



TRIBUNAL DE ARBITRAJE

A-20210325/0811

OPP GRANELES S.A.

Vs.

SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A.

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, 28 de junio de 2023

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad legal para hacerlo, procede el Tribunal a proferir, unánimemente, el Laudo en derecho que se expresa a continuación.

I. ANTECEDENTES Y TRÁMITE DEL PROCESO

1. Partes del Proceso.

La parte convocante (“Parte Convocante” o “Convocante” o “Demandante Principal” o “Demandada en Reconvención” u “OPP”) es **OPP GRANELES S.A.**, persona jurídica identificada con NIT No. 805.000.308-3, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., representada legalmente por el señor **CÉSAR TULIO RESTREPO SAAVEDRA**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 6.315.362, en su condición de Gerente General de la sociedad, o por quien haga sus veces.

Su apoderado judicial en este proceso es el doctor **SERGIO ROJAS QUIÑONES**.

La parte convocada (“Parte Convocada” o “Convocada” o “Demandada Principal” o “Demandante en Reconvención” o “SPRBUN”) es la **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A.**, persona jurídica identificada con NIT No. 800.215.775-5, con domicilio en la ciudad de Buenaventura, representada legalmente por el señor **LIBORIO CUÉLLAR ARAUJO**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.387.180, en su condición de Representante Legal Principal de la sociedad, o por quien haga sus veces.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





Su apoderado judicial en este proceso es el doctor **HÉCTOR HERNÁNDEZ BOTERO**.

2. Conformación del Tribunal y desarrollo del trámite preliminar.

Opp Graneles S.A. y Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. celebraron un negocio jurídico instrumentado bajo la denominación “*RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SÓLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172*”, el cual se suscribió el 13 de septiembre de 2013, que recogió, unificando, lo antes pactado entre las mismas partes en los contratos plasmados en documentos de noviembre 29 de 1994, distinguido con el número 033; de 13 de julio de 1995, con el número 171; de 9 de noviembre de 1995, con el número 172; de 23 de agosto de 1996, con el número 037; y del 10 de septiembre de 1996, con el número 038.

El negocio jurídico recién citado se identificará en esta providencia, indistintamente, como “el Contrato”, “la Renovación de 2013”, “la Renovación Contractual” o “el Negocio Jurídico”.

La cláusula compromisoria con fundamento en la cual se integró y ha ejercido sus funciones el Tribunal, se encuentra contenida en la cláusula vigésima sexta del Contrato. Su texto es el siguiente:

“Cláusula Vigésima Sexta. Cláusula Compromisoria. Con excepción del cumplimiento de obligaciones respaldadas en títulos ejecutivos, cuya cumplida ejecución se tramitará ante los jueces ordinarios competentes, toda diferencia que surja entre SPRBUN y OPP por la interpretación del presente contrato, su ejecución, su cumplimiento, su terminación, su liquidación, o las consecuencias futuras del mismo, será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las Partes. En el evento de que esto no sea posible, los árbitros serán designados por la Cámara de Comercio de Cali, de las listas que para tal efecto lleve dicha entidad. El Tribunal sesionará en la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali, se sujetará a las reglas y tarifas del mencionado Centro y en lo no previsto se aplicará la legislación colombiana en materia de arbitraje mercantil, sus decisiones serán en derecho”.

El 25 de marzo de 2021, con fundamento en la cláusula compromisoria referenciada, la Convocante, a través de su apoderado, presentó solicitud de

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co



SC648-1

convocatoria del Tribunal Arbitral ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali.

El 3 de junio de 2021 se designó de común acuerdo entre los apoderados de las partes, a los árbitros doctores Juan Pablo Cárdenas Mejía, Carlos Darío Barrera Tapias y José Armando Bonivento Jiménez, como principales, y al doctor Hernán Fabio López Blanco, como suplente numérico, quien entró a ocupar el lugar del doctor Cárdenas Mejía.

Finalmente, entonces, los doctores Carlos Darío Barrera Tapias, José Armando Bonivento Jiménez y Hernán Fabio López Blanco, aceptaron la designación en forma oportuna y dieron cumplimiento al deber de información según lo preceptuado en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012.

El 27 de julio de 2021 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal, en la cual fueron proferidos los Autos No. 1, por medio del cual “*se declara legalmente instalado el Tribunal de Arbitraje (...) se asume competencia para efectos de conocer de la etapa inicial del presente proceso*”, y No. 2, por el que se requiere a SPRBUN para que informe “*cuál es la composición accionaria completa de dicha sociedad*”, antes de decidir sobre la admisión de la demanda.

Durante la audiencia, los Árbitros nombraron como presidente del Tribunal al Dr. José Armando Bonivento Jiménez, y como secretaria a la abogada María del Pilar Salazar Sánchez, quienes aceptaron la designación y esta última dio cumplimiento al deber de información, según lo preceptuado en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012.

El 6 de agosto de 2021, mediante Acta No.2, el Tribunal profirió el Auto No.3, por medio del cual se adoptaron las siguientes decisiones: (i) Admitir la demanda arbitral, (ii) Ordenar la notificación del auto admisorio de la demanda a la Convocada, (iii) Notificar al Ministerio Público del auto admisorio de la demanda y (iv) Dar aviso a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado del inicio del trámite arbitral.

El 9 de agosto de 2021 se notificó a través de correo electrónico a la Convocada el auto admisorio de la demanda, con entrega de la misma y de sus anexos, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 1563 de 2012, para fines del traslado por el término legal de 20 días.

El 10 de agosto de 2021 se notificó al Ministerio Público, a través de correo electrónico, el auto admisorio de la demanda, con entrega de la misma.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co



SC648-1



El 11 de agosto de 2021 se dio aviso a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a través de correo electrónico, del inicio del trámite arbitral.

El 12 de agosto de 2021, la Convocada presentó recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, respecto del cual se opuso la Convocante en el término de ley. Este recurso fue resuelto por el Tribunal, denegándolo, mediante Auto No.4 del 23 de agosto de 2021. (Acta No.3 de la misma fecha).

El 21 de septiembre de 2021, surtido el término de traslado, la SPRBUN dio respuesta a la demanda, formulando excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio. En la misma fecha, la SPRBUN presentó escrito de demanda de reconvención contra la Convocante.

El 28 de septiembre de 2021, mediante Acta No.4, el Tribunal profirió los Autos Nos. 5 y 6 por medio de los cuales se adoptaron las siguientes decisiones: (i) Admitir la demanda de reconvención instaurada por la SPRBUN contra OPP, (ii) Ordenar la notificación del auto admisorio de la demanda de reconvención a la Convocante, (iii) Conceder a OPP un plazo para aportar o solicitar las pruebas pertinentes de su estimación, frente a la objeción al juramento estimatorio presentado por la SPRBUN y, (iv) Conceder a la Convocante y a la Convocada el plazo solicitado para presentar el dictamen pericial por ellas anunciado.

El 28 de septiembre de 2021 se notificó a la Convocante, a través de correo electrónico, el auto admisorio de la demanda de reconvención, con entrega de la misma y de sus anexos, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 1563 de 2012, para fines del traslado por el término legal de 20 días.

El 30 de septiembre de 2021, la Convocante se pronunció frente a la objeción al juramento estimatorio y recorrió el traslado de las excepciones.

El 1 de octubre de 2021, la Convocante presentó recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda de reconvención, respecto del cual se opuso la Convocada en el término de ley. Este recurso fue resuelto por el Tribunal, denegándose, mediante Auto No.8 del 13 de octubre de 2021. (Acta No.5 de la misma fecha).

El 12 de noviembre de 2021, surtido el término de traslado, OPP dio respuesta a la demanda de reconvención, formulando excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio.

El 17 de noviembre de 2021, mediante Acta No.6, el Tribunal profirió el Auto No.9 por medio del cual le concedió plazo a OPP para aclarar y hacer los ajustes necesarios a los anexos del escrito de contestación a la demanda de reconvención,

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



dando cumplimiento OPP a dicho requerimiento el 25 de noviembre de 2021. A su turno el Tribunal, mediante Auto No.10 del 26 de noviembre de 2021 (Acta No.7), concedió a la SPRBUN el plazo para aportar o solicitar pruebas pertinentes de su estimación, frente a la objeción al juramento estimatorio presentada por OPP.

El 6 de diciembre de 2021, la Convocada se pronunció frente a la objeción al juramento estimatorio y describió el traslado de las excepciones a la demanda de reconvención.

El 10 de diciembre de 2021, el Tribunal dictó el Auto No.11, por medio del cual señaló fecha para la realización de la Audiencia de Conciliación.

El 14 de enero de 2022, la Convocante presentó demanda arbitral reformada, con el fin de que se hicieran las declaraciones y condenas que se transcribirán posteriormente.

El 17 de enero de 2022, mediante Acta No.10, el Tribunal profirió el Auto No.12, por medio del cual se admitió la reforma de la demanda presentada por OPP, ordenando correr traslado de ella a la Convocada por el término de 10 días.

El 3 de febrero de 2022, surtido el término de traslado, la SPRBUN dio respuesta a la reforma de la demanda, formulando excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio. En la misma fecha, la SPRBUN presentó nuevo escrito de demanda de reconvención contra la Convocante.

El 8 de febrero de 2022, mediante Acta No.11, el Tribunal profirió los Autos No.13 y 14 por medio de los cuales se adoptaron las siguientes decisiones: (i) Inadmitir la demanda de reconvención presentada por SPRBUN contra OPP y (ii) Conceder a OPP el plazo para aportar o solicitar pruebas pertinentes de su estimación, frente a la objeción al juramento estimatorio presentada por la SPRBUN en el escrito de contestación a la reforma de la demanda arbitral.

El 14 de febrero de 2022, la Convocante se pronunció frente a la objeción al juramento estimatorio y describió el traslado de las excepciones propuestas con la contestación de la reforma de la demanda arbitral.

El 15 de febrero de 2022, la Convocada presentó escrito subsanando la demanda de reconvención. A su turno el Tribunal, mediante Acta No.12 del 17 de febrero de 2022, profirió el Auto No.15, por medio del cual se adoptaron las siguientes decisiones: (i) Admitir la nueva demanda de reconvención instaurada por la SPRBUN contra OPP, quedando sin efecto la primera demanda de reconvención presentada y precisando que *“como consecuencia de ello dejará de tener efectos*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



la primera demanda de reconvención presentada; por lo tanto la demanda de reconvención admitida en la presente providencia sustituye para todos los fines legales la primera demanda de reconvención”, (ii) Ordenar la notificación del auto admisorio de la demanda de reconvención a la Convocante y correr traslado de ella por el término de 20 días y (iii) Conceder plazo a la Convocante para aportar los dictámenes por ella anunciados.

El 18 de febrero de 2022 se notificó a la Convocante, a través de correo electrónico, el auto admisorio de la demanda de reconvención, con entrega de la misma y de sus anexos, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 1563 de 2012, para fines del traslado por el término legal de 20 días.

El 23 de febrero de 2022, la Convocante presentó recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda de reconvención, respecto del cual se opuso la Convocada en el término de ley. Este recurso fue resuelto por el Tribunal, denegándolo, mediante Auto No.16 del 3 de marzo de 2022. (Acta No.13 de la misma fecha).

El 4 de abril de 2022, surtido el término de traslado, OPP dio respuesta a la demanda de reconvención, formulando excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio.

El 5 de abril de 2022, mediante Acta No.14, el Tribunal profirió el Auto No.17, por medio del cual concedió a la SPRBUN el plazo para aportar o solicitar pruebas pertinentes de su estimación, frente a la objeción al juramento estimatorio presentada por OPP en la contestación a la demanda de reconvención, y se profirió el Auto No.18, por medio del cual señaló fecha para la realización de la Audiencia de Conciliación.

El 13 de abril de 2022, la Convocada se pronunció frente a la objeción al juramento estimatorio y recorrió el traslado de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda de reconvención.

El 27 de abril de 2022 se realizó la audiencia de conciliación, sin que las partes llegaran a un acuerdo conciliatorio. Fracasada la conciliación, en esa misma ocasión el Tribunal dictó el Auto No.23, mediante el cual estableció el monto de los honorarios y gastos del proceso.

La Convocante y la Convocada cancelaron oportunamente la totalidad de gastos y honorarios señalados por el Tribunal.

El 16 de mayo de 2022 el Tribunal dictó el Auto No.25, por medio del cual señaló fecha para la celebración de la Primera Audiencia de Trámite.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



3. Primera Audiencia de Trámite. Pruebas y desarrollo del proceso.

El 2 de junio de 2022 se realizó la primera audiencia de trámite, en la cual fueron proferidos los Autos Nos. 26, 27, 28, 29 y 30 por los cuales se adoptaron las siguientes decisiones: (i) El Tribunal se declaró competente, (ii) Se resolvió recurso de reposición interpuesto por la SPRBUN contra auto mediante el cual el Tribunal se declaró competente, el cual, una vez descrito el traslado por OPP y escuchado el concepto del Ministerio Público, fue resuelto de forma desfavorable, (iii) Se decretaron pruebas y (iv) Se dispuso que las partes presentaran la programación de fechas para las pruebas decretadas y se decretó la suspensión del proceso por solicitud de las partes.

Las pruebas solicitadas por las partes y decretadas por el Tribunal, a través del Auto No.28 del 2 de junio de 2022, fueron:

Pruebas solicitadas por OPP GRANELES S.A.:

- a. La incorporación de los documentos enunciados y aportados con la demanda reformada, con el escrito que describe el traslado de las excepciones y objeción al juramento estimatorio, y con la contestación a la demanda de reconvención.
- b. El dictamen pericial financiero anunciado por la Convocante en el escrito de reforma a la demanda y ampliado en el escrito donde se pronunció sobre la objeción al juramento estimatorio, presentado el 21 de abril de 2022, elaborado por Soluciones Financieras Ltda. Respecto del dictamen pericial contable anunciado en el escrito de demanda reformada, se advierte que la Convocante manifestó desistir del mismo, lo cual fue aceptado por el Tribunal mediante Auto No.21 del 27 de abril de 2022 (Acta No.15).
- c. Los testimonios solicitados en el escrito de demanda reformada, en el escrito que describe el traslado de las excepciones y objeción al juramento estimatorio, y en el escrito de contestación a la demanda de reconvención.
- d. No se decretó interrogatorio de parte al Representante Legal de la SPRBUN solicitado por la Convocante. En su lugar, se dispuso la rendición de un informe escrito bajo juramento en cabeza del representante legal de la SPRBUN, prueba que fue desistida por OPP el 21 de junio de 2022, desistimiento aceptado por el Tribunal mediante Auto No.32 del 23 de junio de 2022 (Acta No.18).

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



- e. La declaración de propia parte en cabeza de OPP, a través de su Representante Legal.
- f. Se ordenó como prueba trasladada la declaración del Sr. Víctor Julio González, como Representante Legal de la SPRBUN, en el trámite adelantado por OPP en contra de la SPRBUN ante la Superintendencia de Industria y Comercio.
- g. La exhibición de documentos en poder de la SPRBUN, solicitada por la Convocante en el escrito de demanda reformada.

Pruebas solicitadas por SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A.:

- a. La incorporación de los documentos enunciados y aportados con el escrito de contestación a la demanda reformada, con la demanda de reconvencción y con el escrito que descurre el traslado de las excepciones y objeción al juramento estimatorio.
- b. Los testimonios solicitados en el escrito de contestación a la demanda reformada y en el escrito de demanda de reconvencción.
- c. Interrogatorio de parte al Representante Legal de OPP.
- d. La exhibición de documentos en poder de OPP solicitada por la Convocada en el escrito de contestación a la demanda reformada y en el escrito de demanda de reconvencción.
- e. El dictamen pericial contable anunciado por la Convocada en el escrito que descurre el traslado a las excepciones de la Demanda de Reconvencción y a la objeción al juramento estimatorio.
- f. El dictamen pericial de contradicción anunciado en el escrito por el cual se pronunció la Convocada frente al dictamen pericial aportado por OPP, al igual, que se ordenó el interrogatorio de los peritos pertenecientes a la firma Soluciones Financieras Ltda., quienes suscribieron el dictamen pericial aportado por OPP.
- g. En relación con la inspección judicial solicitada por la Convocada en el escrito que describió el traslado de las excepciones y de la objeción al juramento estimatorio, el Tribunal decidió aplazar su pronunciamiento sobre la procedencia y necesidad de dicha prueba.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co



SC648-1



El 21 de junio de 2022, la Convocante aportó la grabación de la declaración del Sr. Víctor Julio González, como prueba trasladada ordenada por el Tribunal, a través de un enlace electrónico desde donde se descargó la grabación, la cual fue ordenada su incorporación al expediente por parte del Tribunal mediante Auto No.32 del 23 de junio de 2022 (Acta No.18)

El 28 de junio de 2022, la Convocada presentó dictamen pericial contable anunciado en el escrito que descurre el traslado a las excepciones formuladas en la contestación de la demanda de reconvención y a la objeción al juramento estimatorio. A su turno, el 30 de junio de 2022, la Convocante se pronunció sobre el dictamen pericial presentado por la SPRBUN, solicitando al Tribunal se ordenara el interrogatorio de los peritos pertenecientes a la firma Multimodal S.A.S., quienes suscribieron el dictamen pericial aportado por la SPRBUN y solicitó plazo para presentar dictamen pericial de contradicción, lo cual fue ordenado por el Tribunal mediante Auto No.33 del 30 de junio de 2022 (Acta No.19).

El 5 de agosto de 2022, la Convocante y la Convocada presentaron a través del correo electrónico, con copia a su contraparte y al Ministerio Público, documentos respondiendo a la prueba de exhibición de documentos.

El 18 de agosto de 2022 se llevó a cabo el interrogatorio al Representante Legal de OPP GRANELES S.A. y la declaración de propia parte en cabeza del mismo Representante Legal de OPP. (Acta No.21).

El 19 de agosto de 2022, la Convocada presentó dictamen pericial de contradicción elaborado por Global Project Strategy Inc. y Valora Consultoría S.A.S, respecto al dictamen pericial elaborado por Solfin Ltda. aportado por OPP.

El 19 de agosto de 2022, la Convocante y la Convocada se pronunciaron frente a la exhibición de documentos presentados por su contraparte.

El 22, 23 y 25 de agosto de 2022 se recibió el testimonio de Juan Carlos Micolta Rivas, Santiago Rodríguez Ferrero y Domingo Bernardo Moreno Ángel, respectivamente. (Actas Nos.22, 23 y 24).

El 24 de agosto de 2022 la Convocante recorrió el traslado del dictamen pericial de contradicción elaborado por Global Project Strategy Inc. y Valora Consultoría S.A.S, solicitando al Tribunal interrogatorio de los peritos pertenecientes a dichas firmas, lo cual fue ordenado por el Tribunal mediante Auto No.36 del 25 de agosto de 2022 (Acta No.24).

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



El 26 de agosto de 2022, la Convocante y la Convocada dieron respuesta a las observaciones presentadas por su contraparte, respecto a la exhibición de documentos.

El 29 de agosto de 2022 el Sr. Jorge Arango Velasco, en calidad de perito de OPP, aportó con copia a las partes y al Ministerio Público, dictamen pericial de contradicción frente al dictamen pericial elaborado por Multimodal S.A.S. presentado por la parte Convocada. Dictamen del cual se puso en conocimiento a la parte Convocada, quien en desarrollo de audiencia del 12 de septiembre de 2022 y con fines de contradicción, solicitó de manera verbal el interrogatorio del perito Jorge Arango Velasco, lo cual fue ordenado por el Tribunal mediante Auto No.40 del 12 de septiembre de 2022 (Acta No.25).

El 12, 14 y 19 de septiembre de 2022 se recibió el testimonio de Andrés Jaramillo Hoyos, Jair Fernel Cuero Angulo y Juan Carlos Naranjo Márquez, respectivamente. (Acta No.25, 26 y 27).

El 12 de septiembre de 2022, la Convocante se pronunció frente a la exhibición de documentos por parte de la SPRBUN, solicitando la incorporación de documentos al expediente, relacionándolos a través de un enlace electrónico.

El 14 de septiembre de 2022, la Convocada se pronunció frente a la exhibición de documentos por parte de OPP, solicitando la incorporación de documentos al expediente, relacionándolos a través de un enlace electrónico.

El 19 de septiembre de 2022, mediante Acta No.27, el Tribunal se pronunció frente a la exhibición de documentos efectuada por las partes, y profirió el Auto No.42, por medio del cual dispuso la incorporación al expediente de los documentos que las partes relacionaron y declaró cerrada las exhibiciones decretadas.

El 19 de octubre de 2022 se recibió el testimonio de Fernando Arturo Aulestia Marín.

El 3, 9, 21 y 23 de noviembre de 2022 se recibieron los testimonios de César Tulio Restrepo Saavedra, Sharon Machado Madrid, Gustavo Flórez Dulcey y Álvaro Domingo Rodríguez Acosta, respectivamente (Acta No. 32, 33, 36 y 37).

El 17 de noviembre de 2022 se adelantó la diligencia de interrogatorio del perito Oscar Humberto Medina Mora, en calidad de representante de la firma Multimodal S.A.S., dictamen presentado por la parte Convocada. Respecto al Interrogatorio del Perito Jorge Arango Velasco, señalado para la misma fecha, quien presentó dictamen pericial de contradicción, la Convocada desistió de dicho

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



interrogatorio, lo cual fue aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 51 del 17 de noviembre de 2022 (Acta No.35).

El 24 de noviembre de 2022 se adelantó la diligencia de interrogatorio de los peritos Mauricio Esteban Rico y Álvaro Enrique Parra Noreña, en calidad de voceros de la firma Solfin Ltda., dictamen presentado por la parte Convocante. Respecto al interrogatorio del vocero de las firmas Global Project Strategy Inc. y Valora Consultoría S.A.S., señalado para la misma fecha, quienes presentaron dictamen pericial de contradicción, la Convocante desistió de dicho interrogatorio, lo cual fue aceptado por el Tribunal mediante Auto No.52 del 24 de noviembre de 2022 (Acta No.38).

Las partes presentaron desistimiento de los siguientes testigos: Mauricio Cuesta Esguerra (por ambas partes), Mauricio Esteban Rico (por ambas partes), Yolima Martínez Vergara (por ambas partes), Claudio Roberto Mustico (por la Convocante) y Eugenia Ocampo Mejía (por la Convocada); siendo peticiones presentadas de manera oportuna por los solicitantes de la prueba, el Tribunal aceptó el desistimiento de conformidad con el artículo 175 del Código General del Proceso.

El 6 de diciembre de 2022, mediante Acta No.39, el Tribunal efectuó control de legalidad frente al trámite arbitral -sin que ninguno de los intervinientes manifestare reparos- y profirió los Autos Nos. 55, 56 y 57, por medio de los cuales se adoptaron las siguientes decisiones: (i) No decretar la inspección judicial solicitada por la Convocada, por considerarla no necesaria, teniendo en cuenta el inciso final del artículo 236 del Código General del Proceso y la información acopiada en la etapa probatoria, (ii) Declarar cerrado el período probatorio, (iii) Señalar fecha para audiencia de alegatos y (iv) Decretar la suspensión del proceso por solicitud de las partes.

El 31 de enero de 2023 tuvo lugar la Audiencia de Alegaciones, durante la cual las partes hicieron sus exposiciones orales y presentaron los correspondientes escritos; igualmente, el Ministerio Público presentó su concepto, verbalmente y por escrito; en dicha Audiencia, el Tribunal efectuó de nuevo control de legalidad frente al trámite arbitral (Acta No.40), sin que ninguno de los intervinientes manifestare reparos.

El Tribunal, en la misma fecha del 31 de enero de 2023, mediante Auto No.58 señaló el día 24 de abril de 2023 como fecha para realizar la Audiencia de Laudo.

El 14 de abril de 2023, mediante Acta No. 41, el Tribunal profirió el Auto No.59 por medio del cual se resolvió aplazar la fecha de realización de Audiencia de Laudo.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



El 15 de junio de 2023, mediante Acta No. 42, el Tribunal profirió el Auto No.60 por medio del cual señaló el día 28 de junio de 2023 como fecha para realizar la Audiencia de Laudo.

4. Término de duración del proceso.

En atención a que las partes no establecieron un término de duración del Proceso, el término para concluirlo sería de ocho (8) meses contados a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 491 de 2020 -norma vigente para el momento en que se realizó la citada Primera Audiencia de Trámite-, cómputo que se inició el 2 de junio de 2022 y vencería el 2 de febrero de 2023.

Teniendo en cuenta que dicho término estuvo suspendido durante 116 días hábiles, por solicitudes presentadas conjuntamente por las partes y aceptadas por el decreto de las mismas por el Tribunal, el término del Proceso expira el 27 de julio de 2023, razón por la cual el presente Laudo se profiere de manera oportuna.

Auto No.	Período de Suspensión	Días de Suspensión
30	Desde el 3 de junio/2022 hasta el 17 de junio/2022	11 días hábiles
30 y 34	Desde el 5 de julio/2022 hasta el 13 de julio/2022	7 días hábiles
34	Desde el 19 de julio/2022 hasta el 17 de agosto/2022	20 días hábiles
36	Desde el 30 de agosto/2022 hasta el 7 de sept./2022	7 días hábiles
45	Desde el 28 de sept./2022 hasta el 17 de octubre/2022	13 días hábiles
54	Desde el 25 de nov./2022 hasta el 5 de diciembre/2022	7 días hábiles
57	Desde el 7 de diciembre/2022 hasta el 20 de enero/2023	31 días hábiles
59	Desde el 1 de febrero/2023 hasta el 28 de febrero/2023	20 días hábiles

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co





II. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1. Demanda principal reformada.

A.1 *Hechos en que se fundamenta la demanda principal reformada.*

Los hechos que invoca OPP en la demanda reformada se identifican de la siguiente forma, descrita en función de los apartados que integran el respectivo capítulo:

- A. Hechos sobre el Contrato Administrativo de Concesión Portuaria No. 009 de 21 de febrero de 1994.
- B. Los Contratos de Arrendamiento y de Uso de infraestructura válidos y existentes celebrados entre OPP GRANELES y SPRBUN.
- C. Las obligaciones asumidas por OPP GRANELES en los Contratos complejos de Arrendamiento y de Uso de Infraestructura y la Renovación Contractual.
- D. Sobre las inversiones y los rendimientos acordados en la Renovación Contractual.
- E. La ejecución de los Contratos complejos de Arrendamiento y de Uso de Infraestructura y la Renovación Contractual por parte de OPP GRANELES.
- F. Sobre la causa contractual de OPP GRANELES.
- G. Sobre los hechos sobrevinientes que alteraron de forma grave las prestaciones contractuales a cargo de OPP GRANELES.

La descripción detallada de los hechos relevantes contenidos en la demanda reformada serán objeto de mención a lo largo de la parte considerativa del Laudo, en la medida en que así se estime pertinente.

A.2 *Pretensiones de la Demanda principal reformada.*

La Convocante solicita que se efectúen las siguientes declaraciones y condenas (“Pretensiones”), las cuales se relacionan textualmente:

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



“3.1 Pretensiones principales:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se DECLARE que, entre la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. y OPP GRANELES S.A., se suscribió un negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’ de 13 de septiembre de 2013.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se DECLARE que han ocurrido circunstancias extraordinarias con posterioridad a la celebración del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se DECLARE que las circunstancias extraordinarias a las que hace referencia la pretensión anterior, ocurridas con posterioridad a la celebración del negocio jurídico contractual, han desfigurado la causa económica subyacente al negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’.

Primera Pretensión Consecuencial de la Tercera Pretensión Principal: Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Tercera Pretensión Principal, se REVISE el contenido del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado “RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172”, a fin de recomponer la causa económica que se ha desfigurado.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



Segunda Pretensión Consecuencial de la Tercera Pretensión Principal: Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Tercera Pretensión Principal, se ORDENE, a título de revisión contractual, que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A., de aplicación, respecto de la relación contractual existente entre SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. y OPP GRANELES S.A., a los incentivos a la eficiencia previstos en las Tarifas por Uso de Instalaciones al operador portuario “UIO”, ahora UIOPM vigentes antes de la modificación que entró en vigor el 17 de febrero de 2020.

Primera Pretensión Subsidiaria de la Segunda Pretensión Consecuencial de la Tercera Pretensión Principal: Que, en subsidio de la pretensión anterior, se ORDENE, a título de revisión contractual, que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. reduzca el valor del arrendamiento por metro cuadrado, a cargo de OPP GRANELES S.A. a un valor equivalente a 1,81 dólares de los Estados Unidos de América, reducción que deberá entenderse efectiva desde el 17 de febrero de 2020 y hasta la finalización del Contrato.

Tercera Pretensión Consecuencial de la Tercera Pretensión Principal: Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Tercera Pretensión Principal, se ORDENE, a título de revisión contractual, que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A., pague a OPP GRANELES S.A., dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que así lo resuelva el Tribunal Arbitral, la suma de DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS DIEZ PESOS (\$2.890.973.210), correspondiente a los sobrecostos asumidos por OPP GRANELES S.A. producto del cambio tarifario.

Cuarta Pretensión Consecuencial de la Tercera Pretensión Principal: Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Tercera Pretensión Principal, se ORDENE, a título de revisión contractual, que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A., deje sin efecto, respecto de la relación contractual existente entre SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. y OPP GRANELES S.A., la Facturación por concepto de Uso de Instalaciones al Operador Portuario Terrestre – UIOPT.

Quinta Pretensión Consecuencial de la Tercera Pretensión Principal: Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Tercera Pretensión

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



Principal, se ORDENE, a título de revisión contractual, que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A., se abstenga de exigir a los usuarios de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. y OPP GRANELES S.A., el doble pesaje a los que se refieren los hechos de esta demanda.

Sexta Pretensión Consecuencial de la Tercera Pretensión Principal: Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Tercera Pretensión Principal, se EXONERE, a título de revisión contractual, a OPP GRANELES S.A. de realizar las inversiones mínimas pactadas en la Cláusula CUARTA del documento denominado “RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172”.

Séptima Pretensión Consecuencial de la Tercera Pretensión Principal: Que se ORDENE cualquier otra restitución que el Tribunal Arbitral estime procedente para recomponer la causa económica del negocio jurídico.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se DECLARE que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. incumplió las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual (incluyendo, pero sin limitarse a los deberes de lealtad, fidelidad, cooperación, coherencia y fidelidad) para con mis representados y que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado “RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172”.

Primera Pretensión Consecuencial de la Cuarta Pretensión Principal: Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Cuarta Pretensión Principal, se DECLARE que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. es civilmente responsable por los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’.

Segunda Pretensión Consecuencial de la Cuarta Pretensión Principal: Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Cuarta Pretensión Principal, se CONDENE a la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. a pagar, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en la que se expida el laudo arbitral respectivo, la reparación integral de los perjuicios sufridos por OPP GRANELES S.A. como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’, discriminados así:

- *Por concepto de inversiones realizadas por parte de OPP GRANELES S.A. y no amortizadas como consecuencia del incumplimiento contractual, la suma de TREINTA MIL SETECIENTOS SESENTA MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$30.760.995.372 M/cte).*
- *Por concepto de sobrecostos derivados de la aplicación de un tarifario que desconoce las eficiencias, la suma de VEINTIÚN MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$21.765.972.824).*

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se condene en costas a la Parte Convocada.

3.2 Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias:

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA: Que se DECLARE que, entre la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. y OPP GRANELES S.A., se suscribió un negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA: Que se DECLARE que han ocurrido circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, con posterioridad a la celebración del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’, y que han afectado las prestaciones de futuro cumplimiento de dicho negocio jurídico, de un modo tal que lo hacen excesivamente oneroso su cumplimiento para OPP GRANELES S.A.

Primera Pretensión Consecuencial de la Segunda Pretensión Subsidiaria: Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Segunda Pretensión Subsidiaria, se REVISE el contenido del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado “RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172”, a fin de restablecer el equilibrio económico perdido.

Segunda Pretensión Consecuencial de la Segunda Pretensión Subsidiaria: Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Tercera Pretensión Principal, se ORDENE, a título de revisión contractual, que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A., de aplicación, respecto de la relación contractual existente entre SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. y OPP GRANELES S.A., a los incentivos a la eficiencia previstos en las Tarifas por Uso de Instalaciones al operador portuario Marítimo – UIOPM vigentes antes de la modificación que entró en vigor el 17 de febrero de 2020.

Primera Pretensión Subsidiaria de la Segunda Pretensión Consecuencial de la Segunda Pretensión Subsidiaria: Que, en subsidio de la pretensión anterior, se ORDENE, a título de revisión contractual, que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. reduzca el valor del arrendamiento por metro cuadrado, a cargo de OPP GRANELES S.A.S., a un valor equivalente a 1,81 dólares de los Estados Unidos de América, reducción que deberá entenderse efectiva desde el 17 de febrero de 2020.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



Tercera Pretensión Consecuencial de la Segunda Pretensión Subsidiaria: Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Tercera Pretensión Principal, se ORDENE, a título de revisión contractual, que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A., pague a OPP GRANELES S.A., dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que así lo resuelva el Tribunal Arbitral, la suma de DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS DIEZ PESOS (\$2.890.973.210), correspondiente a los sobrecostos asumidos por OPP GRANELES S.A. producto del cambio tarifario.

Cuarta Pretensión Consecuencial de la Segunda Pretensión Subsidiaria: Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Tercera Pretensión Principal, se ORDENE, a título de revisión contractual, que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A., deje sin efecto, respecto de la relación contractual existente entre SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. y OPP GRANELES S.A., la Facturación por concepto de Uso de Instalaciones al Operador Portuario Terrestre – UIOPT.

