.1 CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LAS PRETENSIONES DECLARATIVA GENERAL 1.1, DECLARATIVAS ESPECÍFICAS 2.1 A 2.4, 2.6 A 2.18, Y LAS PRETENSIONES DE CONDENA 4.1 Y 4.3 A 4.7, RELATIVAS A INCUMPLIMIENTOS DEL CONTRATO POR PARTE DE CORMAGDALENA

#### 4.1.1 El incumplimiento y las situaciones materiales imprevistas en los contratos estatales

<sup>121</sup> Véanse CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 29 de mayo de 1969, Magistrado Ponente: Luis Sarmiento Buitrago, G.J. CXXXVII, No. 2338, pp. 58 y ss.; sentencia del 28 de julio de 1977, Magistrado Ponente: Eustorgio Sarria, G.J. CLVI, No. 2396, pp. 210 y ss.; y CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-42/91, T-592/92, C-059/93, C-226/93, T-538/94, C-247/94, T-057/95, C-294/95, SU-342/95, C-431/95, T-544/95, C-451/95, T-268/96, C-037/96, C-242 de 1997 (“2. El arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional que con carácter de función pública se concreta en la expedición de fallos en derecho o en equidad”); C-160/99; C-163/99, C-642/99; SU-091/2000; C-330/2000, C-1436/2000, C-60/2001; y C-1038/2002.

<sup>122</sup> Véanse CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 24 de septiembre de 1975, Consejero Ponente: Samuel Arango Reyes; BENETTI, Julio. *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, Bogotá, D.C., Temis, 2001, pp. 129 y ss.; BEJARANO, Ramiro. *Los procesos declarativos*, Bogotá, D.C., Temis, 1998, pp. 355 y ss.

El contrato como instrumento de intercambio de bienes y servicios está sometido a muchas contingencias las cuales pueden llevar a fracturar las condiciones que se tuvieron en cuenta al momento de ofertar o de contratar. Estas contingencias obedecen, en algunos casos, a que una de las partes no cumple el programa obligacional trazado y, en otros, a situaciones imprevistas originadas por decisiones de autoridades públicas, por cambios económicos o simplemente por hechos de la naturaleza.

Frente a tales inconvenientes en los contratos estatales, nuestra legislación ha desarrollado, entre otros remedios, dos importantes instituciones jurídicas, la responsabilidad patrimonial por incumplimiento y el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos, a partir de las cuales el afectado por un incumplimiento o por situaciones imprevistas que no le son imputables, puede reclamar por vía judicial o administrativa, según el caso, el restablecimiento de la ecuación económica, siempre y cuando demuestre de manera fehaciente los perjuicios que sufrió.

Como los incumplimientos y las situaciones imprevistas quebrantan la ecuación del contrato y el Estatuto Contractual en algunos de sus apartados les da un trato similar<sup>123</sup>, pareciera que la responsabilidad patrimonial por incumplimiento hace parte de lo que se conoce como restablecimiento del equilibrio económico, siendo la verdad que son figuras jurídicas diferentes, no sólo por su origen y efectos sino también por la forma de probarlos, como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>124</sup>.

Teniendo en cuenta que la parte convocante, **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA, EN LIQUIDACIÓN**, solicitó indemnizaciones por incumplimientos de **CORMAGDALENA**, y subsidiariamente indemnizaciones por situaciones imprevistas que generaron un desequilibrio económico, lo procedente es que el Tribunal analice primero los incumplimientos, y luego, si es del caso, lo referente a las situaciones imprevistas.

#### 4.1.2 El incumplimiento en los contratos estatales

En el desarrollo del proceso contractual las partes pueden infringirse daños que deben ser reparados. La responsabilidad derivada de actividades contractuales se puede presentar unas veces, en la fase para seleccionar a un contratista (precontractual) en otras, en la etapa de ejecución del contrato o de la de la liquidación (contractual), y en otras, posteriormente a ellas (post-contractual).

Ahora bien, en el campo de la responsabilidad patrimonial, de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder por los

<sup>123</sup> Ley 80 de 1993, artículo 5º, numeral 1º: “1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

“En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.

<sup>124</sup> Sobre el punto se pueden revisar, entre otras providencias, las siguientes: CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 2 de diciembre de 2015, radicación No. 47001-23-31-000-2001-00660-01 (36.285), Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico; y CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 21 de septiembre de 2016, radicación No: 73001-23-00-003-1999-01046-01 (51.341), Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.

daños antijurídicos que le sean imputables, como consecuencia de una acción u omisión de las autoridades públicas ocasionada en desarrollo de una relación contractual o extracontractual.

Esta norma constitucional en materia de responsabilidad contractual del Estado se encuentra regulada por el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, el cual señala que las entidades contratantes se encuentran obligadas a responder por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables, indemnizando el menoscabo patrimonial que ocasione, la prolongación del mismo y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por los contratistas.

De igual manera, de acuerdo con los artículos 52 y 58 de la Ley 80 de 1993, el contratista debe responder patrimonialmente por sus acciones y omisiones, indemnizando los perjuicios causados a la entidad pública con la que tuvo la relación jurídica, derivada de la oferta o del contrato, sin perjuicio de la responsabilidad que le pueda caber en materia penal e incluso disciplinaria para el caso del asesor, consultor e interventor (artículo 82 de la Ley 1474 de 2011).

De acuerdo con la Corte Constitucional los títulos jurídicos de imputación en materia de responsabilidad contractual se encuentran en los principios de reciprocidad de prestaciones y de buena fe<sup>125</sup>, por tanto, las partes de una relación comercial no solo se obligan a cumplir los compromisos surgidos del contrato sino que, además, deben actuar de manera honesta y leal, so pena de reparar los perjuicios debidamente probados a la parte afectada.

#### **4.1.3 Requisitos para declarar responsabilidad por incumplimiento de un contrato estatal**

En materia de responsabilidad contractual del Estado, solo habrá lugar a reparar los perjuicios cuando se presenten las siguientes condiciones:

1. La existencia de un contrato válido: Este requisito comporta dos elementos:

a) Que el contrato exista: lo cual se traduce en la necesidad de que el acuerdo de voluntades de quienes participan en el negocio conste por escrito o de manera virtual<sup>126</sup>, dada la exigencia de esta formalidad por los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, salvo que sea uno de aquellos casos de urgencia manifiesta en los

<sup>125</sup> “El principio de la buena fe como elemento normativo de imputación, no supone, en consecuencia, una actitud de ignorancia o creencia de no causar daño al derecho ajeno, ni implica una valoración subjetiva de la conducta o del fuero interno del sujeto. En realidad, tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado. Por ello, tal como sucede con el principio de reciprocidad, el desconocimiento por parte de la Administración de los postulados de la buena fe en la ejecución del contrato, conlleva el surgimiento de la obligación a cargo de ésta de responder por los daños antijurídicos que le haya ocasionado al contratista. Estos efectos jurídicos de la buena fe en materia contractual, según lo afirma la propia doctrina, son una clara consecuencia de la regla según la cual todo comportamiento contrario a la misma, en cuanto ilícito, trae implícita la obligación de pagar perjuicios” (CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-892/01).

<sup>126</sup> De acuerdo con el artículo 3º de la Ley 1150 de 2007, el contrato estatal podrá tener lugar por medios electrónicos.

que sea imposible cumplir con dicha solemnidad (inciso 40 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993)<sup>127</sup>; y

b) Que el contrato celebrado sea válido: esto es, se encuentre libre de vicios que puedan dar lugar a generar una nulidad absoluta o relativa, la cual de ser declarada lo aniquilaría y nos llevaría al campo de la responsabilidad extracontractual. Según los artículos 44 y 46 de la Ley 80 de 1993, las nulidades que pueden afectar a un contrato estatal son absolutas y relativas. Por las primeras, un contrato del Estado será absolutamente nulo por los mismos motivos establecidos para los contratos regidos por el derecho común (artículos 1741 del C.C. y 899 del C. de Co), así como también por las siguientes razones, algunas más propias del derecho público, como las de haberse celebrado el contrato con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, o contra expresa prohibición constitucional o legal, o con abuso o desviación de poder, o por haberse declarado nulos los actos administrativos en que se fundamentaron, o se hubiere celebrado violentando las normas sobre tratamiento y preferencia de ofertas nacionales y extranjeras o con violación del principio de reciprocidad (artículo 44 de la Ley 80 de 1993). Por las segundas, serán causales de nulidad relativa los demás vicios que se presenten en los contratos y que conforme al derecho común pueden dar lugar a ellas (artículo 46 de la Ley 80 de 1993).

2. Debe existir un incumplimiento que provenga de una de las partes del contrato: Esto teniendo en cuenta que en principio el contrato produce efectos únicamente entre las partes, salvo que el mismo se haya realizado, por ejemplo, en beneficio de terceros, como ocurre en el caso de la estipulación para otro (artículo 1506 del C.C.) en el que el principio de los efectos relativos del contrato se quiebra<sup>128</sup>. Las partes en un contrato estatal serán: el contratante, quien normalmente es una entidad estatal o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado (numeral 2º del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011) y el contratista o co-contratante, el cual puede ser una persona jurídica o natural, un consorcio, una unión temporal, una sociedad con objeto único, una sociedad proyecto (artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993) u otra entidad estatal (contrato inter-administrativo), quienes son los sujetos encargados de construir la obra, prestar el servicio o suministrar los bienes.

3. El incumplimiento que se predica debe derivar de obligaciones surgidas del contrato o incluso de algunos comportamientos

<sup>127</sup> En sentencia unificada, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que “de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993 artículo 41 inciso 4º). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en ésta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta” (CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena, Sección Tercera, sentencia unificada del 19 de noviembre de 2012, radicación No. 24.897, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

<sup>128</sup> TAMAYO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Legis, Bogotá, D.C., 2007, pp. 106 y 117-118).

precontractuales, y por inobservancia de los deberes legales<sup>129</sup>. En efecto, similar a lo que ocurre en el derecho privado puede suceder que cualquiera de las partes deje de atender las cláusulas del contrato, esto es, no cumpla sus obligaciones, o si lo hace, las ejecuta imperfectamente o de manera tardía. Así, por ejemplo, habrá incumplimiento por parte del contratista de una obra cuando utiliza materiales de mala calidad, no entrega la obra en el tiempo convenido, y por parte del contratante, cuando no paga el anticipo, etc. También puede ocurrir, que en la etapa de formación del contrato cualquiera de las partes incumpla los deberes de conducta que el tráfico jurídico le exige, como cuando una de ellas no entrega la información requerida, situación que en algunos casos afecta la ejecución del contrato pero sin llegar a aniquilarlo. Y existen otros casos de incumplimiento relacionados con el quebranto a los deberes legales, el cual es muy propio del derecho administrativo, y se funda en la actividad irregular de las entidades estatales al ejercer la dirección, control y vigilancia en el desarrollo del contrato, como en el caso de la declaración de caducidad sin cumplirse las condiciones establecidas en la ley.

4. Debe existir un daño: No puede existir responsabilidad patrimonial sin perjuicio. Daño que de acuerdo con la Constitución debe ser antijurídico, no en el sentido de que el perjuicio para ser resarcido debe provenir necesariamente de una acción u omisión del victimario que violente el ordenamiento jurídico, sino que la víctima no deba soportarlo. Como se advierte, el concepto de antijuridicidad se liga al daño y no al sujeto dañador, con la finalidad de darle cabida a situaciones en las que se debe reparar por actividades lícitas como las derivadas de un daño especial, cuyo régimen de responsabilidad es el objetivo. Para el Consejo de Estado “el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva”<sup>130</sup>.

Para que el daño material o inmaterial reclamado por el acreedor pueda ser indemnizado, debe demostrar que efectivamente sufrió el daño y que este fue consecuencia del incumplimiento del deudor por inobservancia del principio de reciprocidad o porque no actuó de buena fe. Desde hace tiempo la doctrina ha señalado que el incumplimiento por sí mismo no representa un perjuicio, por tanto, la carga de probar el daño efectivamente padecido, así como su extensión y valor, recaen

<sup>129</sup> Para el profesor Escobar Gil, “en la contratación administrativa existen dos formas básicas de incumplimiento de las obligaciones por parte de la Administración Pública: el incumplimiento de las obligaciones derivadas de las cláusulas del contrato y el incumplimiento de los deberes que le impone la ley. La primera, que es común al derecho privado, consiste en la no ejecución de las prestaciones que constituyen el objeto de la obligación, en las condiciones de tiempo, modo y lugar convenidos por las partes, como por ejemplo, el no pago del anticipo, la falta de entrega de los diseños y planos, el atraso en la entrega de los materiales o de los terrenos, etc. La segunda es propia y específica del Derecho Administrativo y consiste en la transgresión de los deberes que el ordenamiento positivo le señala a la Administración Pública para el ejercicio de su actividad jurídica en el seno del contrato, como se presenta cuando ésta ejerce irregular o ilegítimamente sus potestades públicas o cuando omite el deber de restablecer la equivalencia económica del contrato” (ESCOBAR, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, Legis, Bogotá, D.C., 1999, pp. 509-510).

<sup>130</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1993, expediente No. 8.163, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández.

sobre el acreedor demandante, pues a falta de toda prueba del perjuicio demandado no procede indemnización alguna<sup>131</sup>.

En este sentido, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha señalado que:

“El daño antijurídico para que sea indemnizable debe tener una existencia real y concreta y debe ser evaluable en términos económicos; es necesario entonces que el contratista acredite su existencia, lo cuantifique en dinero, de acuerdo con los parámetros del contrato celebrado o los factores objetivos existentes y además lo individualice.

“ ...

“Así pues, para que surja la obligación de reparación como consecuencia del incumplimiento de un contrato, resulta necesario acreditar en el proceso la existencia de los perjuicios que dicho incumplimiento ocasionó, como serían, por ejemplo, los mayores costos que debió soportar el contratista por concepto de gastos de administración, disponibilidad de maquinaria y equipo, jornales del personal, entre otros, pues si bien es cierto que es tarea del juez la estimación de los perjuicios alegados por el acreedor, también lo es que para ello requiere de su prueba y cuantificación, carga que incumbe al acreedor insatisfecho que debe acreditarlos plenamente...”<sup>132</sup> (subrayas fuera de texto).

5. El deudor debe estar en mora: En materia de responsabilidad contractual el retardo por sí solo carece de entidad para generar responsabilidad. No basta que el obligado incumpla, pues sólo cuando se haya configurado la mora se podrá reclamar el resarcimiento. En el contrato estatal, por estar las obligaciones contraídas generalmente sometidas a plazo, se produce la mora de manera automática (*dies interpellat pro homine*). En los casos en que no exista término para el cumplimiento de la obligación o este no se derive de la naturaleza de las obligaciones, se requiere constituir en mora al deudor de acuerdo al

<sup>131</sup> MORELLO, Augusto. *Indemnización del Daño Contractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 388 y 537.

<sup>132</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 25 de febrero de 2009, radicación No. 25000-23-26-000-1992-07929-01 (16.103), Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

También, en otra oportunidad el Consejo de Estado señaló que “como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediadamente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación. Causar un daño genera la obligación de reparar el perjuicio causado con él pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía.

“Causar un daño genera la obligación de reparar el perjuicio causado con él pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía” (CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 24 de julio de 2013, radicación No. 73001-23-31-000-1997-14722-01 (25131), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

procedimiento establecido en la ley (artículo 1608 del C.C. e inciso 2º del artículo 94 del C.G.P.).

#### 4.1.4 Consideraciones sobre los incumplimientos imputados a CORMAGDALENA

La parte convocante presentó su demanda solicitando al Tribunal Arbitral declarar que **CORMAGDALENA** incumplió parcialmente el **CONTRATO** (pretensión de carácter general 1.1) de dos maneras: en primer lugar, porque la imposibilidad absoluta de **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA** para realizar labores de dragado desde el 18 de febrero de 2014 hasta el 28 de febrero de 2014 fue resultado de los incumplimientos contractuales de **CORMAGDALENA** (pretensión declarativa específica 2.2), y en segundo lugar, porque “**CORMAGDALENA** incumplió el deber de planeación contractual, al no haber obrado con diligencia en la elaboración de los estudios y diseños” (pretensión declarativa específica 2.10). Seguidamente se procederá al análisis de estos incumplimientos alegados por la convocante.

##### 4.1.4.1 ANÁLISIS SOBRE EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL IMPUTADO A CORMAGDALENA POR SER RESPONSABLE DE QUE JAN DE NUL SURCURSAL COLOMBIA SE HAYA VISTO IMPOSIBILITADA PARA REALIZAR LABORES DE DRAGADO ENTRE EL 18 DE FEBRERO Y EL 28 DE FEBRERO DE 2014 (PRETENSIONES 2.1 A 2.4 Y 4.1)

La parte convocante fundamentó sus pretensiones declarativas 2.1 a 2.4 y la de condena 4.1 en que las descargas de material suelto realizadas por **VAN OORD** le impidieron realizar labores de dragado entre el 18 de febrero de 2014 y el 28 del mismo mes y año, lo cual le generó sobrecostos por el hecho de mantener disponible y sin efectuar trabajos la Draga Pedro Alvares Cabral durante ese periodo. Adicionalmente, argumentó que dicha suspensión en sus labores obedeció a la instrucción expresa de **CORMAGDALENA** de no efectuar trabajos de dragado en la zona hasta tanto se encontrara una solución.

En su contestación de la demanda reformada, la parte convocada se opuso a las pretensiones señalando que no se había demostrado en el proceso la imposibilidad absoluta de la draga Pedro Alvares Cabral para realizar labores de dragado entre el 18 y el 28 de febrero de 2014, y que no podía haberlas realizado sin la presencia de la draga Hondius, que para esa época todavía no había llegado al lugar de las obras. Como excepción presentó una denominada “las renunciaciones libres y voluntarias de **JAN DE NUL** respecto de la situación de los vertimientos efectuados por **VAN OORD** y las suspensiones del contrato”, alegando que en el Acta de Suspensión del Contrato de fecha 28 de febrero de 2014, la parte convocante había renunciado a reclamar judicialmente o extrajudicialmente mayores costos.

Pasando a sus alegatos, la parte convocada indicó que no se había demostrado el nexo causal entre su conducta y el tiempo de espera de la draga Pedro Alvares Cabral entre los días 18 y 28 de febrero de 2014, y que los supuestos perjuicios de la parte convocante habrían sido consecuencia de su propia imprevisión, “al desplazar la draga PAC al sitio de los trabajos sin que hubiese arribado al puerto la draga HONDIUS”.

El Ministerio Público, por su parte, solicitó negar las mismas pretensiones, al entender que la parte convocante había solicitado el reconocimiento de

perjuicios por una suspensión del contrato entre el 18 y el 28 de febrero de 2014, sin acreditar tal suspensión, ya que la primera suspensión del contrato comenzó el 28 de febrero de 2014.

Para resolver este asunto el Tribunal Arbitral se permite destacar los siguientes hechos:

1. El 17 de febrero de 2014 la Interventoría advirtió al contratista de la presencia de material suelto en el Sector I del Canal Navegable del Río Magdalena, producto de las descargas de material precortado realizadas por **VAN OORD**, quien era contratista de la **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA**. Según **CORMAGDALENA**, era necesario determinar el responsable de la presencia del material precortado depositado, antes de proceder a realizar labores en ese sector.

2. La suspensión por esta circunstancia está documentada en las comunicaciones entre las partes y en la bitácora de la draga Pedro Alvares Cabral, de tal forma que puede afirmarse que, de hecho, se suspendieron trabajos desde el 18 de febrero de 2014 hasta el día 28 del mismo mes y año, período en el cual la draga estuvo fondeada sobre la margen derecha del Río Magdalena. Al ser una suspensión de hecho, no existió entonces un acta de suspensión del contrato, lo que deja sin piso el argumento esgrimido por la agente del Ministerio Público en su concepto, al solicitar que se negaran las pretensiones de la parte convocante relacionadas con la imposibilidad absoluta de realizar labores de dragado entre el 18 y el 28 de febrero de 2014, por no haberse presentado un acta que acreditara esta suspensión.

3. De las pruebas aportadas al proceso se infiere que el 19 de febrero de 2014 las partes, contratista y contratante, asistieron a una reunión con la Interventoría, la **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA** y **VAN OORD** con el objeto de buscar una solución a la situación que afectaba la ejecución del contrato. En desarrollo de la reunión las partes y los demás asistentes suscribieron un acta en la que hicieron constar los consensos alcanzados, así:

“5. Que el dragado contratado por Cormagdalena comprende el retiro de material arenoso y de material rocoso presentes en el tramo del K19+500 al K21+750 dentro del trazado del Canal de Acceso.

“6. Que la Draga Héctor de propiedad de la firma Van Oord está depositando temporalmente el material extraído del área de aproximación a los muelles de Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla en la zona del Canal de Acceso que debe ser dragada por Cormagdalena.

“7. Que para poder realizar las labores de dragado del Canal de Acceso contempladas en el contrato que tiene suscrito con Jan de Nul Sucursal Colombia, Cormagdalena solicita que la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla por intermedio de su contratista retire del Canal de Acceso del volumen correspondiente al material extraído de la zona de aproximación a sus muelles.



“Con base en los anteriores considerandos y las discusiones sostenidas se llegó a los siguientes acuerdos:

“1. A partir de la fecha, Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla por intermedio de su Contratista Van Oord suspenderá el depósito de los materiales extraídos en el Canal de Acceso.

“2. A partir de la fecha, los materiales producto del dragado de la zona de aproximación a los muelles de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla se depositarán temporalmente en un área ubicada al norte del muelle No. 1 al occidente del Canal de Acceso zona denominado menos uno y al costado del Muelle No. 6 denominado zona menos 6.

“3. CORMAGDALENA solicita a la Sociedad Portuaria Regional Barranquilla retirar los materiales depositados dentro del Canal de Acceso en el tramo mencionado antes del 6 de marzo de 2014.

“4. Realizadas las actividades de remoción del material depositado temporalmente por Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla en el Canal, Cormagdalena a través de su Contratista y la Interventoría realizarán una verificación para comprobar que el estado del Canal sea equivalente al que tenía el Canal antes de iniciar el dragado contratado por Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla”<sup>133</sup>.

4. No obstante, entre el 20 de febrero de 2014 y el 22 del mismo mes y año, la compañía **VAN OORD** continuó descargando material, razón por la cual el 24 de febrero de 2014 el contratista envió a **CORMAGDALENA** la comunicación 007.L.JDN2802.CON.DBR en la que sentó una protesta y recordó que los trabajos se encontraban detenidos:

“... el día 22 de febrero del corriente año, através (sic) de una batimetría realizada con nuestra lancha de batimetría, entre los kilómetros 19 y 21 del río Magdalena, hemos observado que pese al acuerdo llegado durante la reunión del día 19 de febrero, la draga Hector (sic), la cual se encuentra trabajando para Sociedad Portuaria, continúa descargando el material cortado en el área del canal de Cormagdalena. Esto ha sido confirmado mediante nuestros datos de batimetría y la medición de la posición del extremo de la tubería flotante.

“Recordamos a ustedes, que nuestro equipo de dragado en estos momentos se encuentra detenido en tanto esta situación no se resuelva”<sup>134</sup>.

5. **CORMAGDALENA** dio respuestas formales al contratista que en nada solucionaban el problema. Por su parte, **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA**, en comunicación 0012.L.JDN2802.CMG.DBR del 27 de febrero de 2014<sup>135</sup> informó, entre otras situaciones, que la “Sociedad Portuaria mencionó que

<sup>133</sup> Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 297.

<sup>134</sup> Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 251.

<sup>135</sup> Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 253.

Cormagdalena todavía no les había solicitado retirar el material botado en el canal de Cormagdalena”.

6. Solo hasta el 28 de febrero de 2014, once (11) días después de presentarse los problemas, sin que **CORMAGDALENA** hubiese logrado solucionarlos, las partes lograron algunos consensos y por ello suscribieron un “acta de suspensión del contrato” por tres (3) días, reconocieron que el material había sido depositado por un tercero, que en esas condiciones no era posible adelantar el trabajo y que la Draga Pedro Alvares Cabral lo removería con cargo a la Sociedad Portuaria de Barranquilla:

“Las actividades de dragado en el sector K19+500 a k21+750 no se pueden adelantar hasta tanto la SPRB remueva el material que fue depositado en el canal navegable por el Contratista Van Oord de Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla. En consecuencia se solicita la suspensión del contrato debido a que la Draga Pedro Alvarez (sic) Cabral se dedicará a realizar trabajos a la Sociedad Portuaria de Barranquilla”<sup>136</sup>.

7. De acuerdo con los registros diarios que aparecen en la bitácora a cargo de la Interventoría<sup>137</sup>, la draga Pedro Alvares Cabral estuvo fondeada y sin realizar trabajos desde el 18 de febrero de 2014 hasta el 28 de febrero de 2014, día en que inició la suspensión formal del contrato según se reseñó en el hecho anterior.

8. Un relato de los hechos se aprecia en la comunicación 0017.L.JDN2802.CMG.DBR del 1 de marzo de 2014<sup>138</sup>, en la que el contratista hizo un recuento detallado de lo ocurrido desde el 17 de febrero de 2014 e informó nuevamente a **CORMAGDALENA** sobre los retrasos ocurridos por la descarga de material precortado en el Canal Navegable del Río Magdalena, por parte de la compañía **VAN OORD**.

9. También aparece en la bitácora que el reinicio de actividades se efectuó el 8 de marzo de 2014 a la 1:30 pm<sup>139</sup>.

10. Al rendir testimonio, el Director de la Interventoría, **LAYTON GONZÁLEZ RUBIO**, reconoció que la draga Pedro Alvares Cabral no pudo realizar sus labores de dragado entre el 18 y el 28 de febrero de 2014:

“... en ese sitio la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla había contratado con otra firma, un tercero Van Oord, había contratado el dragado de la roca. Como lo que estaba dragando Cormagdalena era el canal, ellos para poder acercarse, hacerle la aproximación a su puerto tenían también que dragar roca. Ellos en un contrato separado estaban dragando la roca y temporalmente depositaron la roca en el canal, en el sitio donde nosotros teníamos que hacer el dragado.

“Cuando Cormagdalena se percató de esta situación, le solicitó a la Sociedad Portuaria que a través de su contratista removiera el

<sup>136</sup> Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 255.

<sup>137</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 790 a 793.

<sup>138</sup> Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 256-258.

<sup>139</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 793.

material antes de que nosotros entráramos porque ese material no se podía dragar dentro de nuestro contrato porque la responsabilidad de remover ese material era de la Sociedad Portuaria y no de Cormagdalena, estarían usando unos recursos públicos para favorecer a un privado”<sup>140</sup>.

En otra pregunta, reiterando lo anterior, el señor **GONZÁLEZ** manifestó:

“DRA. CRISTANCHO: Hubo alguna orden de parte de Cormagdalena o de la interventoría a través de la cual se ordenó suspender las labores de dragado por parte de Jan de Nul, teniendo en cuenta esta situación que se generó con posterioridad a la celebración del contrato de la descarga de material por parte de Van Oord?

“SR. GONZÁLEZ: Sí, se ordenó no dragar en el sector donde Van Oord había depositado el material en el canal navegable”<sup>141</sup>.

Y unas preguntas después volvió a insistir en lo mismo:

“DR. DE VEGA: Sírvase ilustrar al Tribunal si fue cierto que tales descargas pudieron ocasionar para el contratista una “imposibilidad absoluta” de realizar labores de dragado desde el 18 de febrero de 2014 hasta el 28 de febrero de ese mismo año.

“SR. GONZÁLEZ: Imposibilidad absoluta como tal no había, el contratista pudo haber dragado, la draga tenía la capacidad para remover ese materia, la incapacidad venía era de parte de Cormagdalena porque Cormagdalena no podía ordenar como parte de este contrato la remoción de ese material porque esa remoción no era responsabilidad de Cormagdalena sino responsabilidad de la Sociedad Portuaria a través de su contratista Van Oord.

“Había la posibilidad pero no era conveniente por el tema del manejo administrativo del contrato, porque si se le daba la instrucción a Jan de Nul de remover esos materiales se estarían utilizando dineros del Estado para remover un material que debió removerlo un particular, por eso y con el ánimo de protegerse de que no se diera lugar a malos entendidos de malos manejos de Cormagdalena, Cormagdalena fue muy claro que no se podía remover ese material hasta tanto el contratista de Sociedad Portuaria, Van Oord, no removiera ese material”<sup>142</sup>.

11. Lo anterior confirma que el contratista, **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA**, no pudo continuar las labores programadas entre el 18 y el 28 de febrero de 2014 por la orden que le dio **CORMAGDALENA** y no por la ausencia de la draga Hondius como lo argumentó la parte convocada en su defensa.

12. Además, el señor **LUIS CARLOS PEDRO RÁUL MANRIQUE PÉREZ** en su testimonio, indicó que la presencia de la draga Hondius

<sup>140</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 3.

<sup>141</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 5.

<sup>142</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 10 (reverso).

no era necesaria para que la draga Pedro Alvares Cabral realizara sus trabajos:

“DRA. CRISTANCHO: Puede ilustrarle usted al Tribunal si para realizar las labores de dragado en el sector 3 (sic), para el material suelto, era necesaria la presencia de la draga Hondius?

“SR. MANRIQUE: No, no veo la razón porque era un material suelto”<sup>143</sup>.

Y en el mismo sentido se expresó el Director de la Interventoría, señor **LAYTON GONZÁLEZ RUBIO**, al expresar:

“DR. YONG: Era necesario que al iniciar el contrato, desde el primer día, estuvieran las dos dragas en el sitio, la Hondius y la Pedro Álvarez Cabral?

“SR. GONZÁLEZ: No era necesario porque como les dije había dos tipos de material a remover, había un material que era arena que había en el sector 1 y el sector 3 y para remover esa arena la draga Pedro Álvarez Cabral era el equipo más adecuado por el tipo de draga que es, que es una draga de succión en marcha, pero esa draga no tiene la capacidad de excavar en roca, de dragar en roca, aunque lo puede hacer con algunas limitaciones, no es una draga que sea especializada para ese trabajo”<sup>144</sup>.

13. Es cierto y aparece probado que la suspensión del 1 al 7 de marzo de 2014, en el sitio donde debía hacer sus labores la draga de tolva Pedro Alvares Cabral, fue acordada y resultó de mutuo beneficio, puesto que el uso de la máquina fue remunerada por el tercero que había permitido un taponamiento en el lugar de las obras. Este es un hecho reconocido por todos y también acreditado por la prueba contable que da cuenta de la facturación a la sociedad **VAN DE OORD**. Pero también es cierto que la draga Pedro Alvares Cabral, desde antes, es decir desde el 18 de febrero de 2014 y hasta el 28 del mismo mes y año, no pudo realizar sus labores de dragado, como lo reconoció el Director de la Interventoría, **LAYTON GONZÁLEZ RUBIO**, quien al rendir testimonio, manifestó:

“Hubo dos suspensiones formales, es decir, que fueron pactadas entre las partes. La primera de ellas fue una suspensión de 7 días si no estoy mal, entre el primero y el 7 de marzo, que fue debida a que el sitio donde se debía dragar la roca, que era en el sector 3, en ese sitio la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla había contratado con otra firma, un tercero Van Oord, había contratado el dragado de la roca. Como lo que estaba dragando Cormagdalena era el canal, ellos para poder acercarse, hacerle la aproximación a su puerto tenían también que dragar roca. Ellos en un contrato separado estaban dragando la roca y temporalmente depositaron la roca en el canal, en el sitio donde nosotros teníamos que hacer el dragado.

<sup>143</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 31 (reverso).

<sup>144</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 3.

“Cuando Cormagdalena se percató de esta situación, le solicitó a la Sociedad Portuaria que a través de su contratista removiera el material antes de que nosotros entráramos porque ese material no se podía dragar dentro de nuestro contrato porque la responsabilidad de remover ese material era de la Sociedad Portuaria y no de Cormagdalena, estarían usando unos recursos públicos para favorecer a un privado”<sup>145</sup>.

14. El literal c) de la cláusula OCTAVA del Contrato 0-0098-2013, obligaba a **CORMAGDALENA** a:

“c) Prestar toda la colaboración al CONTRATISTA en la ejecución del Contrato”<sup>146</sup>.