Quinta Pretensión Consecuencial de la Segunda Pretensión Subsidiaria: Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Tercera Pretensión Principal, se ORDENE, a título de revisión contractual, que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A., se abstenga de exigir a los usuarios de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. y OPP GRANELES S.A., el doble pesaje a los que se refieren los hechos de esta demanda.

Sexta Pretensión Consecuencial de la Tercera Pretensión Principal: Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Tercera Pretensión Principal, se EXONERE, a título de revisión contractual, a OPP GRANELES S.A. de realizar las inversiones mínimas pactadas en la Cláusula CUARTA del documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’.

Sexta (sic) Pretensión Consecuencial de la Segunda Pretensión Subsidiaria: Que se ORDENE cualquier otra restitución que el Tribunal Arbitral estime procedente para recomponer la causa económica del negocio jurídico.

Sede Principal

Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA: Que se DECLARE que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. incumplió las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual, incluyendo, pero sin limitarse a los deberes de lealtad, fidelidad, cooperación, coherencia y fidelidad, para con mis representados.

Primera Pretensión Consecuencial de la Tercera Pretensión Subsidiaria: Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Cuarta Pretensión Subsidiaria, se DECLARE que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. es civilmente responsable por los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual (incluyendo, pero sin limitarse a los deberes de lealtad, fidelidad, cooperación, coherencia y fidelidad) que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado 'RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172'.

Segunda Pretensión Consecuencial de la Tercera Pretensión Subsidiaria: Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Cuarta Pretensión Subsidiaria, se CONDENE a la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. a pagar, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en la que se expida el laudo arbitral respectivo, la reparación integral de los perjuicios sufridos por OPP GRANELES S.A. como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado 'RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172', discriminados así:

- Por concepto de inversiones realizadas por parte de OPP GRANELES S.A. y no amortizadas como consecuencia del incumplimiento contractual, la suma de TREINTA MIL SETECIENTOS SESENTA MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$30.760.995.372).

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



- Por concepto de sobrecostos derivados de la aplicación de un tarifario que desconoce las eficiencias, la suma de VEINTIÚN MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$21.765.972.824).

CUARTA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA: Que se condene en costas a la Parte Convocada.

3.3 Segundo Bloque de Pretensiones Subsidiarias:

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA: Que se DECLARE que, entre la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. y OPP GRANELES S.A., se suscribió un negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado 'RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172'.

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA: Que se DECLARE que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. incumplió las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado 'RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172'.

Primera Pretensión Consecuencial de la Segunda Pretensión Subsidiaria: Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Segunda Pretensión Subsidiaria, se DECLARE que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. es civilmente responsable por los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado 'RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172'.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co





Segunda Pretensión Consecuencial de la Segunda Pretensión Subsidiaria: Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Segunda Pretensión Subsidiaria, se CONDENE a la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. a pagar, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en la que se expida el laudo arbitral respectivo, la reparación integral de los perjuicios sufridos por OPP GRANELES S.A. como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado 'RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172', discriminados así:

- Por concepto de inversiones realizadas por parte de OPP GRANELES S.A. y no amortizadas como consecuencia del incumplimiento contractual, la suma de TREINTA MIL SETECIENTOS SESENTA MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (COP \$30.760.995.372).

- Por concepto de sobrecostos derivados de la aplicación de un tarifario que desconoce las eficiencias, la suma de VEINTIÚN MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$21.765.972.824).

TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA: Que se condene en costas a la Parte Convocada”.

A.3 Juramento estimatorio.

En la demanda principal reformada, con fundamento en el artículo 206 del CGP, se presentó juramento estimatorio, señalando que los perjuicios reclamados ascienden a la suma de \$52.526.968.186 por concepto de daño emergente, asociado a los rubros de inversiones y sobrecostos por aplicación del nuevo tarifario, según se detalla en el referido acápite.

2. Oposición a la demanda principal reformada.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



B.1 Pronunciamiento frente a la demanda principal reformada. Excepciones.

La Convocada dio respuesta a la demanda reformada, se opuso a las pretensiones y formuló las siguientes excepciones, cuyos títulos se relacionan textualmente así:

“5.1 Ausencia de competencia del Tribunal para pronunciarse sobre las tarifas portuarias de SPRBUN, el Contrato de Concesión y la realización del pesaje que realiza SPRBUN

(a) El Tribunal no tiene competencia para pronunciarse sobre las tarifas que la SPRBUN cobra a los operadores portuarios

(b) El Tribunal carece de competencia para pronunciarse respecto de asuntos relacionados con el Contrato de Concesión y las obligaciones de SPRBUN como concesionario de la terminal marítima que administra.

5.2 Improcedencia de la teoría de la desaparición de la causa

(a) OPP induce a error al Tribunal Arbitral al manipular dolosamente un precedente judicial para soportar su teoría

(b) En el caso hipotético que el Tribunal analice la teoría de OPP deberá concluir que la causa no ha desaparecido ni se ha desfigurado

(c) En el caso hipotético que el Tribunal declare que la causa desapareció deberá declarar el contrato inexistente

(d) En el caso hipotético que el Tribunal declare que la causa desapareció y no declare la inexistencia del Contrato, las pretensiones consecuenciales deben ser rechazadas por pretender la configuración de una situación ilegal

(e) En el caso hipotético que el Tribunal declare que la causa desapareció y no declare la inexistencia del Contrato, la pretensión que busca la exoneración de las inversiones es improcedente

5.3 No es procedente la revisión del Contrato en cuanto la teoría de la imprevisión no es aplicable: el cambio del esquema tarifario no es extraordinario, ni imprevisible ni afecta de manera el Contrato que lo haga excesivamente oneroso

(a) Imposibilidad legal de restablecer el equilibrio económico del contrato en los términos solicitados por OPP

5.4 Imposibilidad de revisar el esquema tarifario de SPRBUN y MODIFICAR las tarifas que se cobran a OPP

(a) El tarifario vigente de SPRBUN fue válidamente modificado conforme a la ley y regulación aplicable

Sede Principal

Calle 8 # 3-14, Piso 4

Tel: 57 (2) 8861369

Cel: 314 8348808

ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





(b) La imposibilidad legal de las pretensiones de OPP encaminadas a que se modifique el tarifario que SPRBUN utiliza para cobrar tarifas a los operadores portuarios

5.5 Si desaparece la facultad de modificar el sistema tarifario por parte de SPRBUN el contrato es Nulo

5.6 SPRBUN no ha incumplido ninguna de sus obligaciones ni deberes secundarios de conducta en el Contrato. Cumplir con su obligación regulatoria de modificar las tarifas y el reglamento de condiciones técnicas de operación de acuerdo con las circunstancias no es un incumplimiento contractual.

5.7 Excepción de contrato no cumplido

5.8 Violación por parte de OPP del principio venire contra factum proprium

5.9 Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto

5.10 Caducidad de las pretensiones relacionadas con competencia desleal

5.11 Manifestación especial:

(i) La actuación de mi representada está ajustada a derecho y al principio de la buena fe. (ii) OPP es la parte incumplida bajo el Contrato al violar el principio de buena fe y desconocer las obligaciones de pago de tarifas y de inversiones. (iii) La demanda de OPP es temeraria. (iv) Ausencia de legitimación en la causa por activa. (v) Compensación. (vi) Prescripción de la acción. (vii) Nulidad relativa (viii) Genérica. De oficio, cualquier otra excepción que resulte evidenciada para el Tribunal de conformidad con los hechos que los señores Árbitros encuentren probados en el proceso”.

B.2 Objeción al juramento estimatorio.

La Convocada objetó el juramento estimatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 206 del CGP, manifestando que los valores incluidos en el mismo son irreales, inexactos y no tienen ninguna fuente de sustento.

3. Demanda de reconvencción.

C.1 Hechos en que se fundamenta la Demanda de reconvencción.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



Los hechos que invoca la SPRBUN en la demanda de reconvención igualmente se identifican de la siguiente forma, descrita en función de los apartados que integran el respectivo capítulo:

- A. Las partes involucradas en la disputa.
- B. La relación contractual entre SPRBUN y OPP.
- C. Incumplimientos de OPP por el no pago de las tarifas por concepto de uso de instalaciones al operador portuario.
- D. Incumplimientos de OPP al no realizar las inversiones pactadas en el contrato.
- E. Aplicación de la pena por incumplimiento en el pago de las tarifas.
- F. Imposibilidad de revisar el esquema tarifario de SPRBUN y modificar las tarifas que se cobran a OPP.
- G. Si desaparece la facultad de modificar el sistema tarifario por parte de SPRBUN, el contrato es nulo.

La descripción detallada de los hechos relevantes contenidos en la demanda de reconvención serán objeto de mención a lo largo de la parte considerativa del Laudo, en la medida en que así se estime pertinente.

C.2 Pretensiones de la Demanda de reconvención.

La Convocada solicita que se efectúen las siguientes declaraciones y condenas (“Pretensiones”), las cuales se relacionan textualmente:

“5.1 PRETENSIONES PRINCIPALES RELACIONADAS CON EL CONTRATO

(a) Que se declare que SPRBUN y OPP celebraron el Contrato y que este cumple con las condiciones para su existencia y validez.

(b) Que se declare que constituyen obligaciones esenciales del Contrato (i) el pago de las tarifas de operador portuario y/o, (ii) la realización de las inversiones pactadas y/o (iii) el pago del canon de arrendamiento.

(c) Que se declare que SPRBUN ha cumplido con sus obligaciones y deberes secundarios de conducta derivados de la relación contractual.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





(d) Que se declare que en los términos dispuestos en el literal (xii) de la cláusula Décima Sexta del Contrato, la falta de pago de las tarifas de operador portuario son un incumplimiento grave del Contrato.

5.2 PRETENSIONES PRINCIPALES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

(a) Que se declare que desde marzo de 2020, o la fecha que el Tribunal encuentra probada, OPP incurrió en retardo o mora en el cumplimiento de todas, algunas o alguna de sus obligaciones bajo el Contrato.

(b) Que se declare que OPP incumplió la obligación de pago de las tarifas de operador portuario.

(c) Que se declare que OPP incumplió la obligación de la realización de las inversiones pactadas.

(d) Que como consecuencia del incumplimiento de OPP de su obligación de pago y/o de su obligación de realizar las inversiones, se declare la resolución del Contrato según lo dispuesto en el literal (xii) de la cláusula Décima Sexta del Contrato y en el artículo 870 del Código de Comercio.

(e) Que si el Tribunal declara la resolución del Contrato por el incumplimiento de OPP de su obligación de pago, declare que OPP debe pagarle a SPRBUN la pena por incumplimiento contenida en la Cláusula Décima Cuarta del Contrato, correspondiente a \$1.200.000 millones de dólares.

(f) Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión anterior, condene a OPP a pagarle a SPRBUN la pena por incumplimiento contenida en la Cláusula Décima Cuarta del Contrato por \$1.200.000 millones de dólares.

(g) Que se declare que OPP debe pagarle a SPRBUN la suma de COP \$1.309.933.933 por concepto del uso de instalaciones al operador portuario terrestre "UIOPT", o lo que resulte probado en el proceso.

(h) Que se condene a OPP a pagarle a SPRBUN dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del Laudo, o el plazo que indique el Tribunal, la suma de COP \$1.309.933.933 por concepto del uso de

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



instalaciones al operador portuario terrestre "UIOPT" o lo que resulte probado en el proceso.

(i) Que se declare que OPP debe pagarle a SPRBUN la suma de COP \$10.542.250.244 por concepto del uso de instalaciones al operador portuario marítimo "UIOPM", o lo que resulte probado en el proceso.

(j) Que se condene a OPP a pagarle a SPRBUN dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del Laudo, o el plazo que indique el Tribunal, la suma de COP \$10.542.250.244 por concepto del uso de instalaciones al operador portuario marítimo "UIOPM", o lo que resulte probado en el proceso.

(k) Que se condene a OPP a pagarle a SPRBUN dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del Laudo, o el plazo que indique el Tribunal, la suma por concepto del uso de instalaciones al operador portuario terrestre "UIOPT" y uso de instalaciones al operador portuario marítimo "UIOPM", que resulte probada en el proceso y causada entre la presentación de esta demanda de reconvencción y la emisión del laudo.

(l) Que se declare que OPP debe pagarle a SPRBUN la suma correspondiente al plan de inversiones el Proyecto de inversiones de los años 2021-2022 mediante el cual ratificó el proyecto de inversión 2019-2020 y que se pruebe en el proceso.

(m) Que se condene a OPP a pagarle a SPRBUN la suma correspondiente al plan de inversiones el Proyecto de inversiones de los años 2021-2022 mediante el cual ratificó el proyecto de inversión 2019-2020, y que se pruebe en el proceso.

(n) Que se declare que OPP está obligada a pagarle a SPRBUN los intereses comerciales moratorios sobre las sumas de dinero que finalmente reconozca el Tribunal por concepto de las pretensiones de condena anteriores, a la máxima tasa legal permitida, desde que dichas sumas sean exigibles y hasta que su pago se realice.

(o) Que se condene a OPP a pagarle a SPRBUN los intereses comerciales moratorios sobre las sumas de dinero que finalmente reconozca el Tribunal por concepto de las pretensiones de condena anteriores, a la máxima tasa legal permitida, desde que dichas sumas sean exigibles y hasta que su pago se realice.

Sede Principal

Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



5.3 GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

(a) *Que se declare que desde marzo de 2020, o la fecha que el Tribunal encuentra probada, OPP incurrió en retardo o mora en el cumplimiento de todas, algunas o alguna de sus obligaciones bajo el Contrato.*

(b) *Que se declare que OPP incumplió la obligación de pago de las tarifas de operador portuario.*

(c) *Que como consecuencia del incumplimiento de OPP de su obligación de pago, se declare que OPP debe pagar las sumas adeudadas a la fecha de emisión del laudo.*

(d) *Que se declare que OPP debe pagarle a SPRBUN la suma de COP \$1.309.933.933 por concepto del uso de instalaciones al operador portuario terrestre "UIOPT", o lo que resulte probado en el proceso.*

(e) *Que se condene a OPP a pagarle a SPRBUN dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del Laudo, o el plazo que indique el Tribunal, la suma de COP \$1.309.933.933 por concepto del uso de instalaciones al operador portuario terrestre "UIOPT" o lo que resulte probado en el proceso.*

(f) *Que se declare que OPP debe pagarle a SPRBUN la suma de COP \$10.542.250.244 por concepto del uso de instalaciones al operador portuario marítimo "UIOPM", o lo que resulte probado en el proceso.*

(g) *Que se condene a OPP a pagarle a SPRBUN dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del Laudo, o el plazo que indique el Tribunal, la suma de COP \$10.542.250.244 por concepto del uso de instalaciones al operador portuario marítimo "UIOPM", o lo que resulte probado en el proceso.*

(h) *Que se declare que OPP incumplió la obligación de la realización de las inversiones pactadas.*

Sede Principal

Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





(i) *Que como consecuencia del incumplimiento de OPP de su obligación de realizar las inversiones, se condene a OPP cumplir con su obligación de realizar las inversiones que fueron aprobadas por la ANI para el periodo 2019-2020, ejecutando el proyecto de inversiones y se condene a OPP cumplir con su obligación de presentar el proyecto de inversiones para el periodo 2023-2024.*

(j) *Que se declare que OPP está obligada a pagarle a SPRBUN los intereses comerciales moratorios sobre las sumas de dinero que finalmente reconozca el Tribunal por concepto de las pretensiones de condena anteriores, a la máxima tasa legal permitida, desde que dichas sumas sean exigibles y hasta que su pago se realice.*

(k) *Que se condene a OPP a pagarle a SPRBUN los intereses comerciales moratorios sobre las sumas de dinero que finalmente reconozca el Tribunal por concepto de las pretensiones de condena anteriores, a la máxima tasa legal permitida, desde que dichas sumas sean exigibles y hasta que su pago se realice.*

5.4 PRETENSIONES PRINCIPALES RELATIVAS AL COBRO DE LAS TARIFAS DE OPERACIÓN PORTUARIA A SPRBUN

(a) *Que se declare que, bajo el Contrato, OPP se encuentra obligado al pago de las tarifas que le corresponden como operador portuario de conformidad con el tarifario vigente al momento de su cobro.*

(b) *Que se declare que OPP se encuentra obligado a pagar los conceptos de uso de instalaciones al operador portuario terrestre "UIOPT" y uso de instalaciones al operador portuario marítimo "UIOPM", en cuanto estas tarifas son aquellas que a la fecha de presentación de esta reforma a la demanda se encuentran vigentes para todos los operadores portuarios que prestan sus servicios en el terminal concesionado a SPRBUN.*

(c) *Que se declare que, sin perjuicio de que la facultad de SPRBUN para modificar sus tarifas se deriva del marco contractual y legal que regula su actividad, bajo el Contrato SPRBUN se encontraba facultada para modificar las tarifas, incluyendo la eliminación de los descuentos por rendimientos o incentivos, en los términos del parágrafo de la Cláusula Décima del Contrato.*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co





(d) Que se declare que la modificación de las tarifas o del sistema tarifario que SPRBUN cobra a todos los operadores portuarios no constituyen una situación sobreviniente imprevisible o irresistible que pueda modificar la economía del contrato.

(e) Que se declare que el Tribunal carece de competencia para fijar y/o modificar el esquema tarifario adoptado por SPRBUN en cuanto dicho tarifario es adoptado mediante un procedimiento administrativo vigilado por la Superintendencia de Transporte.

5.5 PRETENSIONES SUBSIDIARIAS RELATIVAS A LA NULIDAD DEL CONTRATO De manera subsidiaria a las pretensiones que solicitan la terminación del contrato contenidas en este escrito y de manera consecuencial a la prosperidad de cualquier pretensión de OPP relacionada con la revisión de las tarifas que SPRBUN cobra a OPP, se solicita respetuosa a los H. Árbitros:

(a) Que se declare la nulidad del Contrato por objeto ilícito en cuanto el Contrato no puede modificar las obligaciones legales, contractuales y regulatorias de SPRBUN respecto a las tarifas portuarias.

(b) Que si los H. Árbitros declaran la prosperidad de la Tercera Pretensión Principal de la demanda de OPP en el sentido que la modificación de las tarifas desfiguraron la causa económica, se declare que el contrato es nulo por vicio en el consentimiento considerando que SPRBUN firmó el contrato bajo el entendido que estaba facultado para modificar las tarifas portuarias.

(c) Que si los H. Árbitros declaran la prosperidad de la Segunda Pretensión Subsidiaria de la demanda de OPP en el sentido que la modificación de las tarifas son extraordinarias, imprevistas e imprevisibles y que hicieron excesivamente oneroso su cumplimiento, se declare que el contrato es nulo por vicio en el consentimiento considerando que SPRBUN firmó el contrato bajo el entendido que estaba facultado para modificar las tarifas portuarias.

5.6 Que se condene a OPP a pagar las costas y gastos de este proceso arbitral”.

C.3 Juramento estimatorio.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



En la demanda de reconvencción admitida, con fundamento en el artículo 206 del CGP, se presentó juramento estimatorio, señalando que los perjuicios reclamados ascienden a la suma de \$11.852.184.177 por concepto del uso de instalaciones al UIOPT y al UIOPM, la suma de USD\$1.200.000 por concepto de la pena derivada por el incumplimiento en el pago de las tarifas, y la suma de USD\$10.000.000 por concepto de la ejecución de las inversiones aprobadas por la ANI y que no fueron ejecutadas por OPP.

4. Oposición a la demanda de reconvencción.

D.1 Pronunciamiento frente a la demanda de reconvencción. Excepciones.

La Convocante dio respuesta a la demanda de reconvencción, se opuso a las Pretensiones y formuló las siguientes excepciones, cuyos títulos se relacionan textualmente -en lo pertinente- así:

“5.1. EL INCUMPLIMIENTO NO ES JURÍDICAMENTE IMPUTABLE: (...)

- a. La modificación unilateral de tarifas por parte de la SPRBUN*
- b. La implementación y el cobro de nuevas contraprestaciones extrañas a los Contratos de Arrendamiento y de Uso de Infraestructura (incluida la Renovación Contractual)*

5.2. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

- a. Incumplimiento contractual: competencia directa ejercida por parte de la SPRBUN*
- b. Incumplimiento contractual: violación del deber de cooperación contractual*
- c. Síntesis*

5.3. NO SE CUMPLEN LOS REQUISITOS PARA QUE PROCEDA LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

- a. El supuesto incumplimiento al que alude la Parte Demandante es inexistente*
- b. La SPRBUN debía haber cumplido a cabalidad los Contratos de Arrendamiento y de Uso de Infraestructura, y de la Renovación Contractual*

5.4. NO EXISTE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL IMPUTABLE A OPP GRANELES

- a. Las tarifas no eran exigibles a OPP GRANELES por vicios en su procedimiento de modificación y registro*

Sede Principal

Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





b. Las tarifas obedecían a cobros no incluidos en la Renovación Contractual – cobro de lo no debido

5.5. EL DAÑO ALEGADO ES PURAMENTE HIPOTÉTICO

5.6. LA SPRBUN NO PUEDE DESCONOCER SUS PROPIOS ACTOS. – VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET

5.7. EXCEPCIÓN GENÉRICA”.

D.2 Objeción al juramento estimatorio.

La Convocante objetó el juramento estimatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 206 del CGP, manifestando en síntesis que el monto incluido en el juramento estimatorio no corresponde a un perjuicio cierto ni directo, en tanto no se deriva de un incumplimiento imputable a OPP.

5. Alegatos.

Como atrás se indicó, el 31 de enero de 2023 las partes presentaron los alegatos finales. Los argumentos centrales contenidos en los referidos alegatos serán objeto de consideración, en la parte motiva del Laudo, en cuanto se estime pertinente y relevante.

III. PRESUPUESTOS PROCESALES

Previo a decidir de fondo la controversia objeto de este arbitraje, el Tribunal ha verificado que en el presente trámite se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, esto es, *“las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y en consecuencia se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa”*¹.

Juez competente, bilateralidad de audiencia, y legalidad de los actos y procedimientos son los tres elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso. En tal sentido, se pasa a considerar cada uno de ellos.

1. Competencia.

Según el artículo 116 de la Constitución Política, los tribunales arbitrales ejercen funciones de administración de justicia de manera transitoria.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de julio de 2008, Expediente 68001-3103-006-2002-00196-01.



Corolario de ello es que el Tribunal, por razón del pacto arbitral incorporado en el Negocio Jurídico, reseñado a comienzos de esta providencia, tiene competencia para conocer de las pretensiones de la demanda principal reformada y de la demanda de reconvención -y sus correspondientes defensas-, según se estableció en el Auto No. 26 del 2 de junio de 2022. Es de anotar que la competencia del Tribunal fue cuestionada por la SPRBUN, con alcance parcial, mediante recurso de reposición, lo cual fue resuelto por el Tribunal mediante Auto No.27 del mismo 2 de junio de 2022. El Tribunal se remite entonces a las consideraciones expuestas en las referidas providencias y advierte que de nuevo la SPRBUN, en el alegato de conclusión, se pronuncia sobre la aludida falta de competencia al señalar:

“En virtud del principio ‘Kompetenz – Kompetenz’, el Tribunal resolvió sobre su propia competencia en la primera audiencia de trámite mediante auto que quedó en firme luego de resuelto el recurso de reposición presentado por SPRBUN. No obstante, toda vez que se han practicado la totalidad de las pruebas decretadas, resulta relevante que el Tribunal se pronuncie nuevamente respecto de su competencia sobre algunos asuntos -no la totalidad de la controversia- como quiera que en este caso se evidenció que algunas de las pretensiones de la demanda principal reformada escapan al alcance de la cláusula compromisoria (Cláusula Vigésima Sexta) del Contrato.

De hecho, al proferir la decisión sobre la competencia del Tribunal en la primera audiencia de trámite se dejó sentado que en la respectiva oportunidad procesal, que no es ninguna distinta que el Laudo, se efectuarían los pronunciamientos correspondientes en relación con el alcance de la competencia. En dicha diligencia el Tribunal consideró que ‘(...) no es esta la ocasión procesal propicia para asentar determinada posición sobre el rol y la incidencia que, de cara a las diferencias sometidas a decisión tanto en la demanda principal reformada como en la demanda de reconvención, relativos al esquema tarifario del contrato, su vinculación con el contrato de concesión que actualmente vincula a la sociedad portuaria regional de Buenaventura con la ANI, y la actividad de pesaje asociada al objeto negocial’.

Respecto de la competencia del Tribunal Arbitral, resulta oportuno recordar a los señores Árbitros que, como lo mencionó el apoderado de OPP al momento de descorrer el traslado del recurso formulado por SPRBUN contra la providencia que declaró competencia, el alcance de este litigio de ninguna manera puede implicar una revisión

Sede Principal

Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



de las condiciones contractuales de SPRBUN con el Estado, ni de la legalidad del esquema tarifario adaptado, ni de las modificaciones realizadas a los reglamentos de condiciones técnicas de operación. Como lo señaló el propio apoderado de OPP, estos serían ‘cosas no contractuales’, respecto de lo cual nos atrevemos a agregar que por esa razón no serían sujeto de la decisión de este Tribunal (...)”.

Se pone de presente que en Auto No. 1 del 27 de julio de 2021 se declaró legalmente instalado el Tribunal y, en esa oportunidad, se decidió asumir competencia “*para efectos de conocer de la etapa inicial del presente proceso, sin perjuicio de lo que el mismo Tribunal decida en materia de competencia posteriormente, en la Primera Audiencia de Trámite*”. En la mencionada Primera Audiencia de Trámite, celebrada el 2 de junio de 2022 (Acta No.17), al efectuar el Tribunal el análisis relativo a su propia competencia se refirió, entre otras cosas, a la excepción de “*Ausencia de competencia del Tribunal (...)*”, formulada por la Parte Convocada y Demandante en Reconvención en su escrito de contestación de la demanda principal reformada, en los siguientes términos:

“En este orden de ideas, no resulta atendible, en el estado actual de avance del proceso, la argumentación del señor apoderado de la SPRBUN referente a que el Tribunal carece de competencia para ‘pronunciarse sobre las tarifas portuarias de SPRBUN, el Contrato de Concesión y la realización del pesaje que realiza SPRBUN’, por cuanto todos estos asuntos atañen con la interpretación del contrato, su ejecución, su cumplimiento y las consecuencias futuras del mismo, de modo que no es esta la ocasión procesal propicia para sentar determinada posición sobre el rol y la incidencia que, de cara a las diferencias sometidas a decisión, tanto en la demanda principal reformada como en la demanda de reconvención, tienen los aspectos relativos al esquema tarifario del Contrato, su vinculación con el contrato de concesión -que actualmente vincula a la SPRBUN con la ANI- y la actividad de pesaje asociada al objeto negocial. Por lo anterior, el Tribunal reafirma su competencia para conocer del presente litigio en los términos en que está propuesto; precisamente, la competencia que en esta providencia se reafirma constituye el fundamento para adelantar este trámite y para resolver en el Laudo, con los elementos de juicio que se acopien durante la actuación, todas las pretensiones y excepciones planteadas por las partes en sus demandas y correspondientes contestaciones (...)”.

Advierte el Tribunal que agotada la etapa instructiva y de alegaciones del presente proceso, no se avizora ninguna circunstancia que le lleve a conclusión diferente a la expuesta desde la inicial etapa del proceso, por ser evidente que a la luz del

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria es competente para resolver las pretensiones y excepciones presentadas por las partes.

Lo anterior, sin perjuicio de lo que, sobre la inquietud expuesta por la Convocada, que concierne con algunas aristas específicas del objeto del proceso, se consideran a lo largo de la presente parte motiva, hasta desembocar en el pronunciamiento relativo a la excepción de “Ausencia de competencia (...)” asociada a los tópicos particulares que en ese momento se comentarán.

2. Bilateralidad de audiencia.

La bilateralidad de la audiencia se refiere al derecho de defensa y/o al derecho de contradicción.

Al revisar el trámite del arbitraje se advierte y concluye que a las partes se les trató con igualdad procesal en cuanto a sus solicitudes, peticiones y práctica de pruebas; se les garantizó el derecho de contradicción y de defensa en general, y pudieron actuar sin restricciones indebidas en todas las etapas del trámite; se les notificaron en forma legal y oportuna todas las providencias, y se les concedieron los traslados en los términos previstos por la ley.

Las partes estuvieron asistidas por apoderados durante todo el trámite arbitral, el cual se desarrolló, además, con el activo acompañamiento del Ministerio Público.

3. Legalidad de los actos y procedimientos.

El arbitraje se ajustó al trámite que había sido previsto por las partes en el pacto arbitral, en especial a lo establecido en la Ley 1563 de 2012 y las disposiciones concordantes.

Concurren, a cabalidad, las exigencias relativas a *capacidad para ser parte y la demanda en forma* -aceptando, en gracia de discusión, que sigue siendo un presupuesto procesal-. Convocante y Convocada son personas jurídicas existentes, con capacidad para transigir y para arbitrar, que comparecieron al proceso a través de sus representantes legales y estuvieron debidamente asistidas por sus respectivos apoderados judiciales. En la oportunidad procesal correspondiente, el Tribunal encontró que tanto la demanda principal reformada, propuesta por OPP, como la demanda de reconvenición, instaurada por la SPRBUN, reunían los requisitos establecidos en la ley, razón por la cual en su momento se les admitió mediante providencias ejecutoriadas.

Visto todo lo señalado, se concluye que no obra causal de nulidad que afecte la actuación e impida un pronunciamiento de fondo, tal como, por lo demás, se

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



constató con los controles de legalidad realizados durante el curso del proceso, por lo que abordará el Tribunal el estudio de fondo de la controversia en subsiguiente capítulo de este Laudo.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público, quien estuvo presente en todas las actuaciones del proceso, presenta su concepto mencionando que el trámite arbitral se caracterizó por la amplitud en cuanto a medios de prueba se refiere y a la garantía procesal de solicitar los medios que se considerasen pertinentes, conducentes y útiles, sin avizorarse en su trámite causal de nulidad alguna.

Sobre la Renovación de 2013 señala que se está ante la existencia de un contrato atípico y resalta la importancia que en ese contexto tiene *“el texto contractual y los documentos relacionados con el mismo, todo ello en una contextualización de negociaciones realizadas por las partes en unos tiempos determinados y bajo unos parámetros de suplir necesidades mutuas, es decir que ambas se requieren mutuamente para el logro de sus objetivos institucionales y empresariales (...)”*; y pone de presente que la noción de incumplimiento contractual, aducido por ambas partes, aunque con implicaciones diferentes, es el núcleo esencial de la controversia.

Así mismo, indica que con fundamento en distintas circunstancias, la SPRBUN propende por ejecutar, directa o indirectamente, a través de un tercero controlado -ZELSA-, actividades de operador portuario, y que además ha llevado a cabo un proceso de modificación del esquema tarifario, una modificación al componente de inversiones a cargo de la parte Convocante, la inclusión de la tarifa UIOPT y la implementación de un doble pesaje; OPP alega que se ha presentado un desequilibrio contractual, mientras que la SPRBUN sostiene que no ha incurrido en ninguna actuación irregular que incida en el referido desequilibrio contractual y que, por el contrario, si se ha evidenciado un incumplimiento sistemático de las obligaciones contractuales que le asisten a OPP.

En cuanto al equilibrio del Negocio Jurídico, menciona que si se presenta un desajuste en sus condiciones, se deberá propender por el restablecimiento del equilibrio contractual. Añade que para que prospere una reclamación del restablecimiento del equilibrio contractual deben confluir varios elementos: (i) el incumplimiento del contrato debe tener una connotación anormal, extraordinaria y excepcional; (ii) la inimputabilidad o ausencia de culpa de quien alega su reconocimiento; (iii) las circunstancias que generan el desequilibrio contractual deben tener carácter de sobreviniente; y (iv) se requiere que se trate de asuntos o de sucesos que no fueron previstos en el proceso de negociación, o que se previeron de forma sustancialmente diferente.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co



SC648-1



Señala que en lo relacionado con el nuevo marco tarifario que la SPRBUN implementó a partir de febrero de 2020, y que a su juicio es el *“detonante de la convulsión contractual, sin restarle importancia a los demás elementos que se discuten”*, la falta de competencia del Tribunal para pronunciarse sobre su legalidad, pues *“es claro que no estamos ante el juez natural que pueda definir ese tópico de la validez”*, no impide que en la vía arbitral se pueda analizar la incidencia que pudiere tener ese nuevo régimen tarifario en la ejecución contractual de la Renovación, y si pudiere alcanzar a configurar un hecho sobreviniente, anormal e imprevisible que alcance a desequilibrar la ecuación contractual inicialmente pactada.

Expresa que la modificación tarifaria realizada por la SPRBUN, previa aprobación de la autoridad competente, no la libera de la obligación de revisar la situación contractual establecida desde el año 2013 con OPP, *“toda vez que la misma se fundamentó financieramente en el esquema tarifario vigente para esa época, lo que permitía conservar unas cargas y unas obligaciones mutuas, las cuales se han visto desmejoradas en los últimos tiempos”*, teniendo en cuenta que las nuevas realidades sociales y económicas requieren necesariamente hacer los ajustes que permitan el restablecimiento de equilibrios, pues la actividad contractual tiene la condición de ser dinámica.

Considera que dicha situación de búsqueda del equilibrio contractual también debe ser tomada en cuenta en el escenario de inclusión de la tarifa UIOPT *“toda vez que este rubro en ningún momento se había incluido en la estructura del negocio jurídico de renovación del año 2013, constituyéndose en un hecho nuevo que afecta esas obligaciones pecuniarias (...)”*.

Afirma, en relación con la actividad de control de pesaje -doble pesaje-, que atendiendo el postulado de la buena fe no se haría necesario una *“nueva actividad de pesaje, máxime cuando con las dos actividades se cumpliría la misma finalidad, en un lapso de tiempo y espacio corto”*. Sin embargo, advierte que, en su criterio, se trata de una situación que no alcanzaría a tener una connotación o magnitud que afecte sustancialmente la relación contractual; sobre la actuación de la SPRBUN como un actor de competencia activa con los operadores portuarios, a través de Zelza, señala que se estaría asumiendo una doble condición, la cual tiene incidencia directa en la ejecución de la Renovación del año 2013; acerca del componente de las inversiones que debe realizar OPP, considera que no puede implicar que deban realizarse sin pretender que la Convocante pueda garantizar la amortización de las mismas con cargo al contrato en las condiciones pactadas inicialmente.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co





Finalmente concluye que *“para esta Agencia del Ministerio Público, en términos generales, se considera que si bien se han presentado diferencias contractuales entre las partes, las mismas no son de carácter insalvables y por sobre todo que alcancen la categoría contractual de incumplimientos graves, no obstante que se hace necesario el equiparamiento de las cargas en la forma inicialmente pactadas a efectos de restablecer la ecuación contractual que motivó la suscripción del acuerdo de renovación contractual de 2013”*.

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Delimitación del litigio y metodología para resolverlo.

Previo al estudio de fondo de los distintos tópicos del litigio, el Tribunal estima oportuno sentar, brevemente, las directrices básicas que desde esa perspectiva orientarán su actuación.

En el plano teórico, está claro que de acuerdo con el sistema procesal imperante, la decisión final que debe quedar consignada en la sentencia -o laudo, en este caso- está orientada y circunscrita por los derroteros que la demanda y su contestación le fijan, porque de su análisis se desprende el objeto del proceso, que no es nada diverso a, como de antaño se expresa, la *“res in iudicio deducta”* -la cosa llevada a juicio-, es decir, lo que se le pide al juez que resuelva, de manera que, en esencia, son las pretensiones de la demanda y las excepciones perentorias propuestas, junto con los respectivos hechos probados en que unas y otras se apoyan, los que deben ser examinados por el operador judicial.

Lo anterior se refleja normativamente en el artículo 281 del CGP, que consagra la regla técnica de la congruencia, en virtud de la cual el juez no puede ir más allá de lo pedido, de modo que *“No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda o por causa diferente a la invocada en esta”*², complementada con la previsión del artículo 282 *ibidem*, que faculta al juez para declarar aún de oficio las excepciones perentorias que encuentre probadas, *“salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda”*, lo que evidencia que en este último aspecto -el de las excepciones-, la regla de la congruencia es menos exigente.

² Tal es la importancia que el CGP da a este aspecto que en el artículo 336 -numeral 3- se tipifica como causal de casación *“No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio”*. Consecuente con lo anterior, en el art. 41 numeral 9 del Estatuto Arbitral se consagra como uno de los motivos para sustentar el recurso de anulación del laudo el *“Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”*.



Desde luego, el Tribunal fallará con apego a los cánones legales descritos. Así las cosas, se tiene que las pretensiones de la demanda principal reformada, presentada por OPP el 14 de enero de 2022 y admitida el 17 de enero siguiente, es el texto que debe ser analizado junto con la correspondiente respuesta para los fines de la decisión a tomar³, consideraciones que igualmente se hacen extensivas a la demanda de reconvenición presentada por la SPRBUN el día 3 de febrero de 2022 y admitida el 17 de febrero siguiente, también junto con la respectiva contestación.

Por supuesto, el Tribunal desarrollará su análisis en el marco del derecho sustancial aplicable, acudiendo al amplio acervo probatorio disponible, tanto el aportado por las partes como el recabado durante el trámite, que apreciará conforme a los parámetros propios de la *sana crítica*, siguiendo el mandato legal correspondiente (artículo 176 del CGP). Y tendrá presente el mandato contenido en el artículo 280 del mismo CGP, que cobija por igual laudos arbitrales y sentencias, norma que tiene como finalidad esencial que se hagan los análisis “*estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión*”, lo que comporta la premisa de que el Tribunal considerará todos los argumentos expuestos por las partes en defensa de sus posiciones, sin que ello implique la necesidad de hacer mención expresa ni análisis separado de cada uno de ellos, pues -valga repetir- consignará únicamente los fundamentos que estime necesarios para sustentar su decisión.

Como se aprecia en el recuento de los antecedentes del litigio, las diferencias están asociadas a distintos aspectos de la ejecución de la denominada “*RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172*” -la Renovación de 2013-, respecto de la cual se plantean observaciones que apuntan, a diferencias en el campo de una eventual revisión del Contrato por razón de hechos y circunstancias sobrevinientes a su celebración, y a recíprocas imputaciones de incumplimientos contractuales, cuestiones todas planteadas en los correspondientes capítulos de “*PRETENSIONES*” de las respectivas demandas, y con el alcance que señalará el Tribunal cuando, después de examinar los componentes sustanciales y probatorios de la disputa, vaya a puntualizar el sentido decisorio que imperará respecto del cúmulo de reclamaciones sobre las que se debe pronunciar.

³ El artículo 93 del CGP en el numeral 3º dispone que “*Para reformar la demanda es necesario presentarla debidamente integrada en un solo escrito*”, lo que eliminó la dispendiosa tarea que implicaba en el derogado CPC analizar los dos textos, de modo que para todos los fines se atiende exclusivamente al texto de la reforma.



Para el estudio del litigio, el Tribunal comenzará por delinear un marco conceptual de referencia, comprensivo de los distintos temas de ese talante que se estiman necesarios y útiles; hará una reseña del Negocio Jurídico -relación convencional sobre la que versa el litigio-, encaminado a perfilar el contenido contractual relevante y su naturaleza jurídica; centrará su atención, enseguida, en el análisis conceptual de los escenarios jurídicos propuestos en las pretensiones de la demanda principal reformada de OPP; abordará, a continuación, las situaciones sobrevinientes sobre las que versa la controversia, incluyendo el pronunciamiento específico sobre las pretensiones de OPP; después hará el examen de las obligaciones de OPP como operador portuario, con verificación de su cumplimiento o incumplimiento, e incluyendo el pronunciamiento específico sobre las pretensiones de la SPRBUN; aludirá, posteriormente, a las excepciones propuestas por ambas partes en sus respectivos escritos de contestación; incluirá un apartado para compendiar otros pronunciamientos de su resorte (vr. gr. tacha de testigos, juramento estimatorio y conducta procesal); y terminará con el necesario pronunciamiento en materia de costas del proceso y, por supuesto, la parte resolutive de la providencia.

2. Marco conceptual general de referencia.

2.1. El postulado de la autonomía de la voluntad: concepto, efectos, límites y cargas.

En virtud del postulado de la autonomía de la voluntad, los particulares son libres de regular, bajo su propio designio, las relaciones que han de regir entre ellos. Y una de sus manifestaciones más relevantes es la que tiene que ver con los contratos.

En ese punto, como bien lo ha dicho alguna doctrina foránea, el postulado en cuestión parte de la base de que las relaciones económicas se determinan a través de concesiones recíprocas y por la vía de las voluntades concordantes de los contratantes⁴.

Se ha entendido que nuestro Código Civil, aunque no de manera explícita en lo literal, consagra el postulado de la autonomía de la voluntad, con su alcance vinculante, al señalar en el artículo 1602 que “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”, sin perder de vista el sustento que se reconoce desde la esfera de la Norma Superior, como lo indica la Corte Constitucional al discurrir así:

⁴ LARROUMET, Christian. DROIT CIVILE, Tome III, Ed. Económica, Paris, 1990, página 103.



“La autonomía privada se inscribe en la dinámica de la libertad que reconoce a toda persona el poder de decidir su propia esfera personal y patrimonial. En Colombia la libertad de contratación - en sentido amplio libertad negocial - tiene sustento constitucional como condición, instrumento y modalidad del concreto ejercicio de varios derechos consagrados en la Carta. Baste señalar a este respecto que la circulación de bienes, distribución y movilización de la riqueza, derivada de la garantía de la propiedad privada, asociativa y solidaria (CP art. 58) sería impensable sin recurrir al contrato; la personalidad jurídica a la cual toda persona tiene derecho exhibe entre una de sus manifestaciones más conspicuas la de ser centro de imputación jurídica de derechos y obligaciones generados por el fenómeno del contrato (CP art. 14); el derecho al libre desarrollo de la personalidad se proyecta en opciones que elige el sujeto para cuya actualización debe entrar con otros sujetos y ese medio al cual normalmente se apela es el contrato (CP art. 16); el derecho a la libre asociación en todos los órdenes precisa del contrato (CP arts. 38 y 39); la conformación de la familia, núcleo esencial de la sociedad, puede asumir forma contractual (CP art. 42); en fin, el derecho a la libre actividad económica y la iniciativa privada requieren del contrato como instrumento indispensable de la empresa - base del desarrollo (CP art. 333) - sin el cual no se concibe la interacción entre los diferentes agentes y unidades económicas y la conformación y funcionamiento de mercados (CP art. 333). Resulta imperioso concluir que la libertad negocial, en cuanto libertad de disponer de la propia esfera patrimonial y personal y poder de obligarse frente a otras personas con el objeto de satisfacer necesidades propias y ajenas, es un modo de estar y actuar en sociedad y de ser libre y, por todo ello, es elemento que se encuentra en la base misma del ordenamiento constitucional”⁵.

Por sabido se tiene en los tiempos actuales que el postulado de la autonomía de la voluntad -y la libertad contractual que a él se asocia- no es -no puede ser- de carácter absoluto, perfil con el que lo concibió el individualismo liberal del siglo XIX. Es claro que su ámbito ha venido acotándose, con justificaciones de distinta índole, traducidas en los comúnmente mencionados *límites* que le son inherentes, entre los que se encuentran, siguiendo una mención clásica, la ley imperativa, el orden público y las buenas costumbres⁶.

⁵ Sentencia T-240 de 1993.

⁶ Suele destacarse, entre los parámetros referenciados, el alusivo a las leyes imperativas, descritas como *“aquellas que se imponen a la voluntad de los contratantes, es decir, deben ser acatadas obligatoriamente por los particulares, excluyéndose toda posibilidad de pacto en contrario o*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



Con todo, la delimitación del ámbito de aplicación de la figura no significa la negación de la enorme relevancia que, con razón, sigue acompañando la vigente presencia del postulado de que se viene hablando, cuyo amplio espectro se aprecia en la descripción plasmada en conocido pronunciamiento jurisprudencial:

“Justamente, la autonomía privada en tanto libertad contractual, comporta el razonable reconocimiento legal a toda persona de un cúmulo de poderes o facultades proyectadas en la posibilidad de disponer o abstenerse de la disposición (libertad de contratar o no contratar), seleccionar el sujeto con quien dispone (libertad de elegir parte o contratante), escoger o crear el tipo contractual (libertad de optar en el catálogo legis o en los usos y prácticas sociales por la especie singular de contrato o crearlo), celebrarlo de inmediato o previo agotamiento de una fase formativa (libertad de celebrar el contrato en forma inmediata o progresiva), hacerlo directamente o por mandatario, representante o apoderado, expresar el acto dispositivo (libertad de expresión o de forma), determinar el contenido (libertad de estipular el contenido), asegurar el cumplimiento, prevenir la terminación o disponerla, y garantizar, atenuar o ampliar la responsabilidad”⁷.

De otro lado, a la par con los límites de la autonomía de la voluntad, ineludiblemente tienen presencia las *cargas* que presupone y exige el ejercicio de la libertad contractual a ella asociada, traducidas en el deber que se radica en cabeza de los sujetos que a ella acuden de desplegar una actuación diligente, orientada a dotar de certidumbre todos los aspectos atinentes a la contratación, lo que desde luego incluye el adecuado señalamiento de las estipulaciones vinculantes -el clausulado, perfilado en su contenido y alcance-, cuidando con especial recelo los aspectos volitivos que tuvieren especial relevancia, conducta que ha de valorarse teniendo en cuenta aspectos como el perfil de los contratantes, siempre considerando las circunstancias particulares que acompañan la formación de cada relación negocial.

La doctrina⁸ las describe, con mención de (i) la carga de legalidad, referida “a la necesidad que le incumbe a la parte de utilizar medios idóneos para integrar el supuesto legal del negocio”; (ii) la carga de claridad, en virtud de la cual “debe

sentido distinto al establecido por la norma legal”(SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. Libertad de contratar y libertad contractual, Colección Internacional No. 25. Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, páginas 54, 59 y 61.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 30 de agosto de 2011.

⁸ CANCINO RESTREPO, Fernando. Estudios de Derecho Privado, Editorial Temis, páginas 47 y 48.



el agente fijar de manera inequívoca y fácilmente reconocible el valor vinculante del negocio que pretende concluir, a fin de evitarse un daño a sí mismo o al destinatario”, comprendiendo apreciaciones como la que precisa que el contratante “debe cuidarse de las solemnidades y, en general, de la precisión en los términos, así vulgares como técnicos; empleo de palabras exactas para determinar el sentido de su querer, identificación adecuada del objeto contractual, etc.”; (iii) la carga de sagacidad, entendida como “la precisa delimitación de la situación de hecho que pretende verter sobre el molde negocial”; y (iv) la carga de conocimiento, que versa “sobre la necesidad que tiene el particular de conocer los efectos del negocio y de las circunstancias a las que el derecho enlace inducciones interpretativas, por ejemplo, el conocimiento de usos comerciales locales, consecuencias de formular una oferta, posibilidades de retractación de esta, indemnizaciones por incumplimiento, etc.”.

Conviene recordar que los efectos del cabal ejercicio de la autonomía de la voluntad privada se relacionan directamente con los principios que a tal postulado son inherentes, en especial los usualmente identificados bajo los rótulos de *normatividad, relatividad y buena fe*, acerca de los cuales procede hacer alguna reflexión conceptual, con énfasis en el último de los mencionados -la buena fe-, por la particular relevancia que tiene en la estructuración del acápite del *petitum* de la Convocante en la órbita de la responsabilidad civil contractual por incumplimiento, además de que también la invoca la Convocada en algunas de las aristas de su reclamación.

En relación con el principio de normatividad basta, a juicio del Tribunal, con reseñar que de lo que se trata es de destacar que el carácter ciertamente vinculante de lo pactado -es ley para las partes, a voces del citado artículo 1602 del Código Civil-, y soporte para afirmar, como enseña la doctrina, que “(...) *las manifestaciones de la voluntad de los particulares pasan a convertirse en verdaderas normas jurídicas, dotadas de los atributos propios de estas, entre ellos el de la obligatoriedad, en cuya virtud las partes quedan ligadas por sus propios actos, como lo estarían si las prestaciones que estipulan libremente fueran impuestas por el propio legislador*”⁹.

El principio de relatividad, por su lado, con orientación diferente, referenciado en el mismo artículo 1602 del Código Civil y en el artículo 864 del Código de Comercio, apunta a la delimitación del ámbito de los efectos vinculantes en la esfera de los sujetos -“*las partes*”, “*entre ellas*”- que celebran el acto jurídico -los contratantes-, simplemente, en medio de lo que la propia formulación sugiere,

⁹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. TEORÍA GENERAL DE LOS ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS. Séptima Edición. Editorial Temis. Bogotá, 2005, página 306.



como manera de deslindar el natural radio de acción de los efectos propiamente tales del negocio celebrado, cotejado con escenarios jurídicos que eventual y excepcionalmente pueden escapar a tales linderos, como podría predicarse de las hipótesis de las denominadas *estipulación para otro –o estipulación en favor de otro-* y *estipulación por otro*, consagradas en los artículos 1506 y 1507 del Código Civil, y sin perjuicio de no perder de vista que es sin duda factible que, con ocasión de la celebración y/o ejecución de una determinada relación contractual, preexistan, se conciban y/o desarrollen vínculos de alguna de las partes, o de ambas, con terceros –tipo concedentes, proveedores o subcontratistas- que de alguna manera contribuyen a la obtención de la finalidad negocial; desde luego, cuando ocurren situaciones como la que acaba de describirse, siempre será necesario establecer y ponderar la forma y términos en que se alinderan y comunican las distintas relaciones jurídicas que se formalizan.

En cuanto al principio de buena fe, sabido es que hoy cuenta con consagración normativa en la propia Constitución, cuyo artículo 83 dispone, con amplio radio de aplicación, que *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”*.

A ese respecto, ha dicho la Corte Constitucional que *“La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan de la misma forma”*¹⁰. Según la Alta Corporación, *“En el ordenamiento jurídico Colombiano, la buena fe es reconocida como un principio general de derecho a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 83 de la Carta Política, y por su intermedio se le impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan – lealtad y honestidad, estableciéndola como presunción en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante estas”*¹¹.

El principio de la buena fe también tiene desarrollo normativo a nivel legal, como que se encuentra hondamente arraigado en nuestro sistema jurídico de tiempo atrás al aparecer expresamente consagrado en el artículo 1603 del Código Civil, a cuyo tenor, *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”*, referente de lo que vino luego a registrar el artículo 871 del Código de Comercio,

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-544 de 1º de diciembre de 1994.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-892 de 22 de agosto de 2001.



según el cual “*Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural*”, regla de comportamiento que el Estatuto Mercantil incluso extiende expresamente a la etapa precontractual, conforme lo prevé su artículo 863: “*Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen*”. De este principio también se ocupa el Código General del Proceso al indicar en el artículo 42, como uno de los deberes centrales del Juez, el de “*3. Prevenir, remediar, sancionar o denunciar por los medios que este código consagra los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso*”, y que reafirma el artículo 78 *ibidem* al exigir de las partes y de sus apoderados “*1. Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos*”.

En estos términos, se resalta el carácter normativo y el efecto integrador de la buena fe, respecto de la cual puede decirse, como aproximación descriptiva general traída a colación por la Corte Suprema de Justicia que, “*Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, apareja ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás, en síntesis, pues, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad*”¹², descripción que involucra la noción de *buena fe objetiva*, referida a la valoración de la conducta en términos de parámetros o estándares de comportamiento esperado en el tráfico de los negocios, considerando las circunstancias generales y especiales que la rodean, y apreciada con apoyo en el sustrato ético de lealtad, probidad y corrección que está implícito en el adecuado entendimiento de la figura¹³.

También ilustra el pensamiento de la Corte cuando destaca la importancia de la buena fe como “*principio vertebral de la convivencia social*”, invocando su especial relevancia en relaciones contractuales de larga duración y advirtiendo sobre la pertinencia de, al momento de calificar su atención o desatención, valorar las conductas “*de manera integral, o sea en conjunto*”. Según la Alta Corporación:

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 9 de agosto de 2000, rad. 11001-3103-012-1999-01957-01.

¹³ Por oposición a la denominada *buena fe subjetiva*, que remite al estado psíquico del sujeto que interviene en el acto en cuanto a circunstancias de conocimiento, ignorancia, creencia, convicción, etc., vinculadas a su actuación. Al decir de José Luis de los Mozos, “*La creencia del vir bonus que considera se halla obrando de acuerdo con las normas morales, jurídicas o meramente sociales*” (El principio de la buena fe, Barcelona Bosch casa editorial, 1955).

Sede Principal

Calle 8 # 3-14, Piso 4

Tel: 57 (2) 8861369

Cel: 314 8348808

ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



“2. En efecto, principio vertebral de la convivencia social, como de cualquier sistema jurídico, en general, lo constituye la buena fe, con sujeción a la cual deben actuar las personas –sin distingo alguno- en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan, bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación.

Este adamantino axioma, insuflado al ordenamiento jurídico – constitucional y legal- y, en concreto, engastado en un apreciable número de instituciones, grosso modo, presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identificase entonces, en sentido muy lato, la bona fides con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas prenegocial y negocial, con el vocablo ‘fe’, puesto que ‘fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará’¹⁴.

(...)

De consiguiente, a las claras, se advierte que la buena fe no es un principio de efímera y menos de irrelevante figuración en la escena jurídica, por cuanto está presente, in extenso, amén que con caracterizada intensidad, durante las etapas en comento, tanto más si la relación objeto de referencia es de las tildadas de ‘duración’, v. gr: la asegurativa, puesto que sus extremos -in potentia o in concreto-, deben acatar fidedignamente, sin solución de continuidad, los dictados que de él emergen (prédica conductiva). Es en este sentido que los artículos 863 y 871 del C. de Co y 1.603 del C. C., en lo pertinente, imperan que ‘Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual...’; ‘Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe...’, y ‘Los contratos deben ejecutarse de buena fe...’ (El subrayado es ajeno a los textos originales).

Quiere decir lo anterior que para evaluar si un sujeto determinado actúo o no de buena fe, resulta imperativo examinar, en cada una de las

¹⁴ E. Danz, La interpretación de los negocios jurídicos, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, p. 191. En sentido similar, Luigi Mosco. Principi Sulla Interpretazione Dei Negozi Giuridici. Dott, Nápoles, 1952, página 67 y ss.



precitadas fases, la conducta por él desplegada, pero de manera integral, o sea en conjunto, dado que es posible que su comportamiento primigenio, en estrictez, se ciña a los cánones del principio rector en cita y ulteriormente varíe, en forma apreciable y hasta sorpresiva, generándose así su inequívoco rompimiento. De allí que la buena fe no se pueda fragmentar, en orden a circunscribirla tan sólo a un segmento o aparte de una fase, por vía de ejemplo: la precontractual –o parte de la precontractual-, ya que es necesario, como corresponde, auscultarla in globo, según se indicó, valorando las diversas oportunidades que los interesados tuvieron para actuar con lealtad, corrección (correttezza) y diligencia, según sea el caso. Al fin y al cabo, sin excepción, ella se predica de la integridad de eslabones que, analizados en retrospectiva, conforman la cadena contractual (iter contractus), rectamente entendida (...)”¹⁵.

Ha dicho la doctrina nacional que *“El acto dispositivo exige en su ideación en su realización y en el desarrollo de sus consecuencias la mayor honorabilidad de parte de quienes intervienen en él; En otras palabras, buena fe en las negociaciones, en la celebración y en la ejecución. Corrección no solamente significa abstenerse de vulnerar la legalidad y la moralidad fundamentales u omitir celadas al destinatario de la declaración o al público en general, sino que implica un evidente celo en la observancia de toda la diligencia que las reglas comerciales, de cortesía y de lealtad prescriben, hasta llegar al deber de solidaridad (colaboración)”¹⁶.*

Dentro del marco conceptual del principio de la buena fe se hace imperativo, de cara al asunto *sub-lite*, privilegiar la mención de los denominados *deberes secundarios de conducta*, pues en la reclamación de OPP, cuando pregona responsabilidad civil contractual de la SPRBUN, lo hace bajo la afirmación de que *“incumplió obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico (...)”*; de ahí que se justifique ampliar, en esa arista específica, la correspondiente referenciación.

En esta materia, haciendo abstracción de la inevitable posibilidad de aproximaciones y presentaciones diversas del tema, puede decirse que actualmente -y de tiempo atrás- los mencionados deberes secundarios de conducta gozan de reconocimiento y aceptación, como aplicaciones o expresiones del principio de la buena fe, en veces también rotulados como *deberes colaterales* o *deberes de protección*, los cuales pueden clasificarse en función de la finalidad o

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 2 de agosto de 2001 (Expediente No. 6146).

¹⁶ HINESTROSA, Fernando. TRATADO DE LAS OBLIGACIONES II - EL NEGOCIO JURIDICO, Universidad Externado de Colombia, 2015, página 384.



propósito que persiguen, de manera que acerca de ellos es dable hablar de deberes negativos, referidos a los que, en esencia, buscan evitar el menoscabo de los intereses de las partes, y deberes positivos, que se erigen como un complemento de los deberes primarios, consistentes en una actuación conforme o adecuada, tal como atinadamente lo enseña el profesor Arturo Solarte Rodríguez al expresar que “(...) los ‘deberes secundarios de conducta’ desempeñan una trascendental labor en la contratación moderna. Con ellos se asegura el cabal cumplimiento de la finalidad común perseguida por las partes y se contribuye a hacer más efectivo el anhelado equilibrio que debería procurarse existiera entre los contratantes. Finalmente, se debe tener presente que la desatención de los ‘deberes secundarios de conducta’ generará responsabilidad contractual cuando los mismos tengan relación directa con los principales deberes de prestación derivados del correspondiente negocio jurídico”¹⁷.

La Convocante, en su *petitum*, alude, “*pero sin limitarse*”¹⁸, a “*los deberes de lealtad, fidelidad, cooperación, coherencia y fidelidad*”, algunos de los cuales corresponden a expresiones que la doctrina cita como derivados del principio de la buena fe, por lo que vale la pena referenciarlos en punto a identificar su sentido básico, aunque sin perder de vista que la fuente los trata teniendo como referente el derecho francés¹⁹:

“A. Deber de cooperación

Este deber ha recibido diferentes denominaciones, pero cualquiera de ellas representa una noción fundamental de la doctrina solidarista. En efecto, lo que Y. Picod denomina deber de cooperación, lo llama J. Mestre espíritu de colaboración. El mismo Demogue se refiere al contrato como ‘un instrumento de cooperación leal, obra de una mutua confianza’. Bajo esta concepción, si bien las partes de un

¹⁷ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, Revista Universitas No. 108 (diciembre de 2004), página 313. En el mismo sentido se manifiestan autores foráneos como Ricardo Luis Lorenzetti: “(...) las partes tienen deberes secundarios de conducta de información, custodia, colaboración, todos derivados del deber de cumplir de buena fe”, agregando que “(...) los deberes colaterales nacen con la idea de ensanchar el plexo obligacional (...)”, y Carlos Alberto Ghersi: “El postulado de la buena fe impone a la empresa concedente el deber secundario de evitar todo aquello que pueda frustrar el fin de la convención o perjudicar excesivamente a la otra parte (...)”.

¹⁸ Podría mencionarse, por ejemplo, el “deber de previsión”, el cual, según la Corte Suprema de Justicia, “en términos generales, concierne a que el experto tenga la capacidad de advertir con anticipación los riesgos o inconvenientes a los que pueda quedar expuesto el negocio fiduciario, basado en su profesionalismo y experiencia”.

¹⁹ BERNAL, Mariana. EL SOLIDARISMO CONTRACTUAL -ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO FRANCÉS-, Revista Universitas No. 114 (julio-diciembre 2007), páginas 19 a 22.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



contrato deben hacer lo posible por cumplir sus obligaciones, en caso de inexecución por parte de una de ellas, bajo la luz solidarista, es deber del juez moderar las exigencias del acreedor, según las circunstancias. Apremiar al deudor que por razones externas a su voluntad no ha podido cumplir su prestación, es un derecho del acreedor, pero es un derecho que debe ejercerse con mesura. Se sugiere, por ejemplo, establecer una regla según la cual se considere que el acreedor no cumple su deber de cooperación o tolerancia si rechaza una oferta de negociación que el juez considere adecuada de acuerdo con el caso en particular.

B. Deber de coherencia

El solidarismo contractual rechaza las actitudes contradictorias que puedan tener los contratantes, por estar precisamente basado en principios como la buena fe, la lealtad y la coherencia contractual, entre otros. Los solidaristas critican el derecho subjetivo clásico por tener una finalidad egoísta, y consideran que la ley y los jueces deben intervenir para evitar abusos y restablecer el equilibrio en los contratos.

C. Deber de lealtad

El deber de lealtad ha sido utilizado ampliamente por la jurisprudencia francesa y está basado en la confianza necesaria que debe existir entre las partes al contratar. Si bien algunos autores no encuentran diferencias entre la buena fe y la lealtad y tratan estas nociones como equivalentes, optamos por considerar la lealtad como un concepto ligado a los llamados ‘deberes secundarios de conducta’ como el deber de información, de confidencialidad, de secreto, de consejo que deben obedecer las partes, aunque no se hayan estipulado expresamente en el contrato. Estos deberes tienen su origen en las ideas de representantes de la doctrina alemana como Staub y Stoll, y en solidaristas franceses como Demogue, y son comportamientos que deben acatar las partes no solamente al momento de contratar sino durante las otras fases del contrato. El deber de lealtad podrá impedir la ruptura intempestiva de las negociaciones, o el uso abusivo de la información que se ha compartido en esta etapa, así como evitar que se termine de forma injusta un contrato. Se busca, de esta manera, evitar las conductas excesivas y en general los actos que dificulten voluntariamente la carga contractual del otro. (...)”.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





Todo lo que se ha expuesto servirá al Tribunal para orientar el análisis de varias de las aristas temáticas que forman parte de la controversia.

2.2. La finalización o extinción de los contratos. La resolución o terminación por incumplimiento.

Tiene razón la jurisprudencia al advertir que “(...) si bien toda relación contractual vincula vigorosamente a sus participantes, no es óbice para que la convención celebrada quede sin efectos, ora por el acuerdo de las partes, ya por los motivos previstos en la ley”²⁰, consideración que guarda armonía con la previsión del artículo 1602 del Código Civil, referenciado por el Tribunal con anterioridad.

En esta dirección, ha dicho la doctrina que “se entiende por disolución de los actos jurídicos la privación de la eficacia que ellos están llamados a producir, a consecuencia de hechos posteriores a su celebración, previstos en ellos o en la ley, tales la revocación voluntaria o judicial, el plazo extintivo, la resolución, etc.”²¹.

A este respecto el Tribunal se ocupará de reseñar, específicamente, la figura de la *resolución -terminación-*, que es la que tiene que ver con el caso *sub-lite*, habida cuenta de que en la demanda de reconvención expresamente se solicita que aquella sea declarada judicialmente mediante el presente Laudo.

Pues bien, desde la perspectiva conceptual, la figura de la resolución consiste en la privación de los efectos del contrato como consecuencia de incumplimiento por una de las partes de las obligaciones a su cargo. A este respecto ha dicho la doctrina foránea que “Cuando una parte deja de cumplir sus obligaciones, la otra, en vez de instar la ejecución o reclamar la indemnización manteniendo el contrato subsistente para lo sucesivo, puede preferir sustraerse a la vinculación de este contrato y hacerle definitivamente desaparecer”²². O en palabras de la doctrina nacional recién invocada, “Este modo de disolverse los contratos se presenta cuando estos son privados total o parcialmente de su eficacia, a causa del incumplimiento culposo de las obligaciones a cargo de una de las partes, si el contrato es bilateral (...)”²³.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 14 de agosto de 2007, Exp. 08834-01.

²¹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. TEORÍA GENERAL DE LOS ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS, Editorial Temis, Bogotá 1983, página 519.

²² CARBONIER, Jean. DERECHO CIVIL, Tomo II, Casa editorial BOSCH, Barcelona 1971, página 640.

²³ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. TEORÍA GENERAL DE LOS ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS, Editorial Temis, Bogotá, 1983, página 560.

Sede Principal

Calle 8 # 3-14, Piso 4

Tel: 57 (2) 8861369

Cel: 314 8348808

ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



En lo normativo, bien conocida es la vigencia de la llamada condición resolutoria envuelta en los contratos bilaterales, consagrada en el artículo 1546 del Código Civil, a cuyo tenor, *“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”*, caso en el cual, agrega la misma norma, *“podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”*; y en el mismo sentido, con alguna variante terminológica, el artículo 870 del Código de Comercio dispone que *“En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de perjuicios moratorios”*.

Sobre este particular, enseña la jurisprudencia que *“(…) la resolución se predica de aquellos contratos cuyos efectos son susceptibles de destruirse retroactivamente, hasta el punto de dejar a las partes en el estado anterior a la celebración del acuerdo disuelto- efectos ex tunc- y, contrario sensu, la terminación se encuentra reservada para aquellos contratos con prestaciones de ejecución periódico, sucesiva o continuada, también llamados co-contratos de duración, pues precisamente, dada la ejecución de obligaciones en el tiempo y su aprovechamiento por el acreedor, no resulta posible deshacerlas respecto del pasado sino solo hacia el porvenir- efectos ex nunc- o en otras palabras, ellas adquieren plena firmeza con ocasión de su autonomía y consolidación jurídica y económica, que se van dando a lo largo del tiempo”*²⁴.

Según expresa la Corte Suprema de Justicia, la prosperidad de pretensiones de resolución del contrato supone y exige la demostración, por parte del demandante, de *“a) la existencia de un contrato bilateral válido, b) el incumplimiento total o parcial de las prestaciones a cargo del demandado, y c) que él cumplió o se allanó a cumplir los deberes que la convención se impone (…)”*²⁵.

En este punto del análisis es necesario precisar -aunque es bien sabido- que no cualquier incumplimiento tiene la virtualidad de traducirse en la resolución del negocio jurídico, sino que él debe ser de una entidad suficiente como para que, en sentido contrario a lo que sugiere el *“principio de estabilidad de los contratos”*²⁶, la supervivencia del mismo resulte insostenible.

En ilustrativas palabras de conocido fallo de la Corte Suprema de Justicia:

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 26 de agosto de 2011.

²⁵ Sala Civil, Sentencia SC5312 de 1º de diciembre de 2021, Rad. 47001-31-03-005-2016-00040-01.