Visto lo anterior, este Tribunal Arbitral encuentra que la parte convocante, **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA**, con su draga Pedro Alvares Cabral, tuvo la disposición para realizar labores de dragado entre el 18 y el 28 de febrero de 2014, como era su obligación de conformidad con el Contrato 0-0098-2013, sin embargo, la misma entidad contratante, **CORMAGDALENA**, le ordenó que no las realizara, causándole unos perjuicios evidentes.

En otras palabras, hubo un incumplimiento del contratante por no haber actuado con la diligencia debida para permitir que su contratista, dentro del cronograma establecido, cumpliera con su labor. Argumento como el que esgrimió **CORMAGDALENA** al suspender las labores de la draga Pedro Alvares Cabral, consistente en que estaba protegiendo el patrimonio de la entidad, si bien puede ser loable, no excusa su falta de diligencia ni pueden perjudicar patrimonialmente al contratista que estuvo dispuesto a realizar la labor.

Tampoco enerva el derecho de la parte convocante a ser reparada, el hecho de haber suscrito el Acta de Suspensión de fecha 28 de febrero de 2014 renunciando a “reclamar judicial o extrajudicialmente mayores costos”. Al leerse esta acta, lo que se deduce es que el contratista renunció a reclamar los mayores costos que le traería el *stand by* de su draga Pedro Alvares Cabral durante la suspensión pactada (1 al 3 de marzo de 2014), mas no a reclamar los mayores costos en que ya había incurrido por el *stand by* de su draga durante la suspensión de hecho ordenada de forma unilateral por **CORMAGDALENA** (18 al 28 de febrero de 2014).

Debe tenerse en cuenta, además, que esa suspensión se acordó para que el contratista con su draga Pedro Alvares Cabral pudiera, con cargo a la Sociedad Portuaria de Barranquilla, remover el material que había sido depositado por la sociedad **VAN OORD**, lo que explicaría por qué el contratista renunció a reclamar mayores costos durante la suspensión pactada (1 a 3 de marzo de 2014), pues estos mayores costos no se causarían al tener trabajando su draga para la Sociedad Portuaria de Barranquilla.

En orden a confirmar su decisión, el Tribunal verificará a continuación si se cumplen los requisitos listados en el numeral 4.1.3 del presente Laudo, para

<sup>145</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 5.

<sup>146</sup> Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 96.

declarar la responsabilidad de **CORMAGDALENA** por incumplimiento del Contrato:

1. La existencia de un contrato válido: Existe el Contrato 0-0098-2013 entre **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA** y **CORMAGDALENA**, del cual no se advierte vicio alguno.
2. Debe existir un incumplimiento que provenga de una de las partes del contrato: El incumplimiento del literal c) de la cláusula OCTAVA del Contrato 0-0098-2013 provino de **CORMAGDALENA**, entidad que hizo parte de este contrato.
3. El incumplimiento que se predica debe derivar de obligaciones surgidas del contrato o incluso de algunos comportamientos precontractuales, y por inobservancia de los deberes legales<sup>147</sup>: De conformidad con el literal c) de la cláusula OCTAVA del Contrato 0-0098-2013, **CORMAGDALENA** estaba obligada a "prestar toda la colaboración al CONTRATISTA en la ejecución del Contrato", sin embargo, no la prestó para que este pudiera adelantar las labores de dragado programadas, e incluso le ordenó que no las realizara.
4. Debe existir un daño: Se demostró en el proceso que el contratista mantuvo la Draga Pedro Alvares Cabral disponible y sin efectuar trabajos, entre el 18 y el 28 de febrero de 2014, lo que le generó costos adicionales a los presupuestados
5. El deudor debe estar en mora, la cual, para este Tribunal, se constituyó desde la notificación del auto admisorio de la demanda, por tanto, los perjuicios ocasionados deben ser resarcidos a partir de ese momento.

Realizada la anterior verificación, se puede concluir que se dan los requisitos para declarar responsable a **CORMAGDALENA** por el incumplimiento del literal c) de la cláusula OCTAVA del Contrato 0-0098-2013. Teniendo en cuenta esto y adicionalmente, que la parte convocante no renunció a reclamar mayores perjuicios por el *stand by* de su draga Pedro Alvares Cabral entre el 18 y el 28 de febrero de 2014, como lo alegó la parte convocada, y que no tendría sentido cargarle unos perjuicios a quien de buena fe estuvo dispuesto a cumplir con sus tareas pero que por razones ajenas a ella no las pudo realizar, el Tribunal Arbitral accederá a las pretensiones 2.1 a 2.4, y 4.1, impondrá la respectiva condena, y declarará infundada la excepción de la convocada denominada "las renunciaciones libres y

<sup>147</sup> Para el profesor Escobar Gil, "en la contratación administrativa existen dos formas básicas de incumplimiento de las obligaciones por parte de la Administración Pública: el incumplimiento de las obligaciones derivadas de las cláusulas del contrato y el incumplimiento de los deberes que le impone la ley. La primera, que es común al derecho privado, consiste en la no ejecución de las prestaciones que constituyen el objeto de la obligación, en las condiciones de tiempo, modo y lugar convenidos por las partes, como por ejemplo, el no pago del anticipo, la falta de entrega de los diseños y planos, el atraso en la entrega de los materiales o de los terrenos, etc. La segunda es propia y específica del Derecho Administrativo y consiste en la transgresión de los deberes que el ordenamiento positivo le señala a la Administración Pública para el ejercicio de su actividad jurídica en el seno del contrato, como se presenta cuando ésta ejerce irregular o ilegítimamente sus potestades públicas o cuando omite el deber de restablecer la equivalencia económica del contrato" (ESCOBAR, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, Legis, Bogotá, D.C., 1999, pp. 509-510).

voluntarias de JAN DE NUL respecto de la situación de los vertimientos efectuados por VAN OORD y las suspensiones del contrato”.

Sobre la cuantía de la condena, el Tribunal se permite poner de presente las siguientes consideraciones:

1. En primer lugar, este Tribunal encuentra necesario referirse a las dos pruebas contables practicadas dentro del proceso, ya que ellas pretendían demostrar los mayores costos o perjuicios ocasionados durante el período de improductividad de la draga Pedro Alvares Cabral. Sin embargo, en ninguno de los dos dictámenes se logra dar la certeza necesaria sobre el valor del daño y su vinculación con la brecha temporal que sufrió el contrato.

2. En efecto, el perito **CARLOS JULIO CORTÉS**, al responder la pregunta No. 2 del cuestionario formulado por **CORMAGDALENA**<sup>148</sup>, manifestó que en la contabilidad de **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA, EN LIQUIDACIÓN**, “sí existe información y soportes de costos adicionales en que incurrió la draga Pedro Alvares Cabral entre los días 18 y 28 de febrero de 2014. Este periodo corresponde al tiempo en la que dicha draga permaneció en stand by”<sup>149</sup>. Agregó que “para el periodo entre el 18 y el 28 de febrero de 2014, la draga Pedro Alvares Cabral incurrió en costos por valor de \$2.414’778.339,62, por varios conceptos directamente relacionados con la disponibilidad sin efectuar trabajos de acuerdo con el contrato suscrito con Cormagdalena”, y a renglón seguido presentó un cuadro explicando que ese valor de \$2.414’778.339,62, correspondía a la suma de \$1.016’867.737,06 por concepto de “Total costos PA 18/02 -28/02”, y \$1.397’910.602,56 por un prorrateo correspondiente a once (11) días de la amortización del derecho de uso de la draga, que equivale al valor que anualmente factura la matriz por el derecho de uso de la draga, distribuido proporcionalmente por el número de días de la parada. Sin embargo, **JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA.** al responder la misma pregunta, advirtió una imposibilidad de establecer con precisión los costos de ese período a partir de la información contable, debido a que los costos de cada uno de los proyectos no estaban separados, habida cuenta que la parte convocante no llevaba contabilidad por centros de costos por proyectos.

3. Las respuestas de los peritos a las preguntas Nos. 7, 9 y 11, ratifican sus posiciones encontradas. En sus respuestas **JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA.** reiteró que no existían suficientes razones para cuantificar los costos indagados, ya que en la contabilidad solo se reconocen hechos económicos realizados y no estimaciones, mientras que el perito **CARLOS JULIO CORTÉS** se sostuvo en que sí existen registros contables que avalan la cuantificación de los costos de la Draga Pedro Alvares Cabral en \$2.414’778.339,62, apoyándose en “eventos pasados, como las notas diarias realizadas por la interventoría del contrato y los ingenieros residentes en las Bitácoras de Obra, por las facturas o documentos equivalentes”.

<sup>148</sup> “Determinará el perito si en la contabilidad de JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA –EN LIQUIDACION– existe información y soportes de costos adicionales durante los días 18 de febrero y 28 de febrero de 2014, en que habría podido incurrir por concepto de la draga Pedro Alvares Cabral”.

<sup>149</sup> Cuaderno de Pruebas No. 6, folio 70.

4. Pasando a la pregunta No. 18, que también es una reiteración, el perito **CARLOS JULIO CORTÉS** hizo un cálculo prorrateado del *stand by* entre el 18 y 28 de febrero de 2014 por derecho de uso y costos directos, para lo cual consideró plausible tomar como soporte de su respuesta 85 facturas aportadas por la parte convocante. Al ser examinadas estas facturas, como lo hizo este Tribunal, se encuentra que no corresponden a costos adicionales originados en el *stand by*, ni se puede afirmar que ese costo alcanza a la suma de \$2.414'778.339,62, como lo expuso el señor perito contable de parte.

5. La pregunta No. 20 se dirigía a corroborar los costos de la draga Pedro Alvares Cabral calculados en \$3.074'337.255 en la tabla 4.2 del dictamen de **LUIS PIETRO-PORTAR** y **PIEDROBA CONSULTING GROUP LLC**, sumando "costo de draga, personal, combustibles, lubricantes, AIU e IVA". El perito de **JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA.** negó la posibilidad de verificar la cifra porque la contabilidad solo reconoce hechos económicos realizados, mientras el perito **CARLOS JULIO CORTÉS** respondió con una cifra distinta, superior a la que en el mismo dictamen había calculado por costos de amortización del derecho de uso de la draga, indicando que no eran de \$1.397'910.602, como lo venía sosteniendo en las respuestas anteriores, sino de \$1.906'241.730,76, lo que genera desconfianza sobre la realidad de estas cifras. Adicionalmente, certificó gastos de personal de \$126'394.792,68 y combustibles por \$146'137.366,81, sin demostrar su conexión con el periodo de *stand by*. Como consecuencia de estos cálculos, acreditó la suma de \$2.849'836.248,45 como costos totales del *stand by*, incluyendo AIU e IVA, como si el Impuesto al Valor Agregado (IVA) se causara en una reclamación cuando no se presta un servicio efectivo y gravado en los términos del artículo 420 del Estatuto Tributario, sino que se busca una indemnización.

También se presentan inconsistencias en la respuesta por otras cifras, mayores a las presentadas en otras respuestas del dictamen. Por amortización del derecho de uso aparecen \$1.906'241.730, por personal \$126'394.792,68, y por combustible \$146'137.366,81, cifras que no coinciden con las expuestas en respuestas previas del mismo dictamen.

6. En la respuesta a la pregunta No. 16 sobre el personal pagado en ese período, el perito **CARLOS JULIO CORTÉS**, relacionó una factura por personal que clasifica como atribuible a la draga Pedro Alvares Cabral durante los días 18 a 28 de febrero de 2014, "por corresponder a la asistencia técnica de la draga por \$556.672.138,15", pero dice que ese valor va desde el 6 de enero de 2014, cuando aquí lo que interesa es un período de *stand by* de once (11) días, en febrero de 2014.

7. Sobre el valor por concepto de combustibles y lubricantes del período analizado, en respuesta a la pregunta No. 15, el perito de **JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA.** informó que "no se encontró ninguna contabilización en dicho período", mientras que el perito **CARLOS JULIO CORTÉS** afirmó que, después de englobar todo el gasto de combustible de las dragas, "solo se encontró la factura N° 102278 con fecha de iniciación de prestación del servicio de 26 de febrero de 2014, que representa el combustible suministrado a la draga Pedro Alvares



Cabral que fue consumido desde esta fecha en adelante”<sup>150</sup>. Para el Tribunal, este concepto de combustibles y lubricantes no puede ser objeto de reconocimiento, debido a que la draga Pedro Alvares Cabral, en el período analizado, no tuvo operación alguna.

De los hechos anteriores, llama la atención del Tribunal las posiciones diametralmente opuestas de los dos dictámenes periciales rendidos, frente a las cuales tomará una posición, con fundamento en las pruebas obrantes en el proceso.

Pese a las inconsistencias probatorias, el Tribunal considera que debe remunerar el costo del capital de la draga Pedro Alvares Cabral, por tratarse de un activo fijo<sup>151</sup> que, por definición, tiene vocación productiva, más cuando se destina a un contrato que no puede ser ejecutado por circunstancias ajenas al titular de los derechos sobre la propiedad, planta y equipos. Pero la tasa de retorno de ese capital improductivo por once (11) días no debe ser el precio pactado entre compañías por el derecho de uso de los equipos sino el valor diario de la draga Pedro Alvares Cabral, según la propuesta de la propia convocante al tiempo de la licitación. Esta conclusión se deriva de que el Tribunal no contó con los estudios de precios de transferencia entre compañías vinculadas, ni pudo determinar el justo precio en el mercado, de ese tipo de derechos de uso.

Para efectos de determinar la indemnización por este rubro, el Tribunal recurrirá al Análisis de Precios Unitarios que obra en el proceso, aportado por **CORMAGDALENA** en su respuesta certificada del 28 de abril de 2016<sup>152</sup>, donde aparece un “Valor diario capital y mantenimiento” por \$15’528.345 diarios, “Otros costos directos” por \$450.091, “Costo del personal” por \$3’467.508, para un costo diario total de \$19’455.944, cifra que multiplicada por once (11) días arroja un valor de \$213’905.384. A este valor se le debe reconocer el AIU correspondiente, así: por Administración la suma de \$42’781.076 (20%), por Imprevistos la suma de \$10’695.269 (5%) y por Utilidad la suma de \$10’695.269 (5%), para un valor total de resarcimiento de \$278’076.998, a precios de febrero de 2014, debido a que el AIU ya remunera el lucro cesante por la improductividad forzada a la que se vio sometida la parte convocante durante el período de *stand by*.

El anterior cálculo se sintetiza en el siguiente cuadro:

<sup>150</sup> Cuaderno de Pruebas No. 6, folio 102.

<sup>151</sup> Decreto 2649 de 1993, artículo 64: “PROPIEDADES, PLANTA Y EQUIPO. Las propiedades, planta y equipo, representan los activos tangibles adquiridos, construidos, o en proceso de construcción, con la intención de emplearlos en forma permanente, para la producción o suministro de otros bienes y servicios, para arrendarlos, o para usarlos en la administración del ente económico, que no están destinados para la venta en el curso normal de los negocios y cuya vida útil excede de un año”.

<sup>152</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 720-723.

CONCEPTO	VALORES
A. Costo diario de la draga y mantenimiento	\$15'528.345
B. Otros costos directos	\$450.091
C. Costo del personal	\$3'467.508
<b>D. COSTO DIARIO TOTAL (A + B + C)</b>	<b>\$19'445.944</b>
E. Días en <i>stand by</i>	11
<b>F. COSTO TOTAL POR STAND BY (D x E)</b>	<b>\$213'905.384</b>
G. Administración (20%)	\$42'781.076
H. Imprevistos (5%)	\$10'695.269
I. Utilidades (5%)	\$10'695.269
<b>F. COSTO TOTAL POR STAND BY CON AIU (F + G + H + I)</b>	<b>\$278'076.998</b>

La suma que se reconocerá a favor de **JAN de NUL SUCURSAL COLOMBIA, EN LIQUIDACIÓN**, por concepto de daño resarcible, debe actualizarse en función de las variaciones al alza del poder adquisitivo del signo monetario nacional, esto es, por la variación del IPC, desde la fecha en que ocurrió el hecho dañoso, es decir, el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de **CORMAGDALENA**, el 28 de febrero de 2014, hasta la fecha del presente Laudo (21 de noviembre de 2016).

En cuanto a los intereses de mora, atendiendo los parámetros del numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, se liquidarán desde la notificación del auto admisorio de la demanda (11 de agosto de 2015) hasta la fecha del Laudo (21 de noviembre de 2016), a una tasa equivalente al doble del interés legal civil (12% anual).

- Cálculo de la indexación entre el 28 de febrero de 2014 y el día anterior a la notificación del auto admisorio de la demanda (10 de agosto de 2015):

FECHA		VALOR (\$)	IPC			CAPITAL AJUSTADO (\$)
STAND BY	FECHA DEL LAUDO		INICIAL	FINAL	FACTOR AJUSTE	
28/02/2014	10/08/2015	278'076.999	117,09	122,90	1,049620	<b>291'875.166</b>

- Cálculo de intereses moratorios del 12% anual, de acuerdo con el numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, entre la fecha de notificación del auto admisorio (11 de agosto de 2015) y la fecha del presente Laudo (21 de noviembre de 2016):

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	VALOR (\$)	IPC		FACTOR DE AJUSTE	VALOR PRESENTE (\$)	INTERESES MORATORIOS DEL 12% ANUAL (\$)
			INICIAL	FINAL			
11/08/2015	31/12/2015	291'875.166	117,33	118,15	1,007	293'915.033	13'818.033
31/12/2015	21/11/2016	293'915.033	118,15	125,37	1,061	311'875.817	33'528.786
<b>TOTAL INTERESES MORATORIOS</b>							<b>47'346.819</b>

- Cálculo de la indexación entre la fecha de notificación del auto admisorio (11 de agosto de 2015) y la fecha del presente Laudo (21 de noviembre de 2016):

FECHA		VALOR (\$)	IPC			CAPITAL AJUSTADO (\$)
STAND BY	FECHA DEL LAUDO		INICIAL	FINAL	FACTOR AJUSTE	
11/08/2015	21/11/2016	291'875.166	122,90	132,70	1,079740	<b>315'149.183</b>

En consideración a lo anterior, se declarará responsable a la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA–** por los costos adicionales en los que incurrió **JAN de NUL SUCURSAL COLOMBIA** al mantener disponible y sin efectuar trabajos (*stand by*) la Draga Pedro Alvares Cabral entre el 18 y el 28 de febrero de 2014, y en consecuencia, de condenará a la primera a pagar a la segunda la suma de **TRESCIENTOS QUINCE MILLONES CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL CIENTO OCHENTA Y TRES PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$315'149.183,00 M/L)** por concepto de capital actualizado, más **CUARENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$47'346.819,00 M/L)** por concepto de intereses moratorios.

#### 4.1.4.2 CONSIDERACIONES SOBRE EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR FALTA DE PLANEACIÓN (PRETENSIONES 2.6 A 2.18 Y 4.3 A 4.7)

##### 4.1.4.2.1 Los deberes precontractuales de conducta durante la formación del contrato estatal y la responsabilidad que genera su incumplimiento

El concepto de culpa *in contrahendo* fue acuñado por Rudolf Von Ihering en un estudio que hizo en el año de 1861 debido al vacío normativo que impedía fundamentar la reparación de determinados daños mediante la aplicación de la responsabilidad contractual o extracontractual, como los que se presentaban cuando el contrato era declarado nulo por culpa de una de las partes en la formación del contrato<sup>153</sup>.

<sup>153</sup> ASÚA, Clara. *La Culpa in Contrahendo*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989, pp. 25, 27 y 192. También el profesor Monsalve señala: "Con miras a apoyar la construcción jurídica del pensamiento de la voluntad, IHERING aborda la institución de la nulidad contractual cometida por el error, el cual afectaba la formación de la voluntad, desde el punto de vista del dañando. Para la época no existía en la legislación germana una acción para impetrar responsabilidad cuando los perjuicios se presentaban con la ocasión y la presencia de un vicio del consentimiento..." (MONSALVE, Vladimir. *Responsabilidad Precontractual*, Editorial Ibáñez, Bogotá, D.C., 2010, p. 32).

Dependiendo de los dogmas o principios que se manejen, la culpa *in contrahendo* se ha extendido a otros casos. Para algunos, la culpa *in contrahendo* se presenta cuando causa un perjuicio a uno de los contratantes que confiaba en la validez de un contrato declarado nulo posteriormente o por la falta de perfeccionamiento del mismo<sup>154</sup>. Para otros, esa culpa también se da cuando esos hechos dañosos precontractuales afectan a uno de los contratistas de un contrato válido<sup>155</sup>. La culpa *in contrahendo* es una institución que ha penetrado en el sistema jurídico tanto de los países de corte romano-germánico, como los adheridos al sistema jurídico anglosajón o del *common law*, aunque en los primeros con mayor intensidad que en los segundos<sup>156</sup>, y por supuesto ajustada al sistema jurídico propio de cada país.

El profesor De Ángel comenta que al parecer los códigos decimonónicos, en lo que tiene que ver con la formación del contrato, se ocuparon solamente de la formulación conceptual del principio de concurrencia de voluntades, y no regularon las negociaciones o tratos hipotéticamente conducentes al perfeccionamiento del contrato, mucho menos las consecuencias del comportamiento de los intervinientes en esa fase de formación del contrato<sup>157</sup>. Con todo, actualmente, en los países que han adoptado la institución de la culpa *in contrahendo*, se acepta doctrinal y jurisprudencialmente, e incluso en algunos por disposición legal<sup>158</sup>, que los daños ocasionados en la etapa de formación del contrato sean reparados por la parte que ha causado el perjuicio debido a su comportamiento activo u omisivo. Sin embargo, en lo que sí hay desacuerdo es en la forma de calificar la naturaleza de la responsabilidad que se origina en la etapa precontractual, situación que no es de poca monta en países en los que por razones normativas diferencian con rigor la responsabilidad contractual de la extracontractual.

<sup>154</sup> DE CUPIS, Adriano. *El Daño*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 165.

<sup>155</sup> Según la profesora Asúa en “el derecho alemán se ha recurrido con frecuencia a la culpa *in contrahendo* en casos en los que se ha celebrado un contrato válido (que, aunque sea anulable, no se anula) y una de las partes ve lesionado sus intereses debiéndose ello a un comportamiento de la otra contrario a la buena fe en el periodo precontractual. Comportamiento que viene a consistir en la infracción de una obligación de información (por proporcionar, dolosa o negligentemente, información incorrecta o no proporcionar información debida). La perspectiva es entonces que la parte dañada se ve vinculada a un contrato que resulta insatisfactorio y su actitud frente al mismo habría sido distinta (no habría contratado o lo habría hecho en otras condiciones) de haber contado con la información pertinente” (ASÚA, Clara. *Responsabilidad en la Formación del Contrato (Responsabilidad Precontractual)*). En “Negociación y Perfección de los Contratos”, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 161-162).

<sup>156</sup> Para el profesor Monsalve en un régimen como el *common law* “en el que impera el criterio del precedente y de la casuística en la formulación de toda norma, no es conveniente afirmar que en dicho ordenamiento existe una aceptación generalizada sobre los postulados aquí presentados y menos en los casos de la ruptura de las negociaciones. No obstante no se puede negar la preponderancia que tuvo y que ha seguido teniendo la culpa *in contrahendo*” (MONSALVE, Vladimir. *Op. cit.*, p. 56).

<sup>157</sup> DE ÁNGEL YÁGUEZ, Ricardo. *Lealtad en el Periodo Precontractual (La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos)*. En “Anuario de Derecho Civil”, Vol. 63, No. 2, BOE, Madrid, 2010), p. 581.

<sup>158</sup> Así se ha regulado la figura en algunos códigos civiles como el italiano, el portugués, el alemán, el griego; en códigos comerciales como el nuestro (art. 863 del C. de Co.), e incluso texto de carácter supranacional como los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y los Principios UNIDROIT.

Así, algunos doctrinantes, aunque con divergencias en sus fundamentos<sup>159</sup>, consideran que los perjuicios generados en la etapa de formación del contrato son de naturaleza extracontractual porque al no existir vínculo contractual no se podría predicar una responsabilidad contractual<sup>160</sup>. Otros, atendiendo a una idea amplia de la responsabilidad contractual, consideran contractual la responsabilidad precontractual habida cuenta que la responsabilidad contractual sería algo más que la responsabilidad por incumplimiento de la prestación principal, al punto de convertirse en la responsabilidad por el daño producido entre quienes están ligados por un vínculo obligatorio<sup>161</sup>, sin importar que sea previo a la celebración del contrato. Por su parte, hay quienes estiman que, desde el punto de vista normativo, los daños generados antes de formarse el contrato no encuadran ni en el ámbito contractual, ni en el extracontractual<sup>162</sup> (*tertium genus*),

<sup>159</sup> De acuerdo con los profesores Stiglitz “si bien la mayoría de los autores justifican la responsabilidad precontractual estrictamente en la idea de la ‘culpa aquiliana’..., han coexistido otros fundamentos, igualmente de naturaleza extracontractual: esencialmente la teoría de la responsabilidad legal, y del abuso del derecho de no contratar” (STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel. *Responsabilidad Precontractual*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 49). Otros, como el profesor Borda, encuentran el fundamento de la responsabilidad precontractual en la buena fe (BORDA, Alejandro. *La Buena Fe en la Etapa Precontractual*, en “Vniversitas”, Vol. 63, No. 129, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2014, pp. 39-80).

<sup>160</sup> Los profesores MAZEAUD, al tratar el tema de la responsabilidad precontractual consideran que “sin contrato no hay responsabilidad contractual... En conclusión el problema de la naturaleza de la responsabilidad durante el periodo de las negociaciones debe resolverse mediante una distinción, que no es otra cosa que la aplicación pura y simple del principio general ya establecido: no hay responsabilidad contractual sin contrato..., y la víctima del perjuicio, para obtener reparación de su precontratante, tendrá que situarse dentro del terreno de la responsabilidad delictuosa y cuasidelictuosa...” (MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, León. *Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual*, Editorial Colmex, México, 1945, pp. 55 y 57-58). Para el profesor Brebbia, el fundamento de la obligación de indemnizar durante las tratativas reside en la culpa. Esta culpa precontractual no tiene naturaleza contractual sino que se rige por las normas de la culpa extracontractual o aquiliana (BREBBIA, Roberto. *Responsabilidad Precontractual*, Molachino, Rosario, 1957, pp. 49-50). Para la profesora ASÚA “en los sistemas con una formula general o abierta de responsabilidad civil aquiliana... los casos de responsabilidad precontractual han de considerarse de responsabilidad extracontractual (ASÚA, Clara. *Responsabilidad en la Formación del Contrato (Responsabilidad Precontractual)*. *Op. cit.*, p. 143). Para el profesor Barros, “los deberes de cuidado que las partes deben emplear en la negociación están impuestos por el derecho, y no por la convención, de modo que la *responsabilidad precontractual es extracontractual*”, (BARROS, Enrique. *Responsabilidad por Ilícitos Precontractuales*, en “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 1004. En nuestro país, uno de los ilustres doctrinantes que sigue esta línea es el profesor Tamayo Jaramillo, quien considera que la responsabilidad por daños derivados de un contrato declarado nulo, siempre será extracontractual (TAMAYO, Javier. *Op. cit.*, pp. 69-78).

<sup>161</sup> “El resultado al final de esta evolución es, como pone de relieve MANCINI, un concepto amplio de responsabilidad contractual en el que se incluye no sólo la responsabilidad por incumplimiento (de la prestación principal), sino también la responsabilidad precontractual y la derivada de la violación de los deberes de protección o seguridad. Ello no es más que la consecuencia de la consideración de la relación obligatoria como una relación compleja que no se agota en la realización de la prestación principal” (JORDANO, Francisco. *La Responsabilidad Contractual*, Civitas, Madrid, 1987, p. 32). Siguen esta línea, entre otros, BERNARD, Rafael. *Responsabilidad ante la Ruptura Injustificada de los Tratos Preliminares*, en “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, Año 91, No. 747, 2015, pp. 23-27. MEDINA, María. *La Ruptura Injustificada de los Tratos Preliminares: Notas Acerca de la Naturaleza de la Responsabilidad Precontractual*, en “Revista de Derecho Privado”, Nos. 5-6, mayo-junio, 2005, pp. 78-106. Los profesores colombianos MONSALVE, Vladimir. *Op. cit.*, p. 352 y SANTOS, Jorge. *Instituciones de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Universidad Javeriana, Bogotá, D.C., 1996, p. 69.

<sup>162</sup> De esta posición son los profesores Valencia Zea y Ortiz Monsalve quienes señalan que “se trata de una responsabilidad especial, que no es necesario derivarla de la responsabilidad contractual o de la extracontractual, sino simplemente del principio que manda que así como los contratos deben ejecutarse de buena fe, así mismo debe

incluso entre los que sostienen esta posición, algunos señalan que ese tipo de daños, así no se puedan circunscribir en la categoría de los que originan una responsabilidad contractual, lo cierto es que en esos daños el presupuesto de la obligación de resarcir se encuentra más definido que el exigido por el principio de la genérica observancia de no dañar a otro (*neminem lædere*)<sup>163</sup>. Cerrando el círculo sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual se encuentran aquellos doctrinantes que se enlistan en la corriente llamada por el profesor De la Maza Gazmuri “tesis no comprometida”, y que podríamos denominar ecléctica. Esta tesis considera que no puede calificarse *a priori* como precontractual la responsabilidad derivada de un hecho anterior al perfeccionamiento del contrato. Todo depende de la situación dañosa a estudiar que se presente en la etapa de formación del contrato y su repercusión, por tanto, debe definirse en cada hipótesis concreta el estatuto de responsabilidad que mejor se ajuste a las circunstancias<sup>164</sup>.

Por su parte la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el estudio sobre la naturaleza de la responsabilidad contractual se inclina por la tesis extracontractual, como se advierte en una sentencia del 5 de julio de 2011, en la que después de hacer una revisión de la jurisprudencia sobre el tema, arriba a esa conclusión:

“Doctrinariamente se ha identificado que sobre esa temática existen dos criterios: el primero alude a que las circunstancias que en la fase ‘precontractual o en los tratos preliminares’ puedan ocasionar daño quedan subsumidos en supuestos propios de la ‘responsabilidad extracontractual’, en razón de no haberse formado el contrato, y el segundo refiere a que cuando aquellos actos comportan un contenido de carácter obligacional, los eventos de incumplimiento que causen perjuicios se adecuan a hipótesis de ‘responsabilidad contractual’.

“...

“En conclusión, para la Sala, la ruptura injustificada de los tratos previos origina el deber legal de reparar todos los daños ocasionados que estén debidamente demostrados en el proceso y cuya carga probatoria corresponde al damnificado con los restantes elementos de la responsabilidad. Esta, a falta de contrato, naturalmente se aprecia de conformidad con las reglas que gobiernan la ‘responsabilidad civil extracontractual’, y en la valoración de los daños el juzgador aplicará los criterios señalados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, pudiendo acudir a las reglas generales de la ‘responsabilidad civil’,

---

procederse en su formación, o sea obrar con la suficiente corrección y diligencia exigida por los usos sociales” (VALENCIA, Arturo, y ORTIZ, Álvaro. *Derecho Civil. De las Obligaciones*, Tomo III, Editorial Temis, S.A., Bogotá, D.C., 1998, p. 110). También el profesor Pérez Vives quien considera que “si un tribunal diere aplicación a la responsabilidad contractual, en un evento precontractual, habría violado el artículo 1604 del C.C., pero también habría infringido los arts. 8° de la Ley 153 de 1887 y 187 del C. de Co., aplicables al caso. Y si se remitiere a los arts. 2341 y siguientes del C.C., serían estos los textos quebrantados, y de paso, el 8° de la Ley 153 de 1887 y el 187 del C. de Co., ya que no es extracontractual, sino precontractual la responsabilidad en tal caso”, (PÉREZ, Álvaro. *Teoría General de las Obligaciones*, Parte Primera, Vol. II, Editorial Temis, S.A., Bogotá, D.C., 1968, p. 10).

<sup>163</sup> MEDINA, María. *Op. cit.*, p. 13.

<sup>164</sup> DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. *Los Límites del Deber Precontractual de Información*, Civitas, Madrid, 2010, p. 228.

como en el caso, a los intereses legales civiles fruto de una suma de dinero o renta”<sup>165</sup> (subrayas fuera de texto).

En cuanto a la jurisprudencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, también se percibe una tendencia a reconocer como extracontractuales los daños ocurridos en la etapa de formación del contrato, según se advierte en sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, proferida el 12 de junio de 2014, en la que después de un detallado análisis sobre la responsabilidad precontractual en el derecho público, estimó que:

“Escenarios como el *sub lite*, constituyen un claro supuesto de responsabilidad precontractual por haberse privado a uno de los proponentes del derecho a ser evaluado, tal y como ocurrió en el caso concreto, puesto que si bien, entre las partes no existe una relación jurídica contractual que permita predicar un incumplimiento, lo cierto es que es posible que las partes resulten compelidas a indemnizar los perjuicios irrogados en la etapa previa a la celebración del contrato, conocida también como el período de tratativas, siempre que se advierta la configuración de una culpa *in contrahendo*, derivada de la trasgresión a los principios de legalidad o buena fe.

“En síntesis, lo que se sanciona en la etapa precontractual es la violación a los postulados legales, concretamente, al principio de planeación contractual que opera con especial rigor en la etapa de selección del contratista, así como el principio de buena fe que constituye un megaprincipio que contiene un haz de garantías y deberes como los de lealtad, información, diligencia, probidad y la prohibición de atentar contra los actos propios (*venire contra factum proprium*).

“...

“En síntesis, lo anterior quiere significar que la responsabilidad derivada del daño antijurídico irrogado durante la etapa precontractual, esto es, antes del perfeccionamiento del contrato se acerca más a los fundamentos filosóficos y jurídicos de la de naturaleza extracontractual, sólo que los títulos jurídicos de imputación no se basan en la falla del servicio, el daño especial o el riesgo excepcional, sino que, por el contrario, en el desconocimiento de los principios de legalidad y de buena fe, con independencia de si el comportamiento de una de las partes fue o no culposo. Así las cosas, se deja de lado la teoría construida por Ihering según la cual el basamento de este tipo de responsabilidad se encontraba en el pacto tácito de los participantes en los tratos preliminares de responder en caso de que se desprendieran daños imputables a una de las partes, bien en relación con la calidad del sujeto, la falta de idoneidad del objeto, y la ausencia de fiabilidad de la voluntad contractual”<sup>166</sup> (subrayas fuera de texto).

Sin embargo, encontramos también en la jurisprudencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo casos de tipo precontractual en los que por falta de planeación se le irrogan perjuicios al contratista, y el juez contencioso les

<sup>165</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil, sentencia del 5 de julio de 2011, expediente No. 19001-31-03-003-2000-00183-01, Magistrada Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.

<sup>166</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 12 de junio de 2014, radicación No. 05001-23-25-000-1994-02027-01 (21.324), Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

da tratamiento como si fuera una responsabilidad contractual. Así puede observarse en una sentencia del 14 de marzo de 2013 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la que se señala:

“Sin duda alguna, las irregularidades que desencadenaron el incumplimiento contractual se comenzaron a gestar desde la etapa precontractual, pues la entidad administrativa soslayó el principio de planeación previsto en el artículo 30 del Decreto-ley 222 de 1983 (normatividad que rigió el proceso de selección del contratista en este caso), por cuanto no preparó de manera lógica, coherente y oportuna el proyecto constructivo y decidió adelantar el proceso de selección, tendiente a escoger el contratista que ejecutaría las obras estructurales del edificio, sin haber solicitado, siquiera, la licencia de construcción y sin tener los planos y diseños estructurales definitivos, según se desprende de la prueba allegada al proceso (ver numeral 6 de estas consideraciones). Una correcta planeación del proyecto implicaba que la entidad administrativa hubiera encomendado al contratista la consecución de la licencia de construcción y la elaboración de los planos y diseños estructurales o, en caso contrario, que hubiera iniciado el proceso de selección sólo cuando contara con éstos”<sup>167</sup> (subrayas fuera de texto).

En la misma dirección encontramos un caso de omisión precontractual tratado en una providencia del Consejo de Estado como responsabilidad contractual, en la cual se señala que “la falta de realización de los estudios, planos y proyectos por parte de la Administración, repercute no sólo en la formación del contrato, sino también en su ejecución, por cuanto ocasiona graves problemas y obstáculos que pueden impedir el desarrollo de las obras o paralizarlas, además de que elevan su valor por las mayores cantidades y especificaciones técnicas a las inicialmente convenidas. Por eso, la inobservancia de esta obligación por parte de la Administración infringe el principio de buena fe y la equivalencia de las prestaciones v. por tanto, la hace incurrir en responsabilidad contractual por esa omisión”<sup>168</sup> (subrayas fuera de texto).

De estas providencias del Consejo de Estado se puede inferir que el máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no se definió en cuanto al asunto de la naturaleza de la responsabilidad precontractual por una sola línea, sino que aplica una posición ecléctica o, en palabras del profesor DE LA MAZA GAZMURI, asume la “tesis no comprometida”, pues dependiendo de la situación le da tratamiento a los daños ocasionados en la formación del contrato de extracontractual o contractual.

Esta posición sería la más admisible teniendo en cuenta que, si bien por la dualidad normativa que ha gobernado los códigos en materia de responsabilidad patrimonial<sup>169</sup> la tendencia ha sido darle forma de extracontractual a la responsabilidad precontractual, como lo reconocen incluso los doctrinantes que comulgan por la unificación de la

<sup>167</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 14 de marzo de 2013, radicación No. 76001-23-31-000-1996-03577-01 (20.524), Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

<sup>168</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, radicación No. 50422-23-31-000-1369-01 (17.031), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>169</sup> Un ejemplo claro lo encontramos en nuestro Código Civil, en el que se advierte la existencia de una concepción dualista de la responsabilidad civil (C-1008 de 2010).



responsabilidad<sup>170</sup>, no se puede dejar de lado que algunos eventos ameritan calificar como contractual la responsabilidad precontractual. En este sentido, la evaluación del daño producido como responsabilidad contractual o extracontractual, no depende del momento en que se origine el hecho dañoso sino del efecto que puede producir<sup>171</sup>.

Así habrá casos que dan lugar a responsabilidad extracontractual en los que por hechos dañosos originados en la etapa de formación del contrato este no llega a su celebración, como serían, entre otros, los acontecimientos relacionados con la negativa del adjudicatario a celebrar el contrato, el retiro de la oferta después de vencido el plazo para presentar propuestas o la revocatoria del acto de apertura de selección de contratistas sin consentimiento de los ofertantes, etc. También cuando perfeccionado el contrato se anula por vicios que conocidos de antemano por una de las partes no se los hace saber a la otra.

Hay otros eventos que generarían una responsabilidad contractual en la medida en que, a pesar de ser el contrato desfavorable para una de las partes por haber cometido la otra comportamientos que violentan los deberes de conducta que se deben observar en los tratos preliminares, el mismo se conserva porque su nulidad no es absoluta o siendo relativa, la parte afectada lo quiere mantener sin que ello le impida reclamar los daños patrimoniales sufridos con fundamento en la responsabilidad contractual, como sucede con la falta de planeación o de información debida<sup>172</sup> que afecta la ejecución del contrato, y que, de no existir, permitiría a la parte

<sup>170</sup> Para la profesora española Carmen Núñez Muñiz, si se tiene “en cuenta la regulación actual de nuestro Código Civil, entendemos que la responsabilidad precontractual tiene más encaje en la responsabilidad extracontractual, si bien creemos que es más adecuado la unificación de ambos regímenes de responsabilidad y cuando se cause un daño a alguna persona, deba ser indemnizada con independencia del origen de la responsabilidad, esto es, contractual, extracontractual o que se haya producido en el ámbito de preparación de un posible futuro contrato (NÚÑEZ, Carmen. *La Naturaleza de la Responsabilidad Civil Precontractual y la Obligación de Indemnizar: Deberes y Obligaciones Derivadas de la Buena fe, Información y Lealtad*, en “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, Año No. 91, No. 749, 2015, p. 1638).

<sup>171</sup> DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. *Op. cit.*, pp. 228 y 274. El profesor De Cupis, en un análisis de las normas del código civil de su país referidas al daño *in contrahendo*, considera que es una cuestión de hecho determinar en cada caso concreto si esta clase de daño entra en la órbita del daño contractual o en la extracontractual (DE CUPIS, Adriano. *Op. cit.*, 167-171).

<sup>172</sup> El profesor DIEZ-PICAZO, comentando como ha sido el tratamiento que se le ha dado a la responsabilidad contractual, considera que el incumplimiento de los deberes accesorios de conducta generan una responsabilidad contractual. Así señala que “la consecuencia de todo ello es que cualquier intento de fundar la distinción de los dos tipos de responsabilidad, sobre la naturaleza de las obligaciones incumplidas, colocando a un lado las obligaciones dimanantes de lo estrictamente pactado, que sería una responsabilidad contractual, y al otro, la extracontractual formada por la infracción de los deberes de conducta que, sin pacto expreso de las partes y como deberes accesorios, se integran en el contrato como consecuencia de la buena fe o de los usos, es un intento baldío. Por eso, hay que entender que cualquier incumplimiento de estos deberes accesorios integrados en la relación contractual genera también una responsabilidad contractual. Entre estos deberes accesorios de conducta, integrados en la relación contractual se encuentran, muy especialmente, los llamados deberes de información y los deberes de protección. Los deberes de información afectan al contratante que posee la información necesaria o a aquel a quien es más accesible, tanto para definitiva utilidad de la prestación (instrucciones de manejo de una máquina compleja, etc.), como para la puesta en conocimiento de la otra parte contratante de los riesgos o de los peligros que, en la ejecución de la prestación o en el ulterior disfrute de la misma puede incurrir (p. ej., forma de utilización de una medicina, contraindicaciones, etc.)” (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Thomson Reuters, España, 2011, pp. 228 y 229, subrayas fuera de texto).

perjudicada cumplirlo sin ver lesionado su patrimonio. Estos son deberes accesorios de conducta que deben ser integrados al contrato en la medida en que la parte afectada esté interesada en mantenerlo.

Ahora bien, indistintamente de la posición que se adopte sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual, existe un acuerdo generalizado en que la buena fe es una norma de conducta que debe tenerse en cuenta en la fase de formación del contrato<sup>173</sup>, con el fin de que las partes de una negociación no vean afectados sus intereses por el comportamiento desleal de la otra que defrauda su confianza.

En esta dirección se orienta la jurisprudencia de nuestro alto tribunal de lo contencioso administrativo, quien además del principio de legalidad utiliza el principio de buena fe como ingrediente normativo de imputación para endilgar responsabilidad al Estado cuando este, en la etapa de formación del contrato, lo vulnera causando daños ya sea al ofertante o al contratista, pues dependiendo de los efectos que haya desplegado su comportamiento dañoso, puede afectar a uno o a otro. En efecto, si el hecho dañoso previo al contrato se evidencia en la fase de formación del contrato, el afectado sería un ofertante o el adjudicatario, pero si se manifiesta en la fase de ejecución del contrato, el afectado sería el contratista.

Para el Consejo de Estado, “lo que se sanciona en la etapa precontractual es la violación a los postulados legales, concretamente, al principio de planeación contractual que opera con especial rigor en la etapa de selección del contratista, así como el principio de buena fe que constituye un megaprincipio que contiene un haz de garantías y deberes como los de lealtad, información, diligencia, probidad y la prohibición de atentar contra los actos propios (*venire contra factum proprium*)”<sup>174</sup>.

De lo anterior se deduce que para imputar el daño sufrido por el ofertante o contratista a la entidad contratante por causa de una conducta activa u omisiva en la etapa de formación del contrato, esta debe haber violado el ordenamiento jurídico o el principio de buena fe, faltas que de conformidad con el artículo 90 de la Constitución darían derecho al afectado a exigir reparación. Por supuesto que los principios de legalidad y buena fe no solo deben observarlos la entidad pública sino también los oferentes, quienes deben actuar con lealtad y probidad en la etapa de formación del negocio y respetar el ordenamiento jurídico so pena de asumir las consecuencias de su mal proceder, en especial cuando resultan adjudicatarios del contrato.

<sup>173</sup> De acuerdo con la profesora ASÚA, “en el asentamiento y generalización de la idea de que puede existir responsabilidad por comportamientos en la fase de formación del contrato ha tenido considerable importancia el recurso a la idea de la buena fe en sentido objetivo, entendiéndolo por tal consideración, corrección o lealtad. De hecho, es ya un lugar común señalar que hay deberes de comportamiento en la etapa precontractual porque ello es exigencia de la buena fe” (*Responsabilidad en la Formación del Contrato. Responsabilidad Precontractual. Op. cit.*, p. 140). Para el profesor Santos Ballesteros al analizar la buena fe de los tratos preliminares considera que “es indudable que la expresión ‘buena fe exenta de culpa’ que emplea el artículo 863 del código de comercio, debe entenderse como objeto de obligación, como deber de comportamiento... actuar de manera diversa a la buena fe exigida en la etapa preliminar, es actuar abusivamente, es desconocer la finalidad de los tratos, es incurrir en la infracción de un deber secundario de conducta...” (SANTOS, Jorge. *Op. cit.*, pp. 65 y 69).

<sup>174</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 12 de junio de 2014, radicación No. 05001-23-25-000-1994-02027-01 (21324), Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Es por ello que por fuerza del principio de legalidad<sup>175</sup> las partes que intervienen en la etapa previa al contrato deben ajustarse a las reglas trazadas por el ordenamiento jurídico para llevar a cabo la actuación administrativa que culminará con la selección del contratista, la cual, para lograr la transparencia y objetividad en la escogencia del colaborador, se encuentra estructurada por etapas que se deben cumplir no solo desde el punto de vista formal sino material, habida cuenta que si se mira dicho proceso en clave de un Estado Social de Derecho, permitirá que la entidad pública pueda celebrar un contrato que no solo va a servir para el cumplimiento de su misión sino también a garantizar los derechos e intereses del contratista, quien con su actividad, como lo señala el estatuto contractual, cumple una función social que como tal, lo compromete a contribuir en el logro de los fines pretendidos por la entidad contratante (artículo 3º de la Ley 80 de 1993).

En el proceso de contratación existe una Etapa de Planeación<sup>176</sup> que se inicia con la necesidad de la entidad estatal, o con la identificación del bien, obra o servicio que puede satisfacerla, las cuales por lo general se encuentran previstas en el Plan Anual de Adquisiciones, salvo que deban incluirse mediante actualización del mismo. Ello de entrada demuestra que las compras públicas del Estado no pueden ser improvisadas y que su adquisición por las entidades públicas obedece a la falta sentida de ese objeto contractual para poder cumplir debidamente su tarea.

Como los recursos públicos son escasos y además deben ser bien invertidos, se les exige a los encargados del proceso contractual ser muy celosos al adelantarlo para evitar que la comunidad se vea afectada, e incluso que el patrimonio del Estado o del mismo funcionario se vea comprometido al estar sometido a las reglas sobre administración de bienes ajenos. De allí que, si se va a adquirir un bien o servicio, previamente se deben elaborar unos estudios y documentos que van a servir de soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato.

Cabe anotar, que si bien es cierto de manera general, en los procesos contractuales del Estado los estudios y documentos previos se elaboran y estructuran por la misma entidad estatal, directamente o con la ayuda de terceros cuando no tiene la experiencia o el conocimiento sobre la materia, no es menos cierto que los interesados y posteriormente ofertantes no son ajenos ni convidados de piedra a la hora de definir el pliego de condiciones que servirá para establecer las reglas de selección o las condiciones del contrato, habida cuenta que pueden participar en su mejoramiento y consolidación en los espacios que la ley ha reservado para ello.

<sup>175</sup> De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado “en virtud del principio de legalidad, de un lado, las partes –administración y contratista– deben encauzar la formación de la voluntad negocial dentro de las reglas de la gestión contractual pública prescritas por la ley, teniendo el deber de respetar la ley en su sentido formal y material, como las demás fuentes del ordenamiento jurídico, especialmente las del derecho administrativo y en particular los reglamentos y los pliegos de condiciones; y de otro lado, que quienes tengan interés en formalizar compromisos con la administración deben sujetarse a esos reglamentos y condiciones especiales de contratación” (CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, radicación No. 11001-03-26-000-2003-00014-01 (24715), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio).

<sup>176</sup> La Etapa de Planeación “está comprendida entre la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones y la fecha en la cual se decide continuar o no con el Proceso de Contratación” (*Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación*, Colombia Compra Eficiente, p. 8).

Es por esto que, dependiendo del proceso de selección, la ley trae unos términos para que el interesado pueda hacer observaciones al prepliego<sup>177</sup>, las que de ser viables deben ser tenidas en cuenta por la entidad en la confección del pliego de condiciones definitivo<sup>178</sup>, e incluso si el interesado no participó porque no quiso o no tuvo tiempo, le da otra oportunidad para hacerlo en aquellos procesos en los que obligatoriamente se debe programar una audiencia de riesgos, como sucede en la etapa de selección de la licitación, audiencia en la que, de ser necesario, se puede precisar el contenido y alcance del pliego de condiciones<sup>179</sup>.

Esta participación de los interesados y ofertantes en la actuación administrativa que permite expedir el acto administrativo coligado de carácter general mediante el cual se definen las reglas para escoger al contratista, y que a su vez contienen las cláusulas que gobernarán el contrato, obviamente debe adelantarse siguiendo unas pautas claras. De allí que el inciso 1° del artículo 8° de la Ley 1150 de 2007, relacionado con la publicación de proyectos de pliego de condiciones y estudios previos, advierta que la información publicada debe ser veraz, responsable, ecuaníme, suficiente y oportuna por las consecuencias que puede tener para los participantes en el proceso (entidad pública, interesados y ofertantes).

Gozar de una buena información que soporte el proyecto de pliego de condiciones no sólo contribuye a consolidar un pliego de condiciones óptimo que permita adelantar la segunda fase del proceso contractual seleccionando al mejor postor<sup>180</sup>, sino también a que los ofertantes puedan presentar de manera adecuada sus propuestas y en franca competencia, lo cual a su vez servirá para la transparencia del proceso, para que no termine declarado desierto por falta de postores o con la selección del menos idóneo, y para que el contrato se ejecute sin tropiezos, salvo que se presenten situaciones no previstas que afecten la economía del contrato.

Por ello es importante que las entidades del Estado que adelantan procesos de selección, cumplan de manera diligente con el deber de planeación<sup>181</sup> del

<sup>177</sup> El artículo 2.2.1.1.2.1.4. del Decreto 1082 de 2015 señala que “los interesados pueden hacer comentarios al proyecto de pliegos de condiciones a partir de la fecha de publicación de los mismos: (a) durante un término de diez (10) días hábiles en la licitación pública; y (b) durante un término de cinco (5) días hábiles en la selección abreviada y el concurso de méritos”.

<sup>178</sup> Según el último inciso del artículo 8° de la Ley 1150 de 2011, “las Entidades deberán publicar las razones por las cuales se acogen o rechazan las observaciones a los proyectos de pliegos”.

<sup>179</sup> De acuerdo con artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015, “en la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de Riesgos, y b) adjudicación. Si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, este tema se tratará en la audiencia de asignación de Riesgos”.

<sup>180</sup> La Etapa de Selección “está comprendida entre el acto de Apertura del Proceso de Contratación y la Adjudicación o la declaración de desierto del Proceso de Contratación” (*Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación*, Colombia Compra Eficiente, p. 8).

<sup>181</sup> “La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales” (CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1° de febrero de 2012, expediente No. 22.464, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio).

contrato, analizando el sector económico y a los posibles oferentes con el fin de conocer el entorno relativo a la compra que se pretende realizar, desde una perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de análisis de riesgo (artículo 2.2.1.1.6.1. del Decreto 1082 de 2015). Lo anterior servirá como soporte del proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato. Esta información conseguida y vertida inicialmente en el proyecto de pliego de condiciones debe ser confiable, sin sesgo de ninguna naturaleza, adecuada y apropiada para conseguir el objeto contractual y, en fin, útil a quienes decidan participar en franca lid en el proceso contractual correspondiente. Como bien lo señala la Guía para la Elaboración de los Estudios del Sector de Colombia Compra Eficiente, el análisis del sector hace parte del proceso de planeación contractual y materializa los principios de planeación, responsabilidad y transparencia.

Los ofertantes, por su parte, también deben actuar con diligencia, transparencia, solidaridad, sin oportunismos, es decir, deben presentarse al proceso sin estar incurso en alguna prohibición, con información veraz, solicitando las aclaraciones pertinentes al prepliego y participando en la audiencia de riesgos, cuando hay lugar a esta, con miras a que se pueda adelantar un proceso contractual eficaz y eficiente.

Por consiguiente, las partes en la etapa de formación del contrato deben actuar de buena fe, como lo demandan los deberes de conducta en el tráfico jurídico. Si alguna de las partes se aleja de dicho principio puede correr el riesgo de ser responsabilizada por los daños que cause y, además, en caso de sufrir un perjuicio, que deba asumirlo.

Justamente el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, al referirse al principio de responsabilidad, señala en su numeral 3° que las entidades y los servidores públicos deben responder cuando abren licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones requeridos, o cuando elaboran los pliegos de condiciones en forma incompleta, ambigua o confusa, que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

Igualmente, ese mismo artículo establece en sus numerales 6° y 7° que los contratistas no solo responden cuando formulan propuestas en las que se fijan condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato, sino también cuando han ocultado inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o suministran información falsa.

Ahora bien, la buena fe que debe observarse en todas las etapas del proceso contractual, de acuerdo con la jurisprudencia de nuestro alto tribunal de lo contencioso administrativo, es una buena fe objetiva<sup>182</sup> cuyo fundamento no

<sup>182</sup> El Consejo de Estado al tratar el tema sobre la buena fe en la responsabilidad precontractual del Estado después de revisar los artículos 863 y 871 del C de Co y 1603 del C.C., considera que "la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, *'consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia'*, es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y *'por lo tanto, en sede contractual*

es estrictamente positivista sino que descansa también en los principios y valores emanados del ordenamiento jurídico superior que persiguen, entre otros fines, defender el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y la iniciativa privada mediante la aplicación de los preceptos relativos a la planeación, transparencia y selección objetiva en la contratación pública<sup>183</sup>.

En suma, las partes en el periodo precontractual están obligadas no solo a respetar el ordenamiento jurídico sino a actuar con lealtad y probidad como lo demanda la confianza que se deben prodigar quienes participan en la etapa preliminar de una negociación, pues como bien lo anota Betti<sup>184</sup>, así no exista un contrato que las obligue, se deben recíproco respeto a sus intereses. La falta a los principios de legalidad o de buena fe antes del perfeccionamiento del contrato puede hacer que las partes vean comprometida su responsabilidad si su comportamiento causa un daño, ya sea porque esa falta derivó en una nulidad del contrato que defraudó a la otra parte, quien confiaba en que el contrato era válido, o porque esa falta impidió que la negociación culminara sin justificación razonable, o porque aun celebrándose el contrato válidamente, de todas formas causó perjuicios a la contraparte.

#### 4.1.4.2.2 Análisis del incumplimiento contractual imputado a CORMAGDALENA por falta de planeación durante el proceso de Licitación Pública No. LP-004-2013 (pretensiones 2.6 a 2.18 y 4.3 a 4.7)

Según la parte convocante, **CORMAGDALENA** incumplió el contrato por falta de planeación porque en el “Capítulo 11 del Anexo de Especificaciones Técnicas del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública LP-004-13, la dureza máxima prevista por **CORMAGDALENA** del material a dragar en el Sector III fue de 2.9. Mpa”, descubriéndose posteriormente durante la ejecución del contrato que la dureza del material a dragar era mayor, lo que le causó mayores costos consistentes en una menor productividad de las dragas Hondius y Pedro Alvares Cabral, más el tiempo de utilización de las dragas, los daños y reparaciones a las mismas, el consumo de combustible por las dragas y la suspensión de actividades mientras se reparaban daños a una de ellas (draga Hondius).

Para decidir este específico asunto, el Tribunal Arbitral considera relevantes los siguientes hechos:

1. Antes de hacer la convocatoria, **CORMAGDALENA**, con el fin de cumplir sus deberes legales, entre ellos el de planeación, contrató los estudios técnicos del proyecto con la **UNIVERSIDAD DEL NORTE**<sup>185</sup>,

---

*no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho' o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido” (CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2015, radicación No. 25000-23-26-000-2010-00184-01 (46903), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa).*

<sup>183</sup> Véase CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre de 2012, radicación No. 73001-23-31-000-2000-03075-01 (24897), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>184</sup> BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 88).

<sup>185</sup> Véase Informe Final E-004-119-12 (Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 725).

universidad reconocida en el medio que ofrecía garantías de seriedad, conocimiento y experiencia para realizarlos.

2. Posteriormente, el 25 de octubre de 2013, **CORMAGDALENA** publicó en el SECOP el aviso de convocatoria, los estudios y documentos previos, y el proyecto del pliego de condiciones de la Licitación Pública No. LP-004-13 para que los interesados pudieran presentar observaciones o solicitar aclaraciones. Además, se indicó el lugar físico y electrónico donde estos documentos podrían ser consultados, y se publicó un aviso de la licitación en la página web de **CORMAGDALENA** y en el SECOP, para cumplir el requisito establecido en el artículo 224 del Decreto-ley 19 de 2012. En el plazo para hacer observaciones o aclaraciones no se presentó ninguna<sup>186</sup>.

3. El 18 de noviembre de 2013 se publicó el acto administrativo de apertura del proceso, el Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. LP-004-13 y los estudios y documentos previos. Entre esta fecha y hasta el 29 de noviembre de 2013 se recibieron observaciones al pliego y se realizó la Audiencia Pública de Aclaraciones al Pliego de Condiciones Definitivo y Asignación de Riesgos, sin que obre en el expediente alguna observación de la convocante en relación con los estudios y demás documentos que soportaron el pliego de condiciones, entre ellos el Informe Final E-004-119-12 sobre "Especificaciones Técnicas para que los Proponentes seleccionen la Draga", elaborado por la **UNIVERSIDAD DEL NORTE**.

4. En el numeral 3.12 del Pliego de Condiciones se establecieron unas cargas<sup>187</sup> a los ofertantes, como las siguientes:

"La Propuesta deberá tener en cuenta que el cálculo de los costos y gastos, cualesquiera que ellos sean, se deben basar en los estudios técnicos, evaluaciones y estudios efectuados por el Proponente. En consecuencia, la evaluación incluye la revisión de todos los asuntos e informaciones relacionadas con la propuesta, las implicaciones legales, tributarias, fiscales y financieras, índices, parámetros, reglamentaciones, y en general todos los aspectos que puedan incidir en la determinación de las condiciones económicas con las cuales soporta su Propuesta. La evaluación incorrecta o la ausencia de consideración de toda la información que pueda influir en la determinación de los costos, no eximirá al proponente de su responsabilidad por la ejecución de los trabajos objeto del contrato cuando resulte adjudicatario, ni le dará derecho a reembolso de costos, ni reclamaciones o reconocimientos de ninguna naturaleza"<sup>188</sup> (subrayas fuera de texto).

5. El Pliego de Condiciones dejó en claro que el contratista debía profundizar sobre las condiciones del mismo y los estudios que lo soportaban, entre ellos, el de la geología del tramo del dragado, y para ello tuvo la oportunidad de solicitar las aclaraciones durante la etapa

<sup>186</sup> Véase Resolución 000411 del 15 de noviembre de 2013 (Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 1 al 5).

<sup>187</sup> El concepto de carga ha sido definido por la doctrina "como la conducta necesaria que debe ejecutarse para poder ejercer eficientemente una facultad" (SAAVEDRA, Francisco. *Teoría del Consentimiento*, Conosur, Santiago de Chile 1994, p. 87).

<sup>188</sup> Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 31.

precontractual. Por si fuera poco, el Pliego indicaba que el contratista debía hacer sus propios estudios:

“Será responsabilidad de los proponentes previamente visitar e inspeccionar los sitios en los cuales se desarrollará el proyecto, para la presentación de la propuesta. Los proponentes deben realizar todas las evaluaciones y estimaciones que sean necesarias para presentar su propuesta sobre la base de un examen cuidadoso de sus características, incluyendo los estudios, diseños, evaluaciones y verificaciones que consideren necesarios para formular la propuesta con base en su propia información de todas las condiciones topográficas, hidrotopográficas, climatológicas, de acceso, de suministro, transporte, de operación del puerto y sobre todas las demás condiciones que puedan influir o afectar el desarrollo de los trabajos objeto de este proceso de selección, con el fin de que la estimación de costos se acerque a la realidad regional y municipal de los sitios donde se desarrollaran los trabajos”<sup>189</sup>.

6. El Pliego también señaló que el contratista debía poner a disposición de la obra el “equipo necesario y suficiente, adecuado en capacidad, características y tecnología, para cumplir con los programas, plazos y especificaciones técnicas de la obra; por lo tanto, los costos inherentes al equipo serán considerados en análisis de los precios unitarios de la propuesta” (subrayas fuera de texto)<sup>190</sup>.

7. El 3 de diciembre de 2013 **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA** presentó su propuesta, manifestando en el formulario No. 1 de la misma (carta de presentación) lo siguiente: “... (c) hemos visitado los sitios donde se ejecutarán las labores objeto del presente y hemos tomado atenta nota sobre sus características”<sup>191</sup> (subrayas fuera de texto).

8. Los Pliegos de Condiciones y la propuesta hacen parte integral del contrato celebrado entre las partes, como lo indica su cláusula TRIGÉSIMA OCTAVA.

9. En una pregunta formulada por el panel arbitral al perito técnico **LUIS PRIETO-PORTAR**, referida a la razón por la cual los ofertantes no hicieron cálculos previos al contrato, el experto respondió:

“... los contratistas no lo hacen porque no saben si el contrato va a ser de ellos, el costo en sí de la licitación es alto... la empresa contratante tiene años para preparar esta documentación, es obvio que UNINORTE duró varios años juntando una documentación voluminosa y extensa, no había ninguna duda por parte del contratista ni yo cuando vi la información de que era una información excelente y completa, de modo que no existía una duda en la mente del contratista de que esa información era completa y perfecta”<sup>192</sup> (subrayas fuera de texto).

<sup>189</sup> *Ibidem*.

<sup>190</sup> Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 68.

<sup>191</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 642, formulario No. 1 contenido en la Propuesta de Jan de Nul para la Licitación Pública LP-004-13.

<sup>192</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 82.



Y más adelante, refiriéndose a las entidades que realizaron los estudios, el experto manifestó:

“Quiero ante todo decir no hay organización más respetada que Cormagdalena y la Universidad del Valle (sic), son instituciones impecables, aquí nos (sic) está cuestionando ni la ingeniería ni la gerencia, estamos diciendo que la única manera de interpretar esta diferencia es que ha surgido lo que se llama una condición adversa del terreno, algo totalmente impredecible, una sorpresa”<sup>193</sup>.

Y al explicar que es una condición adversa, señaló:

“La condición adversa es la definición técnica que se utiliza en toda la industria de la construcción, hay una cantidad de argumentación prácticamente limitada sobre condición adversa, condición adversa es que a pesar del mejor esfuerzo de los diseñadores utilizando las técnicas más novedosas, personal calificado y procedimientos normativos que lo que encuentra el contratista en el terreno en realidad difiere del contrato, esto no es una reflexión de responsabilidad del diseñador ni el contratante, es sencillamente la limitación del fondo de toda empresa tiene para llevar a cabo el diseño y lo hace lo mejor posible, pero siempre ocurren cosas inesperadas y esa cosa inesperada, ésta sorpresa se llama técnicamente una condición adversa del terreno”<sup>194</sup>.

También aseguró, que “toda esta zona geológicamente estuvo depositada, todos estos son depósitos marinos, esa zona estaba debajo del mar, las aguas cuando se volvían frías el carbonato en suspensión caían al fondo, se cementaba y eso produce la caliza, de vez en cuando venían arcillas del sur y segregaban estos... que ven aquí; es típico de toda la plataforma calcárea que va desde Orlando la Florida hasta aquí, hasta la Costa Colombiana, toda esta zona tiene una geología muy similar”<sup>195</sup> (subrayas fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, este Tribunal Arbitral pasará a determinar si en realidad **CORMAGDALENA** incumplió su deber de planeación al incluir en el Pliego de Condiciones de la Licitación LP-004-13, una información errónea sobre la dureza del terreno a dragar en el Sector III, como lo alega la parte convocante.