²⁶ Rememorado en el fallo de la Corte recién reseñado.



*“6.1. Preliminarmente, se debe recordar que la facultad de resolver los contratos por incumplimiento requiere la presencia de varios presupuestos o requisitos que, aunque no generan unanimidad en la doctrina, se han concretado tradicionalmente en la existencia de un contrato bilateral válido, el incumplimiento de uno de los contratantes y el cumplimiento o la disposición a cumplir del otro. Igualmente, se ha indicado que en la institución de que se trata resulta protagónica la figura del incumplimiento, como elemento estructural de esta causa de extinción de los contratos, pues, sobre la base del respeto al principio de normatividad de los negocios jurídicos, se establece una circunstancia excepcional que permite solicitar a la administración de justicia la aniquilación de la relación contractual, consistente en que uno de los contratantes -deudor de determinados deberes de prestación- ha incumplido o desatendido sus compromisos, y dicho incumplimiento es de tales características que puede dar lugar a que se adopte una solución del mencionado temperamento o rigor. Por lo anterior, cuando se alude al señalado requisito se lo denomina como **incumplimiento resolutorio, por cuanto no toda separación del programa obligacional por parte del deudor habilita a su contraparte para ejercer la mencionada facultad enderezada a que se decrete la extinción del contrato.***

*Es decir, es bien sabido que la expresión incumplimiento tiene un significado técnico preciso en derecho, en cuanto que con ella se hace referencia a la desatención por parte del deudor de sus deberes de prestación, que tiene como consecuencia la insatisfacción del interés del acreedor; se alude, igualmente, incluso a nivel legal, a diversas formas de incumplimiento, ya sea total y definitivo, cumplimiento defectuoso, cumplimiento parcial o retardo (arts. 1613 y 1614 del C.C.). **Sin embargo no toda separación por parte del deudor respecto del ‘programa obligacional’ previamente establecido, permite poner en funcionamiento los mecanismos encaminados a extinguir la relación que une al obligado con el acreedor -particularmente la resolución contractual-, toda vez que, en ciertas ocasiones, retrasos en el cumplimiento o cumplimientos parciales, que en principio podrían dar lugar a la resolución contractual, no se consideran de entidad suficiente como para justificar tan radical determinación, en cuanto se podrían producir con ello situaciones inequitativas, facilitar ejercicios abusivos o contrarios a la buena fe de la señalada facultad resolutoria, además de afectarse el principio de conservación del contrato.***

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



En el contexto que se ha precisado anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que en esta materia resulta pertinente distinguir, entonces, si la obligación insatisfecha es una obligación principal o simplemente accesoria, o también si el incumplimiento es definitivo o apenas parcial o transitorio, y, en todo caso, analizar la trascendencia, importancia o gravedad del incumplimiento, determinadas tales circunstancias, entre otros criterios, por lo que las partes hayan convenido, por la afectación que se haya presentado en el interés del acreedor en el mantenimiento de la relación, por la frustración del fin práctico perseguido con el contrato -en la que se incluye la inobservancia de un término esencial-, o, en fin, por el impacto que se haya podido generar en la economía del contrato.

6.2. La jurisprudencia nacional no ha sido ajena a considerar la gravedad del incumplimiento como elemento que se debe tener en cuenta para definir la prosperidad de la pretensión resolutoria. Así, por ejemplo, en sentencia del 11 de septiembre de 1984, la Corte señaló que '[e]n rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado de asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra' (...).

Y en esa misma providencia se señaló que la gravedad del incumplimiento debe ser analizada de manera específica según el asunto particular objeto de estudio, para lo cual '[s]e impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso: la cuantía del incumplimiento parcial; la renuencia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagar lo que el deudor mantuvo siempre; la aceptación del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de interés por esa mora que él consintió, etc.'

Posteriormente, la Sala, en sentencia de 7 de marzo de 1997 señaló que '[r]azones de orden jurídico, pero también económico, permiten afirmar que la alternativa que ofrece el art. 1546 del C. C., encuentra un límite en eventos como el descrito, donde, según se vio, el contrato ha sido parcialmente cumplido y el demandado muestra su voluntad de satisfacer el interés del demandante, y no a raíz de la demanda.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co





Estas circunstancias excluye[n] de por sí el aniquilamiento de la relación material, de un lado por quedar eliminada la idea de desistimiento, y de otro, en consideración a la irrelevancia del incumplimiento, frente al interés económico del contrato. Respecto a lo primero, el cumplimiento parcial de una misma obligación o de varias escindibles, sumada a la intención de llevar a cabo las prestaciones aún pendientes, trasluce, a no dudarlo, una manifestación inequívoca de perseverar en todo lo pactado. En torno a lo segundo, no sobra repetir que el contrato fue cumplido en importante porcentaje de las prestaciones (...)”²⁷(resalta el Tribunal).

Más recientemente, con igual enfoque, incluso aduciendo la misma necesidad de incumplimiento de significativa entidad -grave, esencial, material- como presupuesto para habilitar, “en general, su terminación anticipada o unilateral”, en pronunciamientos separados dijo la Corte:

“Es claro que no todo incumplimiento por parte de uno de los contratantes conduce a la resolución o a la terminación del convenio. Pensar lo contrario, sería tanto como desconocer el principio de mantenimiento de los contratos, cuyo significado no es otro que tratar de prolongar la vigencia del pacto, por supuesto si es válido, en orden a su ejecución, con preferencia a la alternativa de finalizarlo.

(...)

Deviene de lo precedente, que para la viabilidad de la acción de resolución de contrato o, en general, para su terminación anticipada o unilateral, se requiere del incumplimiento de uno de los contratantes de las prestaciones a su cargo, mientras el otro, por su parte, ha observado lo que le correspondía o, al menos, ha procurado su cumplimiento en la forma y tiempo debidos.

Además, precisa que la inobservancia por parte del otro contratante sea de aquellas que reducen o eliminan la utilidad de la convención, o se concentran en el objeto principal del contrato, o se trata de un compromiso que actualmente no se puede satisfacer, puesto que si no hay incumplimiento del objeto principal y esencial del convenio, o no se da al traste con el fin práctico de la convención, no es viable su resolución ni su terminación.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 18 de diciembre de 2009, Rad. 41001 3103-004-1996-09616-01.



De ese modo, con observancia de las normas, bien del Código Civil o las pautas del Código de Comercio previstas para el suministro, el incumplimiento que permite la resolución contractual, que autoriza la alegación de la excepción de contrato no cumplido, y, que viabiliza la terminación unilateral de la convención, debe ser grave, es decir, un auténtico incumplimiento resolutorio que, de suyo, afecte la utilidad del contrato o revista una importancia que merme la confianza del otro contratante”²⁸ (resalta el Tribunal).

[...]

“(…) el incumplimiento ha de revestir entidad y trascendencia. La infracción debe ser significativa al programa negocial, de tal forma que sea lo suficientemente grave o, sea de carácter esencial, que rompa la simetría contractual, puesto que la prestación de un contratante, pende del cumplimiento del otro; esto es, a manera de ejemplo: 1) Cuando afecta y hace imposible sustancialmente la satisfacción de los intereses o finalidades del contratante cumplido; 2) Cuando las partes previeron en el programa contractual en forma expresa, concreta y específica obligaciones esenciales y determinantes para la ejecución del contrato y estas son infringidas; 3) Cuando por causa del incumplimiento no existen razones, indicios, inferencias que permitan al acreedor confiar que el deudor incumplido no podrá hacia el futuro subsanar o cumplir las obligaciones desatendidas, y por tanto, el deudor no tendrá interés en conservar el negocio; 4) Cuando se transforma en irreversible la economía negocial del contratante incumplido; 5) Cuando se evidencia mala fe o fraude en el comportamiento contractual del incumplido; entre otras muchas circunstancias”²⁹ (resalta el Tribunal).

Ahora bien: enfrentado el juzgador a la imperativa tarea de calificar la magnitud del incumplimiento a efectos de otorgarle o no la caracterización de resolutorio, se estima razonable y conveniente la consideración de elementos de juicio suficientes, que pueden tener origen en hechos y circunstancias de variado espectro; y de cara a esa tarea, resulta pertinente evocar el siguiente pensamiento jurisprudencial:

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 13 de noviembre de 2019, Rad. 11001-31-03-006-2015-00145-0000145-01.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC1690 de 2 de junio de 2022, Rad. 08001-31-03-004-2017-00111-02.



“En el punto el art. 1546 es silente, esto es, en relación con los rasgos, las características y la naturaleza del incumplimiento capaz de legitimar la disolución del negocio. Pero ello no puede verse con un criterio eminentemente subjetivista y mezquino fundado en el exclusivo interés del acreedor, que atente contra el principio de conservación del contrato. Un criterio así será insuficiente y parcial para establecer cuándo un incumplimiento es resolutorio y cuándo no lo es. Es, como dice Scognamiglio³⁰, un elemento de juicio demasiado vago y equívoco, al fundarse en la voluntad presunta del interesado-demandante. Además, no puede pretenderse que el juez efectúe un análisis psicológico en aras de establecerla.

Pero, tampoco puede ser un criterio puramente objetivo fincado en el objeto que está llamado a cumplir el negocio en sí mismo y en el ámbito de la economía negocial que no tenga en cuenta el perfil subjetivo o los intereses del acreedor, o las circunstancias especiales que se presenten. En consecuencia, han de tenerse en cuenta tanto el perjuicio al interés del acreedor (perfil subjetivo) como si la desatención, compromete seriamente el sinalagma negocial (perfil objetivo).

Deberá verificarse si la infracción incidió gravemente en la economía de la relación (considerada en abstracto, por su entidad; y en concreto, respecto al perjuicio efectivamente causado al otro contrayente), creando un desequilibrio sensible -y apreciable- del equilibrio contractual; análogamente, habrá de establecerse si la inejecución lesiona con gravedad el interés del acreedor interesado”³¹.

De otro lado, se admite, sin discusión, la posibilidad de terminación de la relación jurídica contractual por acuerdo de las partes, que se inspira en la posibilidad que tienen los propios contratantes, en aplicación de la prerrogativa de auto-regulación propia del postulado de la autonomía de la voluntad dentro de los límites y parámetros de comportamiento también reseñados, de estipular el finiquito negocial como hecho sobreviniente a su celebración, o de pactar *ab initio* eventos o circunstancias cuya ocurrencia sobreviniente puede conducir, en los términos de la respectiva estipulación, a la extinción del acto jurídico, poniendo fin a la producción de sus efectos.

³⁰ SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá páginas 352-353.

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC5569 de 18 de diciembre de 2019, Rad. 11001-31-03-010-2010-00358-01.



En acápite posterior se ocupará el Tribunal de examinar, en concreto, lo que en este proceso se discute en punto a su eventual resolución -terminación- por incumplimiento prestacional.

2.3. De la interpretación de los contratos en general.

Es usual que en litigios de índole contractual estén involucrados, de distintas maneras, aspectos que atañen al entendimiento y alcance del consentimiento que da vida al respectivo acto jurídico, en especial cuando las partes no coinciden en sus apreciaciones en ese sentido, lo que obliga al operador judicial a desplegar la actividad hermenéutica llamada a establecer tales entendimiento y alcance. Por eso, generalmente es necesario y útil recordar la normativa aplicable en esa materia.

En esta ocasión, a manera de rememoración de los aspectos centrales de la normatividad a que se alude, pone de presente el Tribunal la conocida pertinencia de guiarse por las reglas atinentes a la interpretación de los contratos que están consagradas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, tema frente al cual se trae a colación una Sentencia -de las muchas proferidas- de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia³² que aporta una visión panorámica de la cuestión hermenéutica, en la que se advierte:

“La labor hermenéutica de las estipulaciones contractuales, se hace particularmente imprescindible cuando las mismas presentan vacíos o exteriorizan ausencia de claridad, originada en manifestaciones confusas o contradictorias, o por cualquier otra circunstancia que se erija como un obstáculo para comprender el querer de los contratantes, y dado que corresponde a una labor técnica, el juzgador no goza de plena o irrestricta libertad para realizarla, por lo que se debe apoyar para desarrollar esa tarea, entre otras, en las pautas o directrices legales.

(....) Aquel ha sido el criterio de esta Corporación, el cual expuso entre otras, en la sentencia CSJ SC, 24 jul. 2012, rad. n.º 2005-00595-01, en la que sostuvo: «Para averiguar el querer de los obligados, a más del tenor literal de sus cláusulas y las directrices establecidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, 5º y 823 del Código de Comercio, debe tener en cuenta el intérprete diversos factores que inciden en el acuerdo, tales como las condiciones particulares de los intervinientes y su proceder en los diferentes momentos contractuales,

³² Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC3047 de 31 de julio 31 de 2018, Rad. 25899-31-03-002-2013-00162-01.



esto es, antes, durante y después de su celebración, de tal manera que se refleje de manera precisa el ánimo que los inspiró a vincularse. (...) la interpretación se predica de los negocios jurídicos existentes, es ulterior a la existencia del acto dispositivo y, en rigor, consiste en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido conformemente a la 'recíproca intención de las partes' (art. 1618 C.C.), de ordinario plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, a las cuales, sin embargo, no se reduce ni supedita, por cuanto, aun siendo 'claro' el sentido idiomático, literal o textual de las palabras, en toda divergencia a propósito, impónese reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal en una perspectiva retrospectiva y prospectiva, esto es, considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica negocial, la fase prodrómica, de gestación o formación teniendo en cuenta que '[...] los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato' (cas. civ. junio 28/1989) ».

El mismo artículo 1622 –ya citado- sienta otras reglas más de acentuada valía, como aquella que prevé que 'las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad', en clara demostración de la relevancia que tiene la interpretación sistemática y contextual, brújula sin par en estos menesteres.

O, en fin, la contemplada en el artículo 1621, que dispone que cuando no aparezca 'voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato', sin dejar de tener su propia fuerza y dinámica, en veces definitiva para casos específicos, la asentada en el artículo 1620, según la cual, 'el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno', lo que significa que si la interpretación de una cláusula puede aparejar dos sentidos diversos, uno de los cuales le restaría –o cercenaría- efectos, o desnaturalizaría el negocio jurídico, dicha interpretación debe

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co





desestimarse, por no consultar los cánones que, de antiguo, estereotipan esta disciplina.

Todas estas directrices, en últimas, tienen el confesado propósito de evidenciar la común voluntad de los extremos de la relación negocial, lo mismo que fijar unos derroteros enderezados a esclarecer la oscuridad o falta de precisión que, in casu, puede presentar el texto contractual, bien desestimando interpretaciones que, inopinada o inconsultamente, conduzcan a privar de efectos a la cláusula objeto de auscultación, ya sea otorgándole relevancia a la naturaleza del contrato, bien interpretándolo de modo contextual, esto es, buscando armonía entre una cláusula y las demás, etc.”.

A lo dicho bastaría agregar que no obstante la indiscutida jerarquía superior del principio de prevalencia de la común intención de los contratantes sobre lo literal de las palabras, conviene en todo caso recordar, por su significado, que ello no comporta el desconocimiento de la relevancia intrínseca de las manifestaciones de voluntad dotadas de caracterizada claridad literal, las cuales están llamadas a tener un rol importante en la tarea interpretativa en cuanto puede y debe presumirse, en forma coherente con lo que supone y exige una adecuada atención de las cargas propias del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada -según se puntualizó con anterioridad-, que el consentimiento exteriorizado con nitidez normal y razonablemente corresponde -o debe corresponder- a lo genuinamente entendido y querido por quienes lo emiten, y con ese alcance debe apreciarse con efectos vinculantes, salvo, desde luego, que apareciere cabalmente acreditada una común intención con sentido diferente, llamada a prevalecer como se ha señalado anteriormente. En esta línea de raciocinio, sólo queda insistir, eso sí, que la connotada prevalencia se predica de la *común* intención, y no, por razones lógicas, de eventuales intenciones unilaterales divergentes provenientes de los contratantes.

2.4. Marco jurídico general sobre los contratos de concesión portuaria y sujetos intervinientes en tal actividad.

Considerando que el presente trámite arbitral versa sobre una relación contractual que tiene entre sus antecedentes el Contrato de Concesión No. 009 de 1994, el cual participa de la naturaleza propia de los denominados contratos de concesión portuaria, el Tribunal estima pertinente hacer una breve referencia general al marco normativo aplicable en esa materia, desde luego definida teniendo en cuenta los aspectos que, específicamente, forman parte de la controversia arbitral sobre la que se decide en esta providencia.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





El artículo 1º de la Ley 1ª de 1991, mediante la cual “(...) se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones”, prevé la posibilidad de que “Tanto las entidades públicas, como las empresas privadas, pueden constituir sociedades portuarias para construir, mantener y operar puertos, terminales portuarios o muelles y para prestar todos los servicios portuarios”. Se otorgó, entonces, habilitación normativa para la existencia de las denominadas sociedades portuarias regionales, llamadas a relacionarse con el Estado a través del contrato de concesión portuaria. En palabras del Consejo de Estado:

“El Estado, con el propósito de hacer más eficiente el funcionamiento de los puertos nacionales y acercar el país a las realidades económicas que se avizoraban en el año 1991, caracterizadas por la integración, la competitividad y el comercio internacional, abrió el espacio económico y jurídico para la participación de capitales privados y públicos en la constitución y operación de sociedades portuarias regionales, las cuales se habrían de encargarse de la administración de los puertos. La concesión fue la vía mediante la cual el Estado y las sociedades portuarias regionales establecieron sus vínculos para la operación de los puertos, en tanto que ‘solo las sociedades portuarias podrán ser titulares de concesiones portuarias’ (artículo 6)”³³.

La misma Ley, en su artículo 2º³⁴, se refiere a los “planes de expansión portuaria” que debe presentar el Ministerio del Transporte al CONPES para su aprobación, los cuales deben reflejar en su contenido aspectos como el relacionado con “2.5. Las metodologías que deben aplicarse de modo general al autorizar tarifas a las sociedades portuarias; o los criterios que deben tenerse en cuenta antes de liberar el señalamiento de tarifas”, con indicación de que “Las inversiones públicas que se hagan, las concesiones que se otorguen, las contraprestaciones que se establezcan, y las tarifas que se autoricen, se ceñirán a tales planes”.

El Estatuto de que se viene hablando define, en el numeral 5.2. del artículo 5, la “Concesión portuaria” como “un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación

³³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 11 de septiembre de 2014, Rad. 11001-03-06-000-2014-00136-00(2217).

³⁴ Reglamentado por el Decreto 2147 de 1991.



económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos”.

El Consejo de Estado la describe como “(...) un negocio jurídico bilateral, oneroso, conmutativo en virtud del cual el Estado -concedente- otorga de manera temporal a la sociedad portuaria -concesionaria- la posibilidad de utilizar los bienes de uso público como las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a estos, con el fin de que este último, por su cuenta y riesgo, realice las actividades necesarias para la construcción y operación de un puerto. Como resultado de lo anterior, el concesionario deberá pagar una contraprestación económica a favor del Estado”³⁵.

Y en el mismo artículo 5, la Ley 1ª de 1991 se refiere al “Operador Portuario” como “(...) la empresa que presta servicios en los puertos, directamente relacionados con la entidad portuaria, tales como cargue y descargue, almacenamiento, practicaaje, remolque, estiba y desestiba, manejo terrestre o porteo de la carga, dragado, clasificación, reconocimiento y usería” (numeral 5.9.), y a la “Sociedad portuaria” como “sociedades anónimas, constituidas con capital privado, público, o mixto, cuyo objeto social será la inversión en construcción y mantenimiento de puertos, y su administración. Las sociedades portuarias podrán también prestar servicios de cargue y descargue, de almacenamiento en puertos, y otros servicios directamente relacionados con la actividad portuaria” (numeral 5.20.)³⁶.

En el contexto de regulación del régimen tarifario, el artículo 19 de la norma en cuestión dispone:

“Señalamiento de tarifas. Las sociedades portuarias pueden establecer las tarifas por el uso de la infraestructura portuaria dentro de las reglas del presente artículo.

Mientras no se haya decretado la libertad de tarifas, la Superintendencia General de Puertos, establecerá y revisará periódicamente, de conformidad con el plan de expansión portuaria debidamente aprobado por el CONPES, fórmulas generales para el cálculo de tarifas en las sociedades portuarias que operan puertos de servicio público. Estas fórmulas reconocerán la necesidad de que las tarifas cubran todos los costos y gastos típicos de la operación portuaria, la depreciación, y una remuneración a la inversión del

³⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 14 de octubre de 2021, Rad. 25000-23-31-000-2003-00877-01.

³⁶ Reglamentado por el Decreto 4681 de 2008.



concesionario, comparable con la que éste podría obtener en empresas semejantes de Colombia o del exterior.

Las fórmulas de cálculo de las tarifas no harán diferencia por razón del destino o procedencia de la carga, ni por el hecho de que ésta sea de importación o exportación, ni por la nacionalidad del buque.

Las sociedades portuarias establecerán y modificarán sus tarifas de acuerdo con estas fórmulas, sin necesidad de autorización previa, y darán aviso a la Superintendencia General de Puertos de cualquier variación que establezcan, justificándola. Si el Superintendente General de Puertos encuentra que las tarifas no se ajustan a las fórmulas pertinentes o que hubo modificaciones no justificadas, fijara por intermedio de la Superintendencia General de Puertos la tarifa correspondiente, impondrá las sanciones pertinentes y si es del caso, obligará a las sociedades portuarias a reintegrar a los usuarios las sumas indebidamente recibidas.

Al establecer sus tarifas, las sociedades portuarias deberán publicarlas en dos ocasiones, con intervalos no mayores de cinco días entre cada publicación, en dos periódicos de amplia circulación nacional, con 30 días de antelación a la fecha en que deban empezar a regir. Las sociedades portuarias que operan puertos de servicio privado, podrán fijar libremente sus tarifas, pero mantendrán informada sobre ellas a la Superintendencia General de Puertos”.

Por su lado, el artículo 22 de la misma Ley 1ª de 1991, al aludir a las “Restricciones indebidas a la competencia”, después de señalar que “Se prohíbe realizar cualquier acto o contrato que tenga la capacidad, el propósito, o el resultado, de restringir en forma indebida, la competencia entre las sociedades portuarias”, agrega que “Se entienden por restricciones indebidas a la competencia, entre Tarifas, las siguientes: 22.1. El cobro de tarifas que no cubra los gastos de operación de una sociedad u operador portuario [] 22.2. La prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, de servicios adicionales a los que contempla la tarifa [] 22.3. Los acuerdos para repartirse cuotas o clases de carga, o para establecer tarifas []”.

Finalmente, en lo que resulta de interés para este proceso, la propia Ley 1ª de 1991 se ocupa “De las sociedades y de los operadores portuarios”, ámbito en el que se refiere a las operaciones de aquéllas para señalar que “pueden contratar con terceros la realización de algunas o todas las actividades propias de su objeto; o permitir que los terceros presten servicios de operación portuaria dentro de sus instalaciones” (artículo 30), con indicación, en lo que a las

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



sociedades portuarias respecta, que “se rigen por las normas del Código de Comercio, por esta Ley y por las disposiciones concordantes”, y que “Los actos y contratos de las sociedades portuarias en donde existen aportes públicos, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atención al porcentaje que tales aportes representen dentro del capital, ni a la naturaleza del acto o contrato. (...)” (artículo 31). En relación con los “Operadores portuarios”, prevé que “Las empresas de operación portuaria no requieren licencia o permiso especial de las autoridades portuarias o marítimas para organizarse y cumplir su objeto; pero si se constituyen como sociedad deben someterse a los requisitos del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio)” (artículo 32).

3. El Negocio Jurídico sobre el que versa la controversia: contenido contractual relevante y naturaleza jurídica del contrato celebrado.

Está ya dicho que la controversia sobre la que se decide en la presente providencia está asociada a distintos aspectos de la ejecución de la denominada “RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SÓLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172”, celebrada el 13 de septiembre de 2013 entre la SPRBUN y OPP, expresamente mencionada en el hecho 2.32 de la demanda principal reformada, respecto del cual la Convocada lo acepta como cierto en la respectiva contestación.

Es de relieves que el hecho 2.33 de la demanda principal reformada expresa que “La Renovación Contractual, fue efectiva desde el 14 de julio de 2013, y establece los parámetros contractuales, relacionados con las condiciones económicas de los Contratos Complejos de Arrendamiento y de uso de Infraestructura, actualmente vigentes. Lo anterior, tal y como fue previsto en la CLAUSULA VIGESIMA OCTAVA de la Renovación Contractual a cuyo tenor: Cláusula Vigésima Octava. Integridad del Contrato. Este contrato constituye el acuerdo total con respecto de los asuntos aquí previstos y, por consiguiente, en los términos del artículo 518 y concordantes del Código de Comercio, recoge los términos de la renovación del arrendamiento bajo los Contratos de Arrendamiento, de tal forma que no hay solución de continuidad en el uso del inmueble arrendado mediante tales contratos”. El anterior hecho se responde así en la contestación de la SPRBUN: “Es cierto. Precisamente por esa razón este contrato es el único actualmente vigente y regula las relaciones entre las partes tanto respecto de los asuntos relacionados del arrendamiento como de la operación”.

Así las cosas, es claro que el primer nivel del componente contractual relevante está constituido por las estipulaciones vertidas en la Renovación de 2013,

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



incluidas por supuesto las reformas posteriores introducidas, referente inmediato que necesariamente debe tener en cuenta el Tribunal en el estudio que ha de conducir a las decisiones que correspondan en este Laudo.

Empero, previamente a adentrarse en el examen del contenido obligatorio recién anunciado, no pasa desapercibida la conveniencia de auscultar otros elementos jurídicos que pueden tener virtualidad para aportar contenidos eventualmente relevantes en la determinación del alcance prestacional propio de la Renovación de 2013, en particular por ser antecedentes asociados al negocio jurídico central sobre el que versa la atención del Tribunal.

En este sentido, en primer lugar debe destacarse el aparte de la demanda principal reformada intitulado *“Hechos sobre el Contrato Administrativo de Concesión Portuaria No. 009 de 21 de febrero de 1994”*, que se refiere a la relación jurídica que, precisamente, es antecedente de los varios contratos celebrados entre la SPRBUN y OPP antes de la Renovación de 2013, a la postre recogidos y agrupados, con contenido convencional propio, en dicha Renovación.

Destaca el Tribunal que en el referido Contrato de Concesión 009 no es parte OPP, pero que en lo que de dicho acto jurídico se involucra expresamente en la Renovación de 2013, obviamente puede vincular a la Convocante o, de distintas maneras, incidir en aspectos asociados al régimen prestacional que le es aplicable, por lo que conviene destacar algunos datos de su contenido regulatorio:

- Prevé un plazo inicial de 20 años, los datos sobre ubicación de los inmuebles y muebles entregados en concesión, y las obligaciones de las partes y garantías.
- La cláusula décima segunda señala las *“OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO”*, entre las cuales vale la pena mencionar, por la especial relevancia que tiene en relación con uno de los tópicos específicos de la controversia, la consagrada en el numeral 12.19, según la cual *“EL CONCESIONARIO debe permitir que terceros presten servicios de operación portuaria dentro de sus instalaciones y EL CONCESIONARIO no operará el puerto a menos que ello sea estrictamente necesario por razones técnicas o porque no exista otra alternativa, casos en los cuales debe mediar previa aprobación por parte de LA SUPERINTENDENCIA (...)”*.
- En distintas estipulaciones y para diferentes efectos, el Contrato de Concesión se refiere al tema de las inversiones a cargo la SPRBUN en calidad de concesionaria; de ello dan cuenta, por ejemplo, las cláusulas séptima -sobre *“GARANTÍAS”*-, décima -sobre *“MEJORAS”*-, décima segunda -sobre *“OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO”*- y vigésima séptima -sobre

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co



SC648-1



“EVALUACIONES PERIÓDICAS DEL DESEMPEÑO DEL CONCESIONARIO”-, punto este último en el cual, destacando la importancia de ese tópico de la relación, prevé que *“Se hará particular énfasis en la supervisión de los compromisos de inversión”*, en un contexto caracterizado por la mención de otros rubros objeto de evaluación como *“la carga movilizadora, así como los indicadores operativos, los costos, los niveles de servicios y los aumentos de productividad”*.

El referido Contrato de Concesión 009 fue objeto de desarrollo en los contratos 033 de noviembre de 1994, 171 de julio 13 de 1995³⁷, 172 de 9 de noviembre de 1995, 037 de agosto 23 de 1996 y 038 de 10 de septiembre de 1996, así como de diecisiete otros, todos los cuales después se citan e integran en la Renovación de 2013 (Hechos 2.26. a 2.30. de la demanda principal reformada), sobre la cual, específicamente, versa la controversia arbitral.

Como otro antecedente de la Renovación de 2013 el Tribunal pone de presente que el 2 de agosto de 2007 se suscribió un documento, adjunto con la demanda, intitulado *“MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO EN RELACIÓN CON LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA CELEBRADO CON LA SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA”*, en el que comparecen, por una parte, el Ministro de Transporte, el Viceministro del Transporte y el Gerente General del Instituto Nacional de Concesiones INCO, englobados bajo el término *“LA NACIÓN”*, y la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., por la otra, documento llamado a recoger *“los hechos y las razones que deben tenerse presentes en la Visión del Puerto de Buenaventura y los criterios (sic) aspectos básicos que serán adoptados como acuerdos contractuales al momento de aprobar la modificación y revisión al contrato de concesión portuaria número 009 del 21 de febrero de 1994 (...)”*. Es evidente la pertinencia de, también en este caso, destacar algunos apartes del contenido del documento que se reseña, por supuesto en tópicos puntuales de relevancia frente a los temas involucrados en la controversia arbitral:

- En el acápite destinado a las *“CONSIDERACIONES”* se señala *“7. Que el objeto general de la modificación consiste en: (i) posibilitar la realización inmediata de inversiones no contempladas actualmente en el contrato de concesión (...); (iii) ampliar el plazo de la concesión para permitir la amortización de las inversiones ; (...)”*. [] *“12. Que los estudios y revisiones del esquema contractual portuario establecieron como fines fundamentales de LA NACIÓN en materia de concesiones portuarias, entre otros aspectos, los*

³⁷ Con relación al contrato 171 en el hecho 2.27 se hace referencia a que su alcance lleva a que ya no *“se denominó exclusivamente de arrendamiento sino de Uso de la Infraestructura Portuaria para el Manejo de Graneles Secos en el Terminal Marítima de Buenaventura”*, el que se acepta como cierto en la respuesta a la demanda, lo que igualmente se predica del hecho 2.28.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



siguientes: **Alcanzar un desarrollo equilibrado y sostenido de los puertos públicos colombianos a través de una eficiente explotación de la infraestructura pública; vinculación de capital privado en el desarrollo del sector, altos niveles de eficiencia, el aumento de competitividad facilitando el comercio exterior y generando crecimiento económico para el país*".

- Dentro de las mismas "CONSIDERACIONES", tras aludir a las varias reuniones celebradas por los voceros de las partes firmantes del memorando, se afirma que *"se identificaron los elementos aplicables a la revisión del esquema contractual de las concesiones portuarias"*, en cuyo desarrollo se destacan tópicos como los siguientes: la mención de que la revisión del esquema contractual *"propende por el establecimiento de criterios generales aplicables por igual para la revisión de todos los contratos de concesión de las Sociedades Portuarias Regionales y no creará condiciones que signifiquen una ventaja o desventaja a una determinada sociedad portuaria, respecto de los demás operadores locales ni de los otros terminales portuarios del país"*; y alusiones reiteradas a cuestiones atinentes a la eficiencia, la competitividad, *"Compromisos de inversión"* -cuya ejecución *"deberá ser previamente autorizada por el administrador del contrato"*-; *"Indicadores de eficiencia"*, *"Ampliación del plazo de concesión"* y *"Establecimiento y modificación de tarifas"*.
- Ya en el apartado destinado a señalar lo que "ACUERDAN", en el ordinal primero se indica que *"Este documento contiene los hechos y las razones que deben tenerse presente en la Visión del Puerto de Buenaventura y los criterios y aspectos básicos que serán adoptados como acuerdos contractuales al momento de aprobar la modificación y revisión al contrato de concesión portuaria número 009 del 21 de febrero de 1994, una vez agotado el procedimiento establecido en la ley primera de 1991 y particularmente en el Decreto 1370 de 2007 (...)"*; en el ordinal segundo manifiestan el común entendimiento *"en cuanto a la necesidad de modificar las condiciones de la concesión portuaria (...) con el fin de hacer posibles los propósitos enunciados en las Consideraciones anteriores (...)"*; y en el tercero expresan que *"Las partes han concertado los términos que, de ser autorizada la modificación del Contrato de Concesión, regirán las relaciones entre la Sociedad Portuaria y la NACIÓN"*, contexto en el cual menciona temas como *"1.- Utilización de las áreas (...)", "2.- Definición de inversiones y su cronograma", "3.- Contraprestación", "4.- Ampliación del plazo de la concesión portuaria", "5.- Establecimiento y modificación de tarifas"*³⁸, *"6.- Indicadores de desempeño"*, etc.

³⁸ En este punto se afirma: *"La Sociedad Portuaria deberá establecer sus tarifas por concepto del uso de la infraestructura con sujeción a la regulación que al efecto determine la autoridad"*



Se extrae de la reseña efectuada, con claridad, que las cuestiones relativas a eficiencia, rendimientos, inversiones y competitividad, para mencionar las de relevancia más evidente, formaban parte de la agenda de la SPRBUN en su relación con la Nación, y desde esa perspectiva necesariamente habrían de tenerse en cuenta e involucrarse en los vínculos negociales de la sociedad portuaria con los operadores con los que contrataba, cuestión conocida por OPP³⁹.