En el presente caso está demostrado que la entidad convocada, **CORMAGDALENA**, dada la complejidad del negocio, acudió a un experto en la materia, la **UNIVERSIDAD DEL NORTE –UNINORTE–**, para que elaborara unos estudios técnicos, los cuales sirvieron como soporte para el Prepliego y el Pliego de Condiciones en la Licitación Pública No. LP-004-13.

Esos estudios técnicos de **UNINORTE** debieron ser tenidos en cuenta por quienes participaron en la licitación y, además, estos tuvieron la oportunidad de hacer observaciones a los mismos. Ninguno de los participantes en la licitación hizo cuestionamientos relevantes a dichos estudios, mucho menos la hoy convocante, quien sin reparo alguno, los utilizó para presentar su propuesta.

<sup>193</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 75 (reverso)-76.

<sup>194</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 76.

<sup>195</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 77.

A este Tribunal le llama la atención la contradicción que existe entre el reproche que le hace la parte convocante a **CORMAGDALENA** y lo que declaró el experto, **LUIS PRIETO-PORTAR**, responsable del dictamen pericial que la misma parte convocante anexó a su reforma de la demanda, pues dicho experto, al rendir testimonio ante el Tribunal, expresó que las diferencias que se presentaron en relación con la dureza del terreno obedecieron a una situación adversa del mismo, y no como lo alegó la parte convocante en su demanda, a una falta de diligencia en la elaboración de los estudios y diseños de la licitación.

Ahora bien, en cuanto a la información que **CORMAGDALENA** entregó a los ofertantes, el Tribunal Arbitral no encontró en el expediente prueba alguna que demostrara la negligencia de **CORMAGDALENA** en la elaboración de los estudios técnicos que sirvieron de sustento para la licitación y, antes por el contrario, lo que encontró probado fue su diligencia en relación con la elaboración de esos estudios. **CORMAGDALENA** sabía que no tenía la capacidad para elaborar ella misma los estudios sobre la dureza del terreno que se iba dragar; y por ello contrató a un experto en la materia como **UNINORTE**, para que los realizara.

Es más, suponiendo que se presentó una falta de diligencia de **CORMAGDALENA** en la elaboración de los estudios y diseños, la parte convocante, como oferente y experta en asuntos de dragados, debió hacer esa observación y justificarla en las oportunidades otorgadas por la ley, sin embargo, guardó silencio, lo que demuestra, o bien que para la convocante los estudios y documentos previos de la licitación fueron elaborados correctamente, o que no observó la carga de sagacidad exigible a los participantes de una negociación, y si fue esto último, debe asumir las consecuencias perjudiciales de su proceder, como bien lo señala la doctrina<sup>196</sup>.

Así las cosas, no sería razonable imputarle responsabilidad a **CORMAGDALENA** por la falta de planeación alegada por la contraparte, habida cuenta que si un experto en dragados como la parte convocante no advirtió defectos en los estudios realizados por **UNINORTE**, ni tampoco los demás participantes en el proceso licitatorio, mal podía exigirse que **CORMAGDALENA** los detectara, en caso de que existieran, mucho menos cuando ella misma, respetuosa del principio de buena administración<sup>197</sup>, reconoció su incapacidad para realizar esos estudios y procedió a contratar su elaboración con un tercero idóneo, de tal manera que no se viera frustrado un contrato que le serviría para cumplir sus objetivos y prestar un buen servicio a la comunidad.

En conclusión, al no estar demostrada la falta de buena fe alegada por la convocante, no existe un título de imputación que permita endilgar a **CORMAGDALENA** un incumplimiento contractual por falta de planeación, razón por la cual el Tribunal denegará las pretensiones declarativas 2.6 a 2.18 y las de condena 4.3 a 4.7.

<sup>196</sup> El profesor Saavedra, comentando sobre la carga de sagacidad señala que "las personas son libres para actuar en su beneficio, según sus propio criterio, pero las consecuencias perjudiciales por el uso descuidado de sus negocios son de su propia responsabilidad y quedan a su cargo" (SAAVEDRA, Francisco. *Teoría del Consentimiento*, Conosur, Santiago de Chile, 1994, p. 88).

<sup>197</sup> Este principio se encuentra consagrado en el inciso 3º del artículo 40 de la ley 80 de 1993.

## 4.2 CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS SUBSIDIARIAS 2.5.1 A 2.5.3, 2.19 Y 2.20, LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS ESPECÍFICAS 2.21 Y 2.22, Y LAS PRETENSIONES DE CONDENA 4.8 A 4.9, RELATIVAS A RESTABLECIMIENTOS DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

### 4.2.1 Generalidades sobre el desequilibrio económico en los contratos estatales

Cuando las partes cierran la negociación de un contrato y lo celebran, aspiran a que este se cumpla como fue acordado, sin embargo, en ocasiones se presentan situaciones no previstas que pueden afectar de manera grave la economía del contrato y que obligan a las partes, por razones de buena fe y equidad, a revisar las condiciones impuestas por el contrato con el fin de restablecer su normalidad.

Las medidas para hacer frente a situaciones imprevistas como serían, entre otras, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, siempre han sido objeto de debate. Hace varios siglos, la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, que permitía adaptar los contratos a los hechos sobrevinientes<sup>198</sup>, era cuestionada por los abusos que generaba<sup>199</sup>, al punto que, cuando surgió el movimiento de la codificación, se dio su desaparición como consecuencia de la instauración de la regla de intangibilidad del contrato<sup>200</sup>. Tiempo después, pasadas las dos guerras mundiales del siglo pasado, resurgió en Europa la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>201</sup>. A raíz de la crisis económica de la posguerra, muchos deudores acudieron a los tribunales solicitando la revisión de sus contratos por situaciones imprevistas y sobrevenidas que afectaban el equilibrio económico del contrato, especialmente en los contratos de larga duración. Algunos países europeos como Grecia,

<sup>198</sup> "Si bien el origen de la cláusula *rebus sic stantibus* se debe los Canonistas, lo cierto es que su definición, desarrollo y aplicación a la práctica se debe a la obra de los Postglosadores o Comentaristas... Formulada inicialmente por BARTOLO, fue BALDO quien posteriormente desarrolla la expresión latina: *contractus qui habent tractum successivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*. Es decir, los contratos de tracto sucesivo o de cumplimiento diferido se entienden vigentes mientras permanezcan las circunstancias existentes al tiempo de contratar" (GARCÍA, Manuel. *La Alteración Sobrevenida de las Circunstancias Contractuales*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 38).

<sup>199</sup> "A comienzos del siglo XVI la aplicación de la cláusula *rebus* se había hecho tan frecuente que algunos autores de la época denunciaron su abuso" (GARCÍA, Manuel. *Op. cit.*, p. 39).

<sup>200</sup> "Cualesquiera que sean las expresiones que los códigos utilicen para consagrar el principio de la intangibilidad, todos los textos legislativos concuerdan en que si quienes han celebrado un contrato con todos los presupuestos y requisitos legales para que el mismo se perfeccione (poder de disposición, capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto claramente determinable, posible, lícito y causa lícita), la obligación que él imponga a una de las partes debe ser cumplida tal y como ha sido contratada, so pena de que su deudor sea condenado al pago de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento" (CHAMIÉ, José. *La Adaptación del Contrato por Eventos Sobrevenidos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2013, p. 260).

<sup>201</sup> "La guerra, como máxima expresión del caos social y económico, generaba situaciones imprevistas y sobrevenidas que afectaban inevitablemente a la economía de los contratos de larga duración. De esta forma, durante los distintos periodos de posguerra en Europa comenzaron a llegar a los tribunales numerosos casos de deudores que solicitaban la revisión de sus contratos, amparando su petición en la alteración, no prevista ni asumida por las partes, de las circunstancias económicas producida por la guerra. Son célebres varios casos como los del Tribunal de Comercio de Lieja en Bélgica, los del Canal de Craponne y del Gas de Burdeos en Francia, y los de la Coronación en Inglaterra" (GARCÍA, Manuel. *Op. cit.*, p. 45).

Portugal, Italia y Polonia, decidieron legislar sobre la materia<sup>202</sup>, y tiempo después, influenciados por el Código Civil italiano, países latinoamericanos, entre ellos el nuestro, insertaron en sus códigos civiles diferentes versiones de la cláusula *rebus sic stantibus*, salvo Colombia, que la insertó en el artículo 868 del Código de Comercio<sup>203</sup>.

En el campo del derecho público, la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado francés, en el célebre caso del Gas de Burdeos (1916), fue la precursora de la teoría de la *imprévision*<sup>204</sup>. La aplicación de esta teoría, si bien causó resistencias, terminó por aceptarse al entenderse que la revisión del contrato podía ser necesaria para asegurar la continuidad de una obra o servicio público<sup>205</sup>.

En nuestro país, los primeros pasos para restablecer el equilibrio económico en los contratos del Estado con fundamento en la alteración imprevista de las circunstancias, se dieron en la década de los sesenta, cuando fuertes devaluaciones de la moneda nacional motivaron al legislador a establecer reglas para la revisión de precios. Posteriormente, expidió otras normas con el mismo objetivo, hasta consagrar el principio general de igualdad o equivalencia entre obligaciones y derechos de las partes en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993<sup>206</sup>, el cual permite el restablecimiento de la ecuación contractual, cuando se altera por causas no imputables al afectado<sup>207</sup>.

Dicho principio irradia todo el Estatuto Contractual, que en varios artículos lo desarrolla de forma específica, buscando que los contratos públicos cumplan su finalidad. En el numeral 8º del artículo 4º del Estatuto, por ejemplo, se ordena a las entidades estatales contratantes adoptar medidas para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer, si se trata de una licitación, o de contratar, en los casos de contratación directa. Y en el numeral 9º del mismo artículo, las entidades contratantes son conminadas a actuar de una manera diligente con el fin de no causar injustificadamente una mayor onerosidad al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones. De allí, que en el menor tiempo posible, las entidades estén obligadas a corregir desajustes económicos del contrato, y se les permita acordar mecanismos o procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que lleguen a presentarse.

<sup>202</sup> Así, el *Codice Civile* italiano de 1942 reguló la *excessiva onerosità* en sus artículos 1467 y 1468. El Código civil griego de 1946, siguiendo la estela del italiano, positivó en su artículo 388 la teoría de la imprevisión. El Código polaco de 1964 recogió la doctrina de la alteración de las circunstancias acogiendo la onerosidad excesiva y la base del negocio. Y el nuevo Código civil portugués de 1966, que sustituyó al de 1867, recoge una versión de la teoría de la base del negocio subjetiva en su artículo 437" (*ibidem*, pp. 56-57).

<sup>203</sup> CHAMIÉ, José. *Op. cit.*, pp. 261 y 262.

<sup>204</sup> GARCÍA, Manuel. *Op. cit.*, p. 47).

<sup>205</sup> CASAGNE, Juan. *El Contrato Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 102.

<sup>206</sup> "El principio del equilibrio económico del contrato previsto en el inciso 1º del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, hace que en los contratos estatales se predique una conmutatividad especialísima que difiere de aquella predicable a los contratos celebrados por privados, pues impone a las partes contratantes la obligación de mantener las condiciones de igualdad o equivalencia de los derechos y obligaciones surgidas al momento de proponer o contratar, de forma tal que si esa igualdad se rompe por causas no imputables a la persona afectada, la parte culpable deberá restablecerla" (CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2015, radicación No. 25000-23-20-000-2010-00173-01 (48.947), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

<sup>207</sup> Véase ESCOBAR, Rodrigo. *Op. cit.*, pp. 417-422.

Otro artículo de la Ley 80 que desarrolla el principio del equilibrio económico de los contratos, es el numeral 1º del artículo 5º al reconocer el derecho del contratista a recibir oportunamente su remuneración y a que el valor intrínseco de esta no se altere o modifique durante la vigencia del contrato, de tal manera que el contratista pueda solicitar el restablecimiento económico a un punto de no pérdida, si se presentan situaciones imprevistas no imputables a él.

El artículo 14 del Estatuto Contractual, por su parte, obliga a las entidades públicas a reconocer y ordenar el pago de compensaciones e indemnizaciones a los contratistas cuando estos son perjudicados por la aplicación de cláusulas excepcionales para evitar la paralización o grave afectación de servicios públicos, y asegurar su inmediata, continua y adecuada prestación.

Igualmente, el numeral 13 del artículo 25 de la Ley 80 ordena a las entidades contratantes constituir las reservas y compromisos presupuestales que sean necesarios, teniendo como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato, así como el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios, y el numeral 14 del mismo artículo y la misma ley, les ordena incluir en sus respectivos presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir tanto los costos imprevistos ocasionados por retardos en los pagos, como los que se originen en la revisión de los precios pactados por cambios o alteraciones sobrevinientes.

Finalmente, el artículo 28 del Estatuto Contractual demanda que en la interpretación de las reglas contractuales se tengan en cuenta la igualdad o equilibrio en las prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos, los fines y principios de la Ley 80 de 1993, y los mandatos de la buena fe.

#### 4.2.2 Fundamento del desequilibrio económico en los contratos estatales

Para la doctrina, el fundamento jurídico de la teoría de la equivalencia de condiciones en el contrato estatal se encuentra en los principios de garantía del patrimonio de los particulares, el de reciprocidad de prestaciones y el de buena fe, los cuales se aplican a casos en los que se rompe la ecuación económica con ocasión de riesgos administrativos, como la *potestas variandi* o el *factum principis*, riesgos coyunturales, como los que dan lugar a la teoría de la imprevisión o la revisión de precios, o riesgos naturales, como las situaciones materiales imprevistas o la fuerza mayor<sup>208</sup>.

<sup>208</sup> Véase ESCOBAR, Rodrigo. *Op. cit.*, p. 425. Vale la pena anotar que existen múltiples maneras de abordar el tema de las situaciones sobrevinientes: la doctrina inglesa de la frustración del contrato, la impracticabilidad norteamericana, la onerosidad excesiva italiana, la doctrina alemana de la base del negocio, la cláusula *rebus sic stantibus* en el derecho español y la teoría de la imprevisión del derecho francés, país al que hemos seguido en esta materia con algunas matizaciones. Sobre esto último el profesor Quintero explica: "Los eventos particulares en los que se presenta la ruptura del equilibrio económico del contrato han sido comprendidos desde el derecho francés a partir de la responsabilidad sin culpa, básicamente, en tres teorías, que corresponden, a su vez, a tres tipos de áleas que alteran tal equilibrio. Así, los áleas físicos engendran las denominadas 'situaciones materiales imprevistas'; los áleas administrativos, generados en la acción unilateral de la Administración da lugar al 'hecho del príncipe' y; 'la teoría de la imprevisión' ampara los áleas económicos que sacrifican las finanzas del contrato, haciendo más gravosa su ejecución para una de las partes del contrato" (Quintero, Gustavo. *Responsabilidad Extracontractual del Estado por Incumplimiento Contractual*. En "Urbe et Ius", XII, 2014, p. 55).

La aplicación del principio de la ecuación económica del contrato en nuestro país persigue, de un lado, garantizarle al contratista afectado por una situación sobreviniente que el Estado lo respaldará en el esfuerzo que realice para sortear la dificultad que le impide cumplir el contrato en las condiciones inicialmente pactadas, compensándole los mayores costos a los que se vea sometido<sup>209</sup>, y de otro, que el contrato cumpla la finalidad buscada por la entidad al celebrarlo, esto es, la consecución de los fines estatales, así como la prestación del servicio público de manera continua y eficiente<sup>210</sup>.

#### 4.2.3 Requisitos del desequilibrio económico en los contratos estatales

Siguiendo a la doctrina<sup>211</sup> y la jurisprudencia<sup>212</sup> de nuestro alto tribunal de lo contencioso administrativo, para que se configure el desequilibrio económico del contrato se deben presentar de manera general las siguientes condiciones:

1. Que el hecho perturbador se presente con posterioridad a la celebración del contrato, salvo que fuera preexistente pero desconocido para las partes<sup>213</sup>.

<sup>209</sup> “Y es la posición de colaboradores que tienen los cocontratantes del Estado la que ha fundamentado la inmutabilidad de las condiciones económicas iniciales determinadas al momento de ofertar o contratar, según el caso, para preservar el equilibrio económico o la ecuación financiera del contrato estatal, porque éstos al colaborar con las entidades estatales en el logro de sus cometidos cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones que exceden eventualmente los expresos términos del contrato y lo conducen a realizar ingentes esfuerzos para superar las dificultades que sobrevengan en su ejecución, en procura de cumplir con su objeto y el fin último de la contratación, lo que a su vez, con fundamento en el principio de solidaridad, genera que la administración deba ayudarlos y compensarles los mayores gastos o erogaciones a los que se vean sometidos por causa o factores no atribuibles a los mismos” (CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2011, radicación No. 25000-23-26-000-1997-04390-01 (18.080), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio).

<sup>210</sup> “Este principio encuentra también sustento en la continuidad del servicio o el cabal cumplimiento del contrato Estatal, por cuanto lo que le interesa a la administración es lograr el objeto del contrato, o sea, la provisión de los bienes, la correcta ejecución de la obra o la buena prestación del servicio y evitar, ante todo, que el interés público se afecte como consecuencia del desabastecimiento de los bienes o la paralización de las obras o los servicios contratados, de manera que, en veces, es necesario adoptar las medidas tendientes a impedir que el contrato por alguna circunstancia sobreviniente y extraordinaria se dificulte o no pueda cumplirse por trastocar o alterar la economía del contrato o el equilibrio o igualdad de las prestaciones” (*ibidem*).

<sup>211</sup> Para el profesor Libardo Rodríguez, las condiciones generales para la procedencia del principio del equilibrio económico son:

1. La alteración debe darse por acontecimientos que no puedan ser imputables a la parte que reclama el restablecimiento.
2. La alteración debe darse por acontecimientos posteriores a la presentación de la propuesta o la celebración del contrato.
3. La alteración debe ser causada por un alea anormal.
4. La alteración debe afectar la economía del contrato de forma grave y anormal (véase RODRÍGUEZ, Libardo, *El Equilibrio Económico en los Contratos Administrativos*, en “Derecho PUCP”, No. 66, 2011, pp. 72-77).

<sup>212</sup> De acuerdo con el Consejo de Estado los requisitos para que haya desequilibrio económico son: “1) Que se presente un hecho con posterioridad a la celebración del contrato. 2) Que ese hecho sea imprevisto e imprevisible para las partes al momento de celebración del contrato. 3) Que el hecho sea ajeno a la parte afectada. 4) Que el hecho produzca una alteración anormal y grave de la ecuación contractual que dificulte la ejecución del contrato más no la imposibilite” (CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2014, radicación No. 25000-23-26-000-2001-02107-01, expediente No. 26.703, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth).

<sup>213</sup> Así, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, tratando el tema de la modificación del contrato, ha señalado que “la teoría de la imprevisión regula los efectos de

2. Que el hecho perturbador sea imprevisto e imprevisible para las partes, es decir, que ese suceso sobreviniente no haya podido ser previsto por quien lo reclama, ni tampoco haya podido preverse razonablemente.

3. Que el hecho perturbador sea de tal magnitud que produzca una alteración anormal y grave de la ecuación contractual pero sin que llegue a frustrar la ejecución del contrato<sup>214</sup>.

4. Que el hecho perturbador sea ajeno a la parte afectada, es decir, que no se le pueda imputar por estar fuera de su control: por ejemplo, cuando la entidad contratante aplica la cláusula excepcional de modificación del contrato (*ius variandi*), o cuando actúa como autoridad pública y hace uso de sus prerrogativas por razones de interés general, pero afectando la economía del contrato (hecho del príncipe). También son hechos ajenos a la parte afectada las situaciones coyunturales de tipo natural (situaciones materiales imprevistas) o las económicas (teoría de la imprevisión).

Sobre estas dos últimas figuras jurídicas, las situaciones materiales imprevistas y la teoría de la imprevisión, debe anotarse que nuestra jurisprudencia no ha sido uniforme en el tratamiento que les ha dado. En algunos fallos ha considerado que las situaciones materiales imprevistas y la teoría de la imprevisión son figuras autónomas, y en otros que las situaciones materiales imprevistas hacen parte de los eventos en los que es aplicable la teoría de la imprevisión.

---

tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible. En general, estas tres situaciones se encuentran reglamentadas, principalmente, en los artículos 4° numeral 3° y 8°; 5° numeral 1°; 25 numeral 14; 27 y 28". (CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de agosto de 2009, radicación No. 1.952, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, subrayas fuera de texto).

<sup>214</sup> La Corte Suprema de Justicia, en su Sala Civil, ha señalado que ese desequilibrio debe ser "cierto, grave, esencial, fundamental, mayúsculo, enorme o significativo, y no cualquiera, a punto de generar excesiva onerosidad transitoria o permanente de la prestación futura, una desproporción grande con su incremento desmesurado o sensible disminución de la contraprestación, ya una pérdida patrimonial, por reducción del activo, ora de la utilidad esperada, bien por aumento del pasivo, suscitada por los acontecimientos sobrevenidos, imprevistos e imprevisibles, con los cuales debe tener una relación indisociable de causa a efecto. Ninguna definición o medida brinda la norma en torno al desequilibrio ni la excesiva onerosidad. Algunas doctrinas remiten a la ruptura de la base subjetiva u objetiva del negocio, la frustración del fin o finalidad. Otras, a la variación de la base económica estrictamente objetiva, al valor cuantitativo, cualitativo e intrínseco de la prestación, o la ruptura patrimonial primaria u originaria cotejada con la del cumplimiento. Empero, la simetría atañe no una prestación singular, sino al contrato *in complexu*, en su unidad compacta, *in toto* e integral, desde su celebración hasta su terminación, y deviene de su visión retrospectiva y prospectiva. *Estricto sensu*, no se mide sobre la simple diferencia del valor inicial y posterior de una prestación. Por el contrario, concierne a todo el contrato y conecta a su estructura económica y riesgos. A no dudarlo, los riesgos y aleas componen la simetría de las prestaciones, e influyen en la determinación concreta del desequilibrio. Así, integran el equilibrio económico, las aleas normales, y los riesgos que por ley, uso, costumbre, equidad o estipulación pertenecen al contrato y deben soportarse por la parte respectiva, a quien no es dado invocar excesiva onerosidad. *Contrario sensu*, aleas anormales no asumidas, suelen tornar excesivamente onerosa la prestación" (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 21 de febrero de 2012, expediente No. 11001-3103-040-2006-00537-01, Magistrado Ponente: William Namén Vargas).

Así, en una ocasión precisó que si bien la teoría de las sujeciones materiales imprevistas fue manejada con anterioridad por la jurisprudencia dentro de la teoría de la imprevisión, se trata de un título de imputación diferente porque, a pesar de que ambas comparten ciertas características y convierten en más gravosa y onerosa la ejecución del contrato, las situaciones materiales imprevistas corresponden a un alea físico o natural que se encuentra presente al momento del nacimiento del contrato y luego emerge durante su ejecución, mientras que en la teoría de la imprevisión, las circunstancias extraordinarias son sobrevinientes a la relación contractual y corresponden a un alea económico o financiero<sup>215</sup>. Sin embargo, en otro pronunciamiento reciente consideró que las sujeciones materiales imprevistas son una modalidad de la teoría de la imprevisión y, por tanto, la forma de restablecer el equilibrio económico del contrato será la misma en ambos casos, es decir, mediante el reconocimiento de los mayores costos en que haya debido incurrir el contratista<sup>216</sup>.

Con todo, considera el Tribunal que no obstante el último pronunciamiento, vale la pena seguir manteniendo la distinción no sólo por la temporalidad de la ocurrencia sino también por los fenómenos que lo generan, lo cual podría incluso incidir en la forma de restablecer el equilibrio, pues al paso que en la figura de la imprevisión la generalidad de autores consideran que debe llevarse al afectado a un punto de no pérdida, cuando se trata de la sujeción material imprevista, por el contrario, existen voces de que el contratista debe ser compensado íntegramente<sup>217</sup>, posición que consideramos más adecuada, pues en este último caso, cuando se contrata, el riesgo ya existía y seguramente de haberse sabido, un contratante racional, o no hubiera contratado, o lo habría hecho con precios diferentes con miras no solo a no perder sino también a mantener la utilidad. Cuestión diferente se presenta en la teoría de la imprevisión, en la que la situación sobreviniente no existía en el momento de la celebración del negocio jurídico, lo que justifica que ambas partes compartan las consecuencias de esa nueva situación.

#### 4.2.4 Las sujeciones materiales imprevistas

##### 4.2.4.1 CONCEPTO DE SUJECIONES MATERIALES IMPREVISTAS

<sup>215</sup> Véase CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, radicación No. 50422-23-31-000-1369-01 (17031), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>216</sup> Véase CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2016, radicación No. 25000-23-26-000-2002-01996-01, expediente No. 32.437, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

<sup>217</sup> Así el profesor Sayagués Laso en el caso de las *sujétions* imprevistas, considera que el contratista tiene derecho a una indemnización integral. Fundamenta su posición señalando que “cuando en la ejecución de la obra surgen dificultades materiales absolutamente anormales y razonablemente imprevisibles, que hacen más oneroso su cumplimiento, procede acordar ciertas indemnizaciones, por cuanto no puede considerarse que haya estado en la común intención de las partes que aquéllas queden a cargo del contratista” (SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, 1974, pp. 112-113). En el mismo sentido se pronuncia el profesor Vedel, quien estima que “en caso de sujeción imprevista, se reconoce el derecho del empresario a indemnización por la totalidad del perjuicio (mientras que si aplicase la teoría de la imprevisión, una parte de este perjuicio se dejaría a su cargo)” (VEDEL, George. *Derecho Administrativo*, Aguiar, Madrid, p. 212). También el profesor Rivero considera que en el caso de las situaciones materiales imprevistas el afectado debe ser reparado íntegramente (RIVERO, Jean. *Derecho Administrativo*, Caracas, 1984, p. 140).



Las sujeciones materiales imprevistas se pueden definir como aquellos fenómenos naturales que a pesar de existir generalmente al momento de celebrar el negocio jurídico, las partes no pudieron preverlos racionalmente con el fin de tomar los correctivos y, por tal razón, cuando se manifiestan durante la ejecución del contrato ocasionan una alteración en la ecuación económica del mismo, que hace más difícil y oneroso su cumplimiento, pero sin llegar a frustrarlo.

#### 4.2.4.2 REQUISITOS ESPECÍFICOS DE LAS SUJECIONES MATERIALES IMPREVISTAS

Las condiciones que dan lugar a una sujeción material imprevista son las siguientes:

1. El hecho que perturba y hace más difícil la prestación debe obedecer a un fenómeno natural.
2. El hecho perturbador debe generalmente ser concomitante a la celebración del contrato, y excepcionalmente sobreviniente.
3. El hecho concomitante o excepcionalmente sobreviniente debe ser una situación imposible de prever por las partes.
4. El hecho perturbador debe ser de aquellos que si bien sortearlo convierte el contrato en excesivamente oneroso, dicha situación no debe frustrar su ejecución.

#### 4.2.5 Consideraciones sobre el desequilibrio económico alegado por la parte convocante respecto del Contrato No. 0-0098-2013 del 26 de diciembre de 2013

##### 4.2.5.1 ANÁLISIS SOBRE EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO POR SITUACIONES MATERIALES IMPREVISTAS FUNDAMENTADO POR LA PARTE CONVOCANTE EN LA MAYOR DUREZA DEL MATERIAL A DRAGAR EN EL SECTOR III (PRETENSIONES 2.19 A 2.20 Y 4.8)

###### 4.2.5.1.1 Hechos relevantes:

Para resolver las pretensiones de este acápite, el Tribunal considera relevantes los siguientes hechos:

1. **CORMAGDALENA** como se explicó anteriormente, se hizo acompañar por un experto en los estudios técnicos que se anexaron a los pliegos, en este caso la **UNIVERSIDAD DEL NORTE**, que contrató los ensayos con un tercero, quien los analizó y sugirió que debía exigirse un equipo con una capacidad mínima para cortar 2,9 MPa.
2. Observa el Tribunal que **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA** en su oferta (Plan de Dragado) interpretó que el material rocoso era de “una dureza máxima de 3 MPa”<sup>218</sup>.
3. Lo cierto es que llegaron a encontrarse en algunas muestras valores de 18 MPa, y no de 2.9 MPa como establecía el estudio que soportó los pliegos, circunstancia que como se verá más adelante fue calificada por

<sup>218</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 695.

el perito **PRIETO-PORTAR** como causante de “una situación adversa del terreno, algo totalmente impredecible”<sup>219</sup>.

Precisamente este perito de la mayor experiencia y prestigio, dice que la definición técnica que se utiliza en la industria de la construcción es que “a pesar del mejor esfuerzo de los diseñadores la realidad difiere del contrato es una limitación de fondo para toda empresa contratista que se enfrenta a una cosa inesperada”<sup>220</sup>, lo que confirma que se trata de algo imprevisto. Es más, el mismo perito aseguró que “toda esta zona geológicamente estuvo depositada, todos estos son depósitos marinos, esa zona estaba debajo del mar, las aguas cuando se volvían frías el carbonato en suspensión caían al fondo, se cementaba y eso produce la caliza, de vez en cuando venían arcillas del sur y segregaban estos... que ven aquí; es típico de toda la plataforma calcárea que va desde Orlando la Florida hasta aquí, hasta la Costa Colombiana, toda esta zona tiene una geología muy similar”<sup>221</sup> (subrayas fuera de texto).

4. Una pregunta formulada al perito por el panel arbitral se refirió a la razón por la cual no se hacen estos cálculos previos al contrato, a la que respondió: “los contratistas no lo hacen porque no saben si el contrato va a ser de ellos, el costo en sí de la licitación es alto... la empresa contratante tiene años para preparar esta documentación, es obvio que Uninorte duró varios años juntando una documentación voluminosa y extensa, no había ninguna duda por parte del contratista ni yo cuando vi la información de que era una información excelente y completa, de modo que no existía una duda en la mente del contratista de que esa información era completa y perfecta”<sup>222</sup> (subrayas fuera de texto).

5. En el Contrato 0-0098-2013, que fue suscrito por el Director Ejecutivo de **CORMAGDALENA**, el Mandatario General Principal de **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA** y el apoderado de **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA**, el 26 de diciembre de 2013, contiene los siguientes mandatos contractuales:

a) De acuerdo con la cláusula SEGUNDA, sobre el alcance y cantidades aproximadas de los trabajos, “las actividades de dragado y su volumen se realizarán conforme al plan de dragado presentado por el contratista y aprobado por el Interventor. Se entiende que el valor de la Contraprestación será el que resulte de la determinación del servicio realmente recibido a satisfacción de **CORMAGDALENA**” (subrayas fuera de texto).

b) Según la cláusula TERCERA, “**CORMAGDALENA** pagará al CONTRATISTA por la ejecución de las obras objeto de este contrato la suma de VEINTE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO VEINTISEIS MIL CUATROCIENTOS VEINTE PESOS Moneda Legal Colombiana (\$20.449.126.420,00 MLC), incluido el valor del IVA. El valor final corresponderá a las cantidades de obra realmente dragada y ejecutada y recibida a satisfacción por parte del Interventor,

<sup>219</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 76.

<sup>220</sup> *Ibidem*.

<sup>221</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 76-77.

<sup>222</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 82.

multiplicadas por el precio unitario pactado que corresponde al presentado en su oferta económica del tres (3) de diciembre de 2013”.