Resalta el Tribunal que, en el convenio que viene de referenciarse no es parte OPP, y que las indicaciones que contiene vinculan a la SPRBUN como concesionaria del Estado para ser tenidas en cuenta en la revisión que se proyectaba del Contrato de Concesión 009 de 1994, a su vez referente necesario de las relaciones negociales de la SPRBUN con los operadores portuarios con los que se vinculaba, que en el caso de OPP fueron reguladas integralmente en la Renovación de 2013.

Sobre los antecedentes de la negociación de la referida Renovación, y una visión global de su ejecución, el señor Álvaro Rodríguez Acosta, quien la suscribió como Presidente y Representante Legal de OPP, señala en su testimonio:

“(...) durante la negociación que fue muy estricta, esa negociación... se firmaron, me acuerdo yo, con Víctor, 18 otrosís mientras se establecían las nuevas condiciones contractuales en las cuales la firma Esguerra Portocarrero y el entonces gerente Domingo Chinaa, que la verdad se nos pasó citar, fue unas reuniones muy... muy importantes, muy estrictas, en las cuales OPP prácticamente se adhirió a las condiciones exigidas por la Sociedad Portuaria y por la firma Esguerra Portocarrero que era la asesora de la Sociedad Portuaria. Y prueba de ello es que en el contrato de renovación figuran las firmas de los abogados de la Sociedad Portuaria, del Gerente y la mía.

0:18:29

PRESIDENTE: ¿Y con relación a la ejecución contractual, desde 2013 hasta hoy, qué aspectos centrales mencionaría usted como relevantes de esa ejecución contractual, desde la perspectiva de... de su calidad a la que ha hecho referencia?

competente de conformidad con las normas que regulan la materia. Las tarifas por los servicios a la carga y por los servicios de operación portuaria que preste el concesionario se regirán por la ley y por lo que al efecto disponga la autoridad competente, pero no podrán ser sometidas a condiciones más gravosas que las vigentes para los demás operadores portuarios en general”.

³⁹ OPP invoca el referido Memorando de Entendimiento en los numerales 2.10. a 2.13. de los Hechos de su demanda principal reformada.



DECLARANTE: Sí, la verdad es que durante la vigencia del contrato no tuvimos ninguna vinculación... perdón, ninguna... ninguna situación o problema, como bien lo pueden ustedes corroborar. Las dificultades empiezan a partir del año 2016, por el interés de algunos accionistas de la Sociedad Portuaria de que Sociedad Portuaria asumiera directamente la operación también de graneles; aunque ellos ya venían también con una autorización de la SIC que después fue violada. Ellos venían operando la parte de contenedores y carga general, con una sociedad, Tedsa, de la cual Sociedad Portuaria era accionista mayoritario”.

Incursionando en el examen del contenido volitivo vertido en la Renovación de 2013, a continuación, destaca el Tribunal los aspectos que estima sobresalientes.

En el aparte denominado “*CONSIDERACIONES*”, en los dos primeros numerales se hace referencia a los contratos de arrendamiento 171 y 172 del 13 de julio y 9 de noviembre de 1995 (numeral 1º), y a los contratos de arrendamiento 033, 037 y 038 de 29 de noviembre de 1994, 23 de agosto y 10 de septiembre de 1996 (numeral 2º). En el numeral 3º del referido contrato se indica que: “*El 22 de diciembre de 2005 las sociedades GRANELES S.A. y OPP GRANELERA S.A. (antes UL GROUP INTERNATIONAL S.A.) pactaron sendos otrosís Nos. 2 a los contratos antes mencionados, en los cuales se acordó ‘renovar y/o prorrogar’ los contratos 171 y 172 ‘por un plazo igual al originalmente convenido en el mismo o por el término de la prórroga del contrato de concesión portuaria número 009 de 1994, si resultare ser menor el término inicialmente pactado y siempre y cuando se den las siguientes condiciones (...)*”. Y en el numeral 5º se advierte que en acatamiento de lo previsto en el artículo 518 del Código de Comercio: “*(...) han previsto celebrar este documento que rige los términos de la renovación del contrato de uso de infraestructura para el manejo de graneles sólidos en el Terminal Marítimo de Buenaventura bajo un solo documento de forma tal que no haya solución de continuidad en el uso del inmueble arrendado mediante los contratos de arrendamiento”.*

En lo referente, propiamente, a las “*CLAUSULAS*” llamadas a regular el Negocio Jurídico, cabe resaltar los siguientes contenidos:

- La cláusula primera, relativa al “*Objeto*”, señala que “*Por el presente contrato, SPRBUN acuerdan (sic) los términos que rigen la renovación de los Contratos de Arrendamiento celebrados con OPP sobre las áreas físicas que se delimitan y describen (...) para uso y goce de OPP en el Terminal Marítimo de Buenaventura en la prestación del servicio de manejo de carga a granel sólido, según lo establecido en este contrato y a cambio de la suma indicada en el mismo”.*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



Hasta ahí, la esencia del componente contractual que se ubica bajo la modalidad de arrendamiento de áreas por la SPRBUN para uso y goce de OPP.

- En la cláusula segunda se establece el “*Término del Contrato*”, hasta el 21 de febrero de 2034 y “*sin que haya lugar a prórrogas o a renovaciones automáticas*”, adicionándose que “*La renovación del arrendamiento se considerará efectiva a partir del día 14 de julio de 2013*”. En el párrafo se prevé: “*Para efectos de dar cumplimiento a la reversión prevista en el contrato de concesión de la SPRBUN y siempre que dicha obligación continúe vigente para la fecha de terminación del arrendamiento, OPP entregará las mejoras que hubiese hecho en desarrollo de los compromisos de inversión bajo este contrato y los Contratos de Arrendamiento y acepta entregar los inmuebles por destinación que se encuentren en las áreas objeto del arrendamiento y que obligatoriamente deban ser objeto de reversión a la Agencia Nacional de Infraestructura (...)*”.

Se observa, de un lado, la evidente conexión que existe entre el Contrato de Concesión 009 -que vincula a la SPRBUN con la ANI- y la relación convencional de la misma SPRBUN con OPP como operador portuario, y del otro, que las obligaciones de la Convocante en materia de inversión estaban asociadas a la figura de la reversión, connatural a la de la concesión.

- En la cláusula tercera, bajo el rótulo de “*Contraprestación económica*”, se advierte que a partir del 1º de enero de 2014 y hasta el año 2034, se pagará por OPP “*como contraprestación a favor de SPRBUN el valor mensual por metro cuadrado que se detalla a continuación*”, alusivo a la tabla allí prevista, en la que se toma como referencia el dólar americano. En sendos párrafos se agrega que “*Las tarifas aquí previstas vigentes se harán efectivas para las Partes a partir del primero (01) de enero de dos mil catorce (2014) y hasta la fecha de terminación del arrendamiento (...)*”; se contempla la forma de liquidación en pesos de la tarifa pactada en “*USD/M2 MES*”, con indicación de que “*La mora en el pago de las tarifas por el arrendamiento previstas en este contrato dará derecho a la SPRBUN a cobrar un interés de mora a la tasa máxima legal permitida*”; y se señala que “*OPP renuncia expresamente a cualquier requerimiento privado o judicial para constituirlo en mora del pago de la contraprestación aquí prevista y de aquéllas (sic) obligaciones que tengan un plazo definido y acordado por la (sic) Partes para su exigibilidad*”.

Se refiere la estipulación a la remuneración asociada al uso y goce de las áreas arrendadas, sin que constituya, como se verá, la única contraprestación económica a cargo de OPP. Incluye reglas relativas a la hipótesis de mora en

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



el pago de la obligación, las que habrían de considerarse en el evento en que tuvieren prosperidad pretensiones de esa naturaleza.

- Se establece en la cláusula cuarta, intitulada “*Compromisos de inversión*”, que OPP se compromete a realizar inversiones en orden a mejorar el servicio por valor de US\$48.000.000, según obras que “*se acordarán de común acuerdo entre las partes para que sean imputables al Plan Maestro de Inversiones, con la aprobación previa de la ANI o de la entidad que haga sus veces*”; y en siete ítems se especifican, “*a manera de referencia*”, posibles opciones de inversión, tales como equipos para el descargue, interconexión entre baterías de silos, ampliación de ellos y “*construcción e instalación de una segunda línea de transferencia con sistema de transportadores de banda de última tecnología de una capacidad mínima de 600 toneladas por hora*”.

Adicionalmente, se prevé que “*En caso de que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI o la entidad que haga sus veces, exija al Concesionario del Terminal Marítimo de Buenaventura, SPRBUN Inversiones Adicionales para la operación de Graneles Sólidos, OPP debe ejecutar las que competan al área arrendada*”.

Agrega la estipulación varios párrafos, contentivos de regulaciones complementarias de este importante aspecto del Contrato:

“Parágrafo Uno: En el evento de que el presente contrato termine anticipadamente por causa imputable a SPRBUN, las obras, y los inmuebles por destinación en que se invierta en cumplimiento de las obligaciones previstas en el presente contrato, serán adquiridas por SPRBUN por el valor que tengan registrado en los libros de OPP debidamente depreciado (...).

Parágrafo Dos: Durante el segundo trimestre del año 2014, las partes revisarán las obras y el cronograma estimado para su ejecución, y definirán de común acuerdo las obras, equipos o tecnología en que se invertirá y las sumas comprometidas para los dos años siguientes, de acuerdo con el proyecto que para el efecto entregue OPP a más tardar el último día hábil del mes de enero de 2014, con el objeto de que la SPRBUN incluya dichas inversiones en el Plan Bianual [entiéndase bienal] de Inversiones que presente a la ANI o a la entidad que haga sus veces a más tardar el día (30) de noviembre de 2014. A partir del año 2016, OPP entregará el proyecto de inversiones a más tardar el último día hábil del mes de enero y así sucesivamente cada dos años, para que dichas inversiones sean incluidas por la SPRBUN en los correspondientes Planes Bianuales de Inversión que presente a la ANI

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



o la entidad que haga sus veces. Dichas obras, equipos o tecnología no podrán ser ejecutadas y/o adquiridas por OPP hasta tanto no hayan sido aprobadas por la ANI o la entidad que haga sus veces.

(...)

Parágrafo Cuarto: En el evento de que las partes no lleguen a un acuerdo sobre las obras, equipos y tecnología en que se realizarán las inversiones, SPRBUN definirá los equipos y tecnología de acuerdo con lo que indique la ANI o la entidad que haga sus veces”.

No hay duda de la relevancia de esta obligación de OPP, en todo acompañada con la política pública de eficiencia en la prestación de servicios portuarios invocada en el Memorando de Entendimiento antes reseñado por el Tribunal y con lo previsto, a su vez, en materia de compromisos de inversión de la SPRBUN frente a la ANI, en el marco del Contrato de Concesión. Acerca del contenido regulatorio de esta obligación se harán las consideraciones pertinentes al momento de acometer su estudio particular, de cara a la responsabilidad por incumplimiento que la Convocada atribuye a la Convocante en esta materia, explícita en su demanda de reconvención.

- La cláusula quinta, rotulada “Mejoras”, advierte que *“Ninguna mejora o inversión podrá ser hecha sin autorización escrita de SPRBUN y, en caso de ser necesario, de la ANI o la entidad que haga sus veces. (...)”.*

Se pone de presente la mención de la “inversión” como evento frente al cual OPP, para su realización, requiere autorización previa.

- En la cláusula sexta se enlistan las numerosas -27- “Obligaciones de OPP”, de las que el Tribunal resalta las consagradas en los literales “c) Pagar las contraprestaciones económicas de conformidad con lo señalado en la cláusula tercera del presente contrato”; “d) Pagar las tarifas por concepto de uso de instalaciones al operador portuario que serán las previstas en el tarifario de SPRBUN, vigente al momento de cobro de tales conceptos.”; “i) “Cumplir con los compromisos de rendimiento, inversiones e inversión social previstos en el presente contrato”; “l) Cumplir con el reglamento de operaciones y el Reglamento de Higiene, Seguridad y Medio Ambiente de la SPRBUN y sus modificaciones (...)”; “r) Desarrollar las actividades de operación portuaria de acuerdo con las disposiciones legales vigentes y de manera que se evite la discriminación entre los usuarios”; “z) Las demás que sean propias de la naturaleza de este contrato o se desprendan de él”; y “aa) Las previstas en la ley”.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co





Además de la mención de tipos prestacionales abiertos, como los registrados en los literales z) y aa), la convención da cuenta de relevantes obligaciones de contenido patrimonial radicadas en cabeza de OPP, incluida la ya antes mencionada “*contraprestación económica*” de la cláusula tercera, ahora adicionada, en últimas también como contraprestación a los derechos recibidos por cuenta de la Renovación de 2013, con las relativas al pago de las tarifas por concepto de uso de instalaciones al operador portuario y a los compromisos en materia de inversión y de rendimiento, además de la vinculada al cumplimiento del Reglamento de Operaciones de la SPRBUN, para citar las de mayor significación, a todas las cuales se referirá el Tribunal en el examen de los distintos aspectos del litigio en que están claramente involucradas.

- La cláusula séptima, inherente a las “*Obligaciones de SPRBUN*”, entre ellas identifica las relativas a “*d) Realizar el control de ingreso y salida del área de concesión del Terminal Marítimo de Buenaventura a todos los vehículos y personas de acuerdo sus obligaciones como concesionario*” y “*f) Las demás que sean propias de la naturaleza de este contrato o se desprendan de él*”.

Se destaca, de nuevo, la previsión prestacional de tipo abierto consignada en el literal f), y una adicional -literal d)- de corte operativo, que en su momento considerará el Tribunal al tratar algún tópico puntual en el que es de utilidad.

- En la cláusula décima, sobre “*Rendimientos*”, prevé que OPP se compromete a cumplir, de acuerdo con el tipo de carga, unos rendimientos mínimos según se trate de cereales, minerales o fertilizantes, y advierte que “*Los rendimientos indicados anteriormente se medirán respecto de cada buque cargado o descargado, cuya operación sea realizada por OPP directamente como operador portuario o a través de operadores portuarios contratados por ella o por empresas relacionadas con OPP, con las fórmulas que SPRBUN aplica a todos sus clientes para efectos de determinar las tarifas de Uso de instalaciones al Operador Portuario Marítimo, las cuales OPP declara conocer, hacen parte del presente contrato, están aprobadas por la autoridad competente, han sido publicadas y se encuentran vigentes*”.

Y agrega en el párrafo primero: “*Los rendimientos exigidos en esta cláusula se ajustarán de acuerdo a las modificaciones que realice SPRBUN de su sistema tarifario publicado. En el evento de que SPRBUN suprima del sistema tarifario el cobro de los servicios en función del rendimiento, que son la base para el cálculo de los rendimientos exigidos en esta cláusula, los compromisos de rendimientos a partir de ese momento serán los últimos que se hubiesen establecido en el tarifario vigente para esa fecha*”.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



Como luego se constatará, se está en presencia de una estipulación negocial llamada a jugar un papel importante en el examen de uno de los aspectos centrales de la controversia, cual es del cambio tarifario implementado por la SPRBUN desde principios del año 2020 -allí se considerará-, además de la relevancia que tiene en punto a la obligación misma de rendimiento, también acompañada con la política pública que propende por eficiencia y competitividad en la prestación de los servicios portuarios.

- En los términos de la cláusula décima primera, las dos partes se comprometen a “(...) *no realizar conductas restrictivas de la competencia ni competencia desleal. OPP y la SPRBUN se comprometen a cumplir con las normas que regulan la libre y leal competencia en el mercado (...)*”.

Se trata, también, de una previsión convencional con realce propio, vinculada a otro eje temático del debate, ubicado en la circunstancia sobreviniente que OPP hace consistir en la prestación, por parte de SPRBUN, de servicios propios de un operador portuario en el mercado de carga a granel. En ese específico contexto la abordará el Tribunal.

- La cláusula décima segunda se refiere a los denominados “*Compromisos de inversión social*”, en virtud de los cuales OPP se obliga a destinar “*los recursos económicos por una suma de ciento veinte millones de pesos (\$120.000.000) anuales (...) con el propósito de beneficiar a la población de escasos recursos y menos favorecida en el municipio de Buenaventura (...)*”, cuestión puntual sobre la cual no se formulan reclamaciones por decidir.
- La cláusula décima cuarta, intitulada “*Cláusulas Penales Moratorias y Penal Pecuniaria*”, establece las sanciones que puede imponer la SPRBUN por el retraso o el incumplimiento de las obligaciones incumplidas a cargo de OPP, a la cual habría que acudir en el eventual escenario de resolución o terminación contractual por incumplimiento, como lo planea la Convocada en su demanda de reconvencción.
- La cláusula décima sexta, precedida del título “*Incumplimiento grave del contrato*”, señala doce (12) motivos que lo pueden tipificar, debiéndose destacar los previstos en los apartes “*(i) Cuando en más de dos años consecutivos OPP no cumpla los compromisos de rendimientos establecidos en la cláusula décima y dichos incumplimientos generen una sanción a la SPRBUN por parte de la ANI o quien haga sus veces*”; “*(vii) En caso de que OPP realizare inversiones (...) sin autorización escrita de SPRBUN y siempre que dicha inversión o mejora (...) genere una sanción por parte de una autoridad competente a la SPRBUN y afecte la ejecución de este contrato*”; y “*(xii) En los demás eventos de incumplimiento que prevea la ley*”. Y en la

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



cláusula décima novena se establecen cinco (5) “*Causales de Terminación*” del Contrato, de las que es relevante destacar la de literal “c) *El incumplimiento grave de las obligaciones pactadas en los términos previstos en este contrato*”.

Como el *petitum* formulado por SPRBUN incluye una reclamación expresa de resolución del Contrato por incumplimiento, con invocación de la cláusula que ahora se reseña, del asunto tendrá que ocuparse el Tribunal al momento de estudiar dicha pretensión.

- En la cláusula vigésima tercera se estipula que toda modificación al Contrato “*deberá constar en documento escrito firmado por ambas partes*”.
- La cláusula vigésima octava, denominada “Integridad del Contrato”, advierte que “*Este contrato constituye el acuerdo total con respecto a los asuntos aquí previstos y, por consiguiente, en los términos del artículo 518 y concordantes del Código de Comercio, recoge los términos de la renovación del arrendamiento bajo los Contratos de Arrendamiento, de tal forma que no hay solución de continuidad en el uso del inmueble arrendado mediante tales contratos*”.

En lo atinente a la naturaleza jurídica del Contrato, precisión de algún interés para efectos de razonamientos posteriores, el Tribunal comparte la opinión del Ministerio Público en el sentido de que:

“Teniendo como insumos argumentativos la demanda principal reformada, su contestación formal, la demanda de reconvención reformada (sic) y su contestación formal, es claro que estamos ante la existencia de un contrato atípico, en sentido que no podríamos encasillar el contrato de Renovación del 2013 en una sola de las modalidades típicas del sistema contractual colombiano, máxime cuando en el texto del mismo se involucran diferentes actividades que lo hacen especial y por sobre todo en la actividad portuaria, lo que conlleva una regulación igualmente especial dentro de marco del derecho privado, no obstante que la SPRBUN contenga una participación menor del orden estatal” (resalta el Tribunal).

La Parte Convocante es de este mismo parecer cuando en su alegato final indica:

“OPP, como operador portuario, y la SPRBUN, como concesionaria administradora de la infraestructura del Puerto de Buenaventura, han mantenido relaciones negociales desde el año 1995, fecha desde la cual han celebrado diversos contratos de uso, arrendamiento y otra

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



amplia gama de prestaciones asociadas a la operación portuaria, en una típica relación compleja o proteiforme que involucra elementos característicos de varias tipologías contractuales.

La última renovación de dicha relación tuvo lugar el 13 de septiembre de 2013, cuando OPP y la SPRBUN suscribieron la denominada Renovación Contractual, por la cual dieron continuidad a su relación negocial, vigente hasta el 21 de febrero de 2034”⁴⁰.

La Parte Convocada, por su lado, en su escrito de alegatos manifiesta, en el mismo sentido:

“Sobre lo que no hay discusión, y en lo que estamos de acuerdo con OPP, es que el Contrato es uno complejo o en los términos de la convocante ‘proteiforme’, que incluye diversas prestaciones, todas las cuales tienen como premisa fundamental la operación portuaria de OPP y las contraprestaciones económicas que OPP debe asumir a favor de la SPRBUN”⁴¹.

Según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ⁴²:

“(…) los contratos atípicos e innominados son aquellos que carecen de regulación normativa, por lo tanto, se originan en la autonomía privada producto de la voluntad y libertad contractual de las partes, por fuera de los modelos tradicionales, dotándolos de contenido obligacional que es ley para las partes en los términos del art. 102 de Código Civil.

Precisamente ante la falta de regulación legal, cuando se presenten controversias entre las partes, la interpretación de contratos de esta naturaleza puede generar perplejidades que deban ser resueltas por vía jurisprudencial. Al respecto, por la preponderancia de la autonomía negocial, es evidente que la primera fuente de interpretación se halla en las estipulaciones convencionales, no obstante, si estas lucen contradictorias o ambiguas, es preciso acudir a fuentes supletorias, que pueden buscarse en el régimen general de las obligaciones, o en el modelo contractual típico que más se asemeje al ajustado por los contendientes”.

⁴⁰ Página 33 del alegato presentado por OPP.

⁴¹ Página 178 del alegato presentado por la SPRBUN.

⁴² Sentencia SC-2218 de 9 de junio de 2021, Rad. 11001-31-03-001-2017-00213-01.



Lo que ha quedado dicho permite al Tribunal, desde ya, advertir la vocación de prosperidad de la primera pretensión principal de la demanda reformada de OPP, que se repite idéntica en el “3.2. *Primer bloque de pretensiones subsidiarias*” y en el “3.3. *Segundo bloque de pretensiones subsidiarias*”, en la que se solicita “*Que se DECLARE que, entre la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. y OPP GRANELES S.A., se suscribió un negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’ de 13 de septiembre de 2013*”.

Todos los hechos que apoyan esta pretensión, a saber, del 2.5 al 2.12, y del 2.32 al 2.34, fueron admitidos como ciertos por la parte Convocada, están soportados en las correspondientes pruebas documentales aportadas, no fueron objeto de cuestionamiento alguno ni por las partes ni por el Ministerio Público y el Tribunal tampoco tiene objeción alguna para su aceptación.

Y, en la misma línea, anticipa el Tribunal que se aprecia la vocación de prosperidad de la primera petición de la demanda de reconvencción intitulado “*PRETENSIONES PRINCIPALES RELACIONADAS CON EL CONTRATO*”, en la que se solicita “*(a) Que se declare que SPRBUN y OPP celebraron el Contrato y que este cumple con las condiciones para su existencia y validez*”. Así se declarará.

4. Análisis conceptual de los escenarios jurídicos propuestos en las pretensiones de la demanda principal reformada de OPP.

4.1. La desfiguración de la causa del contrato como fuente de revisión de las prestaciones del mismo.

4.1.1. Posición de las partes.

OPP.

En el primer tramo de las pretensiones principales de su demanda reformada OPP, tras solicitar “*Que se DECLARE que, entre la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. y OPP GRANELES S.A., se suscribió un negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’ de 13 de septiembre de 2013*”(primera pretensión

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





principal), pide a renglón seguido “*Que se DECLARE que han ocurrido circunstancias extraordinarias con posterioridad a la celebración del negocio jurídico de naturaleza contractual*” recién referenciado (segunda pretensión principal), reclamando enseguida “*Que se DECLARE que las circunstancias extraordinarias a las que hace referencia la pretensión anterior, ocurridas con posterioridad a la celebración del negocio jurídico contractual, han desfigurado la causa económica subyacente*” al citado negocio jurídico (tercera pretensión principal).

A partir de tales premisas, formula a continuación siete pretensiones consecuenciales de la desfiguración de la causa que invoca, la primera de ellas orientada a “*Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Tercera Pretensión Principal, se REVISE el contenido del negocio jurídico de naturaleza contractual*” a que ha hecho referencia, “*a fin de recomponer la causa económica que se ha desfigurado*” (primera pretensión consecencial de la tercera pretensión principal), marco dentro del cual reclama, en las cuatro pretensiones consecuenciales siguientes (segunda a quinta, respectivamente), que “*se ORDENE, a título de revisión contractual*”, “*que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A., de aplicación, respecto de la relación contractual existente entre SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. y OPP GRANELES S.A., a los incentivos a la eficiencia previstos en las Tarifas por Uso de Instalaciones al operador portuario ‘UIO’, ahora UIOPM vigentes antes de la modificación que entró en vigor el 17 de febrero de 2020*”, “*que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A., pague a OPP GRANELES S.A., dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que así lo resuelva el Tribunal Arbitral, la suma de DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS DIEZ PESOS (\$2.890.973.210), correspondiente a los sobrecostos asumidos por OPP GRANELES S.A. producto del cambio tarifario*”, “*que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A., deje sin efecto, respecto de la relación contractual existente entre SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. y OPP GRANELES S.A., la Facturación por concepto de Uso de Instalaciones al Operador Portuario Terrestre – UIOPT*”, y “*que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A., se abstenga de exigir a los usuarios de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. y OPP GRANELES S.A., el doble pesaje a los que se refieren los hechos de esta demanda*”. En la sexta pretensión consecencial solicita “*se EXONERE, a título de revisión contractual, a OPP GRANELES S.A. de realizar las inversiones mínimas pactadas en la Cláusula CUARTA*” del mismo negocio jurídico, y en la séptima pide “*Que se ORDENE cualquier otra restitución que el Tribunal*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co





Arbitral estime procedente para recomponer la causa económica del negocio jurídico”⁴³.

En apoyo de las pretensiones recién reseñadas OPP, en el capítulo destinado a los hechos de la demanda principal reformada, se pronuncia “*F. Sobre la causa contractual de OPP GRANELES*” indicando, en lo principal, que a pesar del alto costo que representaban para OPP los contratos de arrendamiento y de uso de infraestructura, y su correspondiente Renovación Contractual, su suscripción y ejecución tenía como causa contractual la posibilidad de obtener ganancias y amortizar las altas inversiones obligadas a OPP, a través de los incentivos a la eficiencia que se otorgaban bajo unas tarifas diferenciales (2.66.); que OPP debe pagar a la SPRBUN unas tarifas por el uso de las instalaciones portuarias (2.67.); que OPP deriva sus ingresos de las tarifas que cobra a sus usuarios importadores y exportadores por el uso de instalaciones portuarias y que reflejan las tarifas que, a su turno, la SPRBUN cobra al operador y a los usuarios la tarifa de Uso de Instalaciones a la Carga (2.68.); que OPP recauda USD\$1 por tonelada métrica del usuario importador o exportador, de modo tal que si no se logra una eficiencia superior a 5000 tm/día, se le transfiere el dólar cobrado de forma íntegra a la SPRBUN, al paso que si logra una operación eficiente, OPP puede descontar lo que corresponda del dólar que en principio debía pagar a la SPRBUN (2.69.); que ambas tarifas son definidas, conforme al marco regulatorio vigente, por la SPRBUN, previa aprobación de las entidades administrativas competentes (2.70.); que a diferencia de las tarifas de la SPRBUN, las que cobra OPP a los usuarios y clientes no están sujetas a la aprobación de la Superintendencia de Transporte (2.71.); que para la fecha de la suscripción de la Renovación Contractual, las tarifas autorizadas se basaban en la eficiencia (incluye cuadro de tarifas portuarias): a los importadores usuarios del puerto se les cobraba una tarifa de uso de instalaciones de carga (UIC) que discurría de 3 a 4.5 dólares por tonelada, según la eficiencia en el descargue (a mayor tasa de descargue, menor la tarifa aplicada), y a los operadores, incluido OPP, la SPRBUN les cobraba una tarifa sobre la misma lógica: se discurría entre 0,3 y 1 dólar por tonelada, según la eficiencia del descargue (a mayor tasa, menor tarifa) (2.72.); que, según su dicho, el esquema tarifario basado en las eficiencias beneficiaba a todos los participantes de la cadena logística (2.73.); que bajo este esquema tarifario, invertir en eficiencia y asumir las onerosas obligaciones asociadas al régimen de inversiones y los

⁴³ Este primer tramo de las pretensiones principales incluye, además, una “*Primera Pretensión Subsidiaria de la Segunda Pretensión Consecuencial de la Tercera Pretensión Principal*”: *Que, en subsidio de la pretensión anterior, se ORDENE, a título de revisión contractual, que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. reduzca el valor del arrendamiento por metro cuadrado, a cargo de OPP GRANELES S.A. a un valor equivalente a 1,81 dólares de los Estados Unidos de América, reducción que deberá entenderse efectiva desde el 17 de febrero de 2020 y hasta la finalización del Contrato*”.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



rendimientos tenía un sentido económico determinado: a mayores eficiencias, OPP podría atraer mayor mercado y debía pagar menor tarifa (menores costos) en tanto le correspondía pagar a SPRBUN una tarifa menor (2.74.); que *“De esta forma, los Contratos Complejos de Arrendamiento y de Uso de Infraestructura Portuaria, inicialmente contaban con una ecuación financiera rentable para OPP GRANELES”* (2.75.); que otro de los presupuestos que permitían que la ecuación financiera de tales negocios jurídicos fuera rentable para OPP era justamente la prohibición contractual establecida en el Contrato de Concesión Portuaria No. 009 de 1994 y con la que contaba la SPRBUN para operar el puerto o competir con los operadores portuarios, cuestión que también se desdibujó (2.76.).

Según la Convocante -continúa narrando en el mismo apartado de los hechos de la demanda reformada-, OPP se encuentra en la siguiente situación en la que, de un lado, invierte en nombre de la SPRBUN, como una obligación impuesta en los Contratos de Arrendamiento y de Uso de Infraestructura, y su Renovación Contractual, pero, por otro lado, recibe competencia directa de la SPRBUN, a pesar de que los citados Contratos lo proscriben (2.77.); las inversiones efectuadas por OPP en procura de las eficiencias y mayor productividad han sido realizadas con el propósito de obtener las tarifas que contractualmente se acordaron para tal fin (cuestión que no ocurre) (2.78.); el cálculo de tales inversiones y su viabilidad en cabeza de OPP se realizó con base en el esquema de eficiencias proyectados a largo plazo (2.79.); y, señala, *“De lo contrario, carecería de toda lógica hacer inversiones por un valor total tan alto en procura de la eficiencia, si sobre esta, no existiera ningún incentivo que permitiera si quiera amortizar las inversiones”* (2.80.).

En el mismo acápite fáctico, OPP se pronuncia *“G. Sobre los hechos sobrevinientes que alteraron de forma grave las prestaciones contractuales a cargo de OPP GRANELES”*, destacando como tales los relativos a la modificación unilateral de las tarifas por parte de SPRBUN desconociendo las condiciones contractuales, en detrimento de OPP y que hacen excesivamente oneroso su cumplimiento (se refiere a los efectos del nuevo esquema tarifario) (2.81. y 2.82.); a la implementación de nuevas tarifas que tienen efectos en la ejecución de los aludidos Contratos, contexto en el que menciona *“La Tarifa por el Uso de Instalaciones al Operador Portuario Terrestre”* y *“La exigencia del Doble Pesaje”* (2.83.); a la implementación de nuevas medidas operativas por la SPRBUN, que también tienen efectos en la ejecución de los mismos Contratos, incluida, como siempre, la Renovación Contractual de 2013 (2.84.); y a la *“prestación y servicios propios de un operador portuario en el mercado de carga de granel por parte de SPRBUN”* (2.85.). Sobre cada una de las circunstancias así descritas se enuncian en la demanda de OPP los hechos relevantes, los cuales considerará el Tribunal cuando se ocupe del estudio material de cada una de ellas.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



Al decir de OPP, ya en punto a concluir sobre el fundamento de su reclamación en el tópic que se analiza, *“Con base en los antecedentes fácticos incluidos, es evidente que han ocurrido circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, con posterioridad a la fecha de celebración del Contrato de Arrendamiento y de Uso de Infraestructura, incluida su Renovación Contractual, que alteran de manera sustancial, la ecuación económica del negocio jurídico para OPP GRANELES y que desdibujan la causa del negocio jurídico”,* de manera que *“El impacto de dichas circunstancias sobre el equilibrio económico del Contrato de Arrendamiento, incluida su Renovación, impone una excesiva onerosidad que amerita su revisión”* (2.87.).

En el alegato de conclusión, OPP se refiere a *“La causa como mecanismo de revisión del contrato ante la desproporción sobreviniente”,* con inclusión de algunas referencias de doctrina -nacional y foránea- y jurisprudencia⁴⁴, y del marco normativo consignado en los artículos 1502 y 1524 del Código Civil, para concluir:

“Se ha entendido así que la causa real se hace nugatoria cuando prima la desproporción, por ejemplo, porque se impone arbitrariamente una obligación con una contraprestación irrisoria a una determinada parte.

En estos casos, la doctrina considera que es clara la inexistencia de un móvil o motivo que lleve a la parte afectada a consentir en el vínculo y, en ese orden de ideas, es clara también la necesidad de revisar el vínculo, con el propósito de reajustarlo a su situación inicial y recomponer, así, la causa que ha desaparecido, de modo que se preserve el negocio correspondiente.