Este valor cubre los costos directos e indirectos, la administración, imprevistos y utilidad del contratista, por cuanto corresponde al estudio cuidadoso de los documentos del pliego de condiciones, del alcance de los trabajos a ejecutar, su naturaleza, características geológicas, costos de personal, jornadas extendidas, horas extras, entre otros factores considerados por el contratista al formular su propuesta, y, por lo tanto, se pacta que “no habrá lugar a revisión ni modificación de los mismos, razón por la cual el CONTRATISTA renuncia a cualquier tipo de reajuste, compensación o indemnizaciones o reclamación que por estos factores se produzcan durante el desarrollo de los trabajos”<sup>223</sup>.

c) En la cláusula CUARTA, sobre la forma de pago, se establece que esta “se realizará por las cantidades de obras realmente ejecutadas y recibidas a satisfacción por el interventor, multiplicadas por los respectivos precios unitarios”.

d) De acuerdo con la cláusula SEXTA, “el plazo del contrato para todos los efectos legales, será de CUATRO (4) MESES contados a partir de la suscripción del acta de inicio por parte del CONTRATISTA y el INTERVENTOR del contrato”, plazo que comenzó a correr a partir del 10 de febrero de 2014, fecha en la que se suscribió el Acta de Inicio entre las partes, luego, el plazo de ejecución vencía inicialmente el 10 de junio de 2014 pero fue suspendido<sup>224</sup> de común acuerdo por 66 días, siendo el nuevo vencimiento el 21 de agosto de 2014.

6. De acuerdo con el “ACTA DE ENTREGA Y RECIBO DEFINITIVO”, suscrita por el Representante Legal o Delegado Contratista, el Representante legal o Delegado Interventor y el Supervisor del Contrato, el 21 de agosto de 2014, las cantidades de obra ejecutada fueron las siguientes:

<sup>223</sup> Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 93.

<sup>224</sup> Parágrafo de la cláusula SEXTA: “PARÁGRAFO SUSPENSIÓN. El plazo para la ejecución del presente contrato podrá suspenderse cuando ocurran circunstancias que impidan el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por las partes. La suspensión de la ejecución del Contrato constará por escrito, en un acta suscrita por las Partes en la que se detallen dichos eventos y sus efectos, la cual hará parte integral del presente Contrato...” (Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 95).

Descripción	Unidad	Cantidad	Valor Unitario	Valor Total
Dragado hidráulico Sector 1 (Arena)	M3	307.863	4.990,00	1.536.236.370,00
Dragado hidráulico Sector III (Arena)	M3	311.734	10.325,70	3.218.871.763,80
Dragado hidráulico Sector III (Roca)	M3	268.167	32.209,50	8.637.524.986,50
Movilización y Desmovilización	GL	1	1.940.000.000	1.940.000.000
<b>Subtotal</b>				15.332.633.120,30
<b>AIU</b>				4.599.789.936,09
<b>Valor Total Obra Ejecutada más Ajustes</b>				19.932.423.056,39

El resumen financiero del Contrato, incluido el IVA, que consta en esta acta, es:

Acta de Obra No.	Mes	Valor Básico	AIU	VALOR IVA	VALOR TOTAL
1	2014-02	2.979.932.765	893.979.830	23.839.462	3.897.752.057
2	2014-05	1.192.958.239	357.887.472	9.543.666	1.560.389.377
3	2014-06	5.887.231.192	1.766.169.358	47.097.850	7.700.498.399
4	2014-07	2.803.192.785	840.957.836	22.425.542	3.666.576.163
5	2014-08	2.469.318.140	740.795.442	19.754.545	3.229.868.127
<b>Totales</b>		<b>15.332.633.121</b>	*	<b>122.661.065</b>	<b>20.055.084.122</b>

\*Si bien en el anterior cuadro se dejó en blanco el total por AIU, la suma de las filas 1 a 5 de la 4ª columna de AIU arroja como resultado un valor total de AIU de \$4.599.789.938

7. Del análisis de esta acta se concluye que el dragado hidráulico del Sector III Roca, por la cantidad de 268.167 M3, por un valor unitario de \$32.209,50 efectivamente se ejecutó para un valor total de \$8.637.524.986,5<sup>225</sup>, cuya obligación de pago se causó en su totalidad de conformidad con el Pliego de Condiciones Definitivo y el Contrato No. 0-0098-2013 suscrito el 23 de diciembre de 2013, dado el cumplimiento de la obligación de hacer del contratista, que generó la obligación contraprestacional pactada.

Ahora, los precios unitarios, según el pliego de condiciones, debían corresponder exactamente a los consignados en el Formulario 8 con las siguientes precisiones:

“Los precios unitarios resultantes de los análisis no podrán ser diferentes a los consignados en el Formulario de la propuesta, toda vez que estos últimos fueron utilizados en la evaluación de las propuestas; si se presentare alguna discrepancia, el contratista

<sup>225</sup> Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 344.

deberá ajustar el precio unitario obtenido en el análisis consignado en el Formulario de la propuesta.

“El contratista deberá tener en cuenta dentro de cada uno de los análisis de precios unitarios por lo menos la información relacionada en los análisis de precios unitarios oficiales, en relación con: El equipo (con sus rendimientos), materiales (cantidades, rendimientos), mano de obra (con sus rendimientos), AIU.

“Cualquier error u omisión del contratista en los costos directos o indirectos considerados en su APU, es de exclusiva responsabilidad del contratista y por lo tanto no podrá reclamar a CORMAGDALENA reconocimiento alguno adicional al valor de los precios unitarios consignados en el formulario de su propuesta.”

8. Finalmente, los precios unitarios permitieron remunerar adecuadamente las mayores cantidades de obra, según el “ACTA DE ENTREGA Y RECIBO DEFINITIVO” transcrita.

De lo antes expuesto, concluye el Tribunal que el contratista no acotó un eventual margen de variación del terreno que le permitiera repartir los riesgos o prevenir alguna situación adversa en los trabajos de dragado. Del Contrato surge que el valor se pactó por precios unitarios fijos, según obra ejecutada, no susceptible de ajustes por ningún concepto, ya que incluye los costos directos, indirectos, administración, imprevistos, y utilidad.

Pese a la falta de previsión contractual de un ajuste a los precios en función de ciertos rangos de variación de la dureza del terreno, podría darse el caso de una situación material imprevista que se escapa de lo razonable en estos casos, puesto que no ocurre por negligencia o impericia de ninguna de las partes, ya que se trata de un hecho exógeno que se revela durante la ejecución del contrato y altera en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato, de una manera tan fuerte que es necesario reembolsar los mayores costos que se generan en ella cuando el contrato arroja pérdidas ocasionadas por el hecho perturbador, como se explicó líneas atrás.

#### 4.2.5.1.2 Presentación de los asuntos a tratar por costo adicional originado en la mayor dureza del terreno:

Como la demanda contiene una pretensión por “costo adicional” originado en la mayor dureza del terreno, cuyos efectos directos cuantifica en un valor estimado de \$9.988'313.057<sup>226</sup>, corresponde al Tribunal resolver: a) si realmente se trata de un desequilibrio por un hecho material que perturbó de manera grave la economía del contrato; b) si el valor pretendido como “costo adicional” guarda una relación de causa-efecto con las circunstancias materiales extraordinarias alegadas como originadoras del desequilibrio, es decir, con la mayor dureza del suelo, y c) debe decidir si procede el reconocimiento de sobrecostos por *stand by* de la draga Pedro Alvarez Cabral, por valor de \$3.074'337.255<sup>227</sup>, y la draga Hondius, por valor de \$1.971'263.724<sup>228</sup>, durante el período en que estuvieron paradas entre el 1° al 14 de julio de 2014.

<sup>226</sup> Cuaderno Principal No. 1, folio 355, y Cuaderno Principal No. 2, folio 97.

<sup>227</sup> Cuaderno Principal No. 2, folio 104.

<sup>228</sup> Cuaderno Principal No. 1, folio 355.

Por razones de método, el Laudo resolverá cada una de las cuestiones litigiosas planteadas, iniciando por las relativas a costos adicionales por mayor dureza y si ese hecho realmente es exógeno y no imputable a las partes.

#### 4.2.5.1.3 Desequilibrio por un hecho material:

Sea lo primero advertir que el esfuerzo probatorio corresponde a las partes, atendiendo elementales principios de transparencia e igualdad. Para motivar este punto basta citar al Consejo de Estado en jurisprudencia que se transcribe:

“... la carga de la prueba corresponde a las partes... el juez no puede adoptar decisiones que no estén fundadas en las pruebas debidamente allegadas al proceso, ni le corresponde descargar a las partes de sus deberes probatorios, puesto que se incurriría en una violación flagrante de los artículos 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil, así como también se estarían vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del interviniente que resulte afectado.

“Si bien es cierto que el juez debe cumplir un papel activo dentro del trámite procesal, pues a este le corresponde dirigir el proceso, no es menos cierto que debe actuar de conformidad con los límites y procedimientos señalados en la ley. De allí que no sea admisible que cada vez que alguna de las partes omita allegar al proceso las pruebas tendientes a probar los supuestos de hecho en que se fundamentan sus pretensiones o su defensa, sea el juez quien deba entrar a llenar tales vacíos o deficiencias probatorias, so pretexto de que actúa amparado por la facultad oficiosa que le asiste para decretar pruebas, puesto que tal prerrogativa solo puede ser ejercida cuando quiera que existan dudas o puntos oscuros respecto de un determinado tema (CCA, art. 169), lo cual, en nada exime del deber probatorio que radica en cabeza de las partes”<sup>229</sup>.

El Tribunal insistió en la práctica de todos y cada uno de los medios probatorios solicitados en su afán de hallar la verdad material. En esta sección del Laudo se analizarán cada uno de los medios probatorios que obran en el proceso<sup>230</sup>, en relación con los hechos a los que aluden las partes.

**UNINORTE**, en junio de 2012, estudió el Canal de Acceso a través de su laboratorio de Ensayos Hidráulicos de las Flores (las muestras fueron tomadas por **SUELOS E INGENIERÍA S.A.S.**) según se lee en el punto 6 del informe final<sup>231</sup>, denominado “ESPECIFICACIONES TÉCNICAS PARA QUE LOS PROPONENTES SELECCIONEN LA DRAGA”. Las perforaciones, según el punto 7, se hicieron entre el kilómetro 19,5 y 21.75 y los resultados de ese estudio reportaron valores de 0.13 Megapascales para las margas y

<sup>229</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, radicación, No. 23001-23-31-000-1997-08639-01 (16188). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>230</sup> Código General del Proceso, artículo 176: “Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

“El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba” (subrayas fuera de texto).

<sup>231</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 689.

2,9 Megapascales para la roca caliza, siguiendo los hallazgos situados en un plano de 10 puntos de sondeos, que le permiten afirmar “se trata del estrato 2, que tiene una capa compuesta por roca caliza y caliza meteorizada”<sup>232</sup>.

El informe pericial de parte ejecutado por **PIEDROBA CONSULTING GROUP LLC**<sup>233</sup>, da cuenta del hallazgo de una mayor dureza<sup>234</sup> que afectó la productividad de la draga Hondius en función de la resistencia de la roca porque el promedio de dureza arrojó 8,98 Megapascales versus los 2,92 Megapascales promedio, que arrojó el estudio previo usado por **CORMAGDALENA**<sup>235</sup>. A una pregunta sobre las diferencias entre los dos estudios de **SUELOS E INGENIERÍA S.A.S.**, el perito responde que ambos estudios eran confiables, pero quizás la embarcación desde donde se tomaron las primeras muestras era pequeña y no tenía anclas.

Curiosamente, y esto llama la atención del Tribunal, los sondeos ordenados por el contratista y usados para su análisis por el perito de parte **LUIS PRIETO-PORTAR**, fueron realizados por la misma empresa que inicialmente los había hecho para **UNINORTE**, es decir, **SUELOS E INGENIERÍA S.A.S.**, quien dijo que usó el mismo equipo pero obtuvo resultados notoriamente divergentes, ya que inicialmente había afirmado que la resistencia simple de la roca caliza era, en todo el sector, cercana a 3, mientras que en el segundo estudio halló que la dureza se acercaba a 18,3 Megapascales. La credibilidad del primer estudio no fue puesta en duda por el perito de **PIEDROBA CONSULTING GROUP LLC**<sup>236</sup>, pero basó su dictamen en los segundos resultados y atribuyó las variaciones a “un fenómeno inesperado para todo el mundo, aquí no hay adjudicación de culpa, esto es un evento como un acto de Dios que ocurre en algunos momentos de estructura”<sup>237</sup>.

Los segundos ensayos fueron hechos sin presencia de **CORMAGDALENA**, pese a haber sido citada a la práctica del sondeo, entidad que le dio instrucciones a su supervisor para que se abstuviera de participar en esas campañas, según declaración de **LAYTON GONZÁLEZ RUBIO**. Sobre la toma de muestras obran en el expediente algunos reparos como, por ejemplo, el del Interventor, quien en su declaración manifestó:

“... En la primera oportunidad se habían tomado unas muestras en los fragmentos de roca que recogía la draga Pedro Álvarez (sic) Cabral, esas muestras se recogieron y se enviaron al laboratorio y mostraron unas durezas que estaban por encima de lo que estaba inicialmente previsto.

“Nuestro argumento al rechazar estos resultados era básicamente que esas rocas no eran representativas de la totalidad del material porque habían sido tomadas en la draga de los elementos más grandes que recuperaba la draga. El procedimiento que se tenía para la ejecución de este trabajo era que la draga cortadora, la Hondius hacía una fragmentación previa de la roca y posteriormente venía la draga Pedro Álvarez Cabral (sic), la recogía en la tolva y la botaba.

<sup>232</sup> *Ibidem*.

<sup>233</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 2-681.

<sup>234</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 9.

<sup>235</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 689.

<sup>236</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 75-76.

<sup>237</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 88.

“Estas muestras se cogieron de la tolva de la Pedro Álvarez (sic) y se tomaron de las muestras más grandes que se recogían en la tolva. El argumento nuestro es que esas muestras se toman sobre los elementos más grandes porque se requiere hacer un núcleo para poder hacerle el ensayo de compresión confinada. El núcleo no se puede extraer si la muestra es muy pequeña, tiene que ser una muestra grande y las muestras grandes precisamente son aquellas que la draga por alguna razón no pudo fragmentar, lo que estamos ensayando siempre son las muestras más duras, no estamos haciendo un ensayo de la globalidad, ese fue el motivo nuestro para no aceptar como representativos esos datos que presentó Jan de Nul. ...”<sup>238</sup>.

Lo anterior también aparece acreditado en una de las anotaciones de la bitácora de fecha 23 de junio de 2014<sup>239</sup>.

En verdad la forma como se tomaron las muestras no puede ser alegada por quien no participó en esa diligencia y tampoco indicó cuál debía ser el método para determinar la presunta mayor dureza, que ya había alegado el contratista en una comunicación suya dirigida al contratante (JDN0074 del 4 de julio de 2014)<sup>240</sup>. Pero, un aspecto que sí interesa al caso de una presunta mayor dureza es el de la representatividad de las muestras más duras, respecto de la totalidad, ya que este sí es un reparo constante de CORMAGDALENA que puede llegar a afectar la viabilidad del reclamo porque no se probó a este Tribunal cuál fue el volumen total de roca dura dragada efectivamente en relación con el volumen de la roca caliza prevista en el estudio inicial para determinar, así fuera por simples prorratas, qué tan significativo fue el desbalance en la ejecución de la obra total objeto del contrato. Dicho de otra forma, el estrato más rocoso pudo encarecer la operación del contratista en ese segmento, pero no se tiene prueba alguna de la medida de ese encarecimiento respecto del total contratado, o al menos estimativos de la magnitud total de la porción más dura cuando se da por cierto que también había rocas de 2,9, otras de 8,9 y algunas de 18,3 Megapascales<sup>241</sup>.

En fin, esta prueba pericial concluye que “se presentó una situación adversa del terreno, algo totalmente impredecible”<sup>242</sup>. La definición técnica que se utiliza en la industria de la construcción es que “a pesar del mejor esfuerzo de los diseñadores la realidad difiere del contrato, es una limitación de fondo para toda empresa contratista que se enfrenta a una cosa inesperada”<sup>243</sup> y aseguró que “ toda esta zona geológicamente estuvo depositada, todos estos son depósitos marinos, esa zona estaba debajo del mar, las aguas cuando se volvían frías el carbonato en suspensión caían al fondo, se cementaba y eso produce la caliza, de vez en cuando venían arcillas del sur y segregaban estos... que ven aquí; es típico de toda la plataforma calcárea que va desde Orlando la Florida hasta aquí, hasta la Costa Colombiana, toda esta zona tiene una geología muy similar”<sup>244</sup> (subrayas fuera de texto).

<sup>238</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 2.

<sup>239</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 756

<sup>240</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 750.

<sup>241</sup> *Ibidem*.

<sup>242</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 76.

<sup>243</sup> *Ibidem*.

<sup>244</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 77.



Infelizmente, aun aceptándose que eventualmente algunas rocas pudieron llegar a presentar mayor dureza<sup>245</sup> dentro de las circunstancias de similitud calcárea de estas costas, incluida la colombiana, no se cuenta con ninguna prueba que relacione el volumen contratado para dragado con el volumen más duro, para determinar qué tan significativa y qué tan extraordinaria pudo ser la variación hallada. Más bien existen pruebas de que el suelo en cuestión no era homogéneo, como se aprecia en el siguiente análisis.

El testigo **ANDRÉS MOLINA MARTÍNEZ**, supervisor del proyecto, expuso que cuando recibió la solicitud de **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA** sobre la necesidad de practicar nuevas pruebas para comprobar la mayor dureza, remitió la solicitud a su consultor **UNINORTE**, y esta entidad le dijo que la mayor dureza debía contrastarse con un protocolo, una metodología y en determinada plataforma, y por ello se ratificó en la cifra generalizada o estándar de su estudio, especialmente porque el suelo no es homogéneo:

“Resulta que esa veta la pasó y volvió a encontrar otro material y posiblemente más adelante encontró otra porque es que el suelo no es homogéneo, entonces lo que hace el suelista es clasificar dentro de una cantidad de muestras una clasificación general, porque mal haría en decir que va a tomar referencia el alto y entonces el Estado tendría que pagar por el resto que es más blandito un mayor costo sabiendo que no es así, es decir, eso es una mezcla de materiales que hay dentro de un estrato y se clasifica de una manera general”<sup>246</sup>.

Es importante resaltar que en otro aparte de su testimonio, el señor **MOLINA MARTÍNEZ** indicó que la cifra de 2,9 Megapascales no era la máxima dureza<sup>247</sup>, sino promedio, y que esa fue la que sirvió para saber con qué equipo debió contar el contratista, y por eso se contrató el estudio con una universidad seria.

Todo esto encuentra apoyo en varias comunicaciones de **UNINORTE** (LEH-LF-066/12-072/14 y LEH-LF-066/12-073/14) dirigidas a **CORMAGDALENA** en las cuales manifiesta que “el contratista escoge cuatro (4) muestras y las hace representativas del volumen dragado, lo cual no es correcto”, no está reportado en el documento entregado por el contratista el protocolo de muestreo, se desconoce la inclinación de las perforaciones verticales, y no se cumple con los parámetros que exige la norma ASTM, y por ello le recomienda a **CORMAGDALENA** marginarse de las campañas de tomas de muestras; sugerencia que fue acogida y la transmitió al Supervisor, en el sentido de no participar en una campaña que consideraba poco confiable<sup>248</sup>.

En cualquier caso, **GREGORIO HERNÁN WEHDERKING VERGARA**, el otro Inspector de Obra de la misma empresa interventora, dijo en su testimonio que “cuando estaba en su turno Joao dijo que iban a tomar muestras, levantaron el cortador y tomaron muestras y fotos, y todo esto quedó registrado en la bitácora”<sup>249</sup>. Recuerda que era el 23 de mayo de 2014 y

<sup>245</sup> El Tribunal considera que la certificación de **CORMAGDALENA** (Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 696 y ss.) abona la conclusión ya expuesta, en el análisis de los testimonios, en cuanto el contratista como ente especializado en dragados, debía saber que el terreno no era homogéneo y estaba en la obligación de realizar sus propios análisis y estudios.

<sup>246</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 41 (reverso).

<sup>247</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 41.

<sup>248</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 750.

<sup>249</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 24.

también narró que tomaron las piedras más grandes que quedaban y las seleccionaban. **WEHDERKING** también afirmó que le consta que se cambiaban dientes que se volaban y tenían que ponerles las calzas o platinas y que el ancla se doblaba y tenían que arreglarla por 3 o 4 días, pero también asegura que el ancla se dañaba debido a la presión del agua<sup>250</sup>.

De otra parte, la **UNIVERSIDAD DEL NORTE**, mediante Comunicación CCS-350-15<sup>251</sup> del 15 de diciembre de 2015 dirigida a **CORMAGDALENA**, expuso las consideraciones que esa universidad tuvo en cuenta sobre los alcances del estudio y los diseños durante la Etapa de Planeación. En dicho documento, se lee:

“... En ninguna parte del Informe Final E-004-119-12 de Uninorte ni en las Especificaciones Técnicas de los Términos de Referencia del Proceso LP-004-13, se afirma que la máxima resistencia del estrato rocoso es 2.9 Mpa. Estos resultados corresponden a la resistencia de las muestras ensayadas y de ninguna manera se ha indicado que puedan considerarse como los valores máximos de resistencia que pudiera tener algún fragmento de roca específico localizado en el tramo de interés dada la heterogeneidad de los suelos.

“Ambos documentos se limitan únicamente a presentar los resultados de los sondeos realizados para el estudio.

“...

“Los resultados entregados por la Universidad del Norte son completamente válidos para la muestra recopilada y sirven de referencia para las condiciones del estrato rocoso. Debe tenerse en cuenta que los resultados suministrados en cualquier informe de exploración geotécnica corresponden a la evaluación de las muestras extraídas siguiendo procedimientos establecidos. No obstante, dada la incertidumbre inherente de un muestreo exploratorio, es posible que los sondeos realizados como parte de cualquier exploración geotécnica no coincidan con la presencia de algún material con mayor dureza hallado posteriormente. Por lo tanto, es lógico esperar una variabilidad de los datos producto de la incertidumbre propia del suelo es su estado natural. En este sentido, los resultados presentados deben servir de referencia para el contratista y éste no debió asumir que la muestra corresponde a los valores máximos posibles en el estrato, hecho que no se afirma en ninguna parte del texto del Informe Final E-004-119-12 de Uninorte ni en las Especificaciones Técnicas de los Términos de Referencia del Proceso LP-004-13.

“...

### “2.3. Resultados de otros estudios realizados en la zona

“Dentro de estos resultados históricos podemos mencionar la investigación de campo realizada por la empresa de geotecnia Construsuelos Ltda en 2011, y presentada a la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla. En esa investigación, realizada aproximadamente en la misma zona en la que fueron realizadas las

<sup>250</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 750.

<sup>251</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 683-688.

perforaciones contratadas por la Universidad del Norte, se hallaron para el estrato de roca valores de resistencia a la compresión confinada entre 1.4. MPa y 2.2. MPa. Otro estudio realizado en esa misma área por la empresa Suelos Ingeniería en 2008, y presentado a la Sociedad Portuaria de Barranquilla, arrojó valores de resistencia entre 4.3 y 5.5. MPa para el estrato de roca...” (subrayas fuera de texto).

Y en el mismo documento, finalmente, expresa:

“... Adicionalmente, como empresa experta en la actividad de dragado, Jan de Nul debía conocer los alcances del estudio realizado en la medida que los resultados obtenidos correspondían a una referencia de las condiciones del estrato rocoso con lo cual, siempre subsiste un cierto nivel de incertidumbre que conlleve a que en la ejecución de los trabajos existe la probabilidad de encontrar ocasionalmente material de mayor dureza. En tal sentido, esta circunstancia no puede ser entendida como una sujeción imprevista pues es inherente a la naturaleza de esta clase de trabajos, por lo que resulta previsible...” (subrayas fuera del texto).

Es pertinente traer en este punto la respuesta que el representante legal de **CORMAGDALENA**, dio a los requerimientos formulados<sup>252</sup> en el ordinal tercero del Acta No. 24 del Tribunal, en relación con la pregunta No. 4<sup>253</sup>. Allí manifiesta que “Cormagdalena no ha tenido conocimiento, ni ha realizado por cuenta propia o a través de un tercero, estudio con el objeto de determinar con mayor precisión las especificaciones técnicas del material a dragar en el Puerto de Barranquilla entre el Muz del Tajamar (K0) hasta el k21+750, posterior al 26 de Diciembre de 2013”. Igualmente, en la respuesta<sup>254</sup> a la pregunta No. 10<sup>255</sup>, expresa que “en la matriz de riesgos de la licitación pública LP.004-13 no está asignado el riesgo de mayor dureza del material a dragar a ninguna de las partes”, y considera que para contrarrestar ese riesgo el pliego exigía que el equipo tenía que cumplir con una capacidad mínima para cortar roca de dureza 3 MPa.

De otra parte, en la respuesta a la pregunta No. 11<sup>256</sup>, dice: “Como debe ser de conocimiento de cualquier profesional en ingeniería civil, y particularmente de un CONTRATISTA especializado en dragados, las características de los suelos y de las rocas que conforman el lecho a dragar pueden variar significativamente de un lugar a otro, puesto que ni los depósitos de suelos ni los depósitos de rocas presentes en la naturaleza son homogéneos<sup>257</sup>, y más adelante, precisa frente a las características descritas en los estudios<sup>258</sup> que “estos resultados no reflejan la totalidad de las condiciones de los

<sup>252</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 696-724.

<sup>253</sup> “4. Sírvase manifestar si CORMAGDALENA ha tenido conocimiento o ha realizado con posterioridad al 26 de diciembre de 2013, por cuenta propia o a través de la contratación de un tercero, algún estudio con el objeto de determinar con mayor precisión las especificaciones técnicas de la materia a dragar en el sector del canal navegable del Río Magdalena en el puerto de Barranquilla entre el Muz de Tajamar Occidental (K0) hasta k21+750. En caso positivo, sírvase manifestar en nombre de aquellos estudios.”

<sup>254</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 705.

<sup>255</sup> “10. Sírvase manifestar si CORMAGDALENA adjudicó en la matriz de riesgos de la Licitación Pública LP-004-13 el riesgo de mayor dureza del material a dragar.”

<sup>256</sup> “11. Sírvase manifestar si existe alguna obligación prevista en el Contrato No. 0-0098-2013 que obligue al CONTRATISTA a asumir el riesgo de mayor dureza a dragar”.

<sup>257</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 706.

<sup>258</sup> *Ibidem*.

depósitos y son un mero INDICE de las características de los depósitos que se pueden encontrar durante la ejecución de los trabajos”.

Nótese que la parte convocada en sus alegatos y en el curso del proceso no cuestionó el valor técnico del reporte de **PIEDROBA CONSULTING GROUP LLC** sobre mayor dureza, aunque sí discutió, desde la contestación de la demanda, que los cálculos y tomas de muestras no fueron propios y por ello puso en duda la credibilidad de los cálculos económicos relacionados con los costos adicionales. **LUIS PRIETO-PORTAR**, por su parte, da valor a los cálculos iniciales y convalida la seriedad de la firma **SUELOS E INGENIERÍA S.A.S.**, aunque los resultados sean dispares.

Luego, puede afirmarse del acervo probatorio que se tomaron dos series de muestras, siendo la de mayor dureza una de 18.3 Megapascales, seis veces más dura que la media de los primeros sondeos. Esa mayor dureza es la situación material alegada, que el Tribunal encuentra probada como un hecho natural potencialmente perturbador de la economía del contrato. También surge de las pruebas que el suelo a dragar era heterogéneo, pero quizás nadie pudo juzgar que las mediciones arrojaran una cifra tan elevada. Lo que resulta incierto es la representatividad de estas muestras tan duras respecto de la zona III y del área del proyecto.

#### 4.2.5.1.4 Relación de causa-efecto entre las circunstancias materiales extraordinarias y los mayores costos:

Una de las pretensiones alude a una pérdida de productividad de la draga Hondius que debía hacer mayores pasadas para cortar y con ello retrasaría el trabajo a ejecutar, debido a la mayor dureza encontrada.

**LUIS PRIETO-PORTAR** explicó que la Hondius es una nave excepcional para dragar roca dura, con una profundidad de dragado de 20 metros, con las siguientes características:

- a) Gran capacidad de cabezal con 48 dientes (El cabezal corta y crea la pulpa).
- b) La potencia del cabezal que, además de cortar el material, lo aspira y lo transporta.
- c) La draga tiene una bomba para impulsar el material que es una mezcla de suelos con agua. En la presentación de audio y video enseñó el corte y el movimiento<sup>259</sup>, y mostró el ancla de estribor y el ancla de babor, cuyo tamaño alcanza a ser el mismo de la sala en la que se desarrollaba la audiencia.

El mismo perito, **PRIETO-PORTAR**, reconoce que la draga tenía el perfil para dragar 2,9 Megapascales, que están a 15 metros, pero ocurrió que **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA** se encontró con sacudidas fuertes y los apoyos de las máquinas se estaban resintiéndose y rompiendo, de modo que en esta zona del punto 6 pidió acompañamiento, investigó y pudo encontrar muestras de 16,6 y 18,3 Megapascales dentro del perfil a dragar: “... la parte superior era muy fuerte y muy distinta del material que estaba en el contrato pero ese es el material que encontraron en ese pozo, por eso los dientes se partían a los 400 metros cúbicos”.

<sup>259</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 70.

Aunque el peritaje calculó una curva de menor productividad, funcionando los equipos a la máxima potencia, le da una pérdida de productividad de 53%<sup>260</sup>. Lo cierto es que el rendimiento del dragado de roca según la propuesta del contratista en relato de la convocada (contestación de la demanda) sería de 181m<sup>3</sup>/hr, mientras que su rendimiento real fue de 220m<sup>3</sup>/hr<sup>261</sup>, "lo que superó en un 22% lo estimado"<sup>262</sup>. Este mejor rendimiento fue corroborado desde una perspectiva diferente por **CONCEP S.A.S.**, a **CORMAGDALENA** en su Informe Mensual de Interventoría No. 2, lo que avala la idea de un mayor rendimiento y no uno menor.

Sobre el mismo tema, el Interventor del contrato, en su declaración admite que la productividad se disminuyó, porque en lugar de un movimiento "swing" para cortar, tuvo que hacer pasadas más cortas sobre la roca, lo que por simple lógica, aumentó los tiempos de trabajo. No obstante, el trabajo terminó dentro del plazo.

El Interventor plantea un asunto que resuelve algunas de las dudas. El rendimiento de las dragas era mayor, aun a pesar de la dureza y al rendimiento previsto en su propia programación<sup>263</sup>. Por ejemplo, después de la suspensión se reanudaron los trabajos y lo que estaba previsto hacer en 21 días por la Pedro Alvares Cabral se hizo en tres (3) y se llevó a fondeo hasta mayo, cuando vino la Hondius ya que no tenían que trabajar simultáneamente, pero si en conjunto o coordinadamente<sup>264</sup>.

Otro aspecto del análisis que es relevante se refiere a un hecho probado, que **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA** ofertó específicamente la draga Hondius puesto que así aparece en la oferta: "Tomando en consideración las condiciones previstas del suelo, del mar, meteorológicas que probablemente se presentarán junto con las corrientes previstas en las áreas de trabajo, asumimos ejecutar las Obras utilizando la Maquinaria y el Equipo principal CSD Hondius y TSHD Filippo Brunelleschi"<sup>265</sup>. De allí que no se pueda admitir fácilmente un sobrecosto atribuible a una menor productividad con un tipo de draga que tenía las mejores condiciones para superar las dificultades del terreno autónomamente.

Aún asumiendo en gracia de discusión que podría ocurrir una pérdida de eficiencia de la máquina por mayor dureza, el quid del asunto es determinar a ciencia cierta y con pruebas directas en qué medida esa posible pérdida de eficiencia afectó la economía del contrato, o si el contratista pudo superar el hecho imprevisto debido a la calidad del equipo en operación, certificada por **LUIS PRIETO-PORTAR** como una gran máquina robusta y de alta calidad que permitió hacer la obra contratada con mayores pasadas a las previstas<sup>266</sup>, a alta velocidad, dentro de lo previsto como costo de esa máquina que fue la ofrecida por el contratista. Esa prueba directa de mayores costos y perjuicios es la que se echa de menos en este caso y la que impide que se de prosperidad al reclamo por menor productividad.

<sup>260</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 21.

<sup>261</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 454-455.

<sup>262</sup> Cuaderno Principal No. 1, folio 455.

<sup>263</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 750.

<sup>264</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 13.

<sup>265</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 689.

<sup>266</sup> "Por lo tanto, sobre el ancho del canal se hicieron 3 cortes en vez de 2, causando un incremento del tiempo de ejecución del dragado con 14 días..." (Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 435).

Para el Tribunal los dichos testimoniales sobre mayor productividad, que admiten la ocurrencia de las vicisitudes materiales, corroboran que esas dificultades se superaron por la calidad de los equipos contratados. Además se observa falta de prueba concreta sobre la cuantía de la pérdida del contrato imputable a la dureza.

También se alega que los daños sufridos por la máquina serían indemnizables como daños especiales o adicionales, tanto por las reparaciones del cabezal, ancla y cambio excesivo de dientes. Obviamente, el reclamo no puede pretender las reparaciones normales por el uso o desgaste y el mantenimiento post operación. Igualmente, los mayores gastos de combustibles y sobrecostos para esa operación también serían costos derivados de la mayor dureza, pero el quid del asunto es a cuánto ascienden estos daños directos en la maquinaria y en la operación misma.

La segunda parte del dictamen de **LUIS PRIETO-PORTAR** muestra la posible influencia de la condición adversa del terreno en la estructura de costos según un modelo teórico, analítico, que es necesario confrontar con la prueba directa de los mayores costos. Los costos teóricos que ofrece el dictamen técnico de **PIEDROBA CONSULTING GROUP LLC** siguen una metodología de cálculo hipotético que da un valor superior a 15.000 millones de pesos<sup>267</sup>.

Al recabar sobre los costos, en diligencia de testimonio practicada en el proceso, el Interventor **LAYTON GONZÁLEZ RUBIO** declaró que **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA** presentó reclamaciones porque la cortadora sufrió daños, dado el mayor desgaste, y mayor combustible pero que nunca se probaron las cifras reclamadas y por eso nunca se les reconoció un ajuste durante el contrato ni en la liquidación<sup>268</sup>. Sobre el valor de los daños dice que conoció la reclamación anterior a esta demanda que ascendía a \$4.000 millones de los cuales estaban demostrados unos 900 millones<sup>269</sup>, que además debían estar amparados en el rubro de imprevistos.

Por su parte, el Supervisor **ANDRÉS MOLINA MARTÍNEZ** dijo que las reparaciones alegadas eran eventos rutinarios<sup>270</sup> y por ello eran gastos propios de la actividad. En todo caso, afirmó que los dientes se desgastaban con el trabajo, de manera que había que separar las pruebas del desgaste normal de las originadas por mayor dureza<sup>271</sup>.

Uno de los inspectores de obra, el señor **LUIS CARLOS PEDRO RAÚL MANRIQUE PÉREZ**, quien asistió a los trabajos de las dos dragas, describió el material dragado, advirtiendo que algunas veces era blando y en otras más duro, especialmente en una de las márgenes del canal. Lo que no precisó fue la cantidad de material de mayor dureza que se dragó<sup>272</sup>.

El perito de parte **LUIS PRIETO-PORTAR** ofreció una estimación diaria de lo que normalmente ocurre en los gastos y costos adicionales por una condición adversa del terreno que busca un reajuste en el precio<sup>273</sup>. Pero al contrastar este Tribunal esos valores diarios con los precios unitarios diarios

<sup>267</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 22 (reverso).

<sup>268</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 13 y 22.

<sup>269</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 22 (reverso).

<sup>270</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 58.

<sup>271</sup> *Ibidem*.

<sup>272</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 31 y 34.

<sup>273</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 20 a 22.

ofertados por la convocante, advierte que se alejan sustancialmente de los precios contractuales, como puede verse en el siguiente cuadro:

SECTOR I			
RUBRO	UNIDAD	Vr. SEGÚN PERITO PIEDROBA CONSULTING GROUP	Vr. SEGÚN PROPUESTA JAN DE NUL
TSH Draga Pedro Alvares Cabral	Día	\$140.519.171	\$15.528.345
Tripulación – personal	Día	\$17.192.333	\$3.467.508
Combustibles - Lubricantes	Día	\$9.577.517	\$9.549.900
Otros Costos Directos	Día		\$450.091
<b>COSTO DIRECTO DIARIO TOTAL</b>		<b>\$167.289.021</b>	<b>\$28.995.844</b>

SECTOR II			
RUBRO	UNIDAD	Vr. SEGÚN PERITO PIEDROBA CONSULTING GROUP	Vr. SEGÚN PROPUESTA JAN DE NUL
TSH Draga Pedro Alvares Cabral	Día	\$140.519.171	\$15.528.345
Tripulación - personal	Día	\$17.192.333	\$3.467.508
Combustibles - Lubricantes	Día	\$9.577.517	\$8.756.100
Otros Costos Directos	Día		\$ 450.091
<b>COSTO DIRECTO DIARIO TOTAL</b>		<b>\$167.289.021</b>	<b>\$28.202.044</b>

SECTOR III			
RUBRO	UNIDAD	Vr. SEGÚN PERITO PIEDROBA CONSULTING GROUP	Vr. SEGÚN PROPUESTA JAN DE NUL
Draga Hondius	Día	\$100.971.371	\$15.528.345
Tripulación - personal	Día	\$13.120.011	\$3.467.508
Combustibles - Lubricantes	Día	\$3.557.514	\$9.015.300
Otros Costos Directos	Día		\$450.091
<b>COSTO DIRECTO DIARIO TOTAL</b>		<b>\$117.648.896</b>	<b>\$28.461.244</b>

Para este Tribunal, no es de recibo el análisis realizado por el dictamen de **LUIS PRIETO-PORTAR** en relación con los costos adicionales, dado que el examen se aparta de los precios acordados contractualmente, y tampoco muestra aproximación alguna a la cifra efectivamente pagada por concepto de mayores costos, sino que se basa en un cálculo especulativo de cada ítem sin aportar la fuente de su ejercicio económico.

Para este Tribunal, del dictamen analizado de **LUIS PRIETO-PORTAR** no se desprende un valor cierto que pudiera cuantificar los daños por la situación

material imprevista, y en cambio, se observa que se encuentra un valor importante por imprevistos, que la convocada acepta que pudiera corresponder a esta situación material imprevista. Ese rubro específico contratado y pagado equivale al 5% del valor del contrato, es decir \$781.694.435<sup>274</sup>.

Para efectos de establecer con claridad, precisión y detalle, los mismos costos adicionales examinados y el valor de las suspensiones de la obra por *stand by* del 1º al 14 de julio de 2014, originados en la mayor dureza, según las pretensiones de la demanda, el Tribunal, a petición de ambas partes, decretó un dictamen pericial contable y financiero el cual fue asignado a la sociedad **JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA.**, cuyo representante legal es el señor **EDUARDO JIMÉNEZ RAMÍREZ**, quien rindió el peritazgo y respondió sendos cuestionarios formulados por **CORMAGDALENA** y **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA, EN LIQUIDACIÓN**. Posteriormente, previa solicitud de las partes y del propio Tribunal, el perito presentó aclaraciones al dictamen. Surtido este trámite surgió su contradicción a través de un perito de parte, el señor **CARLOS JULIO CORTÉS SÁNCHEZ**.

Del análisis de la prueba contable y económica de conformidad con la normativa vigente sobre el tema, contenida en el Código de Comercio, el Código General del Proceso<sup>275</sup> y el Decreto Reglamentario 2649 de 1993 se obtuvieron las siguientes conclusiones:

1. No existe un estado financiero de propósito especial<sup>276</sup> para el proyecto objeto del contrato, que si bien no resulta obligatorio, hubiera sido útil para probar si la economía del contrato sufrió un revés extraordinario, de tal forma que se hubiera presentado un desequilibrio económico originado en la situación adversa del terreno, por las siguiente razón: un estado de costos del contrato permite confrontar los ingresos con los costos y gastos asociados para hallar los resultados de un proyecto o de un contrato.
2. En este caso, puede afirmarse que respecto a los ingresos del proyecto objeto del contrato que dio origen a esta controversia sí se pueden determinar, con un análisis comparativo de cuentas y sus soportes, como lo informa el perito de parte, en el punto 10.12.2 “para la determinación de los ingresos, basta con realizar un análisis de las facturas registradas” (a nombre de **CORMAGDALENA** en este caso), “teniendo en cuenta las actas de obra mensuales firmadas y aceptadas por la interventoría del proyecto”, y como lo sostuvo en el careo practicado el 4 de octubre de 2016, cuando se le preguntó si era posible determinar los ingresos del contrato y los atribuibles al sector III. Como

<sup>274</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 707.

<sup>275</sup> Código General del Proceso, artículo 232: “El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso”.

<sup>276</sup> Decreto 2649 de 1993, artículo 24: “Son estados financieros de propósito especial aquellos que se preparan para satisfacer necesidades específicas de ciertos usuarios de la información contable. Se caracterizan por tener una circulación o uso limitado y por suministrar un mayor detalle de algunas partidas u operaciones. Entre otros, son estados financieros de propósito especial: el balance inicial, los estados financieros de períodos intermedios, los estados de costos, el estado de inventario, los estados financieros extraordinarios, los estados de liquidación, los estados financieros que se presentan a las Autoridades con sujeción a las reglas de clasificación y con el detalle determinado por éstas y los estados financieros preparados sobre una base comprensiva de contabilidad distinta de los principios de contabilidad generalmente aceptados”.



ya se señaló desde el inicio del análisis sobre el asunto relativo al desequilibrio económico, los ingresos totales del contrato fueron de \$19.932'423.056,39<sup>277</sup>, incluyendo el AIU. Sobre esta cifra existe suficiente certeza puesto que aparecen certificados por el revisor fiscal en el Informe de Estados Financieros<sup>278</sup> y en el Acta Final de Entrega de la Obra. La misma cifra adicionada con el IVA fue de \$20.055'084.122.

3. En contraste, para determinar los costos del proyecto objeto del contrato han surgido distintas apreciaciones que no dan suficiente claridad sobre los costos totales, los esperados o previstos por las partes y los adicionales a estos que pudieron originarse en la mayor dureza del suelo. Esta incertidumbre se debe a diversas circunstancias:

3.1 La primera es que la contabilidad que se lleva en Colombia, según las normas contables vigentes en ese periodo, no contaba con un libro auxiliar por centros de costos, como se observa de los auxiliares anexos, entregados por **JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA.** en la aclaración de su peritazgo, con una versión del sistema contable Helisa. Es cierto que **JEGA** afrontó un problema en relación con los costos de esta ecuación contractual porque, infortunadamente, en el correo anexo 39-12 de 10 de agosto de 2016, en respuesta a una solicitud del perito, el apoderado de la parte convocante le dice que “esta información no está registrada en ninguna contabilidad”. Aunque al día siguiente 11 de agosto, el mismo apoderado dice que en el archivo Excel los cuatro dígitos de la mitad corresponden al centro de costos de la draga, como anteriormente se hizo ver en el manual que les fue entregado con el centro de costo de las dragas 8040 para PAC y 8062 para Hondius<sup>279</sup>.

3.2 De allí que en la audiencia del 4 de octubre de 2016 el señor Jiménez a la pregunta del Dr. **ESTUPIÑÁN** acerca de “¿si es posible determinar los costos en que incurrió Jan de Nul en la ejecución del contrato, es eso posible o no es posible?”, respondió: “No era posible, no era posible porque factura por factura no estaba el código por draga, no estaba ahí, no era posible, no era posible, y esa es la razón por la cual nosotros dijimos, sí mire, esto dice Pedro Alvares pero no podemos saber si es aplicable en concreto a ese trabajo o a ese contrato... porque de acuerdo con los soportes ahí no estaba contemplado en muchos casos la draga etc., estaba la información en AXI, no en Colombia, en Colombia no<sup>280</sup>”.

3.3. Por el contrario, el perito de parte, **CARLOS JULIO CORTÉS SÁNCHEZ**, en diligencia del mismo 4 de octubre de 2016, para controvertir el primer dictamen, dice que evaluó todo el sistema de información contable, su existencia, legalidad y autenticidad de cada una de las operaciones y observó que “este proceso contable tiene un sistema de consolidación internacional que va a Bélgica, tiene otras instancias y ahí en cada una de esas instancias tiene un proceso de revisoría o de auditoría...”. En todo

<sup>277</sup> Cuaderno de Pruebas No. 6, folio 118.

<sup>278</sup> *Ibidem*.

<sup>279</sup> Cuaderno de Pruebas No. 6, folio 53 (reverso)-54.

<sup>280</sup> Cuaderno de Pruebas No. 6, folio 134.

caso, atestiguó que “sí existen los centros de costos en la contabilidad de Jan de Nul, denominados por cada una de las dragas” separados por países, y por dragas, en un sistema que se denomina AXI”.

3.4. Sobre la credibilidad del sistema AXI, pese a ser extranjero, se explicó por el perito **CORTÉS** que sí resulta confiable, porque tiene un manual de cuentas que decodifica las partidas para homologarlas con el sistema nacional al que se puede verter. A partir de la buena fe y del hecho de que habiendo sido aportados también estos libros auxiliares que provienen del sistema AXI, y no fueron tachados de falsos por la contraparte, puede afirmarse que los centros de costos de la contabilidad internacional acreditan los costos del período 2014, pero lo hacen de forma total por dragas, con lo cual no es posible extraer información necesaria para determinar el valor del contrato que pudiera contrastarse con la cifra de ingresos de este contrato, y mucho menos el mayor valor “adicional” que supuso ejecutar la obra en condiciones adversas.

3.5. Tampoco existen detalles en las reparaciones y combustibles que nos permitan corroborar que existió un valor adicional al presupuestado, de gran envergadura, ni se estableció en caso de existir, su cuantía, para confrontarlo con el rubro de imprevistos pactado. Es decir, aun valorando como prueba los libros auxiliares que se llevan en el sistema AXI belga, que se reproducen en Colombia sin manipulaciones, según afirmó el auditor **CORTÉS**, resulta imposible determinar ese mayor valor que potencialmente surgiría como costos adicionales por mayor dureza, ya que los costos están totalizados por cada draga ordinarios y extraordinarios sin separación alguna y, en cambio, los ingresos están sectorizados por el segmento de roca y no por el proyecto a dragar, objeto del contrato.

3.6. En relación con las facturas persisten las dudas. El perito de parte hizo el ejercicio de análisis de las facturas según los costos que correspondían a cada draga, y a partir de esa información explicó que para determinar las que correspondían al periodo de ejecución del contrato (punto 11.2), utilizó la fecha de ejecución o prestación mencionada específicamente en la propia factura, o en su defecto la fecha de entrega de la orden de compra, y en caso de no contar con ella, “utilizamos la fecha de la factura”. Este procedimiento sería razonable cuando no se duda que estos costos se imputan o registran a cada draga para el contrato y no hay situaciones anormales. No obstante, en este caso no ofrece la precisión necesaria para costear el valor normal o estándar que se relaciona con el contrato, y mucho menos el de los costos extraordinarios que originaron el diferendo, ya que existe una incertidumbre, también razonable, sobre si estas dragas pudieron generar costos comunes a otros contratos del mismo ente jurídico **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA**, en el mismo año, dado que estuvieron poco tiempo dedicadas al contrato (4 meses). Inclusive, después de revisar un alto porcentaje de las 14.278 facturas aportadas con el peritazgo elaborado por el señor **CARLOS JULIO CORTÉS**, el Tribunal Arbitral encontró serias inconsistencias en cuanto al periodo y al concepto de las mismas.

Por ejemplo, en los soportes entregados por el perito **CORTÉS** a la pregunta No. 4 en el cuadro Excel, relacionó la factura 101371 la cual correspondía a un suministro del 17 de enero de 2014, fecha para la cual ni siquiera había empezado la ejecución del contrato; la factura 102427 correspondía a un suministro del 10 de marzo de 2014 en Buenaventura y no en Barranquilla, lugar de ejecución del contrato; igual situación se presentó con la factura 103376 que correspondía a un suministro del 2 de abril de 2014 también en Buenaventura; entre otras. Estas facturas se encuentran en la carpeta 35, Soportes Respuesta Cuestionario, subcarpeta Pregunta 4 (Archivo en Excel), que relaciona 15 facturas de las cuales 5 no corresponden por este tipo de inconsistencias y las demás corresponden a costos ordinarios de la operación de las dragas, sin que pueda deducirse que alguna de ellas corresponde a los sobrecostos alegados por la convocante.

Tan es así, que el propio dictamen de parte prorratea las reparaciones anuales y las del llamado “dique seco”, por ser habituales y periódicas, y atribuye a los costos del contrato los de una cuarta parte de las reparaciones, lo que nada aporta a la cuestión de los costos extraordinarios reclamados por la mayor dureza del terreno.

Dicho de otra forma, los ingresos facturados por el Contrato se identifican fácilmente con el proyecto, según las actas que liquidan los precios unitarios, mientras que los costos “se asignan al proyecto”, siguiendo la atribución de un código contable que las relaciona con “las dos dragas” empleadas en el Contrato. Además, este sistema de costeo adolece de dos defectos desde el punto de vista probatorio, para llevar a la convicción del juez más allá de toda duda, de que son costos adicionales: a) ninguna factura de gastos y costos contaba con el comprobante contable que describiera una operación extraordinaria, lo que hubiera permitido detallar la naturaleza de la transacción, luego, no se puede afirmar que son gastos imprevistos; b) las fechas de las facturas no corresponden con la entrega efectiva de los combustibles y lubricantes, ni se aportó algún elemento que permitiera concluir qué combustible extra se consumió porque la roca fuera más dura; y c) lo mismo puede decirse de la prestación de personal. Así, el Tribunal concluye que la información es insuficiente para probar que los bienes y servicios se entregaron y prestaron en las fechas precisas de las preguntas del cuestionario, y que eran requeridas de manera extraordinaria a los costos presupuestados. Es más, si se considera que cada cargue de combustible o lubricante se registra en la bitácora, no existe prueba cruzada para su valoración y mucho menos se acreditó si se trataba de los costos remunerados en el precio o de un daño eventual a compensar.

3.7. En cuanto al resultado del contrato es también incierto. Se indagó insistentemente a los peritos por la suerte definitiva del contrato para determinar si el resultado fue de pérdida o de utilidad. Si se ganó o se perdió en la ejecución del objeto pactado es relevante para este tipo de reclamos porque indica si hubo un desajuste respecto de los costos presupuestados en la oferta económica del contrato. Pero, aunque se llegare a demostrar la

pérdida contractual, esta no es suficiente para determinar que los costos superiores se debieron a una circunstancia extraordinaria debido a la dureza del suelo, puesto que puede deberse al manejo propio de los gastos o a circunstancias ajenas como el tipo de cambio.

4. Al penetrar en las respuestas de los peritazgos contables, el Tribunal hace el siguiente análisis detallado que corrobora las conclusiones ya expuestas:

4.1. "Adicional" es un adjetivo que se asigna al que suma, añade, agrega, amplía, reúne, superpone, anexa, o incorpora alguna cosa a otra ya existente. En este caso los "costos adicionales por mayor dureza" no son todos los pagados sino los que tuvieron que agregarse a los estandarizados en los precios unitarios detallados en razón de las dificultades extremas. Luego, no es de recibo cuantificar presuntos daños. En este caso lo adicional no es lo pagado en exceso de los ingresos del Sector III, como persigue demostrar el peritazgo de parte, porque esta no es una instancia para renegociar el contrato por algún error de cálculo de los costos reales, ni es función de los árbitros mejorar lo pactado, puesto que el contrato es ley para las partes. Lo que se agrega a los costos ya pactados, en razón de una sujeción material adversa, son aquellos que una vez probados se tenga certeza de que se originaron en el hecho extraordinario.

4.2. Ahora, teniendo en cuenta los costos adicionales causados por la mayor dureza, la pregunta No. 3<sup>281</sup> evidentemente pretendía conocer el valor de las reparaciones de cada una de las dragas empleadas en el período de ejecución del Contrato, excluyendo el período de suspensión, para lo cual se requerían facturas específicas por daños de la época del Contrato, ocasionados por la mayor dureza o por alguna de las dificultades imprevistas señaladas por la convocante. No es pertinente cuantificar los daños por el uso ordinario o por la labor propia que fue contratada puesto que esa estructura de costos ya está remunerada. Por eso **JEGA** respondió inicialmente que la información de los costos es global y luego aclaró que no era posible determinarlos a menos que se comprometiera con un juicio de valor.

4.3. Por el contrario, el perito **CARLOS JULIO CORTÉS**, respaldado en lo que denomina "Soportes Pregunta 3" dice que la draga Pedro Alvares Cabral incurrió en costos por \$195'356.872,02 y la Hondius por \$1.054'158.034, incluyendo todas las reparaciones que se tuvieron que hacer con posterioridad a la terminación del contrato, pues se requería que las dragas estuvieran en un lugar óptimo para ello.

El Tribunal no encuentra probados los costos adicionales a los que se refiere esta respuesta, debido a que las facturas anexas no se refieren a reparaciones por mayor dureza ni a daños extraordinarios.

<sup>281</sup> "Pregunta No. 3: Determinará el perito si en la contabilidad de JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA-EN LIQUIDACIÓN, existen soportes de reparaciones de las dragas HONDIUS y Pedro Alvares Cabral durante la ejecución del contrato, excluyendo los periodos en que el contrato estuvo suspendido".

4.4. La pregunta No. 10 es quizás la de mayor importancia económica y jurídica para la mayor pretensión (se relaciona íntimamente con la 12 y la 13), y dice así: “10 Determinará el perito si en la contabilidad de JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA-EN LIQUIDACIÓN, existen registros contables debidamente soportados, del denominado ‘Costo adicional dragado material duro’ en el término de la ejecución contractual, por valor de COP 9,988,313,057”.

Relacionado con este asunto, la pregunta No. 11 indaga por si existen registros contables de los rubros calculados en el dictamen de **LUIS PRIETO-PORTAR**. Este laudo se muestra acorde con el dictamen pericial rendido por la firma **JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA.**, que a la pregunta No. 10 respondió:

“Así las cosas, con fundamento en las evaluaciones y verificaciones efectuadas no se pudo determinar que existan registros contables debidamente soportados, del costo denominado “Costo adicional dragado material duro” en el término de la ejecución contractual, por valor de \$9.988.313.057” (subrayas fuera del texto).

La pregunta No. 10, en armonía con las preguntas Nos. 11, 12 y 13, pretendía corroborar contablemente que el dictamen del ingeniero **PRIETO-PORTAR**, que parte de estimados de su ciencia y experiencia, arroje similar resultado en las cuentas del costo encontrando las facturas con sus soportes y registros, que muestren el valor adicional de dragado de material duro por \$9.988’313.057, que es una suma muy importante.

El perito de parte, señor **CORTÉS**, se apoya en la contabilidad de costos, para hacer un análisis financiero determinando “un rango calculado por dos totales de costos así”<sup>282</sup>:

“a) Un mínimo calculado por todos los costos incurridos durante la movilización de la draga Hondius (cortadora) y el dragado de la roca realizado por la draga Pedro Alvares Cabral, durante la ejecución del proyecto determinados por las siguientes fechas:

“- Por la draga Hondius: desde la fecha 24 de abril de 2014 hasta el 25 de julio de 2014 excluyendo el periodo de espera desde el 02 al 13 de julio de 2014.

“- Por la draga Pedro Alvares Cabral: desde la fecha 30 de mayo de 2014 hasta el 11 agosto de 2014, excluyendo el periodo de espera desde el 05 hasta el 17 de julio de 2014.

“b) Un máximo por todos los costos del punto (a) –anterior– y los costos por las reparaciones incurridas después del trabajo realizado de acuerdo con el objeto del contrato 0-0098-2013 suscrito entre Jan De Nul sucursal Colombia y Cormagdalena.

<sup>282</sup> Cuaderno de Pruebas No. 6, folio 85.

“Es necesario aclarar que existen facturas que cubren un periodo más largo que el periodo determinado como periodo atribuible. Además, debemos excluir el periodo de espera.

“Para tener en cuenta solamente los costos y gastos periodo atribuible, se requirió prorratear los mismos. Para ello se utilizó un procedimiento que a nivel general se explica así:

“(Costos totales dragas)

“a) Se determinaron los costos relacionados con las dragas Pedro Alvares Cabral y Hondius en el término de la ejecución contractual a nivel de factura, identificando la cuenta contable en la cual fueron registrados los hechos económicos tanto en el software colombiano como en el belga, permitiendo así determinar el total de días del servicio prestado por cada tercero según factura.

“b) Se determinó la fecha inicial y final del periodo atribuible que permita identificar los días del periodo de relevancia a nivel de cada factura soporte del hecho económico atribuible al contrato, excluyendo los periodos de espera (Stand By). Al determinar el periodo de servicio y el periodo de relevancia atribuible, se calcula el porcentaje del periodo de relevancia sobre el total del tiempo de servicio (Ver Anexo N°8).

“(Sobrecostos) c) Finalmente, se calculó el valor del **sobre costo** por la condición adversa del terreno directamente atribuible al contrato suscrito entre Jan De Nul sucursal Colombia y Cormagdalena.

“El valor de los costos es \$23.956.033.671,08. En el anexo a esta pregunta (Ver soportes Pregunta 10) está la relación de cada una de las facturas que sustentan legalmente el hecho económico.

“**El procedimiento generó dos libros auxiliares así:**

“a) Libro Auxiliar 1: corresponden a todos los costos incurridos por la draga Hondius durante ejecución contractual (proyecto), teniendo en cuenta lo siguiente:

“- Periodo durante el cual la draga ejerció trabajos de corte: desde el 24 de abril de 2014, fecha de inicio de la movilización, hasta el 25 de julio de 2014, excluyendo el periodo de espera desde el 02 al 13 de julio de 2014.

“- De acuerdo con los procedimientos anteriores, el total de costos directamente atribuibles según la ejecución contractual del contrato suscrito con Cormagdalena es de: \$5.523.9253233,54.

“b) Libro Auxiliar 2: Corresponden a todos los costos incurridos por la draga Pedro Alvares Cabral durante la

ejecución presupuestal (proyecto), teniendo en cuenta lo siguiente:

“- Periodo durante el cual la draga ejerció trabajos de dragado: desde el 30 de mayo hasta 11 de agosto de 2014, excluyendo el periodo de espera desde el 05 hasta el 17 de julio de 2014.

“- De acuerdo con los procedimientos anteriores, el total de costos directamente atribuibles según la ejecución contractual del contrato suscrito con Cormagdalena es de: \$ 4.282.210.575,03.

“En orden de calcular el resultado del proyecto también se debe incluir la amortización del derecho de uso sobre las dragas utilizadas para el proyecto así:

“a) Cálculo de la amortización del derecho de uso excluyendo el tiempo de espera por draga:

“- Por la draga Pedro Alvares Cabral: desde el 30 de mayo hasta el 11 de agosto de 2014, excluyendo el tiempo de espera desde el 05 hasta el 17 de julio de 2014, siendo el costo \$ 2.999.911.981,51.

“- Por la draga Hondius: desde el 24 de abril hasta el 25 de julio de 2014, excluyendo el tiempo de espera desde el 02 hasta 13 de julio de 2014, siendo el costo \$ 7.752.049.705,08.

“La suma de los dos libros auxiliares derivados de los costos incurridos por las dragas Pedro Alvares Cabral y Hondius durante la ejecución del proyecto más la amortización por concepto del derecho de uso de las dos dragas, es de \$ 20.558.097.495,16. Esta suma es el mínimo de los gastos y costos.

“Adicionalmente, Jan De Nul sucursal Colombia en Liquidación incurrió en los siguientes costos por reparaciones realizadas después de ejecutado el proyecto relacionadas a cada draga así:

“a) Libro Auxiliar 3: Corresponden a los costos por las reparaciones de la draga Hondius después de ejecutado el proyecto teniendo en cuenta lo siguiente:

“- Periodo de realización: desde el 26 de julio hasta el 31 de diciembre de 2014.

“- De acuerdo con lo identificado en el análisis de los costos a nivel de factura, se evidenció que dichos costos fueron registrados en la cuenta contable según PUC Colombia y belga así:

“Cuenta 71050502 (PUC colombiano) - 60103 (PUC belga)

“Cuenta 734545 (PUC colombiano) - 61121 (PUC belga)

“Cuenta 734515 (PUC colombiano) - 61122 (PUC belga)

“733510 (PUC colombiano) - 61300 (PUC belga)

“- El total de costos incurridos por la draga Hondius por reparaciones realizadas después de terminado en contrato de Cormagdalena fue de \$ 1.909.414.271,57.

“b) Libro Auxiliar 4: Corresponden a los costos por las reparaciones de la draga Hondius realizadas después de ejecutado el proyecto teniendo en cuenta lo siguiente:

“- Periodo de realización: desde el 01 de enero hasta el 04 de junio de 2015.

“- De acuerdo con lo identificado en el análisis de los costos a nivel de factura, se evidenció que dichos costos fueron registrados en la cuenta contable según PUC Colombia y belga así:

“71050502 (PUC colombiano) - 60103 (PUC belga)

“734545 (PUC colombiano) - 61121 (PUC belga)

“734515 (PUC colombiano) - 61122 (PUC belga)

“733510 (PUC colombiano) - 61300 (PUC belga)

“- El total de costos incurridos por la draga Hondius por reparaciones realizadas después de terminado en contrato de Cormagdalena fue de \$ 232.152.891,00.

“La factura del primer dique seco de la Hondius después del proyecto de Cormagdalena. Los costos de las reparaciones y el mantenimiento periódico efectuado en dique seco de cada draga son compartidos entre los diferentes proyectos (anteriores) a este dique seco. En general, estas grandes reparaciones se hacen para las dragas con un corte aproximadamente una vez al año. Este costo se puede definir como el desgaste de los equipos durante la ejecución del proyecto. Como la draga Hondius fue designada 3 meses al proyecto de Cormagdalena, el proyecto tuvo que hacerse cargo de un cuarto del costo del dique seco. El valor de estas facturas es:

“- Facturas por US\$ 1,419,500 con una TRM del 29 de octubre de 2015 (2.926,75) = \$ 4.154.521.625,00.

“- Facturas por US\$ 267,200 con una TRM del 12 de diciembre de 2015 (3.258.56) = \$ 870.954.432,00.

“En la siguiente imagen se relacionan los cálculos de los costos realizados



Libro Auxiliar 1	Total costs HN during project	5.523.925.233,54	5.523.925.233,54
Libro Auxiliar 2	Total costs PA during project	4.282.210.575,03	4.282.210.575,03
	Amortización del derecho de uso - HN	7.752.049.705,08	7.752.049.705,08
	Amortización del derecho de uso - PA	2.999.911.981,51	2.999.911.981,51
Libro Auxiliar 3	Total costs HN repairing after project in 2014		1.909.414.271,57
Libro Auxiliar 4	Total costs HN repairing after project in 2015		232.152.891,00
	Costo del dique seco (25%)		1.256.369.014,25
	<b>Total Costs</b>	<b>20.558.097.495,16</b>	<b>23.956.033.671,98</b>
	Item Movilización Hondius	1.192.958.239,00	1.192.958.239,00
	Item Dragado hidráulico sector 3 (roca)	8.637.524.987,00	8.637.524.987,00
	<b>Total Ingresos</b>	<b>9.830.483.226,00</b>	<b>9.830.483.226,00</b>
Resultado:	<b>Perdida sobre el rubro dragado roca</b>	<b>- 10.727.614.269,16</b>	<b>- 14.125.550.445,98</b>

“Aclaremos que las cifras anteriores no toman en cuenta los costos indirectos, es decir, (30% AIU)” (subrayas fuera del texto).

El análisis pertinente arroja que la respuesta se basa en los costos totales por draga que se acumulan en el cuadro, atribuibles al proyecto en el Sector III, y por otro lado los ingresos los totaliza en \$9.830'483.226,00 (los del sector de dragado duro, sin incluir AIU, cuando esa porción precisamente enjuga pérdidas con utilidades y sobrecostos por imprevistos con el rubro imprevistos).