Entonces, bajo el neocausalismo, la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes que afectan gravemente la proporción y simetría contractual, habilitan al juez, en pro de la preservación del negocio jurídico, para reajustar las prestaciones, de un modo que permita preservar los móviles o motivos que tuvieron en mente las partes al celebrar el negocio jurídico.

Es, en suma, una forma de revisión contractual que, bajo la idea de la cláusula rebus sic stantibus, conjura la desproporción por conducto de la administración de justicia”⁴⁵.

⁴⁴ En particular la Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de fecha 7 de octubre de 1938.

⁴⁵ Páginas 17 y 18 del alegato presentado por OPP.



SPRBUN.

En la contestación de la demanda principal reformada SPRBUN anuncia, desde el aparte que titula “2. INTRODUCCIÓN AL CASO”, su oposición a las pretensiones de que se viene hablando, lo que reitera en el acápite “4. OPOSICIÓN A LAS PRETENSIONES PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS”, defensa que desarrolla, en el tema específico que ahora ocupa la atención, con la excepción de mérito que rotula “5.2 Improcedencia de la teoría de la desaparición de la causa”, según la cual, por vía de síntesis, “(a) OPP induce a error al Tribunal Arbitral al manipular dolosamente un precedente judicial para soportar su teoría”, “(b) En el caso hipotético que el Tribunal analice la teoría de OPP deberá concluir que la causa no ha desaparecido ni se ha desfigurado”, “(c) En el caso hipotético que el Tribunal declare que la causa desapareció deberá declarar el contrato inexistente”, “(d) En el caso hipotético que el Tribunal declare que la causa desapareció y no declare la inexistencia del Contrato, las pretensiones consecuenciales deben ser rechazadas por pretender la configuración de una situación ilegal” y “(e) En el caso hipotético que el Tribunal declare que la causa desapareció y no declare la inexistencia del Contrato, la pretensión que busca la exoneración de las inversiones es improcedente”.

Al pronunciarse sobre los hechos de la demanda principal reformada SPRBUN, en su contestación, siguiendo la secuencia consignada respecto de aquellos, afirma en lo principal, en lo que concierne al planteamiento “F. Sobre la causa contractual de OPP GRANELES”, que estructurar la ejecución de un contrato como el que es materia de la controversia en las eficiencias “-si así fue y es posible dudarlo-” es una decisión económica personal sobre la cual el único responsable es OPP (2.66.); que es cierto que OPP debe pagar a la SPRBUN unas tarifas por el uso de las instalaciones portuarias (2.67.); que es cierto que OPP cobra sus propias tarifas, pero no le consta que reflejen las tarifas que SPRBUN cobra al operador (2.68.); que no le consta lo que se afirma en el numeral 2.69 y no puede contestar lo que se invoca en el numeral 2.70. “porque no es claro”; que el procedimiento administrativo para la definición de las tarifas se encuentra regulado y la Superintendencia de Transporte interviene en el proceso de aprobación en cumplimiento de la metodología para la fijación de las tarifas (2.71.); que las tarifas autorizadas para ese momento no “se basaban” en las eficiencias, las cuales se predicaban de los descuentos aplicables al primer rango de la tarifa vigente (2.72.); que, de hecho, la mayoría de las sociedades portuarias que operan en Colombia otorgan descuentos a las tarifas buscando incentivos en el volumen y no en los rendimientos (2.73.); que lo afirmado en el numeral 2.74. “Es una apreciación jurídica y económicamente equivocada de la convocante”; que lo dicho en el numeral 2.75. no es cierto y que se trata de una afirmación sin sustento alguno con la cual OPP pretende obtener un beneficio que no le

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



corresponde; que “*No es un hecho sino una consideración jurídica equivocada*” lo que se menciona en el numeral 2.76; que “*No es cierto ni jurídica ni fácticamente*” lo que afirma en el numeral 2.77., pues “*No se trata de una obligación ‘impuesta’ sino de una obligación esencial que fue libremente pactada y negociada por las partes en el Contrato*”; que en el Contrato no hay ningún acuerdo de las partes sobre las tarifas de operación, diferente a que se aplicarían las vigentes para todos los operadores, sin distinción alguna a favor de OPP (2.78.); que “*No es cierto*” lo que se afirma en el numeral 2.79., “*Y si lo fuera, evidentemente tendría que demostrarlo con los estudios que para esos propósitos debió haber realizado OPP en el año 2013*”; y que lo aseverado en el numeral 2.80. “*No es un hecho, es una apreciación personal de la convocante donde no es claro si confunde eficiencias con rendimientos*”.

Y frente a lo dicho “*G. Sobre los hechos sobrevinientes que alteraron de forma grave las prestaciones contractuales a cargo de OPP GRANELES*”, aborda y replica cada uno de los enunciados de la Convocante en esa materia (numerales 2.81. a 2.85.), defensa que también considerará el Tribunal cuando se ocupe del estudio material de cada uno de ellos.

La SPRBUN confronta las conclusiones que en el terreno de lo fáctico propone OPP en los numerales 2.86. y 2.87. señalando en ambos casos, con remisión a lo contestado en los numerales que los preceden, que “*No es un hecho, sino una apreciación equivocada de la convocante*”.

En el alegato de conclusión, la SPRBUN señala que “*La teoría de la desaparición de la causa es improcedente*”, para concluir, después de remitir a lo que sobre el particular expresó en la contestación misma de la demanda reformada, que:

“Por otro lado, OPP incurre en un yerro jurídico pues, como es sabido, en nuestro ordenamiento jurídico positivo no se consagra ningún efecto en los actos jurídicos por la desfiguración de la causa, distinto a los efectos de la teoría de la imprevisión cuando haya lugar a su aplicación.

En efecto, dentro del desarrollo normativo de los actos jurídicos la causa únicamente se aborda como un elemento de la existencia -sin perjuicio de las discusiones doctrinales al respecto- al exigirse que debe haber una causa real y, como un elemento de validez, al exigirse que la causa sea lícita. ⁴⁶

⁴⁶ Artículo 1524 del Código Civil: “*No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.*”



*De manera que, la falta de la causa real al momento de suscribir acarrea la inexistencia y, la ilicitud de la causa acarrea la nulidad absoluta, por lo que mal podría declararse algún efecto no consagrado en la ley por la desfiguración de la causa, en contravención del artículo 1602 del Código Civil en virtud del cual “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y **no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales**” (la negrilla es del texto)⁴⁷.*

4.1.2. Consideraciones del Tribunal.

El tema relativo al tratamiento de la problemática que se suscita por la ocurrencia de hechos o circunstancias sobrevinientes que tienen virtualidad para afectar o alterar el equilibrio económico del contrato -del negocio jurídico, en general- admite, en el plano teórico, diferentes presentaciones y aproximaciones, que se aprecian en la abundante literatura jurídica local y foránea que se encuentra sobre el particular.

La doctrina nacional se refiere al punto indicando, desde la perspectiva de un estudio centrado en mostrar la evolución histórica del pensamiento jurídico a ese respecto, que:

“(…) El contrato es un organismo que existe jurídicamente, y su existencia busca crear, modificar o extinguir una realidad de hecho y de derecho; sin embargo, como todo organismo, está sujeto a las contingencias y variaciones de su ambiente, por lo que necesita asimismo ajustarse a los cambios de la realidad en que se manifiestan sus efectos, adaptarse fisiológicamente al proceso evolutivo del entorno que lo rodea. En este sentido, cuando se busca que los efectos del contrato sean compatibles con esa realidad, procurando los mecanismos idóneos para hacer frente al cambio de la misma, se habla de revisión, modificación, renegociación, en fin, adaptación contractual.

(…)

Con la evolución de los tiempos, las exigencias prácticas derivadas de la magnitud y la complejidad de los intercambios comerciales han

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.”

⁴⁷ Página 129 del alegato presentado por la SPRBUN.



ido llevando a la ciencia jurídica a considerar mecanismos más refinados para la gestión del contrato en curso de ejecución, esto porque el modelo contractual tradicional entendido como negocio traslativo se ha visto superado, en la complejidad de la práctica comercial moderna, por el modelo contractual de duración, esto es, el de las relaciones obligatorias cuya ejecución se extiende en el tiempo. Ahora bien, precisamente aquellas relaciones de larga duración están sometidas con mayor intensidad a los riesgos por eventos sobrevenidos, a las anomalías que puedan perturbar el cumplimiento de las obligaciones”⁴⁸.

Con un enfoque de introducción al mismo tema, pero en función de la variedad de las nomenclaturas que se utilizan para identificarlo y estudiarlo, con enunciación de sus causas en tiempos relativamente más recientes y de la tendencia a su reconocimiento y regulación normativa, igualmente expresa la doctrina nacional:

“Con el nombre de ‘cláusula de imprevisión contractual’, ‘teoría de la imprevisión’, ‘onerosidad sobreviniente’, ‘teoría de la investigación de los riesgos imprevistos’, ‘imposibilidad de la prestación’, ‘lesión sobreviniente’, denominan los diferentes doctrinantes, el tema que nos ocupará a continuación.

Las secuelas de las guerras mundiales ocasionaron graves colapsos en el mundo de los negocios. Las alteraciones del mercado fueron frecuentes y ciertos bienes experimentaron una oscilación en sus precios que no hubieran podido ser previstos. Todo ello tenía necesariamente que repercutir en el mundo del derecho. Frente a estos tozudos hechos de la posguerra, ciertas instituciones jurídicas se presentaban con vocación estática; es decir, para la normalidad y lo ordinario, las cuales no se adecuaban a esos cataclismos del tráfico económico.

En efecto, el derecho señala que los contratos deben cumplirse, las partes deben ser fieles al contrato, como dice el conocido postulado ‘pacta sunt servanda’, consagrado en la pluralidad de las legislaciones. En definitiva, exigir el cumplimiento estricto del contrato, presentándose las perturbaciones en la vida social y económica antes señaladas, no parece conducir al sentido de equidad que pretende realizar el derecho al regular las relaciones intersubjetivas.

⁴⁸ CHAMIE GANDUR, José Félix. La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos. Universidad Externado de Colombia, 2013, páginas 21 y 25.



Considerar esas circunstancias extraordinarias, ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato, de tal manera que se restablezca el equilibrio prestacional entre las partes o se concluya el contrato, ha dado surgimiento a la denominada ‘teoría de la imprevisión’, para utilizar la locución empleada por los autores franceses e italianos, que tiende a establecerse en los nuevos códigos civiles y comerciales del mundo”⁴⁹.

Aunque en el contexto de un litigio propuesto en la órbita específica de la *teoría de la imprevisión* tal como la regula el artículo 868 del Código de Comercio, la Corte Suprema de Justicia, en conocido pronunciamiento, se refiere a la hipótesis de la “*simetría prestacional del negocio jurídico*”, en los siguientes términos:

“1. La simetría prestacional del negocio jurídico, en atención a su concreta disciplina normativa, especie, función práctica o económica social, autorregulación, utilidad o fines, en oportunidades se altera por causas sobrevenidas, extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, ajenas a las partes, no asumidas por disposición legal o negocial, y generatrices de una manifiesta, grave e injustificada desproporción o excesiva onerosidad.

Delante de tal problemática, en ciertas hipótesis, el ordenamiento jurídico prevé la revisión del contrato para corregir, restablecer o reajustar el desequilibrio, y en su caso, terminar el pacto, evitando las consecuencias nocivas o estragos que el cumplimiento en esas condiciones entraña al deudor con los desmesurados beneficios correlativos al acreedor.

Al respecto, la doctrina, jurisprudencia y legislación comparada no es unánime. De antiguo las soluciones oscilan ya entre la primacía absoluta de la obligatoriedad, perennidad e intangibilidad del contrato, su revisión, adaptación, modificación, reforma o reajuste admisible por equidad, bien su terminación. Empero, la orientación mayoritaria contemporánea favorece la revisión, al repugnar a la conciencia jurídica el mantenimiento rígido del desequilibrio con las lesivas secuelas y ventajas exageradas e inesperadas del nuevo estado de cosas, a contrariedad de la simetría contractual”⁵⁰.

⁴⁹ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles -Teoría general del negocio mercantil-, Pontificia Universidad Javeriana – Legis S.A., decimotercera edición, 2012, páginas 157 y 158.

⁵⁰ Sala Civil, Sentencia de 21 de febrero de 2012, Exp. 2006-00537-01.



Aunque, seguramente, no hay unanimidad en torno a los términos de delimitación del concepto de *equilibrio económico o financiero del contrato*, tiene sentido ubicarlo en el terreno del balance prestacional que se entiende inmerso en los contratos onerosos conmutativos⁵¹, no con criterio de exactitud aritmética sino de equivalencia general, y siempre consultando, como razonablemente tiene que ser, las circunstancias particulares del caso concreto que se estudia. Explica la doctrina, después de citar los artículos 1497 y 1498 del Código Civil:

“Con apoyo en las normas citadas se concluye con facilidad que el concepto de equilibrio financiero en los contratos es privativo de los contratos onerosos y conmutativos. (...).

Pues bien, la regla general en la contratación privada, en especial la mercantil, es la onerosidad conmutativa. Basta la simple contemplación del conjunto de contratos, típicos y atípicos, para concluir que en la inmensa mayoría de los eventos se está en presencia de esta clase negocial.

(...)

El asunto de fondo consiste en establecer qué es equivalencia prestacional o equilibrio financiero contractual. Sin esas nociones claras sería imposible hablar de ruptura de dicho equilibrio.

De suyo, la palabra equilibrio significa ‘balance o contrapeso entre dos extremos, de tal suerte que entre ellos existe armonía por cuanto sus fuerzas opuestas se igualan o compensan’. Esta idea, en materia contractual, se traduce en la denominada onerosidad conmutativa, que consiste en que el peso financiero que cada una de las partes asume se contrarresta frente al de la otra, de manera que el intercambio prestacional resulte económicamente nivelado, o lo que es lo mismo y para usar la expresión legal, se mire como equivalente. Así, cada parte de la relación contractual alcanza su utilidad al lograr el fin práctico pretendido, por la obtención de lo que recibe, que se tiene como proporcionado a lo que da.

⁵¹ Un contrato es oneroso, según advierte el artículo 1497 del Código Civil, “cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”, y conmutativo, al decir del artículo 1498 ibídem, “cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez”. De los contratos gratuitos y aleatorios quizá sea posible predicar excesiva onerosidad sobreviniente, pero no propiamente restablecimiento de equilibrio prestacional.



Pero es importante anotar que este equilibrio o equivalencia tiene que establecerse en función de criterios tanto subjetivos como objetivos. Los primeros dicen relación con la situación concreta y particular de los intervinientes en cada relación contractual, con sus específicos intereses y necesidades, al paso que los segundos se refieren a las circunstancias económicas circundantes que deben considerarse a efectos de definir el sentido y alcance de las correspondientes declaraciones de voluntad.

Resulta entonces trascendente dicha parametrización subjetiva y objetiva del equilibrio financiero negocial, porque no puede confundirse con milimetría económica o con exactitud aritmética en el valor patrimonial de cada una de las obligaciones de intercambio involucradas. (...)”⁵².

También en el plano teórico y conceptual, no se discute que los eventos de rompimiento o afectación del equilibrio económico del contrato pueden presentarse desde la celebración misma del acto jurídico, con remedios que en cuanto a la óptica del tratamiento legal generalmente se asocian a la figura de la lesión -tradicionalmente, lesión enorme-, de ordinario regulada en el ordenamiento legal respectivo -con caracterizaciones no siempre coincidentes-; pero, y es el escenario jurídico específico que interesa a este proceso, también pueden acontecer por hechos o circunstancias sobrevinientes -entiéndase, posteriores a su celebración-, a sabiendas de que las hay de distinta estirpe, por ejemplo porque pueden provenir del incumplimiento obligacional de una de las partes, hipótesis desde luego diferente a las que pueden tener su génesis en situaciones extraordinarias e imprevisibles, ajenas al control de las partes o, al menos, de la parte que padece la afectación.

En ese campo de los acontecimientos sobrevinientes es sabido que cuando se trata de la desatención prestacional en cabeza de una las partes, la problemática correspondiente se aborda desde la perspectiva de la muy conocida *responsabilidad civil contractual*, a partir de la consideración del marco obligacional completo y las consecuencias indemnizatorias que se producen cuando ella se configura, cuestión a la que en otro aparte de esta providencia se refiere el Tribunal; y que cuando la afectación proviene de hechos o circunstancias extraordinarias e imprevistas o imprevisibles, con virtualidad para incidir significativamente en la equivalencia prestacional, la problemática se aborda en la esfera de la genéricamente identificada como *teoría de la imprevisión*⁵³, en el

⁵² MUÑOZ LAVERDE, Sergio. Artículo publicado en “Modernización de las obligaciones y los contratos”, Universidad de los Andes – Editorial Temis, Bogotá, 2015, páginas 5 y 6.

⁵³ Como ya se reseñó, y se aprecia con notoriedad en la doctrina y la jurisprudencia, esa es sólo una de las varias rotulaciones que se emplean para referirse a la misma hipótesis fáctica esencial,

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



sentido amplio de la expresión, comprensiva de diferentes sub-hipótesis jurídicas que a su interior pueden tener cabida, habitualmente asociadas, en aras de dotarlas de protección, con afectaciones graves o de magnitud considerable y -valga repetir- caracterizadas por ser ajenas al control de las partes o, al menos, de la parte que padece la afectación; se trata, normalmente, de propiciar la revisión del contenido prestacional en procura del restablecimiento del equilibrio del contrato, o de permitir la extinción de sus efectos a través de la declaratoria de su terminación -o equivalente-, si así se estima aconsejable. Como ya se ha anunciado, y pronto se reiterará, en el caso *sub-jure* OPP postula pretensiones en los dos escenarios jurídicos a que se viene haciendo alusión: teoría de la imprevisión y responsabilidad civil contractual por incumplimiento.

Sin perder de vista la ya anunciada diversidad de posibilidades de aproximación al tratamiento del tema en la regulación legal y en la contribución de la doctrina y la jurisprudencia en el derecho comparado⁵⁴, el Tribunal, por razones obvias, centra su atención en el ordenamiento normativo patrio, con el desarrollo que en nuestro medio deriva, como es natural, de la propia jurisprudencia y doctrina que se estima aplicable, sin perjuicio de considerar y eventualmente involucrar en el análisis referencias foráneas que se estimen útiles de cara al caso objeto de decisión.

En esta línea, pertinente resulta destacar, de entrada, que en el ordenamiento legal colombiano la cuestión alusiva a la preservación del equilibrio económico del contrato afectado por hechos o circunstancias sobrevinientes tiene tratamiento diferenciado según se considere su pretendida aplicación en el campo del derecho privado o en la órbita del derecho público, pues es sabido que en esta última existe reconocimiento expreso con caracterización propia como un principio de imperativa observancia en los términos dispuestos en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor, *“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento (...)”*, y en armonía con lo cual los numerales 3, 8 y 9 del artículo 4 *ibidem*, relativo a los derechos y deberes de las Entidades Estatales, prevén, en su orden, que *“Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:(...) 3°. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato. (...) 8°. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el*

tal vez la más cercana a la utilizada en nuestro medio al amparo de la regulación incorporada en el citado artículo 868 del Código de Comercio.

⁵⁴ Completa reseña, con este enfoque, se encuentra en la antes citada Sentencia de 21 de febrero de 2012, Exp. 2006-00537-0, de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.



desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa (...) 9°. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse”. Correlativamente, el numeral 1 del artículo 5 de la misma legislación consagra el derecho de los contratistas, “(...) 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 (...)”⁵⁵.

A través del conjunto normativo recién reseñado puede afirmarse que el legislador consagró en forma explícita, en el ámbito de la contratación estatal, el principio del equilibrio económico o financiero del contrato⁵⁶, que de tiempo atrás gozaba ya de reconocimiento jurisprudencial, el cual, en términos generales, consiste en “(...) garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio”⁵⁷. Este escenario jurídico, propio de la Ley 80 de 1993, no excluye la posibilidad de aplicación, en tratándose de contratos estatales, de la figura de la imprevisión tal como la consagra el artículo 868 del Código de Comercio antes citado, pues es conocida la remisión que hace el artículo 13 de la referida Ley a la aplicación en los contratos que celebren las entidades estatales de las disposiciones comerciales y civiles pertinentes.

En la esfera del derecho privado la situación es diferente, pues desde el punto de vista normativo no hay previsión de talante similar a la que viene de reseñarse para la contratación estatal, de modo tal que el escenario concreto que en este campo tiene referencia inequívoca es el consagrado en forma explícita en el artículo 868 del Código Comercio, expresión específica de la antes aludida por su

⁵⁵ La Ley 80 de 1993 también se refiere al tema, por ejemplo, en el artículo 14 y en el numeral 14 del artículo 25.

⁵⁶ Por esta razón, en la esfera del derecho público y habida consideración del interés de igual naturaleza que este protege, no le es posible al contratista suspender la ejecución del contrato mientras se restablece su equilibrio económico, sino que, por el contrario, debe continuar con su ejecución, sin perjuicio de la posterior materialización del reajuste de aquél (se verá la diferencia con lo que ocurre con la aplicación de la teoría de la imprevisión del derecho privado).

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 31 de agosto de 2011 (18.080).

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



denominación genérica como *teoría de la imprevisión*, por supuesto aplicable en contratos mercantiles, y con reconocimiento vía jurisprudencial en materia civil a partir de su consideración en el marco de los principios generales de derecho⁵⁸. A ese escenario específico de la teoría de la imprevisión tal como está consagrada en el estatuto mercantil, caracterizada por notables exigencias -como se verá-, hay que agregar la posibilidad -o no- de aplicación de otros escenarios jurídicos sustanciales, adicionales y/o complementarios, que involucran la vigencia material de principios, reglas o enunciados como la buena fe -y sus expresiones, como los deberes secundarios de conducta-, la equidad, la justicia contractual y la función económica del contrato, lista para análisis en la que también cabría incluir en el mismo plano de lo teórico y conceptual -por cuenta de ser un escenario expresamente planteado en la demanda de OPP-, el de la desfiguración de la causa del contrato⁵⁹.

Como lo expresa el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia que viene de reseñarse, “(...) *En efecto, todo negocio jurídico está permeado por la buena fe, la equidad y la justicia contractual, sujeto a ineludibles dictados éticos, políticos y jurídicos imperantes en la época, lugar y medio de su celebración, ejecución y terminación, cumple una función práctica o económica social, procura la satisfacción de intereses, necesidades o designios en la vida de relación, y por supuesto, se celebra para su cumplimiento. Además, el contrato es por excelencia un mecanismo de cooperación o colaboración intersubjetiva*”⁶⁰.

De lo que se trata, en el derecho privado, es de resolver la inevitable tensión que desde la óptica temática que se analiza se presenta entre el antiguo principio *pacta sunt servanda*, por un lado, y del otro, una relativamente amplia lista de teorías o formulaciones en las que se comprenden, según ilustra la doctrina con indicación de ser una enunciación no taxativa ni absoluta en la esfera terminológica, “a) *la de la estipulación -o cláusula- rebus sic stantibus (...); b) la de la presuposición; c) la de la base del negocio jurídico; d) la de la excesiva onerosidad sobreviniente (...)*”, a cada una de las cuales se le reconocen cualidades y críticas, que por no ser relevantes de cara al asunto puntual que se analiza, no es del caso entrar a considerar. El primero, tiene que ver con el carácter vinculante del contrato, “ley” para las partes según dispone con fuerte acento el artículo 1602 del Código Civil⁶¹, eje principal del postulado de la autonomía de la voluntad y del denominado efecto

⁵⁸ Suelen referenciarse, aunque no exenta de crítica -vr. gr. CARO NIETO Juan, “LA IMPREVISIÓN: UNA TEORÍA QUE SE PLANTEA PERO NO SE APLICA”, las Sentencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de 29 de octubre de 1936, 9 de diciembre de 1936, 25 de febrero de 1937 y 23 de mayo de 1938.

⁵⁹ Para utilizar la expresión que trae a colación OPP en el *petitum* de su demanda.

⁶⁰ Sala Civil, Sentencia de 21 de febrero de 2012, Exp. 2006-00537-0.

⁶¹ “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



de normatividad que a ella es inherente, cuyo alcance es ciertamente de muy amplio espectro, aún aceptando, como hay que aceptar, que no tiene carácter absoluto y que de hecho tiene límites de variada índole, como los que derivan, para mencionar los que tradicionalmente se citan con ese propósito, de la propia ley imperativa, el orden público y las buenas costumbres. Las segundas, anota la misma doctrina recién referenciada, *“propenden por explicar que el apotegma de la fidelidad contractual (pacta sunt servanda), por relevante e intenso que aún resulte, no debe impedir que el contrato llegue a ser ajustado cuando circunstancias extraordinarias e imprevisibles (imprevisibilidad contractual) irrumpen en el devenir negocial, en forma tal que alteren o pongan en peligro, in substancia, su equilibrio prestacional -o contractual-, en desmedro de una de las partes y en manifiesta contravía de acerados principios informadores, como el de la buena fe, el del rechazo del abuso del derecho, el de la cooperación contractual y el de la equidad”*⁶².

Por supuesto, se advierte que la causa del contrato de alguna manera se proyecta para dar sustento a teorías o formulaciones como las enunciadas, las cuales pueden ser acogidas o no, y de distintas maneras, en los diferentes ordenamientos jurídicos según la forma y términos en que cada uno de ellos, en ejercicio de su derecho de configuración normativa, conciben que debe resolverse la tensión aludida.

Corresponde al operador judicial, con adecuada dosis de ponderación y razonabilidad, por supuesto sin desconocer la concepción y términos plasmados en las normas legales aplicables, siempre consultando las particularidades de cada caso, determinar la manera como se resuelven las situaciones que se plantean en la esfera temática en cuestión, sin perder de vista que la decisión legislativa imperante en nuestro ordenamiento sin duda reconoce al referido postulado de la normatividad el carácter de regla general -por decirlo de alguna manera-, sin duda no absoluta, de modo que no está de antemano vedado el espacio para las situaciones de excepción, desde luego consideradas con ese talante.

A todo ello se ha ya referido el Tribunal, y volverá a hacerlo con el detalle que corresponda, a medida que avance en el estudio de los bloques contentivos de las pretensiones de la demanda reformada de la Convocante.

En el asunto *sub-lite*, no discuten las partes acerca del sometimiento de la relación contractual sobre la que versa la controversia al régimen propio del derecho privado⁶³, lo que no excluye recordar, por si llegara a tener relevancia particular,

⁶² JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. DERECHO PRIVADO, Tomo III – Derecho de Contratos –, Volumen 2 - Parte General, Universidad Javeriana – CEDEP – Grupo Editorial Ibáñez, página 808.

⁶³ Desde la referencia inicial en los “HECHOS” de la demanda principal reformada y su contestación (numeral 2.2.) se afirma, coincidentemente, que los actos y contratos celebrados por

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



la participación, aunque no significativa en términos porcentuales, de capital público en la SPRBUN⁶⁴, y la naturaleza del servicio público al que está de alguna manera asociado el objeto contractual descrito en la Renovación de 2013 y los contratos que la preceden, a su vez vinculados al Contrato Administrativo de Concesión Portuaria No. 009 de 1994, cuyo contenido principal es reseñado en otro aparte de esta providencia⁶⁵.

En el caso concreto, como se vio, en las primeras pretensiones principales de su demanda reformada OPP, después de solicitar la declaración sobre la existencia de la relación contractual que la vincula con la SPRBUN, pide que se reconozca la ocurrencia sobreviniente de circunstancias extraordinarias que, según su dicho, “han desfigurado la causa económica subyacente” del referido negocio jurídico, punto de partida para la formulación subsiguiente de varias pretensiones consecuenciales a la mentada desfiguración de la causa que invoca, orientadas a propiciar la revisión de diferentes tópicos de la regulación convencional que para el efecto identifica.

Entonces, más allá del pronunciamiento declarativo sobre la existencia de la relación contractual que las partes no discuten (primera pretensión principal), y de, por el momento, no entrar en la calificación de “extraordinarias” -o no- que predica OPP respecto de las circunstancias sobrevinientes que invoca como soporte de la reclamación que se considera (segunda pretensión principal), corresponde al Tribunal determinar si la planteada desfiguración de la causa económica del contrato puede tener la virtualidad jurídica para eventualmente habilitar la revisión del contenido prestacional en el evento de que efectivamente tal situación se configurara.

Para este específico propósito, conveniente resulta comenzar por señalar que el segundo inciso del artículo 1524 del Código Civil, en el contexto temático que se ocupa “De los actos y declaraciones de voluntad”⁶⁶, prevé que “Se entiende por

la SPRBUN se rigen por las reglas del derecho privado. Y el Ministerio Público, en su concepto final, refiere que la relación contractual sobre la que versa la controversia involucra “diferentes actividades que lo hacen especial y por sobre todo en la actividad portuaria, lo que conlleva una regulación igualmente especial dentro de (sic) del derecho privado, no obstante que SPRBUN contenga una participación menor de orden estatal” (página 16).

⁶⁴ El aporte de capital público en la SPRBUN es inferior al 20%, según se aprecia en certificación de 2 de agosto de 2021, requerida por el Tribunal en auto proferido en la Audiencia de Instalación de 27 de julio de 2021 (Acta No. 1), previamente a su pronunciamiento sobre la admisibilidad de la demanda inicial que en ese momento consideraba.

⁶⁵ A voces del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, “3o. Se denominan servicios públicos: [...] Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquéllos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines”.

⁶⁶ Título II del Libro Cuarto del Código Civil.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



causa el motivo que induce al acto o contrato”, premisa conceptual para entender el señalamiento que previamente hace el artículo 1502 *ibidem* al indicar que “*Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario*”, entre otras exigencias, “*que tenga una causa lícita*”, en el entendido que es ilícita, según agrega el mismo segundo inciso del artículo 1524 antes citado, “*la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público*”⁶⁷. La misma exigencia de causa lícita se repite, en el ámbito de la regulación de la nulidad absoluta de los contratos, en el artículo 899 del Código de Comercio, sin involucrar ningún dato normativo adicional sobre la figura de la causa, ni en relación con su entendimiento conceptual, ni en punto a su rol en la regulación misma del negocio jurídico.

No cabe duda, entonces, que el legislador patrio optó por lo que en términos de antiguo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia -citado por OPP en su alegato final- se identifica como la fórmula jurisprudencial francesa para entonces predominante, que la doctrina nacional refiere como “*la noción de la causa impulsiva y determinante*”⁶⁸, por oposición a la escuela doctrinaria que la identificaba como “*el fin abstracto, inmediato, rigurosamente idéntico en todos los actos jurídicos de igual categoría*”. En palabras de la aludida jurisprudencia:

“Para ilustrar mejor la cuestión debatida, viene al caso analizar la evolución de dos doctrinas que se han propuesto para explicar la noción de causa: la escuela clásica o doctrinaria y la fórmula jurisprudencial hoy predominante. Para Bonnecase, en la fórmula doctrinaria la causa es el fin abstracto, inmediato, rigurosamente idéntico en todos los actos jurídicos de igual categoría; en la jurisprudencial, que establece un principio opuesto a aquélla, la causa es el fin concreto de interés general o de interés privado que los autores del acto se esfuerzan por conseguir más allá de un acto jurídico determinado y por medio de él. Este fin no está necesariamente ligado a la estructura técnica de un acto jurídico y es, por el contrario, susceptible de variar en los actos de una misma categoría.”

⁶⁷ El mismo artículo 1524, en su inciso primero, se refiere a la “*causa real y lícita de la obligación*”, entendida esta última en el mismo Código Civil como el vínculo deudor-creedor asociado a la atención de una prestación (noción descrita en términos diferentes en el artículo 666), a sabiendas de que el contrato es la primera de las fuentes de las obligaciones según lo registra el artículo 1494 del Código Civil.

⁶⁸ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. TEORÍA GENERAL DE LOS ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS, Editorial Temis, segunda edición, página 289.

Sede Principal

Calle 8 # 3-14, Piso 4

Tel: 57 (2) 8861369

Cel: 314 8348808

ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



La tesis sostenida por la escuela jurisprudencial francesa ha venido a ser la consagrada por nuestro Código Civil (...)”⁶⁹.

De lo dicho hasta aquí se desprende que el ordenamiento legal, a partir de una noción clara en lo teórico, no necesariamente en su manejo práctico, cercana a los conceptos de *intención* y *voluntad* -respecto de los cuales puede diferenciarse en la formulación, no indefectiblemente en la realidad fáctica-, asigna a la causa un rol jurídico concreto, directa y específicamente asociado a la eficacia⁷⁰ de todo acto jurídico, de modo que en toda declaración de voluntad del anotado talante debe haber causa y ser lícita, con el significado legalmente atribuido de motivo que induce a la celebración del acto jurídico⁷¹.

En línea de perfil semejante, los artículos 1511 y 1512 del Código Civil involucran el fenómeno del error en la causa, con repercusión en el mismo ámbito de la validez del acto correspondiente que, al menos en la primera aproximación indiscutida ante el sustento normativo allí referenciado, pueden o no viciar el consentimiento según reglas consagradas en los preceptos legales citados, con la consecuencia de generar, en caso afirmativo, la nulidad relativa de dicho acto.