El costo total lo eleva a \$20.558'097.495, para una pérdida del Sector III equivalente a \$10.727'614.269 que no es una pérdida atribuible a la mayor dureza sino a muchos costos de distinta etiología. El perito además de atribuir las facturas de costos, como ya se vio, incluyó una dura devaluación posterior a la terminación del proyecto, para pagar el “derecho de uso” de las máquinas en dólares, cuando el contratista no estaba cubierto con un instrumento financiero de cobertura pese a que el tipo de cambio de la fecha del contrato era de \$1.800 por dólar americano y no de \$2.926 y \$3.258, como establece el perito para la fecha de la factura o del pago del mantenimiento y uso. Por otro lado, esa cifra incluye todas las reparaciones, incluso algunas de 2015 para hallar una pérdida de la porción contractual (sector III) sin llegar a mostrar los mayores costos de la dureza. El Tribunal estudió el reporte financiero de agosto 25 de 2015 en el que consta que **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA** firmó múltiples contratos coetáneos al que nos ocupa, como el de la Sociedad Portuaria Terminal de Buenaventura por USD 2'527.951,38 en abril de 2014; otro para el puerto de Mamonal, en Cartagena en abril de 2014, por USD 10'787.134,00; en agosto de 2014 para la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla por USD 1'087.802,00; otro en agosto de 2014 para Buenaventura; uno con **INVIAS** por \$6.637'337.760,00 de septiembre de 2014 para el canal de acceso de Buenaventura; y otros, de manera que el alistamiento de sus dragas no es atribuible únicamente a este contrato que ya se había ejecutado cuando se hizo este mantenimiento.

En la cuenta de los ingresos no incluye AIU que son sus ingresos y enjugarían en parte sus pérdidas que dice haber sufrido, y que en todo caso incluyen fechas muy amplias, que nada tendrían que ver con las dificultades en los dientes, cabezal, cortadora, ancla y mayores combustibles.

En relación con las facturas que se anexaron físicamente y en medios magnéticos, no basta con aportar facturas por determinados costos, sino que en las mismas debe explicarse el servicio prestado y la fecha de la prestación del servicio, y fundamentalmente, deben acompañarse del respectivo comprobante contable para que se puedan apreciar como prueba del costo facturado y su relación causal con el hecho que originó el pretendido desequilibrio, pero aquí se aprecia nuevamente que se trata de todos los costos del proyecto que se remuneran a través del precio pactado. Tan cierto es esto, que una vez examinadas incluyen alojamientos, seguros, batimetría, alimentos, cervezas, visas y otros gastos de la operación previsibles en este tipo de contratos.

Adicionalmente, revisadas por el Tribunal la totalidad de las 72 de las facturas relacionadas en el archivo de Excel, que soportan la pregunta No. 10, se encuentra lo siguiente:

- a) La primera dificultad que encontró el Tribunal se presentó en que el número que aparece en el cuadro Excel aportado por el perito Carlos Julio Cortés, en la Carpeta 35: Soportes Respuesta Cuestionario, subcarpeta PREGUNTA 10, no corresponde a la numeración de la factura que se relaciona en la Carpeta 26 (Facturas 2015). Por ejemplo al examinar la factura con número en el archivo de Excel bajo el Número 100267, el número de la factura es 0267 y así ocurre con todas ellas.
- b) Las facturas 100748, 100749, 100750, 101746, 101766, 101854, 102111, 102219, corresponden al año 2015, y están relacionadas con Cartagena.
- c) La factura 103662 es de Abril de 2014 de Buenaventura.
- d) Las facturas 102696, 103807, 103996, 104012, 104647, 105124, y 106308 son de 2015 relacionadas con Buenaventura.
- e) El resto de facturas (106309, 105271, 104141, 103998, 103995, 103840, 103765, 103679, 103663, 103065, 103064, 102423, 102414, 102398, 102232, 102231, 102193, 102192, 101865, 101788, 101787, 101749, 101748, 101747, 101687, 101662, 101659, 101658, 101657, 101650, 101649, 101648, 101499, 101346, 101320, 100923, 100848, 100846, 100844, 100843, 100842, 100841, 100800, 100770, 100764, 100756, 100752, 100747, 100692, 100533, 100525, 100378, y 100267) son de 2015 de Cartagena
- f) La factura 101654 no aparece en la carpeta de Facturas 2015.

Del análisis anterior, se advierte que ninguna de las facturas mencionadas le da certeza al Tribunal sobre los costos del Contrato, ni mucho menos de los costos adicionales cuyo reconocimiento fue solicitado.

Por otro lado, el segundo cálculo (relacionado con los costos comunes del “dique seco”) incluyó una porción de los gastos de reparación anual asignada al proyecto, correspondientes a un trimestre normal de reparaciones, pero en realidad fueron costos de reparación efectuados a las dragas después de terminado el servicio contratado, lo que prueba que las dragas sí prestaron el servicio para el cual se contrataron, sin haberse demostrado que esos costos adicionales obedecieron a reparaciones derivadas de una mayor utilización de las dragas por mayor dureza. Además, el derecho de uso que se paga por equipos que no son propios, según las especificaciones del pliego, debían considerarse dentro del precio cotizado y así se hizo, según muestra el detalle de precios unitarios, luego, no puede reclamarse nuevamente ese valor, esta vez como indemnización.

La afirmación del perito de parte, según la cual, “la suma de los dos libros auxiliares derivados de los costos incurridos por las dragas Pedro Alvares Cabral y Hondius durante la ejecución del proyecto más la amortización por concepto del derecho de uso de las dos dragas, es de \$ 20.558.097.495,16, es el mínimo de los gastos y costos”, es interpretada por el Tribunal como el valor total de los costos contables no necesariamente atribuibles al contrato, porque se ha comprobado que corresponden también a la ejecución de otros proyectos ejecutados en el mismo año, lo que implica que no se encuentran probados los métodos de atribución y temporalidad empleados en este ejercicio.

Por otra parte, no hay cifras del contrato globalmente considerado, con sus ingresos y costos totales para determinar qué se esperaba y cuál fue la desviación.

Respecto a la pérdida que se muestra en el cuadro con el que el perito **CARLOS JULIO CORTÉS** concluye su respuesta a la pregunta No. 10, tampoco es confiable porque los ingresos no incluyen el porcentaje AIU para encontrar el balance de este sector, que sumado a los ingresos totales del Contrato, permitiría saber si hubo un desbalance importante en el mismo.

En la respuesta a la pregunta 12, en la que se indagaba por cifras contables que permitieran comprobar la hipótesis indicada en el dictamen de **PIEDROBA**, como sumas en las que efectivamente incurrió la convocante y que estuvieran registradas en su contabilidad, el perito **JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA.** respondió que no estaban estos costos debidamente soportados en la contabilidad y ello es así porque en la contabilidad solo pueden registrarse hechos económicos realizados y no cálculos hipotéticos. Y a la solicitud de aclaración acerca de si a partir de las facturas podría hallarse una respuesta, el perito negó esa posibilidad alegando que se trataba de un juicio de valor no permitido.

No obstante, la prueba de parte dice que “se definió el costo adicional relacionado al dragado de roca por la diferencia total de los costos e ingresos incurridos. Partiendo de lo anterior se determinó un rango calculado por dos totales de costos”. Y explica, que el mínimo lo obtiene por los costos de las dos dragas

durante su movilización en ejecución del proyecto, mientras que el valor máximo lo saca incluyendo el período de reparaciones que supera el término del contrato. De este procedimiento deduce que el costo total de la draga Hondius por dragado es de \$5.820'990.213,07 y el de la draga PAC \$4.523'054.504. A esta partida le adiciona la amortización por el derecho de uso de las dragas por \$9.404'125.871,14 por la PAC que estuvo casi tres meses y \$3.513'226.631 por la Hondius<sup>283</sup>, que se usó por dos meses. Y a esta partida le agrega además las reparaciones totales facturadas en divisas que se traen a la TRM del 29 de octubre de 2015 y 12 de diciembre de 2015 y agrega, finalmente, el costo del 25% de lo que llama "dique seco" que es el mantenimiento anual en condiciones óptimas, que no había sido mencionado en el proceso. Así las cosas, los costos ya serían de \$23.261'397.221, en el mejor de los casos, y de \$26.659'333.397, en el peor, con mayores pérdidas a las certificadas en la pregunta No. 10. Esta respuesta lleva a dos conclusiones alternas que en ningún caso dan prosperidad a las pretensiones de reconocimiento de mayor valor por dureza:

a) Si lo que se resta de los ingresos son los costos totales tenemos que se trata de una pérdida ordinaria<sup>284</sup>, que en este caso se pretende reclamar como "daño por la situación material imprevista" lo cual es inaceptable

b) O, si lo que se pretende reclamar nuevamente son todos los costos, sin deducir los ya pagados, con el fin de que los desbalances e ineficiencias del contratista sean asumidos por la entidad pública, también es inaceptable desde el punto de vista del equilibrio del contrato.

Vale la pena anotar que las preguntas Nos. 10, 12 y 17 son similares, pero como arrojan datos diferentes ameritan un pronunciamiento especial. Todas se refieren a los costos adicionales tasados por PIEDROBA –a raíz de la llamada condición adversa del terreno o mayor dureza de la roca–. Si tomamos el mínimo que resulta de la diferencia entre los ingresos y los costos, en la pregunta No. 17, se arriba a la conclusión de que la pérdida sobre el rubro de dragado sería de \$10.727'614.269, la misma cifra de la pregunta 10, pero en la 12 el mismo resultado se calcula en \$13.430'913.995, sin explicar las diferencias, lo que genera confusión. En todo caso, las pérdidas operacionales no son indemnizables porque no provienen de un hecho ajeno al contratista que pactó precios unitarios por cantidad y eso recibió.

En conclusión, a la luz del artículo 167 del C.G. del P., las pruebas aportadas fueron insuficientes para probar los costos adicionales, puesto que no demostraron los costos estándar y los adicionales necesarios para dragar material más duro. Los ingresos del contrato fueron tasados a razón de precios unitarios fijos más administración, utilidad e imprevistos, como se aprecia en el contrato y en las actas. El contrato fue suscrito a precios unitarios

<sup>283</sup> Cuaderno de Pruebas No. 6, folio 94.

<sup>284</sup> La cual incluye derechos de uso y reparaciones habituales.

fijos que inclúan un análisis de costos directos e indirectos por valor de la draga, valor del trabajo de dragado, personal requerido, combustibles, lubricantes y otros rubros ordinarios. Para lo extraordinario, pactó un rubro de imprevistos además de la administración y utilidad del proyecto. Lo cierto es que se logró terminar el contrato y facturar la suma de \$20.055'084.122, según aparece en el Acta Final de Entrega y Recibo de la Obra. El informe de Estados Financieros da cuenta de la misma cifra facturada, \$19.932'423.056,39, antes de IVA, y se pagó efectivamente, salvo la suma conciliada parcialmente.

#### 4.2.5.1.5 Stand by de las dragas:

La convocante solicita reconocer sobrecostos por disponibilidad de la draga Pedro Alvares Cabral por \$3.074'337.255 y por la Hondius \$1.971'263.724, por el tiempo de paro para realizar nuevos ensayos relacionados con la dureza del material.

Esta vez la suspensión del 1º al 14 de julio de 2014 no se pactó de común acuerdo, fue unilateralmente decidida por el contratista, y aunque podía resultar prudencial hacer un pare para investigar el terreno, puesto que se había presentado una situación difícil, como se constata en la bitácora a partir de la última semana de mayo, y porque podrían afectarse los equipos, y para ello se requería un tiempo mínimo para realizar los nuevos sondeos, lo cierto es que estos días afectan más bien el cronograma como menor productividad 12,81 días<sup>285</sup>, y por esta razón no corresponden a la noción de *stand by*, ni tampoco son atribuibles a **CORMAGDALENA**<sup>286</sup>.

Corroborar lo anterior, el dictamen de parte de **PIEDROBA CONSULTING GROUP LLC** que permite establecer que se trató de un desvío de las operaciones decidido por el propio contratista:

“Durante los días 1º al 14 de julio de 2014, Jan De Nul decidió desviar sus operaciones de dragado hacia la investigación urgente de lo que daba muestras de ser una condición adversa del terreno. Este desvío de su esfuerzo fue una decisión difícil pero necesaria para:

1. Evitar mayores daños a su draga por la inesperada roca mucho más dura y
2. Reducir los posibles costos mayores al proyecto ante la condición adversa del terreno. ...”<sup>287</sup>.

Así, este reclamo en verdad no alude al plazo del contrato, sino a la pérdida de eficiencia y mayor tiempo de dedicación, ya que el cronograma pasó de 60 días a 90 días, un tercio más de tiempo previsto, lo que puede traducirse en menor productividad, aunque ambos cronogramas estaban dentro del plazo contractual de los 4 meses.

<sup>285</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 750.

<sup>286</sup> Oficio 201401276 del 3 de julio de 2014, aportado en los correos electrónicos de CONCEP S.A.S.: “Si bien se han presentado diferencias técnicas, resaltamos que estas no obstaculizan la ejecución del contrato en manera alguna, y su suspensión unilateral e inconsulta si puede generar consecuencias adversas para el canal de acceso a Barranquilla y las concesiones portuarias que se encuentran ubicadas en el mismo” (*ibidem*).

<sup>287</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 20.

La valoración del dictamen de **PIEDROBA CONSULTING GROUP LLC** no parte del valor de los días “adicionales” por sus precios unitarios, sino de un estimado de menor productividad en 1.900 millones de pesos<sup>288</sup>. Paralelamente, el perito contable **CARLOS JULIO CORTÉS**, en la respuesta a la pregunta No. 6, se refiere al valor de los costos mientras las dragas estuvieron paradas del 4 al 18 de julio de 2014, pero la única factura expresa de la Dirección Marítima es la de fondeo que relata la fecha y hora de inicio y terminación, por valor de \$4'074.000 por la Pedro Alvares Cabral.

La pregunta No. 4, sobre el valor total de combustibles no conduce a resolver el problema. Se trata del consumo total de combustibles por las dragas, lo que ya está remunerado en el precio, puesto que se trata de insumos normales para el contrato.

El Tribunal observa que la cláusula de precios es plenamente concordante con el diseño contractual en el que el valor de las tarifas ofertadas por el contratista debía incluir todo costo directo e indirecto, y así lo garantizó el mismo.

En el caso en estudio, tenemos que hubo un período en el que el dragado estuvo temporalmente suspendido a la espera de un acuerdo entre las partes interesadas en el asunto, sobre las implicaciones económicas de una mayor dureza. Sin embargo, no hay cláusulas contractuales tipo *stand by*, que en la terminología contractual se han entendido que “corresponden a un pago a favor del contratista que se puede causar cuando habiéndosele dado la instrucción o solicitud de trabajo, éste se desplaza de su base, pero la obra finalmente no se puede realizar por causas ajenas a las partes”<sup>289</sup>.

Normalmente cuando se pactan cláusulas *stand by*, la parada reconoce o compensa los costos incurridos por el contratista cuando, luego de iniciado el traslado, se trunca o se demora la realización de la obra por causas ajenas a este.

En este punto, hay una prueba relevante que es la oferta con su Análisis de Precios Unitarios que no contempla valor alguno por suspensión del contrato, ni valores adicionales por el derecho de uso de la maquinaria que debía pagarse a la matriz de la convocante, propietaria de las máquinas. Así las cosas, si era **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA** quien asumía el riesgo contractual consistente en no cobrar los tiempos en que se harían nuevos ensayos, esta era su obligación contractual.

Adicionalmente, el Tribunal, al analizar el Informe Mensual de Interventoría No. 2<sup>290</sup>, encontró que el rendimiento global de las máquinas pasó de 181 m<sup>3</sup>/h (propuesta) a 425 m<sup>3</sup>/h promedio, lo que significó un incremento del rendimiento del 235%. Por lo anterior, se puede inferir que no se presentó disminución en la productividad.

En conclusión, en el caso analizado, las pruebas aportadas no ofrecen certeza sobre los verdaderos daños y especialmente sobre qué es lo que se debe indemnizar, lo cual no permite determinar si se afectó la ecuación económica del contrato en cuestión. En consecuencia, no se accederá a las pretensiones solicitadas en este acápite (2.19 a 2.20 y 4.8) y, por tanto, se

<sup>288</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 22.

<sup>289</sup> Laudo Arbitral de Obras Cíviles y Construcciones para la Industria Petrolera contra Petrominerales Colombia Ltd. Sucursal Colombia. 14 de septiembre de 2015.

<sup>290</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 750.

declarará probada la excepción de la convocada “falta de pruebas para demostrar los perjuicios argumentados por la convocante”, habida cuenta que no basta que se presente una situación imprevista para dar lugar a la reparación, pues es necesario que esta sea la causa del daño sufrido por el afectado, el cual debe ser probado.

#### 4.2.5.2 ANÁLISIS SOBRE EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO ALEGADO POR LA PARTE CONVOCANTE Y DERIVADO DE LAS RETENCIONES QUE SE LE HICIERON POR CONCEPTO DE LA CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL ESTAMPILLA PRO UNIVERSIDAD NACIONAL (PRETENSIONES 2.21 A 2.22 Y 4.9 A 4.10)

Frente a la discusión sobre las retenciones realizadas por concepto de la contribución parafiscal estampilla pro Universidad Nacional, la parte convocada alegó que si bien el gravamen pudo afectar las utilidades esperadas de la sociedad contratista, esto no constituye una causal de rompimiento del equilibrio económico del contrato, por cuanto este no se presenta simplemente porque se produzcan mayores costos o porque se dejen de obtener utilidades, como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En los acápites anteriores este Tribunal ha tomado como punto de partida la regla del *pacta sunt servanda*, que obliga a las partes a cumplir con sus obligaciones contractuales tal como se establecieron en el contrato, aunque le resulten más onerosas como consecuencia de un aumento de los costos y gastos asociados a su ejecución. Pero, igualmente, ha reconocido como excepción, fundada en la regla *rebus sic stantibus* que si las condiciones relevantes que rodearon el contrato no se mantienen, las partes están llamadas a renegociarlo o adaptarlo, siempre que cumplirlo en las condiciones iniciales resulte excesivamente oneroso porque cambiaron de forma extraordinaria las circunstancias conocidas en el momento de conclusión de la convención, por hechos que no podían preverse razonablemente por ellas, o, por hechos adversos en los que las partes no tuvieron culpa alguna. En ese evento, es deber de la parte afectada probar de qué forma se afectó la ecuación financiera del contrato y la conexión entre los gastos originados en esa afectación y la situación ruinosa o de pérdida contractual.

En este aparte, el Tribunal se pronunciará sobre una pretensión que se basa en la excepción, con una variante importante: se trata de la expedición de una ley y su reglamento en los que se crea una contribución hasta entonces inexistente, que versa sobre la suscripción del contrato mismo.

Sea lo primero, en línea de principio, dejar sentado que las obligaciones tributarias se originan en la ley y no en el contrato, en cumplimiento de un estricto principio de legalidad de los tributos que limita la creación de ese tipo de obligaciones por otras fuentes de las obligaciones o por actos de naturaleza reglamentaria. Por otro lado, es deber constitucional de todas las personas, y no sólo de los ciudadanos, contribuir con el financiamiento del Estado<sup>291</sup>, de manera que la diligencia debida de las dos partes involucradas en un contrato, implica conocer y en lo posible expresar en los documentos y audiencias precontractuales, cuáles son los tributos que afectan la actividad a desarrollar. Así las cosas, las leyes y reglamentos sobre los tributos que recaen sobre el objeto contractual y la forma de cumplirlo se entienden

<sup>291</sup> Numeral 9º del artículo 95 de la Constitución Política.

incorporados en el contrato<sup>292</sup>. Por esta razón las obligaciones dinerarias respectivas se cumplirán en las mismas condiciones cualitativas y cuantitativas expresadas en la ley vigente al tiempo de la celebración del contrato, mientras que las modificaciones de la ley tributaria no aplicarán retroactivamente según riguroso principio constitucional que protege la seguridad jurídica en esa materia, contenido en el artículo 363, y de una forma más rígida para los impuestos de periodo en cuyo caso se exige que la ley se expida con anticipación al periodo en cuestión<sup>293</sup>. De allí que los efectos tributarios de los contratos se rijan por la ley vigente al tiempo del contrato. No obstante, en los contratos de tracto sucesivo, se tiene que los efectos acaecidos con posterioridad al contrato pueden ser afectados por la ley nueva en un fenómeno que la doctrina denomina retroactividad de grado mínimo o retrospectividad.

En el caso de los tributos que tienen como hecho generador el contrato mismo –como son los de timbres y estampillas, la contribución de obra y algunos casos el de registro–, que se causan instantáneamente, por el solo hecho de suscribir el contrato o documento, bajo ciertas circunstancias relativas a la sujeción pasiva y al hecho generador, la ley vigente al tiempo de lograr el consentimiento sobre objeto y precio es la que aplica para evitar cualquier tipo de retroactividad. Es por ello que se suele identificar en el pliego y en el contrato este tipo de tributos, y las leyes en las que se les regula, para que las partes puedan determinar el precio o pactar los efectos *inter partes*.<sup>294</sup> Aun si no se identifican, se entiende que el precio unitario involucra todos los vigentes al tiempo de presentar la oferta y culminar los tratos que dan origen al contrato y no existe posibilidad alguna de aplicar la ley nueva retroactivamente.

#### 4.2.5.2.1 Hechos relevantes:

En este caso concreto, el Tribunal considera relevantes los siguientes hechos:

1. El 18 de noviembre de 2013 fue publicado por **CORMAGDALENA** el pliego definitivo de condiciones para la Licitación Pública No. LP-004-13 y el 3 de diciembre del mismo año se presentó la respectiva propuesta y análisis de precios unitarios fijos por **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA**, con la información de los costos directos e indirectos que afectaban el proyecto, y según las leyes vigentes en ese entonces. Todo ello consta en el Acta de Cierre de Plazo de la Licitación.
2. El día 23 de diciembre de 2013 se adjudicó la licitación pública al proponente **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA**, cuando los términos monetarios de la licitación ya eran inmodificables, tal como se

<sup>292</sup> Según la Ley 153 de 1887, artículo 38, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración (salvo aquellas referidas al modo de reclamar los derechos contractuales y las penas en caso de infracción de las estipulaciones)

<sup>293</sup> CRUZ, Lucy. *Derecho Transicional Tributario y Normas Intertemporales en la Reforma Tributaria*, en “Estudios de Derecho Tributario, Derecho Aduanero y Comercio Exterior. Memorias de las 38 Jornadas Colombianas de Derecho Tributario”. Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, 2014, pp. 207 y ss.

<sup>294</sup> “Los convenios entre particulares sobre impuestos, no son oponibles al fisco” según el artículo 553 del Estatuto Tributario, pero son válidos entre las partes que pueden reconocer que asumen la totalidad del impuesto o que lo dividen entre ellos, aunque sólo una de ellas sea la responsable ante el fisco. En ausencia de convención, la carga económica del tributo pertenece a la misma persona que jurídicamente es designada por la ley como sujeto pasivo.



llevaron al Contrato 0-0098-2013 que fue suscrito el 26 de diciembre de 2013.

3. Con posterioridad al cierre de la licitación, pero tres (3) días antes de la adjudicación y seis (6) días antes de la firma del contrato, justamente el día 20 de diciembre de 2013, en el Diario Oficial 49.010 de esa fecha, se promulgó la Ley 1697 de 2013 que creó el tributo y dispuso que la estampilla fuera emitida como especie física, con naturaleza jurídica de “contribución parafiscal”, con destinación específica para el fortalecimiento de las universidades estatales.

4. Promulgada la Ley 1697 de 2013, y en virtud de su facultad reglamentaria, el Presidente de la República, junto con el Ministro de Educación Nacional, expidió el Decreto 1050 de 2014 por el cual se establece la organización y funcionamiento del Fondo Nacional de las Universidades Estatales de Colombia y se dictan otras disposiciones, entre ellas la exigencia de retención en la fuente sobre pagos. Este decreto fue publicado en el Diario Oficial 49.173 del 5 junio de 2014. Luego, es claro que el tributo en cuestión no pudo ser considerado en la oferta, ni incluido en el AIU, porque no había sido expedida la Ley 1697 de 2013, al tiempo de la propuesta, y mucho menos el Reglamento 1050 de 2014.

5. En el pliego LP-004-13, en el Capítulo II, titulado Normatividad, actos aplicables, observaciones y audiencia, se estipulan las leyes vigentes que hacen parte del proceso. En esa relación se menciona, bajo el numeral 11, la “ley 1106 de 2006 por la cual se prorroga la ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las leyes 548 de 1999 y 782 de 2002 y se modifican algunas de sus disposiciones”. Esa Ley del 22 de diciembre de 2006 era la que regulaba la contribución de obra pública, conocida popularmente como “impuesto de guerra”, que era el único tributo vigente sobre la contratación pública. A su vez la Ley 1421 de 2010 del 21 de diciembre de 2010, no mencionada en el pliego, había prorrogado por cuatro años más la contribución de obra contenida en la Ley 1106 de 2006. Esa ley era la vigente al tiempo de la convocatoria a la licitación pública y al tiempo de la celebración del contrato, como gravamen especial sobre el contrato de obra pública<sup>295</sup>.

6. En el punto 3.18 “Impuestos tasas y contribuciones”, el mismo pliego asignó al proponente los impuestos, tasas y contribuciones establecidos con excepción de aquellos que legal y estrictamente correspondan a **CORMAGDALENA**, así: “IMPUESTOS, TASAS Y CONTRIBUCIONES: El proponente acepta que están a su cargo todos los impuestos, tasas y contribuciones establecidos por las diferentes autoridades nacionales, distritales, departamentales y municipales y dentro de estos mismos niveles, los impuestos tasas y contribuciones establecidas por las diferentes autoridades ambientales, que afecten el contrato y las actividades que de él se deriven, con excepción a los que legal y estrictamente correspondan a CORMAGDALENA”. Y en el punto 3.20 estipula que se incluya en la propuesta de AIU todos los impuestos y/o contribuciones locales o nacionales que se encuentren vigentes a cargo del contratista, gastos de administración, contribuciones:

<sup>295</sup> Cabe anotar que como la vigencia de la contribución de obra se extinguía el 22 de diciembre de 2014, fue prorrogada nuevamente por el artículo 1º de la Ley 1738 del 18 de diciembre de 2014.

“ADMINISTRACION, IMPREVISTOS Y UTILIDADES (AIU): El proponente deberá calcular un AIU, que contenga, todos los costos de administración en los que incurrirá para poder desarrollar la obra, los imprevistos y la utilidad o beneficio económico que pretende percibir por la ejecución del trabajo. El valor de AIU deberá ser expresado únicamente en porcentaje (%) y no en pesos y deberá consignarlo y discriminarlo en el formulario No.8 – valor de la propuesta (Administración (A), Imprevistos (I) y Utilidad (U)”.

De la forma gramatical empleada en el pliego se colige que se trata de los tributos ya establecidos para ese momento y por ello se aclara “que se encuentren vigentes”, con lo cual se descarta en el contrato que se le apliquen a la celebración de este contrato tributos que se “establezcan” *a posteriori*.

7. En el Contrato 0-0098-2013 se puede leer: “CLAUSULA TERCERA: VALOR DEL CONTRATO. CORMAGDALENA pagará al CONTRATISTA por la ejecución de las obras objeto de este contrato la suma de VEINTE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO VEINTISEIS MIL CUATROCIENTOS VEINTE PESOS Moneda Legal Colombiana (\$20.449.126.420,00 MLC) Incluido el valor del IVA. El valor final corresponderá a las cantidades de obra realmente dragadas y ejecutadas, y recibidas a satisfacción por parte del INTERVENTOR, multiplicadas por el precio unitario pactado que corresponde al presentado en su oferta económica del tres (3) de diciembre de 2013. Este valor cubre los costos directos e indirectos en que deba incurrir el CONTRATISTA para la oportuna y satisfactoria ejecución de las Obras, la administración, imprevistos y utilidad del CONTRATISTA y el IVA a causa de la ejecución de los trabajos, por cuanto corresponde al estudio cuidadoso de los documentos del pliego de condiciones, del alcance de los trabajos a ejecutar, su naturaleza, localización, condiciones sociales, políticas, geológicas, hidrológicas, ambientales, meteorológicas, viales, limitaciones de espacio, instalaciones temporales, costos de personal, jornadas extendidas, horas extras, alimentación, alojamiento, materiales y equipos, servicios públicos, herramientas, alquiler y movilización de equipos y campamentos, impuestos, tasas, bodegaje, vigilancia, seguridad, transporte, mantenimiento, administración, seguros, licencias, permisos, trámites, insumos, instalaciones provisionales, garantías, imprevistos, sanciones, entre otros factores considerados por el CONTRATISTA al formular su propuesta, y, por lo tanto, no habrá lugar a revisión ni modificación de los mismos, razón por la cual el contratista a renuncia a cualquier tipo de reajuste, compensación o indemnizaciones o reclamación que por estos factores produzcan durante el desarrollo de los trabajos. ...”.

Líneas más adelante se reitera que los tributos “establecidos” se deben pagar por el contratista: “CLAUSULA TRIGESIMA PRIMERA: IMPUESTOS, TASAS Y CONTRIBUCIONES: El contratista debe pagar todos los impuestos, tasas, gravámenes y contribuciones establecidas por las diferentes autoridades nacionales, departamentales o municipales y dentro de estos mismos niveles territoriales, las contribuciones, tasas, derechos, tarifas y multas establecidos por las diferentes autoridades ambientales que afecten el contrato y las actividades que de él se deriven. Estos pagos deben soportarse con las

certificaciones correspondientes expedidas y/o validadas por las autoridades competentes”.

De las expresiones “considerados por el contratista al momento de formular su propuesta” y “establecidas”, interpretadas armónicamente, tal como se analizó respecto del pliego, este Tribunal entiende que se trata de los impuestos, tasas y contribuciones vigentes al tiempo de elaborar y entregar la propuesta.

#### 4.2.5.2.2 El tributo y su retención:

Los tributos de estampillas han sido utilizados por nuestro sistema fiscal como instrumentos de financiación de las universidades públicas departamentales y de los hospitales universitarios de ese mismo orden territorial, en adición a la ya tradicional contribución sobre la contratación pública atribuible a cualquiera de los tres órdenes territoriales. Rompiendo esa tradición, en el 2013, se expidió la Ley 1697 la cual crea la Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia.

La Ley 1697 de 2013, como corresponde a las exigencias del principio de legalidad en su versión de certeza, define los elementos esenciales que dan su fisonomía al tributo, los que nos permiten entender quiénes y por cuáles actos o negocios resultan gravados y, por exclusión, entender lo que está por fuera del ámbito del gravamen. En este sentido, se definieron los elementos estructurales del tributo de la siguiente manera:

El sujeto pasivo o contribuyente es la “persona natural, jurídica, consorcio o unión temporal que funja como contratista” en los negocios jurídicos descritos como hechos gravados<sup>296</sup>. Sobre ese elemento no existe mayor debate puesto que el contribuyente que soporta la carga económica es el contratista, aunque el sobrecosto se trasladará al contratante, como ocurre con todos los impuestos sobre las “transacciones” que conforman el precio ofertado por el contratista, manteniendo libre su utilidad para, entre otros, afrontar los tributos directos sobre la renta y la propiedad.

La base gravable es el valor del contrato<sup>297</sup>, la tarifa porcentual depende del monto del contrato, según rangos a los que se aplica un porcentaje creciente que va del 0.5 al 2%<sup>298</sup> y el mecanismo autorizado legalmente es la retención en la fuente en cabeza del contratante<sup>299</sup>.

Por su parte el artículo 5° define el hecho generador así:

“Artículo 5°. Hecho generador. Está constituido por todo contrato de obra que suscriban las entidades del orden nacional, definidas por el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, en cualquier lugar del territorio en donde se ejecute la obra, sus adiciones en dinero y en cualquiera que sea la modalidad de pago del precio del contrato .En tal caso, el hecho generador se extiende a los contratos conexos al de obra, esto es: diseño, operación, mantenimiento o

<sup>296</sup> Ley 1697 de 2013, artículo 6.

<sup>297</sup> *Ibidem*, artículo 8.

<sup>298</sup> *Ibidem*.

<sup>299</sup> *Ibidem*, artículo 9.

interventoría y demás definidos en la Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 2.

“Parágrafo. Quedan incluidos los contratos de obra suscritos por las empresas industriales y comerciales del Estado y de empresas de economía mixta cuya ejecución sea con recursos del Presupuesto General de la Nación” (subrayas fuera de texto).

El Decreto reglamentario que regula el tributo es el 1050 del 5 de junio de 2014. En su artículo 6° se dispuso que los contratos gravados lo son por ser de obra y, suscritos por entidades nacionales, independientemente del régimen contractual. Y en el artículo 6° se reglamentó la retención en la fuente obligando a los jefes de las oficinas pagadoras de las entidades que hacen parte del Presupuesto General de la Nación, como decía la ley, y también a los de las demás entidades nacionales.

Las disposiciones en cuestión son las siguientes:

“Artículo 6°. Del Hecho Generador. De conformidad con el artículo 5 de la Ley 1697 de 2013, los contratos gravados por la contribución parafiscal Estampilla Pro-Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia, son aquellos que cumplen con las siguientes dos (2) condiciones:

“1. Ser de aquellos denominados de Obra y sus adiciones en dinero, o tratarse de sus contratos conexos.

“El contrato de obra es aquel celebrado para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

“Contratos conexos serán aquellos que tengan como objeto el diseño, operación y mantenimiento que versen sobre bienes inmuebles, además de los contratos de interventoría.

“2. Ser suscritos por las entidades del orden nacional, definidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, independientemente de su régimen contractual.

“Artículo 7°. De la Retención de la Contribución. Los jefes de las oficinas pagadoras, o quien haga sus veces, de las entidades del orden nacional que hacen parte del Presupuesto General de la Nación, que efectúen giros sobre contratos de obra pública y sus adiciones, así como sobre los contratos conexos al de obra, celebrados con situación de fondos, son responsables de retener las sumas correspondientes a la contribución parafiscal de la que trata la Ley 1697 de 2013, en el porcentaje correspondiente según lo establecido en el artículo 8 de la ley mencionada, a través del Sistema Integrado de Información Financiera SIIF-Nación.

“Los jefes de las oficinas pagadoras de las entidades del orden nacional que hacen parte del Presupuesto General de la Nación, que efectúen giros sobre contratos de obra pública y sus adiciones, así como sobre los contratos conexos al de obra, celebrados sin situación de fondos o con recursos propios, y los jefes de las oficinas pagadoras de las

demás entidades del orden nacional que efectúen giros sobre contratos de obra pública y sus adiciones, así como sobre los contratos conexos al de obra, celebrados con recursos propios; son responsables de retener las sumas correspondientes a la contribución parafiscal de la que trata la Ley 1697 de 2013, en el porcentaje correspondiente según lo establecido en el artículo 8 de la ley mencionada” (subrayas fuera de texto).

De las normas transcritas se observa que la ley definió como hecho generador todo “contrato de obra y sus conexos” según la noción de este tipo de contrato, contenida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que además sea suscrito por las entidades del orden nacional definidas en el artículo 2° de la misma ley. Por la expresión del parágrafo 5° de la ley, que grava solo a una parte de los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta que ejecuten recursos del Presupuesto General de la Nación, hay incertidumbre acerca de si realmente deben gravarse todos los contratos de obra o solo algunos.

El decreto tomó partido por una de las interpretaciones al prescribir que es indiferente el régimen contractual y al decidir que son retenedores no solo los pagadores de las entidades vinculadas al Presupuesto Nacional sino los de las demás entidades nacionales que giren dineros para contratos de obra pública.

A partir de la vigencia del decreto y amparadas en la presunción de legalidad, las empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta, practican la retención en la fuente sobre los giros contractuales aun en el caso de ejecutar recursos propios.

#### 4.2.5.2.3 Solución a la reclamación:

En este caso, la parte convocante argumenta que la perturbación que desequilibra el precio se origina en sucesos que no pudieron ser conocidos ni controlados por la parte perjudicada, puesto que se trató de una ley y su reglamento ejecutivo posteriores a la formación de los precios y del ajuste de voluntades, que incidieron retroactivamente sobre la economía del contrato.

El Tribunal interpreta que se trata de una pretensión basada en el desequilibrio económico de contrato de obra, porque en el clausulado del contrato se prevé una sujeción genérica, que debe entenderse referida al régimen tributario vigente en el momento de la oferta, acorde con los pliegos, en cuyo inventario no se encontraba este tributo de estampillas sobre el contrato, simplemente porque no estaba vigente.

En este punto el Tribunal se adhiere a una interpretación arbitral anterior, sobre la expresión impuestos, o tributos que generalmente está contenida en los pliegos, como referida a aquellos vigentes en el tiempo de la invitación:

“Cabe interpretar de manera sistemática el Pliego, debe darse a la expresión ‘impuestos’ contenida en las estipulaciones reseñadas.

“En este sentido, es preciso señalar que las estipulaciones anteriormente indicadas sobre impuestos y aranceles, entre otros, no pueden ser consideradas y mucho menos entenderse de manera aislada frente a las demás contenidas en los términos de referencia, toda vez que es importante resaltar que el pliego corresponde, como

varias veces se ha dicho, a un conjunto de reglas que si bien pueden tener distinta naturaleza y finalidad, ha sido dispuesto para cumplir un propósito común que consiste en regular el procedimiento de selección y viabilizar la elección de la mejor propuesta de contrato, sin dejar de lado que estas estipulaciones iniciales pasan a integrarla relación contractual luego de su celebración. De esta manera, al dar lectura al numeral 3.8, a la cláusula 6ª de la minuta de contrato o a cualquier otra estipulación de los términos de referencia en la cual se haga alusión a la expresión 'impuestos' o 'tributos' o 'gravámenes', habrá que entender que estos correspondían a los que estaban vigentes para el momento en que se confeccionaron y se presentaron los respectivos ofrecimientos de contrato y no a los que eventualmente fueran creados o modificados por el legislador con posterioridad a ello.

“En efecto, recordando lo estipulado por el numeral 2.2 del pliego en su literal), así como lo dispuesto en el numeral 5 del modelo de la carta de presentación –antes analizados–, es menester entender que la obligación del proponente atinente a informarse y declarar que conocía y había estudiado cuidadosamente la normatividad aplicable al contrato, se refería exclusivamente a ‘... las disposiciones legales vigentes, incluyendo aquellas sobre... régimen laboral, tributario, fiscal, etc.’. Con esta perspectiva, es claro que las disposiciones jurídicas que en materia tributaria o impositiva debían conocer y estudiar los oferentes ara realizar sus propuestas de contrato, correspondían a aquéllas que se encontraran vigentes para dicha fecha”<sup>300</sup>.

Como se expuso en líneas precedentes, en materia de precios y circunstancias económicas, el numeral 3.20 del pliego dejó claro que el precio ofertado y convenido por dicho concepto cubriría la totalidad de los gastos directos e indirectos del contrato, entre ellos, los impuestos correspondientes que serían los vigentes a la fecha, luego no existe asomo de duda que el impacto económico de ese tributo era un hecho sobreviniente a la fecha de la formación del precio ofertado.

La teoría que respalda el resarcimiento por esta imprevisión atribuye la responsabilidad al Estado por su propio hecho, y más específicamente a que una contribución como la examinada se aleja de los tradicionales y muy conocidos tributos periódicos, que se calculan sobre la utilidad o sobre el patrimonio como podría predicarse de los que gravan en el ámbito nacional la renta (IRS y el CREE), o sobre la riqueza, o en el ámbito municipal los que recaen sobre los bienes inmuebles (predial), la industria, comercio y servicios (ICA) vehículos, o incluso indirectos como los aranceles y el IVA, de innegable tradición en nuestro entorno jurídico y por lo tanto calculados en cualquier propuesta financiera o presupuesto para el contrato, por estar vigentes.

Aquí no se discute el reajuste sobre tributos vigentes, que en algunos casos se ha hecho depender de las cláusulas de estabilidad frente a la variación de las alícuotas impositivas. Lo que aquí se discute es si hay lugar al resarcimiento por la aplicación de un tributo que no estaba vigente al momento de conocerse los pliegos, ni tampoco cuando se formuló la oferta. Tampoco había sido reglamentado a la firma del contrato.

<sup>300</sup> Laudo Arbitral de Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. contra Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y Gestión Energética S.A. E.S.P.

Si bien la defensa alegó al contestar la demanda reformada que el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se presenta simplemente porque se causen mayores costos o menores utilidades, esta afirmación tiene cabida cuando son producto de aleas normales, pero no puede ser tan categórica cuando se trata de situaciones imprevistas como lo señala la misma jurisprudencia que la parte convocada cita para apoyar su defensa.

En efecto, en uno de sus apartes señaló:

“Ahora bien, en relación con el tema de los impuestos no resulta posible plantear de manera genérica si éstos alteran, o no, la ecuación económica de los contratos estatales, por cuanto, en cada caso, se deberán examinar las condiciones particulares que lo rodean, con el propósito de determinar si los nuevos impuestos constituyen condiciones sobrevinientes e imprevisibles respecto de la medida, así como también el impacto de los mismos en relación con la ecuación del contrato.”

Por otra parte, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección, el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del álea normal del contrato, puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida por las partes al celebrar el contrato...<sup>301</sup> (subrayas fuera de texto).

Para el Consejo de Estado, tratándose de casos relacionados con impuestos que generan un desequilibrio económico, el éxito de la pretensión se sujeta a la demostración por parte del afectado de que las utilidades percibidas fueron menores que las presupuestadas o si el pago de la contribución excedió el porcentaje de imprevistos con grave detrimento de sus intereses:

“Siguiendo el criterio jurisprudencial transcrito, basta afirmar que si bien la adopción de nuevos impuestos o su incremento puede afectar el equilibrio económico del contrato, es indispensable que el contratista a fin de lograr un reconocimiento por la alteración de la ecuación económica del contrato, demuestre que el mayor valor de la carga impositiva afecta en forma grave y anormal la utilidad esperada, de tal manera que lo podría llevar incluso a asumir pérdidas con la ejecución del contrato.”

En el presente caso, la sociedad demandante no probó la real situación económica del contrato en cuanto a cargas y beneficios después de los descuentos que por concepto de contribución especial le fueron practicados en algunos pagos, y si las utilidades obtenidas fueron menores a las que proyectó al momento de contratar, o si el pago del

<sup>301</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 12 de marzo de 2014, radicación No. 250002325000199801478 01 (20.864), Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

impuesto excedió el porcentaje de imprevistos pactado con grave detrimento de sus intereses<sup>302</sup> (subrayas fuera de texto).

En el presente caso, el Tribunal observa que las retenciones realizadas a la parte convocante por concepto de la estampilla pro Universidad Nacional que tuvieron un valor de \$336'504.320, sí afectaron de manera grave y anormal la utilidad esperada por el contratista, pues de acuerdo con el Presupuesto Oficial del Contrato<sup>303</sup>, esa utilidad esperada era de \$790'631.500 (5% de los costos directos), lo que significa que con las retenciones mencionadas estas utilidades esperadas se redujeron a casi la mitad.

Por otro lado, en ese mismo Presupuesto Oficial del Contrato<sup>304</sup> el rubro del AIU destinado a imprevistos ascendió también a \$790'631.500 (5% de los costos directos), y teniendo en cuenta que durante la ejecución del contrato se presentaron imprevistos por un valor de al menos \$900'000.000, como lo reconoció el interventor **LAYTON GONZÁLEZ RUBIO** en su declaración<sup>305</sup>, las retenciones realizadas por concepto de la estampilla pro Universidad Nacional y que alcanzaron un valor de \$336'504.320, sin lugar a dudas afectaron gravemente el equilibrio económico del contrato, habida cuenta que con la partida de imprevistos de \$790'631.500, el contratista tuvo hacer frente a imprevistos de alrededor de \$900'000.000, lo que descarta que haya podido hacer uso de esa partida para cubrir las retenciones que se le hicieron.

Sobre el desequilibrio económico del contrato generado por imprevistos que se presentan cuando la partida del AIU destinada a cubrirlos se ha agotado, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha señalado:

“Las circunstancias determinantes de la alteración del equilibrio económico del contrato, como suficientemente se sabe, pueden derivarse de hechos o actos imputables a la Administración o al contratista, como partes del contrato, que configuren un incumplimiento de sus obligaciones, de actos generales del Estado (hecho del príncipe) o de circunstancias imprevistas, posteriores a la celebración del contrato y no imputables a ninguna de las partes.

“Sin embargo, debe recordarse que en todos estos eventos que pueden dar lugar a una alteración del equilibrio económico del contrato es indispensable, para que se abra paso el restablecimiento, la prueba del menoscabo y de que este es grave y que además no corresponde a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.

“Sobre este particular el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

<sup>302</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 28 de junio de 2012, radicación No. 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>303</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 719.

<sup>304</sup> *Ibidem*.

<sup>305</sup> “...En ese momento se hizo un análisis de las mismas cifras que presentaba el contratista y de una reclamación inicial de unos 4 mil millones de pesos se llegaba a que los daños de la draga en ese momento sumaban, de acuerdo al análisis que ellos habían presentado, alrededor de 900 millones de pesos y lo que se dijo 900 millones de pesos deben estar incluidos dentro del I contenido en el AIU, de manera que no había lugar a la reclamación, realmente no hubo ningún tipo de acercamiento en ese sentido...” (Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 22).



'...cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato. Bien ha sostenido esta Corporación que no basta con probar que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar, existiendo, como atrás se señaló, siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él o que con su conducta contractual generó la legítima confianza de que fueron asumidos.

'A este respecto, se observa que en cierto tipo de contratos, como son los de obra, el denominado factor que se incluye en las propuestas por los contratistas de administración-imprevistos-utilidad-, comúnmente llamado AIU, es determinante para la demostración del desequilibrio económico del contrato. En efecto, en los contratos de obra pública, ha manifestado el Consejo de Estado que 'en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje de imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato'<sup>306</sup> (subrayas fuera de texto).

Aunado a lo anterior, existe otra por la cual el Tribunal Arbitral considera que a la parte no se le debieron hacer retenciones por concepto de la estampilla pro Universidad Nacional y es que, como ya se expuso, el artículo 5º de la Ley 1697 de 2013 contiene un parágrafo que grava únicamente a las empresas industriales y comerciales del Estado en tanto ejecuten contratos con recursos del Presupuesto Nacional, de manera que, razonando a *contrario sensu*, las empresas que no ejecuten recursos del Presupuesto Nacional no quedan inmersas en el supuesto que cobija al contratante que debe retener a su contratista el tributo, puesto que no tendría sentido alguno que la ley expresamente se refiriera a un grupo exclusivo de contratos de estas empresas, si todos los contratos estuviesen gravados.

La **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA–**, fue creada por el artículo 331 de la Constitución y desarrollada por la Ley 161 de 1994, como un ente corporativo especial del orden nacional que funciona como empresa industrial y comercial del Estado sujeta a las reglas de las sociedades anónimas, es decir tiene autonomía e independencia financiera y por ello no ejecuta recursos del Presupuesto Nacional.

De trascendental importancia para esa conclusión es la revisión de los antecedentes legislativos del Proyecto de Ley 192 de 2012 Cámara, proyecto

<sup>306</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2014, radicación No. 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24.809), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

de ley que a la postre se convertiría en la Ley 1697 de 2013, en donde consta que el origen del párrafo del artículo 5º sobre hecho generador, proviene del primer debate ante el Senado de la República, debate en el que se adujo que se hacía necesario modificarlo con el fin de dar claridad y especificidad sobre las entidades del orden nacional cuya celebración de contratos de obra pública estaría sometida a la contribución parafiscal. La proposición legislativa para el cambio del párrafo del artículo 5 se refirió únicamente a las empresas industriales y comerciales del Estado y empresas de economía mixta así:

“Se modifica el párrafo con el fin de dar claridad y especificidad a las entidades del orden nacional que hacen parte del nivel (sic) central del Estado.

“Parágrafo. Quedan incluidos los contratos de obra suscritos por las empresas industriales y comerciales del Estado y de empresas de economía mixta cuya ejecución sea con recursos del Presupuesto General de la Nación” (subrayas fuera de texto).

Luego, también por este aspecto, siguiendo la ley y no el reglamento, la retención no debió practicarse porque el contratista no debía estar sujeto a este tributo especial.

Por todo lo antes expuesto, el Tribunal accederá a declarar la prosperidad de las pretensiones declarativas 2.21 y 2.22 y de condena 4.9.

Está probado en el proceso, especialmente por el dictamen pericial de **JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA.**, no discutido por las partes en este punto, que el valor de los descuentos efectuados al contratista por concepto del tributo reclamado, fueron:

“..., con sustento en la información anterior, se puede indicar que el valor pagado por el Contratista por concepto de la Contribución Parafiscal Estampilla Pro Universidad Nacional alcanzó la suma de \$336.504.320,00 el cual se detalla en el siguiente cuadro:

Concepto	Valores
Descuento facturas 047,056 y 060	\$263'172.797,00
Descuento factura 064	\$73'331.523,00
<b>Total</b>	<b>\$336'504.320,00</b>

“...”<sup>307</sup>.

La sumas que se reconocerán a favor de **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA, EN LIQUIDACIÓN**, por concepto de daño resarcible, deberán actualizarse en función de las variaciones al alza del poder adquisitivo del signo monetario nacional, esto es, por la variación del IPC, desde la fecha en que ocurrió cada hecho dañoso, es decir, desde la fecha en que se hizo cada retención indebida por parte de **CORMAGDALENA**, hasta la fecha del presente Laudo (21 de noviembre de 2016).

<sup>307</sup> Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 636.

Igualmente, se reconocerán intereses remuneratorios desde la fecha de cada retención indebida hasta el día anterior a la notificación del auto admisorio de la demanda (10 de agosto de 2015), de conformidad con el artículo 1617 del Código Civil (6% anual).

En cuanto a los intereses de mora, atendiendo los parámetros del numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, se liquidarán desde la notificación del auto admisorio de la demanda (11 de agosto de 2015) hasta la fecha del Laudo (21 de noviembre de 2016), a una tasa equivalente al doble del interés legal civil (12% anual).

- Cálculo de intereses remuneratorios del 6% anual entre la fecha de cada retención y el día anterior a la notificación del auto admisorio de la demanda (10 de agosto de 2015):

PERIODO		NÚMERO DE DÍAS	TASA DE INTERES	CAPITAL (\$)	INTERESES (\$)	INTERESES ACUMULADOS (\$)
INICIO	FINAL					
31/07/2014	10/08/2015	376	6,00%	81'823.166	5'061.830	5'061.830
31/07/2014	10/08/2015	376	6,00%	161'651.935	10'000.281	15'062.112
31/07/2014	10/08/2015	376	6,00%	32'756.317	2'026.406	17'088.517
29/08/2014	10/08/2015	347	6,00%	76'812.786	4'375.135	<b>21'463.653</b>

- Cálculo de la indexación entre la fecha de cada retención y el día anterior a la notificación del auto admisorio de la demanda (10 de agosto de 2015):

FECHA		VALOR (\$)	IPC			CAPITAL AJUSTADO (\$)
RETENCIÓN	AUTO ADMISORIO		INICIAL	FINAL	FACTOR AJUSTE	
31/07/2014	10/08/2015	77'955.041	117,09	122,90	1,049620	81'823.166
31/07/2014	10/08/2015	154'009.968	117,09	122,90	1,049620	161'651.935
31/07/2014	10/08/2015	31'207.788	117,09	122,90	1,049620	32'756.317
29/08/2014	10/08/2015	73'331.523	117,33	122,90	1,047473	76'812.786
<b>TOTAL</b>		<b>336'504.320</b>				<b>353'044.204</b>

- Cálculo de intereses moratorios del 12% anual, de acuerdo con el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, entre la fecha de notificación del auto admisorio (11 de agosto de 2015) y la fecha del presente Laudo (21 de noviembre de 2016):

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	VALOR (\$)	IPC		FACTOR DE AJUSTE	VALOR PRESENTE (\$)	INTERESES MORATORIOS DEL 12% ANUAL (\$)
			INICIAL	FINAL			
11/08/2015	31/12/2015	353'044.204	117,33	118,15	1,007	355'511.572	16'713.914
31/12/2015	21/11/2016	355'511.572	118,15	125,37	1,061	377'236.443	40'555.501
<b>TOTAL INTERESES MORATORIOS</b>							<b>57'269.415</b>

- Cálculo de la indexación entre la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda (11 de agosto de 2015) y la fecha del presente Laudo (21 de noviembre de 2016):

FECHA		VALOR (\$)	IPC			CAPITAL AJUSTADO (\$)
AUTO ADMISORIO	LAUDO		INICIAL	FINAL	FACTOR AJUSTE	
11/08/2015	21/11/2016	81'823.166	122,90	132,7	1,079740	88'347.715
11/08/2015	21/11/2016	161'651.935	122,90	132,7	1,079740	174'542.000
11/08/2015	21/11/2016	32'756.317	122,90	132,7	1,079740	35'368.293
11/08/2015	21/11/2016	76'812.786	122,90	132,7	1,079740	82'937.809
<b>TOTAL</b>		<b>353'044.204</b>				<b>381'195.817</b>

En consideración a lo anterior, se declarará responsable a **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA–** por las retenciones indebidas que le hizo a **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA** y que estaban destinadas al pago de la contribución parafiscal estampilla pro-Universidad Nacional. En consecuencia, se condenará a la primera a pagar a la segunda la suma de **TRESCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS DIECISIETE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$381'195.817,00 M/L)** por concepto de capital actualizado, **VEINTIÚN MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$21'463.653,00 M/L)** por concepto de intereses remuneratorios, y **CINCUENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS QUINCE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$57'269.415,00 M/L)** por concepto de intereses moratorios.

## 5. CONSIDERACIONES SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO Y LAS COSTAS

### 5.1 CONSIDERACIONES SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO

En la reforma de la demanda se presentó el correspondiente juramento estimatorio acompañado de un dictamen técnico con base en el cual la parte convocante determinó la cuantía de sus pretensiones. Por su parte, la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA–**, en su contestación de la reforma de la demanda, objetó formalmente el juramento estimatorio alegando diversas inconsistencias en su estimación y concluyendo que “lo único del juramento estimatorio que tiene sustento en la demanda arbitral son las cifras correspondientes a las retenciones por conceptos tributarios y el valor no pagado por concepto del acta de obra N° 5, razón por la cual es menester dar aplicación –en su oportunidad– a lo establecido en el inciso quinto del artículo 206 del C.G del P.”.

Al respecto, el Tribunal observa que el juramento estimatorio, además de requisito de la demanda, es un medio de prueba que en caso de no ser objetado por la parte contra quien se aduce, deberá ser adoptado como prueba de la cuantía de las pretensiones salvo que, como bien lo dispone el artículo 206 del Código General del Proceso, el fallador encuentre una manifiesta injusticia, ilegalidad o sospeche la existencia de un fraude en tal estimación. De acuerdo con lo expresado, la objeción ostenta una particular relevancia, pues debe indicar tanto las razones y motivos, como las inexactitudes, so pena de que esta no sea aceptada y se tenga por no

objetada la estimación de la cuantía con las consecuencias que ello implica para el demandado.

Ahora bien, cuando se advierte fraude, colusión o mala fe, hay lugar a imponer una sanción, como lo expresó la Corte Constitucional, al decir que “bajo el entendido de que tal sanción –por falta de demostración de los perjuicios–, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado”<sup>308</sup>. Adicionalmente, es preciso recordar que las sanciones previstas tienen como finalidad desincentivar las demandas con pretensiones exageradas y sin sustento, frente a lo cual la Corte Constitucional ha recalcado que “las sanciones previstas en el artículo 206 de la Ley 1564 de 2012 tienen finalidades legítimas, tales como preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas ‘temerarias’ y ‘fabulosas’ en el sistema procesal colombiano, fundamentadas en la violación de un bien jurídico muy importante como es la eficaz y recta administración de justicia que puede ser afectado a través de la inútil, fraudulenta o desproporcionada puesta en marcha de la Administración de Justicia”<sup>309</sup>.

En ese marco, el Tribunal no encuentra ligereza en la estimación de la cuantía de las pretensiones de la demanda arbitral reformada y mucho menos advierte fraude, colusión, falta de diligencia o cuidado en la actuación de las partes o sus apoderados, quienes desarrollaron con absoluto rigor sus labores profesionales y, por consiguiente, no hay lugar a consecuencia adversa alguna en virtud de la objeción al juramento estimatorio<sup>310</sup>.

## 5.2 CONSIDERACIONES SOBRE EL PAGO DE LAS COSTAS

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) establece:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”

El Código General de Proceso, que derogó el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 365 regula las costas procesales de la siguiente manera:

“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

“Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

<sup>308</sup> Corte Constitucional, sentencia C-157 de 2013.

<sup>309</sup> Corte Constitucional, sentencia C-279 de 2013.

<sup>310</sup> Véanse Corte Constitucional, sentencias C-157, C-279 y C-332 de 2013.

"2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

"3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

"4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

"5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

"6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

"7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

"8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

"9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción" (subrayas fuera de texto).

No obstante, por el hecho de resolver el presente Laudo controversias relacionadas con un contrato estatal regulado por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deben tenerse en cuenta los parágrafos 2º y 3º del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, que dicen:

"Parágrafo 2o. En caso de condena en procesos originados en controversia contractuales, el juez, si encuentra la existencia de temeridad en la posición no conciliatoria de alguna de las partes, condenará a la misma o a los servidores públicos que intervinieron en las correspondientes conversaciones, a cancelar multas a favor del Tesoro Nacional de cinco (5) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales.

"Parágrafo 3o. En los procesos derivados de controversias de naturaleza contractual se condenará en costas a cualquiera de las partes, siempre que se encuentre que se presentó la conducta del parágrafo anterior".

Para la aplicación del anterior marco normativo al caso concreto, el Tribunal observa que la actuación de las partes en el presente proceso se ha ceñido a los principios de transparencia y lealtad procesal, cada quien en defensa de su posición, sin que jurídicamente se les pueda imputar temeridad u otra conducta igualmente reprochable, en consecuencia, el Tribunal se abstendrá

de condenar en costas, como expresamente lo autoriza el numeral 5º del artículo 365 del Código General del Proceso.

En cuanto a las agencias en derecho, que son un componente de las costas, el Tribunal se abstendrá de imponerlas por las mismas razones anteriormente expuestas.

## 6. PARTE RESOLUTIVA

En merito de lo expuesto, el Tribunal Arbitral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE:

**PRIMERO. DECLARAR** que la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA–** incumplió parcialmente el Contrato No. 0-0098-2013 del 26 de diciembre de 2013, por no haber permitido a **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA, EN LIQUIDACIÓN**, realizar labores de dragado entre el 18 de febrero y el 28 de febrero de 2014.

**SEGUNDO. DECLARAR** que debido a las descargas de material suelto realizadas por la **VAN OORD, JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA, EN LIQUIDACIÓN**, no pudo efectuar labores de dragado desde 18 de febrero de 2014 hasta el 28 de febrero de 2014.

**TERCERO. DECLARAR** que **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA, EN LIQUIDACIÓN**, no pudo realizar labores de dragado desde 18 de febrero de 2014 hasta el 28 de febrero de 2014, debido a que la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA–** no le prestó su colaboración, como estaba obligada de acuerdo con el literal c) de la cláusula OCTAVA del Contrato 0-0098-2013 del 26 de diciembre de 2013.

**CUARTO. DECLARAR** que **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA, EN LIQUIDACIÓN**, incurrió en costos adicionales o sobrecostos, por haber mantenido disponible y sin efectuar trabajos (*stand by*) la Draga Pedro Alvares Cabral, desde el 18 de febrero de 2014 hasta el 28 de febrero de 2014, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO. DECLARAR** que la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA–** se encuentra obligada a indemnizar a **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA, EN LIQUIDACIÓN**, por los costos adicionales en los que debió incurrir como resultado de mantener disponible y sin efectuar trabajos (*stand by*) la Draga Pedro Alvares Cabral entre el 18 de febrero de 2014 y el 28 de febrero de 2014, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEXTO. DECLARAR** no probada la excepción denominada “las renunciaciones libres y voluntarias de JAN DE NUL respecto de la situación de los vertimientos efectuados por VAN OORD y las suspensiones del contrato”.

**SÉPTIMO. CONDENAR** a la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA–** a pagar a

**JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA, EN LIQUIDACIÓN**, la suma de **TRESCIENTOS QUINCE MILLONES CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL CIENTO OCHENTA Y TRES PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$315'149.183,00 M/L)** por concepto de capital actualizado, más **CUARENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$47'346.819,00 M/L)** por concepto de intereses moratorios, como reparación por los costos adicionales en los que esta última debió incurrir como resultado de mantener disponible y sin efectuar trabajos (*stand by*) la Draga Pedro Alvares Cabral entre el 18 de febrero de 2014 y 28 de febrero de 2014.

**OCTAVO.** Por haber prosperado las pretensiones principales declarativas 2.1. a 2.4 y de condena 4.1, por sustracción de materia, no se hará ningún pronunciamiento en relación con las pretensiones subsidiarias 2.5.1 a 2.5.3 y 4.2.

**NOVENO. DENEGAR** las pretensiones principales declarativas 2.6 a 2.18, y de condena 4.3 a 4.7, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**DÉCIMO. DENEGAR** las pretensiones declarativas 2.19 a 2.20 y de condena 4.8, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**DECIMOPRIMERO. DECLARAR** probada la excepción denominada “falta de pruebas para demostrar los perjuicios argumentados por la convocante”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**DECIMOSEGUNDO. DECLARAR** que de acuerdo a los términos del Contrato No. 0-0098-2013 del 26 de diciembre de 2013, **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA, EN LIQUIDACIÓN**, no estaba obligada a soportar la contribución parafiscal estampilla pro-Universidad Nacional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**DECIMOTERCERO. CONDENAR** a la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA–** a pagar a **JAN DE NUL SUCURSAL COLOMBIA, EN LIQUIDACIÓN** la suma de **TRESCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS DIECISIETE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$381'195.817,00 M/L)** por concepto de capital actualizado, **VEINTIÚN MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$21'463.653,00 M/L)** por concepto de intereses remuneratorios, y **CINCUENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS QUINCE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$57'269.415,00 M/L)** por concepto de intereses moratorios, como reparación por las retenciones indebidas que le hizo a esta última por concepto de la contribución parafiscal estampilla pro-Universidad Nacional.

**DECIMOCUARTO.** En relación con las pretensiones subsidiarias 2.22.1, 4.8.1 (sic) y 4.10, por sustracción de materia, no se hará ningún pronunciamiento.



**DECIMOQUINTO.** En relación con las pretensiones declarativas 2.23 y 2.24, estarse a lo dispuesto por las partes en el "ACUERDO CONCILIATORIO PARCIAL" de fecha 19 de mayo de 2016, aprobado el Tribunal Arbitral en Auto No. 29 del 2 de agosto de 2016.

**DECIMOSEXTO.** La parte convocada dará cumplimiento al presente Laudo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

**DECIMOSÉPTIMO.** Abstenerse de imponer la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**DECIMOCTAVO.** No condenar en costas a la partes, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**DECIMONOVENO.** Declarar causados los honorarios de los árbitros y del Secretario, por lo cual se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente.

**VIGÉSIMO.** Procédase por la Presidencia del Tribunal a elaborar y presentar a las partes la cuenta final de gastos, ordenando la restitución de las sumas remanentes a que hubiere lugar a la parte convocante.

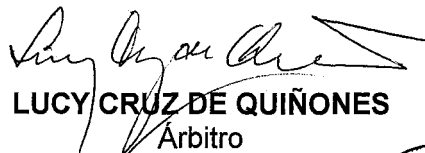
**VIGESIMOPRIMERO.** En firme este Laudo, hágase entrega del expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**VIGESIMOSEGUNDO.** Expedir copias auténticas del presente Laudo a cada una de las partes y a la Agente del Ministerio Público, con las constancias de ley.

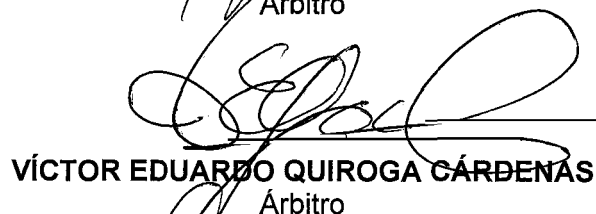
Notifíquese.



**SAMUEL YONG SERRANO**  
Árbitro Presidente



**LUCY CRUZ DE QUIÑONES**  
Árbitro



**VÍCTOR EDUARDO QUIROGA CÁRDENAS**  
Árbitro



**LUIS FERNANDO SERENO PATIÑO**  
Secretario