Indirectamente, en cuanto existe conexión conceptual con la voluntad y la intención, la causa puede tener incidencia en el terreno de la interpretación del contrato, conforme a la principalísima directriz consagrada en el 1618 del Código Civil, la misma que, como es sabido, hace prevalecer la clara intención de los contratantes -la *común intención*, para mayor precisión-, por encima de lo literal de las palabras.

Y, conforme ya se señaló, no puede negarse tajantemente que la causa, no obstante no tener registro normativo para fungir en forma directa como motivo de revisión contractual por la ocurrencia de hechos o circunstancias sobrevinientes, sí tiene virtualidad para proyectarse, indirectamente en ese sentido, en teorías o formulaciones llamadas a fungir como remedio a situaciones de afectación de equilibrio económico que se consideren dignas de protección en esa materia, en la forma y términos en que cada ordenamiento legal opte por definir la regulación del tema, lo que admite desarrollos, referenciando el panorama propio del derecho

⁶⁹ Sala Civil, Sentencia de 7 de octubre de 1938. No se desconoce, sin embargo, que en medio de la complejidad conceptual advertida, también se encuentran pronunciamientos con perfil no del todo coincidente (en Sentencia de 14 de julio de 1953, la Corte acoge una visión dual de la noción de la causa, que remite a los móviles determinantes para calificar su licitud, pero lo hace a las prestaciones recíprocas para calificar su existencia).

⁷⁰ En el sentido más comprensivo de la expresión, que comprende hipótesis como la inexistencia, la nulidad y la ineficacia de pleno derecho, para citar las modalidades más relevantes.

⁷¹ En esa línea, el inciso final del mismo artículo 1524 C.C. prevé que “(...) *la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o un hecho inmoral, tiene una causa ilícita*”.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



nacional, sea por la vía de la consagración de mecanismos específicamente diseñados con esa finalidad y propósito, como la llamada teoría de la imprevisión, ora a través de la aplicación de mecanismos que emerjan de conceptos jurídicos de contenido abierto y aplicación transversal, alusión que se vincula, como ya se puntualizó, a principios generales como la buena fe y la equidad, con expresiones complementarias como la justicia contractual.

Así las cosas, a diferencia de lo que puede ocurrir con los conceptos jurídicos de contenido abierto y aplicación transversal que acaban de reseñarse, a los que, según la tendencia doctrinaria y jurisprudencial antes anunciada, puede acudir para modular o ampliar el espectro de protección representado en la aplicación de la teoría de la imprevisión tal como la consagra el artículo 868 del Código de Comercio respecto del equilibrio prestacional afectado ante la ocurrencia de hechos o circunstancias sobrevinientes -acreditados, por supuesto, los requisitos exigidos en la norma para su aplicación-, la causa del contrato -la causa económica del contrato según afirma la Convocante-, al amparo de su específica regulación legal, no tiene virtualidad para, por sí misma, en forma autónoma y directa, fungir como motivo de revisión del contenido prestacional del contrato, lo que no descarta -conviene reiterar- que elementos fácticos acaecidos durante la época de la celebración del negocio jurídico de que se trate -la Renovación de 2013, en este caso-, incluso asociados a los motivos, finalidades y circunstancias tenidas en cuenta por las partes al manifestar su consentimiento, puedan ser objeto de consideración en el marco de los escenarios jurídicos concebidos por el ordenamiento para su valoración en la materia que ocupa la atención, si fueran idóneos y pertinentes de conformidad con las pautas normativas -con desarrollo doctrinario y jurisprudencial- que respecto de cada uno de ellos aplica; de hecho, la figura de la imprevisión consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio -mecanismo natural, no único ni excluyente de revisión contractual en el ordenamiento patrio- de alguna manera refleja la utilización de elementos pregonados en formulaciones como de la cláusula *rebus sic stantibus*, la de la presuposición, la de la base del negocio jurídico y la de la excesiva onerosidad sobreviniente, mencionadas por el Tribunal en párrafo precedente.

Se estima pertinente precisar, ante la invocación que en este frente se hace en el alegato de conclusión de OPP⁷², que la conclusión sentada sobre inadmisibilidad de la tesis de desfiguración de causa como fuente autónoma de revisión del contenido contractual no se altera en función del dicho de la Corte Suprema Justicia en el fallo de 7 de octubre de 1938 antes referenciado, al afirmar que “(...) *hay que aceptar que en el derecho moderno la noción jurídica de causa ha dejado de ser abstracta e inoperante para actuar más bien en forma de instrumento que impone la equivalencia en las transacciones, como expresión de la justicia*

⁷² Páginas 14 y 15 del alegato presentado por OPP.



conmutativa”, reflexión que, a juicio del Tribunal, debe entenderse en el contexto del asunto fáctico y jurídico que allí se debatía⁷³, atinente a una reclamación judicial de resolución por incumplimiento de un contrato de permuta en el que se habían pactado obligaciones específicas de cancelación de créditos y gravámenes hipotecarios asociados a los inmuebles permutados, cuya calificación de relevancia se discutía, para lo cual la Corte se refirió a la “*Teoría de la causa*”, aludiendo a “*la evolución de dos doctrinas que se han propuesto*” para explicar su noción.

Vale la pena, por último, mencionar que a juicio del Tribunal, la no virtualidad de la causa para, en sí misma, ser fuente de revisión contractual cuando sobrevienen circunstancias con perfil de afectación del equilibrio prestacional, se acompasa con la presunción de la cabal atención de las cargas de la autonomía de la voluntad -ya referenciadas a espacio en esta providencia-, que apunta a que en la expresión del consentimiento, especialmente cuando el perfil de los contratantes así permite razonablemente esperarlo, se tiene el cuidado de delimitar los riesgos que se asumen y los que se quieren evitar -con conocimiento de la parte contraria-, todo traducido en el cuidado de que ello -lo uno y lo otro- se refleje en el clausulado negocial. El comportamiento de esta variable será considerado con ocasión del examen del elenco de eventos invocados por OPP como circunstancias sobrevinientes que, según su dicho, alteran significativamente el equilibrio prestacional del Negocio Jurídico sobre el que versa la controversia.

En consecuencia, carece de vocación de prosperidad la “*TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL*” de la demanda principal reformada de OPP, eje central del grupo de “*3.1 Pretensiones principales*” de dicha demanda; la falta de vocación de prosperidad se hace extensiva a la “*SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL*”, por la conexidad temática con la que acaba de reseñarse, sin perjuicio de advertir, además, que la premisa de “*circunstancias extraordinarias*” ínsita en esta solicitud, como se verá no tiene respaldo material, y lógicamente se extiende a todas las pretensiones consecuenciales -principales y subsidiarias- de la aludida tercera principal.

Deberá ocuparse el Tribunal, según corresponda, del estudio de las pretensiones incoadas en función de los escenarios jurídicos propuestos en los ámbitos de la teoría de la imprevisión y la responsabilidad civil contractual por incumplimiento.

4.2. La aplicación de la teoría de la imprevisión como fuente de revisión de las prestaciones del contrato.

⁷³ Otro tanto debe hacerse con otro pronunciamiento de la misma época, de talante relativamente similar, aunque con contexto fáctico a su vez distinto, contenido en la Sentencia de 5 de julio de 1935.



4.2.1. Posición de las partes.

OPP.

En el primer tramo del “3.2 Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias” de su demanda reformada OPP, tras solicitar, de nuevo, la declaración de existencia del Negocio Jurídico plasmado en la Renovación de 2013, (primera pretensión subsidiaria), pide a renglón seguido, “*Que se DECLARE que han ocurrido circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, con posterioridad a la celebración del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado “RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172”*, y que han afectado las prestaciones de futuro cumplimiento de dicho negocio jurídico, de un modo tal que lo hacen excesivamente oneroso su cumplimiento para OPP GRANELES S.A.” (segunda pretensión subsidiaria).

A partir de tal premisa, formula a continuación siete pretensiones consecuenciales, la primera de ellas orientada a “*Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Segunda Pretensión Subsidiaria, se REVISE el contenido del negocio jurídico de naturaleza contractual*” a que se ha hecho referencia, “*a fin de restablecer el equilibrio económico perdido*” (primera pretensión consecencial de la segunda pretensión subsidiaria), marco dentro del cual reclama, en las pretensiones consecuenciales siguientes (segunda a sexta -sic-, respectivamente), “*Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Tercera Pretensión Principal, se ORDENE, a título de revisión contractual, que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A., de aplicación, respecto de la relación contractual existente entre SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. y OPP GRANELES S.A., a los incentivos a la eficiencia previstos en las Tarifas por Uso de Instalaciones al operador portuario Marítimo – UIOPM vigentes antes de la modificación que entró en vigor el 17 de febrero de 2020*” (segunda pretensión consecencial de la segunda pretensión subsidiaria, junto con su subsidiaria que propende por la reducción del valor del arrendamiento por metro cuadrado); “*Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Tercera Pretensión Principal, se ORDENE, a título de revisión contractual, que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A., pague a OPP GRANELES S.A., dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que así lo resuelva el Tribunal Arbitral, la suma de DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS DIEZ PESOS (\$2.890.973.210), correspondiente a los sobrecostos asumidos por OPP GRANELES S.A. producto del cambio tarifario*” (tercera pretensión

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



consecuencial de la segunda pretensión subsidiaria); “*Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Tercera Pretensión Principal, se ORDENE, a título de revisión contractual, que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A., deje sin efecto, respecto de la relación contractual existente entre SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. y OPP GRANELES S.A., la Facturación por concepto de Uso de Instalaciones al Operador Portuario Terrestre – UIOPT*” (cuarta pretensión consecuencial de la segunda pretensión subsidiaria); “*Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Tercera Pretensión Principal, se ORDENE, a título de revisión contractual, que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A., se abstenga de exigir a los usuarios de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. y OPP GRANELES S.A., el doble pesaje a los que se refieren los hechos de esta demanda*” (quinta pretensión consecuencial de la segunda pretensión subsidiaria); “*Que, como consecuencia de la Prosperidad de la Tercera Pretensión Principal, se EXONERE, a título de revisión contractual, a OPP GRANELES S.A. de realizar las inversiones mínimas pactadas en la Cláusula CUARTA del documento denominado “RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172”* (sexta pretensión consecuencial de la tercera pretensión principal); y “*Que se ORDENE cualquier otra restitución que el Tribunal Arbitral estime procedente para recomponer la causa económica del negocio jurídico.* (sexta -sic- pretensión consecuencial de la segunda pretensión subsidiaria).

Como recién se mencionó en el acápite anterior, en el espacio reservado a los hechos de la demanda OPP se pronuncia “*G. Sobre los hechos sobrevinientes que alteraron de forma grave las prestaciones contractuales a cargo de OPP GRANELES*”, destacando como tales los relativos a la modificación unilateral de las tarifas por parte de SPRBUN desconociendo las condiciones contractuales, en detrimento de OPP y que hacen excesivamente oneroso su cumplimiento (se refiere a los efectos del nuevo esquema tarifario (2.81. y 2.82.); a la implementación de nuevas tarifas que tienen efectos en la ejecución de los aludidos Contratos, contexto en el que menciona “*La Tarifa por el Uso de Instalaciones al Operador Portuario Terrestre*” y “*La exigencia del Doble Pesaje*” (2.83.); a la implementación de nuevas medidas operativas por la SPRBUN, que también tienen efectos en la ejecución de los mismos Contratos, incluida, como siempre, la Renovación Contractual de 2013 (2.84.); y a la “*prestación y servicios propios de un operador portuario en el mercado de carga de granel por parte de SPRBUN*” (2.85.). Ha indicado el Tribunal que cada una de las circunstancias así descritas será considerada con ocasión del estudio que debe acometerse de cada una de ellas.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



Al decir de OPP, ya en punto de concluir sobre el fundamento de su reclamación en el tópic que se analiza, que aplica también para el escenario jurídico de la teoría de la imprevisión que ahora se examina, *“Con base en los antecedentes fácticos incluidos, es evidente que han ocurrido circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, con posterioridad a la fecha de celebración del Contrato de Arrendamiento y de Uso de Infraestructura, incluida su Renovación Contractual, que alteran de manera sustancial, la ecuación económica del negocio jurídico para OPP GRANELES y que desdibujan la causa del negocio jurídico”,* de manera que *“El impacto de dichas circunstancias sobre el equilibrio económico del Contrato de Arrendamiento, incluida su Renovación, impone una excesiva onerosidad que amerita su revisión”* (2.87.).

En su alegato de conclusión, OPP incluye una referencia conceptual, con información normativa, doctrinaria y jurisprudencial, sobre la teoría de la imprevisión en el derecho colombiano (páginas 18 a 26), para mencionar luego que, en *“El caso concreto”,* ocurrieron *“Cinco (...) eventos sobrevinientes que, de forma extraordinaria, afectaron fatalmente la Renovación contractual (...)”,* y que *“Ese conjunto de circunstancias (que no son solo una, sino todas unidas) representan un cambio drástico, acontecido siete años después de la Renovación Contractual (...)”* (páginas 26 y 27; la negrilla y la subraya son del texto).

Según el planteamiento de OPP, como subsidiaria a la formulación de revisión contractual por la vía de la desfiguración de la causa *“debe aplicar el Tribunal la teoría de la imprevisión”,* pues considera que está probado: *“(i) Que la Renovación Contractual no es de ejecución instantánea (...); “(ii) Que la Renovación Contractual, no es, ni puede ser considerada en ninguna circunstancia, como un contrato aleatorio pues no estaba sujeto a una contingencia incierta de ganancia o pérdida sobre una de las partes (...); “(iii) Que, como resultado de los múltiples cambios introducidos por la SPRBUN en la ejecución contractual, OPP enfrenta un desequilibrio en las prestaciones a su cargo derivada de la Renovación Contractual, circunstancias todas que fueron imprevisibles (...); “(iv) De acuerdo con los cálculos financieros del negocio la variación en la ecuación financiera del Contrato es grave, pues, la proyección de ingresos actual de OPP a 2034 se encuentra en un déficit. Por lo tanto, es excesivamente desproporcionado para OPP, asumir exactamente la misma carga obligacional en bajo su responsabilidad, cuando todos los incentivos sobre los que asumió esa carga obligacional han desaparecido”; “(v) Es claro que la solicitud de modificación del sistema tarifario ante la Superintendencia de Transporte y todo el procedimiento administrativo posterior que conllevaron los cambios en las tarifas, acaecieron después de la firma de la Renovación Contractual”; “(vi) Las Partes no incluyeron una distribución de los riesgos derivados de una situación asociada a los cinco eventos sobrevinientes que tuvieron lugar, y menos aún reguló qué ocurría con las obligaciones que implican*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



inversiones para OPP, y que únicamente tienen sentido si hacen parte de un esquema de rendimientos e incentivos a la eficiencia que permita su amortización”; “(vii) OPP no ha causado, permitido, tolerado o agravado de forma alguna que la SPRBUN cambiara de forma abrupta su régimen tarifario (...); “(viii) OPP se ve enfrentado actualmente ante un desequilibrio económico de la ecuación contractual. Lo cual, es evidente de manera principal en las tarifas que la SPRBUN le cobra actualmente a OPP y en las altas inversiones futuras y pasadas pendientes por amortizar, pero además en las obligaciones que sigue continuamente ejecutando como operador portuario en la SPRBUN”. (páginas 109 y 110).

Al decir de OPP, *“Habida cuenta de la existencia de los elementos que habilitan la aplicación de la teoría de la imprevisión, solicitamos al Honorable Tribunal, la revisión de la Renovación Contractual, de manera que, bajo un examen de las circunstancias al momento de la firma, y de las circunstancias actuales, se revise el Contrato para retornar a la situación de equilibrio primigeniamente concebida en el mismo”.* (página 110).

SPRBUN.

Se ha señalado ya que en la contestación de la demanda principal reformada SPRBUN anuncia, desde el aparte que titula *“2. INTRODUCCIÓN AL CASO”*, su oposición a las pretensiones de OPP, lo que reitera en el acápite *“4. OPOSICIÓN A LAS PRETENSIONES PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS”*, defensa que desarrolla, en el tema específico que ahora ocupa la atención, con la excepción de mérito que rotula *“5.3 No es procedente la revisión del Contrato en cuanto la teoría de la imprevisión no es aplicable”*, enunciado a partir del cual sostiene que *“el cambio del esquema tarifario no es extraordinario, ni imprevisible ni afecta de manera el Contrato que lo haga excesivamente oneroso”*.

Al pronunciarse sobre los hechos de la demanda principal reformada SPRBUN, en su contestación, en relación con lo dicho *“G. Sobre los hechos sobrevinientes que alteraron de forma grave las prestaciones contractuales a cargo de OPP GRANELES”*, en lo principal -recuérdese- aborda y replica cada uno de los enunciados de la Convocante en esa materia (numerales 2.81. a 2.85.), defensa que también considerará el Tribunal cuando se ocupe del estudio material de cada uno de ellos. Ya se destacó que la SPRBUN confronta las conclusiones que en el terreno de lo fáctico propone OPP en los numerales 2.86. y 2.87. señalando en ambos casos, con remisión a lo contestado en los numerales que los preceden, que *“No es un hecho, sino una apreciación equivocada de la convocante”*.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co





En el alegato de conclusión la SPRBUN, en punto a la caracterización conceptual de la figura, señala que *“jurídicamente se reconoce que son 10 los elementos de la teoría de la imprevisión, algunos expresamente dispuestos por el artículo 868 del Código de Comercio, otros producto de la construcción jurisprudencial y doctrinal”* -los reseña-, para luego afirmar que *“Como se ha anticipado, en relación con el Contrato (i) no hay un desequilibrio de las prestaciones; (ii) no hay circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles; y (iii) todos los hechos que fundamentan las pretensiones, o son falsos o se encuentran dentro de la órbita del riesgo asumido por OPP”*. (páginas 120 y 121).

4.2.2. Consideraciones del Tribunal.

De la imprevisión se ha dicho que *“La figura en cuestión encuentra su origen en el principio general de que la palabra empeñada solamente debe respetarse en la medida en que subsistan las circunstancias que existían cuando ella se comprometió”*⁷⁴. Con base en este principio, en las postrimerías del Derecho Romano y con gran acogida en el derecho intermedio, se construyó la conocida cláusula *rebus sic stantibus*, de conformidad con la cual la persistencia y el consecuente cumplimiento de algunos contratos se encuentra subordinado al hecho de que subsistan las circunstancias existentes en el momento en que aquél se celebró. Esta hoy denominada *teoría de la imprevisión* se considera, entonces, como una excepción al principio de normatividad de los actos jurídicos *-pacta sunt servanda-*, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor -recuérdese-, *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

La teoría de la imprevisión ha sido objeto de prolífico estudio por parte de la doctrina y la jurisprudencia, abordada en pronunciamientos provenientes tanto del Consejo de Estado como de la Corte Suprema de Justicia, además de decisiones propias de la justicia arbitral, desde luego involucrando el referente normativo consignado en el artículo 868 del Código de Comercio.

Como es natural, en la consideración del tema se aprecian, en lo sustancial, presentaciones de fondo coincidentes en los aspectos principales de su concepción y regulación, con aproximaciones diferentes o no necesariamente iguales en lo formal -por ejemplo, en punto del señalamiento de los requisitos exigidos para su aplicación-, y no exenta de controversia en algunos aspectos del contenido que se le asigna. Dentro de ese marco, el Tribunal hará un recuento básico de los elementos conceptuales de la figura, sin pretensión distinta a su rememoración básica, y adoptando alguna presentación que sea útil para su invocación al

⁷⁴ SENECA. De beneficiis, 4, 35.



momento de examinar las distintas circunstancias sobrevinientes aducidas por la Convocante en apoyo de su aspiración de revisión contractual por la vía de la aplicación de la referida teoría de la imprevisión.

Se admite⁷⁵ que la teoría de la imprevisión fue acogida en la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia desde el año 1936⁷⁶, y encontró su definitiva consagración legal en el artículo 868 del Código de Comercio de 1971 -que la recogió a su vez del Código Civil Italiano de 1942⁷⁷-, en los términos siguientes:

“Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá esta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

Apenas lógico resulta que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se haya ocupado de nuevo del tema ya en época posterior al registro normativo en el Código de Comercio, como se aprecia en la conocida Sentencia de 21 de febrero de 2012⁷⁸, contentiva de una completa reseña de derecho comparado y de su actual tratamiento en la normatividad vigente. En la justicia arbitral también ha sido reconocida y estudiada en numerosas oportunidades⁷⁹, de modo que se estima apropiado acudir a lo que se ha dicho en esta materia.

⁷⁵ No necesariamente en forma unánime, como se indicó en comentario anterior.

⁷⁶ Sentencia del 29 de octubre de 1936, reiterada por otra del 25 de febrero de 1937 y reafirmada más tarde en pronunciamiento de 23 de mayo de 1938.

⁷⁷ Art. 1467 *Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168). La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.*

⁷⁸ Expediente 2006-00537-0.

⁷⁹ Baste con citar los Laudos Arbitrales proferidos en los casos de Dragados Hidráulicos Ltda. vs Concesionaria Tibitoc S.A. ESP (15 de julio de 2002), Casa Editorial El Tiempo S.A. vs Comisión

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



Desde la perspectiva del concepto mismo, es ilustrativo el pronunciamiento arbitral en el que, con invocación de apoyo doctrinario, se define la imprevisión como *“un instituto jurídico autónomo, aplicable como principio general de derecho, fundado en la equidad, la buena fe y la función social de los derechos subjetivos, cuyo ejercicio permite a la parte para la cual la ejecución de una obligación de futuro cumplimiento se ha convertido en excesivamente onerosa, por el acaecimiento de hechos sobrevinientes, imprevistos e imprevisibles, no imputables a quien lo alega, ni acaecidos durante su mora, solicitar la revisión judicial, buscando su terminación, resolución, suspensión o modificación”*⁸⁰.

Para aproximarse al perfil jurídico de la figura, se considera oportuno invocar el pensamiento de la doctrina⁸¹ que destaca las características que pueden atribuírsele, las que sólo se mencionan por su enunciado básico, en el entendido que a cada una de ellas corresponde un significado que, en general, se infiere de su propia formulación. En esa línea, se dice que es un mecanismo de índole contractual; es un instituto jurídico y es distinto de otros como la mala fe, el enriquecimiento injusto, el abuso del derecho y la responsabilidad civil por culpa; es un mecanismo de determinación judicial del contenido de un negocio; es un mecanismo de equidad; es un mecanismo de salvación del negocio; y es una excepción al principio general del efecto vinculante de los contratos.

Como descripción general de la imprevisión, tal como está concebida y regulada en el Estatuto Mercantil, el objetivo se cumple al traer a colación el dicho de la Corte Suprema de Justicia, plasmado en providencia ya citada por el Tribunal:

“2. A la revisión del contrato mercantil refiere el artículo 868 del Código de Comercio, sin definirla. El aspecto para caracterizarla atañe a sus condiciones, requisitos o presupuestos y consecuencias normativas.

En torno a sus exigencias, delantadamente requiérese la existencia y validez del contrato. La inexistencia y la invalidez excluyen la teoría

Nacional de Televisión (19 de agosto 2003), Empresa de Energía de Boyacá S.A. ESP vs Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P (21 de octubre de 2004), Petrotesting Colombia S.A. vs Transportadora de Gas del Interior TGI S.A E.S.P. (13 de mayo de 2008), Unión Temporal Aeropuerto El Dorado Saglas Obras y Servicios S.A. y Constructora LHS S.A.S. vs Compañía de Desarrollo Aeropuerto El Dorado S.A. Codad S.A. (15 de diciembre de 2015), Sociedad de Objeto Único Concesionaria Este Es Mi Bus S.A.S. vs Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A. (6 de julio de 2018).

⁸⁰ Laudo Arbitral de 21 de octubre de 2004, caso Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. vs Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., página 77.

⁸¹ BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio. De los Negocios Jurídicos en el Derecho en el Derecho Privado Colombiano. Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá, 2013 Volumen 2, Páginas 213-217.



de la imprevisión y la revisión contractual por desequilibrio prestacional en tal virtud, sin perjuicio de los ajustes pertinentes en las prestaciones consecuenciales por nulidad [...]. La imprevisión tiende a revisar el contrato para mantener el equilibrio económico de las prestaciones, previene, evita o corrige las consecuencias de la prestación excesivamente onerosa para una de las partes, con los reajustes, adecuación, adaptación o reforma equitativa, y de no ser posible con su terminación. Por esto, sus causas, requisitos y efectos, son diferentes a los de la ilicitud del negocio, y por regla general, carece de efectos indemnizatorios, pues su finalidad no es resarcitoria, ni se origina en el incumplimiento.

El artículo 868 del Código de Comercio, dispone la regla para contratos de ejecución sucesiva, escalonada, periódica o diferida, cuyas prestaciones se proyectan en espacio temporal distante a su celebración, y pueden afectarse por circunstancias sobrevenidas, previas a su cumplimiento futuro y terminación. Exceptúa los contratos aleatorios y los de ejecución instantánea [...].

Dentro de los requisitos, está la sobreviniencia de las circunstancias determinantes de la asimetría prestacional. Han de acontecer después de la celebración, durante la ejecución y antes de la terminación del contrato. La sobreviniencia de las circunstancias es inmanente al cambio o mutación del equilibrio prestacional en la imprevisión. Las causas preexistentes, aún ignoradas al celebrarse el contrato y conocidas después por la parte afectada, no obstante otra percepción [...], envuelven desequilibrio congénito, y escapan a la revisión ex artículo 868 del Código de Comercio, a cuyo tenor se autoriza cuando son 'posteriores a la celebración de un contrato'.

[...].

Por consiguiente, ejecutado, terminado o concluido el contrato y extinguida por su cumplimiento la prestación, nada hay por revisar para reajustar, restablecer o terminar. Por esta inteligencia, a más de la imposibilidad lógica y práctica de revisar para corregir o terminar lo que no ya existe, los efectos cumplidos, producidos o consumados en situación de 'excesiva onerosidad', no admiten reclamación ni reparación por esta vía (Cas. Civ. Sentencias de 29 de octubre de 1936, XLIV, p. 437 ss.; 23 de mayo de 1938, XLVI, p. 544; 23 de junio de 2000, Exp. 5475), tanto cuanto más que ello equivale a volver sobre lo extinguido con quebranto de la certeza y seguridad del tráfico jurídico.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



Las circunstancias sobrevenidas al contrato, a más de extraordinarias, han de ser imprevistas e imprevisibles, y extrañas a la parte afectada. (...)

(...)

Es indispensable un desequilibrio prestacional 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”⁸².

Es usual incluir en cualquier reseña conceptual de la teoría de la imprevisión, la mención de los requisitos que deben concurrir para su efectiva configuración y aplicación, respecto de lo cual, siguiendo alguna de las múltiples metodologías que se emplean para el efecto, el Tribunal pone de presente las siguientes:

- Desde el punto de vista de los tipos de contratos en que es susceptible de aplicación, está dicho que la institución de la imprevisión no resulta aplicable a los contratos de ejecución instantánea ni en los contratos aleatorios⁸³, en los primeros porque ellos agotan sus efectos -o están llamados a agotarlos- en el momento mismo en el que se celebra, de modo que pretender afectar su ecuación contractual por circunstancias posteriores que los llegaren a tornar desfavorables para una de las partes pondría en grave riesgo la seguridad jurídica y el principio “*pacta sunt servanda*”⁸⁴, y en los segundos, porque en

⁸² Sala Civil, Sentencia de 21 de febrero de 2012, Exp. 11001-3103-040-2006-00537-01.

⁸³ Laudo de 3 de agosto de 2017, caso Isagén S.A. E.S.P. y Empresas Públicas de Medellín E.S.P. vs Transportadora de Gas Internacional S.A. “*A términos de la precitada norma legal (Artículo 868, Código de Comercio), para que tenga lugar su aplicación es preciso acreditar los requisitos concurrentes allí establecidos, a saber: (i) que el contrato sea de ejecución sucesiva, periódica o diferida, pues la imprevisión no se aplica a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea*”.

⁸⁴ Laudo de 15 de julio de 2002, caso Dragados Hidráulicos Ltda. vs Concesionario Tibitoc S.A. E.S.P. “*Resulta muy clara la exigencia legal. Para que sea posible emplear con éxito la herramienta de revisión contractual por causa de imprevisión, es necesario que el contrato requiera un lapso entre el momento de perfeccionamiento del mismo y el de su ejecución, para que tenga sentido hablar de ‘circunstancias posteriores’ que alteren la prestación de ‘futuro cumplimiento’.* En otras palabras, si las partes celebran un contrato de ejecución instantánea y no difieren su ejecución, vale decir, lo celebran de tal manera que sus obligaciones nacen puras

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



ellos el álea, vale decir, una contingencia incierta de ganancia o pérdida, forma parte de la esencia misma de los negocios y como tal la aceptan desde el principio los contratantes ⁸⁵. Debe tratarse, tal como lo señala el artículo 868 del Código de Comercio, de contratos “*de ejecución sucesiva, periódica o diferida*”.

- Desde el punto de vista de las circunstancias generadoras de la afectación del equilibrio económico que justifica la aplicación de la figura, es sabido que (i) deben ser posteriores a la celebración del contrato, (ii) deben ser extraordinarias, (iii) deben ser imprevistas o imprevisibles y (iv) no deben ser atribuibles a ninguna de las partes.

De lo primero -circunstancias posteriores a la celebración del contrato- se ha dicho que “*La sobreviniencia de las circunstancias es inmanente al cambio o mutación del equilibrio prestacional en la imprevisión. Las causas preexistentes, aún ignoradas al celebrarse el contrato y conocidas después por la parte afectada, no obstante otra percepción [...], envuelven desequilibrio congénito, y escapan a la revisión ex artículo 868 del Código de Comercio, a cuyo tenor se autoriza cuando son ‘posteriores a la celebración de un contrato’*”⁸⁶. Es que, si son anteriores a su celebración, un sujeto prudente y diligente -máxime si es conocedor del contexto negocial- debería haberlas conocido y tomado medidas para prevenir sus consecuencias.

A lo segundo -extraordinarias-, de la mano con el sentido gramatical de la expresión⁸⁷, se ha referido la justicia arbitral en los siguientes términos:

“1. Ha de tratarse de acontecimientos extraordinarios

y simples, es de suponer que las partes tienen que dar cumplimiento inmediato al acuerdo contractual, de tal suerte que las circunstancias sobrevinientes no afectarían las bases del negocio puesto que este estaría ya cumplido. En cambio, si a pesar de tener el contrato efectos puros y simples no se da cumplimiento a las obligaciones de él emanadas, se estará en presencia de incumplimiento del contrato, por lo que, si sobrevienen circunstancias imprevistas o imprevisibles con posterioridad al momento en que las partes han debido cumplir, el ordenamiento no puede ni debe proteger a quien ha asumido conducta antijurídica (...)”.

⁸⁵ Laudo de 15 de julio de 2002, caso Dragados Hidráulicos Ltda. vs Concesionario Tibitoc S.A. E.S.P. del 15 de julio de 2002. “*El concepto mismo de contrato aleatorio repugna con la viabilidad de la imprevisión, por cuanto, por definición, en él existe ab initio, total incertidumbre respecto de la equivalencia de las prestaciones, la cual pende, inexcusablemente, de una contingencia incierta. El último inciso del artículo 868 del Código de Comercio explícitamente sustrae de la teoría de la imprevisión a los contratos aleatorios*”.

⁸⁶ Sala Civil, Sentencia de 21 de febrero de 2012, Exp. 11001-3103-040-2006-00537-01.

⁸⁷ Según el Diccionario de la Real Academia Española “*extraordinario*” significa “*fuera del orden o regla natural o común*”.



Al respecto se señala que el hecho ‘extraordinario’, por oposición al ‘ordinario’, es lo que no ocurre normalmente, toda vez que ‘se aparta del curso normal y ordinario de las cosas (C.C., art. 901)’, pero aclarándose que ‘este criterio causalista no tiene en cuenta que lo ordinario y lo extraordinario no se fija en relación a los acontecimientos naturales, sino a los que las partes consideran como tal, lo cual es fundamental en un contrato’.

Ha de utilizarse, entonces, un criterio para definir cuando un suceso es anormal, criterio que ha de contener dos elementos: el primero relativo al origen del evento, pues ha de tratarse de una causa extraña, esto es, ajena a la conducta de las partes; el segundo consistente en la imprevisibilidad de la ocurrencia”⁸⁸ (la negrilla es del texto original).

En relación con lo tercero -imprevistas o imprevisibles-, también proveniente de la justicia arbitral cabe resaltar la descripción según la cual:

“Respecto del acaecimiento de circunstancias imprevistas, debe examinar si las partes contratantes dejaron de estimar la posible realización de un determinado evento que no podía haber sido previsto por ellas empleando mediana diligencia o destreza o si, por el contrario, se trata de un hecho que por su especial conocimiento del negocio, necesariamente debían haberlo tenido en cuenta al contratar.

Esto es así en razón a que las circunstancias que son relevantes para la procedencia de la teoría de la imprevisión no son, simplemente, las que las partes, de hecho, dejaron de estimar al celebrar el contrato, sino aquellas que no podían haber previsto a pesar de su condición particular o de sus especiales conocimientos. De lo contrario, si dejaron de prever lo que podían o debían haber previsto eso constituye una falta de la diligencia que les era exigible, lo cual impide la aplicación de la teoría de la imprevisión y de sus efectos.

Y en cuanto a las circunstancias imprevisibles, el Tribunal debe analizar si se presentaron hechos que hubieran excedido del álea normal del contrato, esto es del riesgo inherente al negocio que celebraron, y verificar de manera objetiva su ocurrencia, es decir sin

⁸⁸ Laudo de 19 de agosto de 2003, caso Casa Editorial El Tiempo S.A. vs Comisión Nacional de Televisión.



consideración a si fue o no previsto por la parte afectada y si se debió o no a negligencia suya”⁸⁹.

Y respecto de lo cuarto -no deben ser atribuibles a ninguna de las partes⁹⁰-, un par de reflexiones también de origen arbitral, la segunda de ellas mediante invocación directa del pensamiento del Consejo de Estado en ese tópico puntual, ilustran sobre el sentido y alcance esta exigencia:

“Por definición, las circunstancias imprevistas o imprevisibles que se presenten con posterioridad a la celebración del contrato, y que sean las determinantes de la excesiva onerosidad, deben ser del todo ajenas a las partes, esto es, que escapen de su manejo o control. Dicho en otros términos, para que la figura produzca los efectos que está llamada a producir, y que se indicarán más adelante, se requiere que los hechos que la generan no sean imputables a ninguna de las partes. En tales eventualidades, serán las reglas de responsabilidad civil las llamadas a resolver la cuestión”⁹¹.

[...]

“En relación con la teoría de la imprevisión ha dicho el Consejo de Estado⁹²:

(...)

3.6. Así son varios los elementos que dan lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión, tal como se pasa a ver:

(...)

“3.11. Que los hechos o circunstancias sean exógenos, es decir que sean ajenos a la voluntad de las partes y no hayan sido producto de su actividad, negligencia, descuido o temeridad”⁹³.

⁸⁹ Laudo de 13 de mayo de 2008, caso Petrotesting Colombia S.A. vs Transportadora de Gas del Interior TGI S.A E.S.P.

⁹⁰ En ocasiones se opta por mencionar que el hecho o circunstancia debe ser por completo ajeno a la órbita de actuaciones y responsabilidades de la parte afectada (el deudor), sin involucrar para estos efectos la esfera del co-contratante, cuestión que ciertamente admite análisis mayor, que para los fines del asunto aquí debatido no es indispensable.

⁹¹ Laudo de 15 de julio de 2002, caso Dragados Hidráulicos Ltda vs Concesionaria Tibitoc S.A. E.S.P.

⁹² Sentencia de febrero 8 de 2017, Referencia 2013-01717/54614.

⁹³ Laudo de 6 de julio de 2018, caso Sociedad de Objeto Único Concesionaria Este Es Mi Bus S.A.S. vs Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A.



- Desde el punto de vista de la prestación o prestaciones que se dicen afectadas por las circunstancias sobrevinientes acaecidas, es habitual el pregón de que (i) deben ser de futuro cumplimiento y (ii) deben resultar excesivamente onerosas.

En cuanto a lo primero -prestación de futuro cumplimiento-, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, acudiendo una vez más al pronunciamiento antes resaltado:

“La vigencia del contrato y la pendencia de la prestación, conforman condiciones ineludibles. Menester el vigor del contrato, y que la obligación no sea exigible, haya cumplido, ejecutado o agotado. Distinto es que, para establecer la onerosidad de la prestación de futuro cumplimiento, deba valorarse completo, pleno e íntegro el contrato y en su conjunto prestacional, tanto cuanto más que, lo excesivo o el desequilibrio prestacional no deriva de una prestación aislada, sino del complejo tejido contractual, según la prudente, juiciosa o razonable ponderación por el juzgador del marco fáctico de circunstancias concreto y los elementos de convicción, atendiendo la equidad y justicia. La revisión por imprevisión, es inadmisiblesi la prestación, no obstante, la excesiva onerosidad se cumplió”⁹⁴.

O al decir de la justicia arbitral, también rememorando una decisión ya invocada y alguna otra adicional:

“Como se expresa claramente en la norma del Código de Comercio citada arriba, el reajuste o la terminación del contrato solamente opera en relación con las ‘prestaciones de futuro cumplimiento’ es decir que respecto de las obligaciones ya cumplidas no es posible predicar el reajuste por entender que el contratista asumió la excesiva onerosidad. En este punto hay diferencia radical entre el régimen de los contratos públicos y el de los contratos privados, pues los primeros admiten el restablecimiento del equilibrio contractual aún después de cumplidos, y los segundos solo en relación con las obligaciones pendientes de cumplir”⁹⁵.

[...]

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 21 de febrero de 2012, Referencia: 11001-3103-040-2006-00537-01.

⁹⁵ Laudo Arbitral de Dragados Hidráulicos Ltda. v. Concesionario Tibitoc S.A. E.S.P. del 15 de julio de 2002.



“La satisfacción de la prestación: cumplida la prestación, aun cuando resulte excesiva, se excluye la posibilidad de invocar la aplicación de la imprevisión, pues se refiere a prestaciones futuras o insatisfechas:

‘Bien se advierte del factum normativo, que la revisión versa sobre la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, esto es, no cumplida ni extinguida. La revisión por imprevisión, es inadmisiblesi la prestación, no obstante la excesiva onerosidad se cumplió, lo cual salvo protesta, reserva o acto contrario, denota aceptación, tolerancia o modificación por conducta concluyente de la parte afectada. Juzga la Sala que reclamada la revisión antes y hecho reserva expresa la parte afectada al instante de cumplir la prestación excesiva o desequilibrada, no debe soportarla y tiene derecho a obtener el reajuste, desde luego, no a través de la imprevisión, sino de las otras vías consagradas por el ordenamiento jurídico, pues lo contrario equivaldría a patrocinar una situación manifiestamente injusta, inequitativa y lesiva de la justicia contractual’”⁹⁶.

Oportuno resulta mencionar que en relación con esta arista particular que se expone, existen en la doctrina opiniones diferentes, que otorgan un entendimiento distinto a la referencia de “*prestación de futuro cumplimiento*” que incorpora en su texto el artículo 868 del Código de Comercio, las cuales bien vale la pena ponderar porque están dotadas de razonabilidad susceptible de considerarse, al momento de tomar partido sobre el particular⁹⁷.

Y en lo atinente a lo segundo -excesiva onerosidad-, puede afirmarse que se está ante la exigencia que presenta mayor complejidad conceptual, como que admite diferentes aproximaciones al momento de precisar su significado y alcance, como se advierte en las siguientes reseñas:

“Es indispensable un desequilibrio prestacional 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

⁹⁶ Laudo de 15 de diciembre de 2015, caso Unión Temporal Aeropuerto El Dorado Saglas Obras y Servicios S.A. y Constructora LHS S.A.S. vs Compañía de Desarrollo Aeropuerto El Dorado S.A. Codad S.A.

⁹⁷ Al respecto ilustra el estudio de Sergio Muñoz Laverde publicado en “Modernización de las obligaciones y los contratos”, Universidad de los Andes – Editorial Temis, Bogotá, 2015, página 25 y siguientes.

Sede Principal

Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



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. Stricto 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”⁹⁸.

[...]

“La excesiva onerosidad sobreviniente se presenta, entonces, cuando las circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, afectan de tal manera las bases del negocio que hacen que se destruya o altere significativamente la relación de equivalencia de las prestaciones. Si, por ejemplo, las cambiantes circunstancias hacen que el valor de las inversiones que el deudor debe hacer para cumplir con sus obligaciones, o si los gastos en que para ese efecto debe incurrir, se incrementan desmesuradamente, se estará en presencia de excesiva onerosidad sobreviniente.

Pero tal noción no puede equipararse a pérdida, en el sentido estricto de disminución patrimonial. Es perfectamente sostenible que la excesiva onerosidad se refleje en menores utilidades de las

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 21 de febrero de 2012, Referencia: 11001-3103-040-2006-00537-01.



esperadas, atendidas las circunstancias especiales de cada evento, examinadas a la luz de las bases del negocio respectivo.

Como quedó dicho, no existen en nuestro ordenamiento positivo parámetros objetivos con base en los cuales deba el juez establecer el notorio sacrificio económico o la desproporción contundente, es decir, para que pueda calificar lo excesivo de la onerosidad. El asunto quedará, en cada caso, a la serena ponderación y prudente juicio del fallador”⁹⁹ (la negrilla es del texto original).

[...]

“3. Ha de generarse una excesiva onerosidad de la prestación

El hecho en cuestión debe generar una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación debida, de manera tal que el mantenimiento de la obligación implique la ‘consumación de una flagrante injusticia’.

La determinación de la excesiva onerosidad es una materia sometida al arbitrio judicial.

En principio se habla de excesiva onerosidad para el deudor, de manera que no basta cualquier desequilibrio en la ecuación económica del contrato que favorezca notoriamente al acreedor sino se traduce en un grave perjuicio para el deudor.

*Para un sector de la doctrina, dentro del marco de la teoría de la imprevisión, para dilucidar si se presenta una excesiva onerosidad, no debe tomarse en cuenta solamente la situación patrimonial del afectado, toda vez que debe examinarse la correlatividad de las prestaciones derivadas del contrato; de ahí que se diga que **“lo que cuenta no es la prestación en sí misma sino en su relación de equivalencia con la prestación a cargo del otro contratante, cuyo desajuste produce una alteración fundamental de la base económica del negocio”**.*

En otras palabras, la excesiva onerosidad ha de producir la destrucción de la equivalencia de las prestaciones.

⁹⁹ Laudo de 15 de julio de 2002, caso Dragados Hidráulicos Ltda. vs Concesionaria Tibitoc S.A. E.S.P.



Por esto la doctrina explica que ‘no cabe mirar las cosas desde la óptica del afectado, sino desde el equilibrio logrado en el contrato’, de suerte que debe tenerse en mente que ‘la relación de cambio que sustenta el negocio en su génesis y que debe perdurar en la etapa de ejecución es lo que resulta afectado por el acontecimiento extraordinario e imprevisible’¹⁰⁰ (la negrilla es del texto original).

En este aspecto puntual, y quizá susceptible de extenderse a los otros requisitos que se han reseñado, tiene sentido la invitación de la jurisprudencia a que para efectos de la verificación o no de la respectiva exigencia se esté a “*la razonable, prudente o ponderada apreciación del marco de circunstancias concreto por el juzgador*”¹⁰¹.

Satisfechos los requisitos para habilitar la aplicación de la teoría de la imprevisión, está claro, por expreso designio del segundo inciso del artículo 868 del Código de Comercio, que la primera opción para el juzgador es ordenar, “*si ello es posible*”, “*los reajustes que la equidad indique*”, o “*en caso contrario*”, decretar “*la terminación del contrato*”. De nuevo, sin que la norma lo diga, se advierte que ha de prevalecer la razonable, prudente y ponderada apreciación del juez.

A la luz de todo lo que ha quedado expuesto corresponderá al Tribunal considerar y calificar, positiva o negativamente, la concurrencia de los requisitos descritos, premisa para abrir paso a la posibilidad de revisión del contenido prestacional del Negocio Jurídico al amparo de la aplicación de la figura de la imprevisión, según reclama OPP.

4.3. La responsabilidad civil contractual por incumplimiento.

4.3.1. Posición de las partes.

OPP.

Otra de las imputaciones en cabeza de la SPRBUN que formula OPP -de manera subsidiaria- tiene que ver con la atribución de responsabilidad civil por incumplimiento, advirtiendo en su escrito de alegato final, específicamente bajo el título “*IV.2.6.2. La responsabilidad contractual y el resarcimiento de perjuicios*”, que, en efecto, “*(...) si la infracción del vínculo jurídico previo, singular y concreto, da lugar a una lesión o menoscabo de un interés tutelado, no solo se compromete la responsabilidad patrimonial stricto sensu, sino que surge*

¹⁰⁰ Laudo de 19 de agosto de 2003, caso Casa Editorial El Tiempo S.A. vs Comisión Nacional de Televisión.

¹⁰¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 21 de febrero de 2012, Referencia: 11001-3103-040-2006-00537-01.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



también la obligación de reparar el daño causado, para situar a la víctima a la situación en la que se encontraría si ese incumplimiento no se hubiera producido”.

Frente a esta reclamación manifiesta que es justamente la transgresión a la buena fe contractual y a los deberes secundarios de conducta lo que originó un daño resarcible en cabeza de la Convocante “(...) consistente fundamentalmente en la frustración del interés positivo que OPP que (sic) tenía en el negocio jurídico suscrito con SPRBUN: el derecho subjetivo lícito de la sociedad que represento, consistente en obtener un rédito o rendimiento derivado de la ejecución del acuerdo, se frustró, con lo cual se menoscabó un interés tutelado por el ordenamiento, como consecuencia cierta y directa de la infracción incurrida por la Sociedad Portuaria”

Y concluye su argumentación en lo que tiene que ver con este capítulo afirmando que, en virtud del informe presentado por el perito SOLFIN, “(...) el criterio del experto es claro: producto de las diferentes conductas adoptadas en el marco de la relación entre OPP y la SPRBUN, el valor presente neto de la inversión de OPP, es decir, el rédito o rendimiento que mi representada esperaba obtener del negocio, se frustró en una suma superior a nueve millones de dólares, lo que supone un impacto muy sustancial en el interés positivo que OPP tenía en el contrato respectivo; impacto que se refleja en inversiones no amortizadas y en mayores costos en la ejecución del contrato (...)”.

SPRBUN.

En el lado opuesto, la SPRBUN fija su posición en su escrito de contestación de la demanda reformada al formular, dentro del capítulo “5. DEFENSAS Y EXCEPCIONES”, la denominada “5.7. Excepción de contrato no cumplido”, en la que llama la atención en el sentido de que la “(...) SPRBUN ha honrado a cabalidad todas sus obligaciones contractuales y no existe ningún incumplimiento que sea imputable a mi representada, debe tener en cuenta el Honorable Tribunal que OPP se encuentra vedado para solicitar la declaratoria de incumplimiento del Contrato”.

4.3.2. Consideraciones del Tribunal.

Como es lógico, en tratándose de una controversia que incluye pretensiones de responsabilidad contractual, resulta conveniente y útil perfilar el marco conceptual que habrá de servir de referencia al realizar el examen del asunto sobre el que versa este proceso, para lo cual se invocarán reflexiones extractadas del nutrido pensamiento jurisprudencial que existe en la materia, atinentes a los

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



requisitos generalmente exigidos para la configuración de la aludida modalidad de responsabilidad.

Con fundamento principal en diversas disposiciones de carácter legal¹⁰², la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha precisado los elementos axiológicos de la responsabilidad contractual, que pueden resumirse, en una de las varias presentaciones que el asunto admite, en los siguientes: (i) la existencia de un contrato válido; (ii) el incumplimiento de las obligaciones derivadas de ese contrato, generalmente imputado a título de culpa o dolo del demandado; (iii) el daño sufrido por el demandante; y (iv) la relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento imputable¹⁰³.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en señalar, aludiendo a los requisitos enunciados, que la responsabilidad civil de carácter contractual “(...) se estructura por la existencia de una relación jurídica preexistente entre las partes, es decir, cuando el menoscabo deviene de la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de una obligación pactada en un contrato existente y válido”¹⁰⁴, lo que, por vía general, exige “el incumplimiento por culpa o dolo de las obligaciones surgidas de la convención”¹⁰⁵, bajo el entendido de que “cuando se pretende judicialmente el pago de perjuicios, al actor le corresponde demostrar, salvo los casos de presunción de daño, como ocurre con la cláusula penal y el caso del numeral 2º del artículo 1617 del Código Civil, la lesión o menoscabo en su patrimonio, bien por una pérdida real y efectiva, ora de una ventaja o ganancia, ocasionado por la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de las obligaciones del deudor”¹⁰⁶.

En este orden de ideas, se estima útil poner de presente algunas sintéticas anotaciones principales sobre los requisitos reseñados, en el orden en que fueron enunciados, por supuesto enfocados a lo relevante de cara a las cuestiones debatidas en este proceso, a lo que se agregará (v) alguna mención básica de la

¹⁰² Se destacan, principalmente, los artículos 1602, 1603, 1608 y 1613 a 1616 del Código Civil, aplicables en materia mercantil en virtud de lo dispuesto en el artículo 822 del Código de Comercio,

¹⁰³ Este pensamiento jurisprudencial se encuentra reflejado, por ejemplo, en los pronunciamientos de la Sala Civil consignados en las Sentencias SC2555-2019 de julio 12 de 2019, Radicación No. 20001-31-03-005-2005-00025-01; SC1230-2018 de abril 25 de 2018, Radicación No. 08001-31-03-003-2006-00251-01; y SC7220-2015 de junio 9 de 2015, Radicación No. 11001-31-03-034-2003-00515-01.

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC-1230-2018 de abril 25 de 2018, Radicación No.08001-31-03-003-2006-00251-01.

¹⁰⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC038-2015 de febrero 2 de 2015, Radicación: 11001-31-03-019-2009-00298-01.

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 6878 de septiembre 26 de 2002.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



conocida *excepción de contrato no cumplido* y (vi) una referencia a la cuestión probatoria asociada a controversias de responsabilidad contractual.

(i) La existencia de un contrato válido.

Tiene sentido mencionar, como premisa inicial, la existencia de un contrato válido, pues es el reconocimiento legal de dicho instrumento jurídico como fuente de las obligaciones¹⁰⁷ cuyo incumplimiento se reclama, expresión del postulado de la voluntad al que se ha hecho referencia, lo que legitima la reacción del ordenamiento jurídico cuando se presenta el escenario de desatención o no cabal atención del contenido prestacional derivado del mismo.

(ii) El incumplimiento de las obligaciones derivadas de ese contrato, generalmente imputado a título de culpa o dolo del demandado.

Siguiendo esa línea argumentativa, para la configuración de responsabilidad debe hacer presencia el incumplimiento de las obligaciones derivadas del respectivo contrato, generalmente imputado a título de culpa o dolo del demandado, enunciado en el que se involucran al menos dos elementos de análisis en ese sentido separables, que conviene entonces deslindar: de un lado, se trata del incumplimiento propiamente tal, que admite diferentes formas o modalidades, en las que se comprenden la *inejecución* (total o parcial), la *ejecución defectuosa o imperfecta* y el simple *retardo*, tal como las registra el artículo 1613 del Código Civil¹⁰⁸; y del otro, aflora la necesidad de existencia del factor de atribución de responsabilidad que corresponda -de linaje subjetivo como regla general, o de perfil objetivo como regla de excepción-¹⁰⁹.

Conviene señalar, en este frente puntual, la evidente relevancia que tiene la cabal determinación del contenido prestacional que emana del contrato de que se trate, pues es el referente imperativo que debe tenerse en cuenta para efectos de contrastar los actos de la ejecución negocial que por acción o por omisión estarían llamados -según la respectiva demanda- a configurar los incumplimientos que se imputan como sustento de las consecuencias indemnizatorias pretendidas.

¹⁰⁷ Así lo menciona expresamente el artículo 1494 del Código Civil. En este proceso, como se verá, en lo principal las partes no han cuestionado lo atinente con la validez del contrato.

¹⁰⁸ “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.

¹⁰⁹ Como es sabido, el factor subjetivo apunta a la aplicación de los conceptos de dolo y culpa, como los describe el artículo 63 del Código Civil y desarrolla luego, entre otros, el artículo 1604 *ibidem*; el factor objetivo, que admite distintos grados, prescinde de la exigencia del dolo o la culpa, privilegiando, aunque no en términos absolutos, la cercanía entre conducta antijurídica (incumplimiento) y consecuencia indemnizatoria.



Sobre este aspecto, tienen pertinencia algunas reflexiones que buscan delinear las pautas y criterios que pueden tener virtualidad para incidir en la determinación comprensiva del contenido prestacional del negocio jurídico, desde luego expresados en términos generales, ya que por descontada se tiene la relevancia que normalmente tienen las particularidades del caso concreto que en cada ocasión se examina. Veamos:

- Atinado resulta afirmar, a juicio del Tribunal, que el primer componente prestacional de la relación jurídica objeto de escrutinio judicial está referido a las obligaciones propiamente tales que del vínculo contractual emanan por estar expresamente pactadas en el acuerdo celebrado por las partes -el clausulado-, en los términos y con el alcance que del consentimiento manifestado derive, expresión primordial del ya citado postulado de la autonomía de la voluntad.
- En segundo término, se admite pacíficamente que del ámbito obligacional de un contrato también forma parte todo aquello que a él se entiende incorporado conforme a su propia regulación normativa -imperativa y supletiva, según sea el caso-, lo que incluye, además de los elementos de su esencia, aquellos de su naturaleza, de conformidad con la previsión del artículo 1501 del Código Civil¹¹⁰, y aspectos como el relativo al régimen de responsabilidad aplicable, en los términos de la denominada *teoría de la prestación de las culpas*, consagrada en el artículo 1604 *ibidem*, aunados a otros elementos, como la función que cumple y/o la finalidad que persigue el acto jurídico objeto de consideración¹¹¹.

¹¹⁰ “Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

¹¹¹ Sala Civil, Sentencia SC 16496 de 16 de noviembre de 2016. Rad. 76002-31-03-002-1996-13623-01: “4. Es cierto que, como en todo contrato, en el de cuenta corriente bancaria las partes se obligan ‘no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella’ (artículo 1603 del Código Civil). A la par que los interesados se avienen a determinados compromisos doblegando o moldeando sus conductas con miras a honrar el acuerdo ajustado, admiten, simultáneamente, así sea de manera implícita, que los parámetros vertidos sean complementados con aquellas pautas que la propia ley abona a cada contrato, atendiendo su naturaleza o la función que cumplen. Es decir, existen importantes normas dispositivas que desarrollan una labor suplementaria dando integralidad a la labor de los particulares, directrices que en algunas oportunidades, inclusive, tienden a evitar que lo resuelto por ellas se erija en una afrenta al ordenamiento jurídico o al orden público o, sencillamente, comporte una disposición odiosa para uno u otro de los contratantes. En palabras de J. W. Hedemann, ‘las partes, al celebrar (el contrato) prevén solamente sobre lo que tienen más próximo, quedando mucho sin tratar y, por tanto, sin regulación inmediata. Entonces, las normas elásticas, en virtud de la denominada misión integradora o



- Adicionalmente, desde una óptica diferente, pero igualmente asociada a la misma esfera genérica de la responsabilidad contractual, la doctrina y la jurisprudencia reconocen la existencia y vigencia, en las relaciones convencionales, de los denominados *deberes secundarios de conducta*, cuyo referente principal lo constituye el principio de la buena fe del que son relevante expresión, a los que ya se refirió el Tribunal en apartado anterior de esta providencia.
- También relacionada con la tarea de determinación del contenido obligacional de cualquier acto jurídico, y de la consecuente valoración de conductas en términos de imputación de responsabilidad por incumplimiento, no puede perderse de vista la incidencia que eventualmente pueden tener datos provenientes de otras aristas fácticas, circunstanciales y aún jurídicas, que tienen que ver con tópicos como los antecedentes de la formalización del contrato¹¹² y con la existencia de referentes de ineludible consideración¹¹³.

Vistas así las cosas, y todavía en la esfera conceptual de la que en este momento se ocupa el Tribunal, puede decirse que la responsabilidad contractual como fuente de aspiraciones de mero cumplimiento y/o de resolución y/o indemnizatorias, puede provenir de la desatención o incumplimiento, total o parcial, de las obligaciones legales y/o convencionales que, con ese carácter, emanan de la relación negocial, y/o de la desatención o incumplimiento de los mencionados deberes secundarios de conducta, por supuesto que evaluando adecuadamente tal desatención o incumplimiento desde la perspectiva de su contenido material -además del nexo causal que debe acompañarlo respecto de los perjuicios reclamados, como se precisará-. Al respecto, ilustra el pensamiento proveniente de la jurisprudencia civil y la justicia arbitral:

“2.3. Al respecto debe señalarse que es conocido que el proceso interpretativo, entendido en un sentido lato, comprende las labores de interpretación, calificación e integración del contenido contractual. Es la interpretación una labor de hecho enderezada a establecer el significado efectivo o de fijación del contenido del negocio jurídico teniendo en cuenta los intereses de los contratantes; la calificación es la etapa dirigida a determinar su real naturaleza jurídica y sus efectos normativos; y la integración es aquél momento del proceso que se

supletoria del derecho positivo, cubren las lagunas dejadas por las partes’ (Tratado de derecho civil. Derecho de las obligaciones, trad. J. Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958”.

¹¹² Específicamente la denominada etapa pre-contractual, cuando tuvo contenido significativo.

¹¹³ Cuando se trata de vínculos jurídicos que de alguna manera son desarrollo o guardan relación con otras relaciones negociales, precedentes o concomitantes.



orienta a establecer el contenido contractual en toda su amplitud, partiendo de lo expresamente convenido por las partes, pero enriqueciéndolo con lo que dispone la ley imperativa o supletiva, o lo que la buena fe ha de incorporar al contrato en materia de deberes secundarios de conducta, atendiendo su carácter de regla de conducta -lealtad, corrección o probidad-”¹¹⁴.

[...]

“7. Pero no solamente esa directriz juega papel preponderante en esta clase de convenios (cuenta corriente); concurren, así mismo, provenientes del principio señalado en precedencia, lo que la doctrina y la jurisprudencia han dado en llamar ‘deberes secundarios de conducta’, es decir, algunas circunstancias provenientes de la naturaleza misma del negocio, amén del fin perseguido por los estipulantes. Entre ellos pueden citarse el de seguridad o protección, el de cooperación y, de no hacer más onerosa o complicada la satisfacción de los resultados pretendidos. Todo ello, sin duda, estará determinado por las condiciones que rodeen cada pacto, así como la injerencia del mismo en la dinámica social, económica, jurídica, cultural, etc., de la comunidad (CSJ SC Sent. Jul 11 de 2001, Exp. n° 6201)”¹¹⁵.

[...]

“Cuando no se obtienen los resultados propios del acto jurídico, por el proceder de uno de los contratantes, puede surgir el deber de indemnizar los perjuicios que le proporcione al otro. Lo mismo si se priva de las ventajas buscadas o por la afectación de los derechos derivados del contrato. Pero no necesariamente vinculados esos elementos al cumplimiento formal de las prestaciones convencionales o legales, pues el espectro jurídico de la responsabilidad es mayor, en cuanto el escenario de la relación obligatoria debe, en principio, verificarse o confrontarse en tanto cuanto el patrimonio de una de las partes se afecte por el comportamiento contractual sin apego a la buena fe o a la prudente ejecución de la otra. (...) Entonces si, además de las prestaciones principales, resultaren deberes accesorios que influyan seriamente en el resultado económico del contrato, es de rigor entrar en el análisis de las consecuencias que el proceder de los

¹¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 19 de diciembre de 2011, Rad. 11001-3103-005-2000-01474-01.

¹¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC 16496 de 16 de noviembre de 2016, Rad. 76002-31-03-002-1996-13623-01.



contratantes, en torno de esos compromisos, se generan, para precisar si en el caso particular se ha inferido daño a uno de los contratantes. Por supuesto que esos deberes accesorios, denominados por la doctrina, como ya se indicó, ‘deberes de protección’, buscan asegurar la realización efectiva de las prestaciones que constituyen el objeto de la obligación, y están destinados a asegurar que por los contratantes se observe un intachable comportamiento de tal forma que, aunque se cumpla la finalidad principal del contrato, si de su infracción por una parte resulta un menoscabo patrimonial para la otra, la institución llamada a gobernar esta situación es la de la responsabilidad civil contractual. En otros términos, en el evento de que esto ocurriera, le asiste el derecho a la parte perjudicada invocar la responsabilidad del otro para la reparación de los perjuicios causados, pero independientemente del comportamiento del contratante sino sujeto, como debe ser, a la índole misma de la actitud antijurídica y su nexo causal con el daño ocasionado”¹¹⁶.

En este mismo ámbito del escenario de calificación de cumplimiento o incumplimiento obligacional, tiene importancia el señalamiento de algunos parámetros útiles y relevantes para la tarea de valoración de las conductas inmersas en la ejecución negocial, entre los que se destacan el relativo al perfil específico de los contratantes y a la invocación del criterio de razonabilidad.

En relación con el perfil de los contratantes, sirve como ilustración la pauta apreciativa traída a colación por la jurisprudencia:

“Sobre este particular, por ejemplo, cuando una de las partes celebra el contrato esgrimiendo una cualidad o calidad específica; o una de las partes acude a la otra buscando que sus condiciones profesionales o especializadas satisfagan el fin perseguido, debe exigírsele un comportamiento adicional así el contrato esté desprovisto de esa connotación”¹¹⁷.

Y en lo que atañe al criterio de razonabilidad, se estima acertado el planteamiento doctrinario que se refiere a las “*funciones o misiones*” que se le asignan en el amplio espectro de la responsabilidad civil: “1) (...) como indicador de estándares generales de conducta. 2) (...) como fundamento y límite de concretos deberes contractuales (...). 3) (...) como orientador de las decisiones adoptadas por la autoridad competente, encaminadas a conjurar la incertidumbre jurídica, immanente a determinados institutos y figuras propias de la responsabilidad civil.

¹¹⁶ Laudo de 16 de mayo de 2006. Tribunal de Arbitramento de JAIME GILINSKI BACAL y OTROS contra BANCOLOMBIA y OTROS.

¹¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC16496 de 16 de noviembre de 2016, Rad. 76002-31-03-002-1996-13623-01.



4) (...) como criterio de las autoridades competentes, con el propósito de cualificar y cuantificar específicos daños de difícil apreciación, y 5) (...) como índice general de sensatez decisoria, y como manifestación individual del 'arbitrio judicial'"¹¹⁸.

Conviene agregar que establecido el contenido obligacional, la calificación de cumplimiento o incumplimiento, y la verificación de la presencia o no del factor subjetivo de atribución de responsabilidad -cuando corresponda-, supone la valoración de la conducta desplegada por el deudor en relación con las prestaciones adeudadas acudiendo al referente central del *hombre normalmente diligente en sus negocios*, que funge como equivalente en la esfera mercantil del *buen padre de familia* a que acude el artículo 63 del Código Civil.

En ese contexto, en lo atinente a la concurrencia del factor de atribución de responsabilidad, es sabido, conforme algo ya se adelantó, que en nuestro ordenamiento prevalece, a manera de regla general -no absoluta-, la orientación que pregona la vigencia del criterio subjetivo -involucra el dolo o la culpa del deudor-, por supuesto sin descartar, como regla de excepción, la aplicación del criterio objetivo -prescinde de considerar el dolo y la culpa del deudor como exigencia-¹¹⁹. Al respecto, con evocación de múltiples pronunciamientos precedentes, dijo la Corte Suprema de Justicia:

“2.1. La ilicitud, en materia de responsabilidad civil, implica que la conducta del sujeto contradice el ordenamiento jurídico, en la medida en que con sus acciones u omisiones se incumplen deberes jurídicos genéricos o específicos, con lo que, además, por contera, se vulneran prerrogativas o intereses legítimos de otros sujetos de derecho –los damnificados-. Por otra parte, como lo tiene señalado la Sala, en el análisis enderezado a determinar si se puede hacer una declaración de esa naturaleza, se debe establecer, adicionalmente, que la obligación indemnizatoria se puede radicar en el demandado porque existe un criterio o factor que permite imputarle a él la responsabilidad, en la generalidad de los casos en virtud de un juicio de reproche a su comportamiento, al encontrarse que actuó con culpa o con dolo, sin que se descarte que en supuestos excepcionales la atribución de la responsabilidad pueda efectuarse con base en criterios objetivos (cfr. Sent. de 16 de septiembre de 2011, exp. 2005-

¹¹⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida - JARAMILLO J., Carlos Ignacio. EL CRITERIO DE LA RAZONABILIDAD EN EL DERECHO PRIVADO, Pontificia Universidad Javeriana/Grupo Editorial Ibáñez y otros. Bogotá, 2020, Páginas 383 y 384.

¹¹⁹ Valga decir que el factor subjetivo de atribución de responsabilidad no aplica, para citar una hipótesis relevante en este proceso por cuenta de algunas de las pretensiones incoadas, en tratándose de meras obligaciones de dinero.



*00058-01; Cas. Civ. de 6 de diciembre de 2011, exp. 2003-00113-01; Cas. Civ. de 9 de marzo de 2012, exp. 2006-00308-01; Cas. Civ. de 30 de octubre de 2012, exp. 2006-00372-01 y Cas. Civ. de 21 de enero de 2013, exp. 2002-00358-01)*¹²⁰.

A esta altura del análisis, vale recordar que por expreso mandato de los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, en tratándose de contratos bilaterales -como el que ocupa la atención del Tribunal- va envuelta la condición resolutoria en caso de incumplimiento obligacional, vía para una eventual extinción del vínculo negocial bajo las modalidades de resolución y terminación, a las que ya se refirió el Tribunal, sin perder de vista que las normas en cuestión también habilitan la opción de ejercer el derecho al cumplimiento, en ambos casos con la posibilidad de reclamar la reparación de los daños causados, respecto de lo cual ha de tenerse en cuenta que por mandato del artículo 1615 del Código Civil, aplicable en materia mercantil, “*Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora (...)*”.

(iii) El daño sufrido por el demandante.

En cuanto al daño o perjuicio¹²¹, cuyo concepto básico remite a la idea del menoscabo o deterioro que se produce en el derecho de que una persona es titular¹²², es sabido que existen distintas clases o clasificaciones, originadas en criterios diversos entre sí, entre las que sobresale, bajo la óptica de la que resulta de interés para este proceso, la categoría de los usualmente rotulados como patrimoniales o materiales, de los que son expresión principal sus modalidades de *daño emergente*, entendido como “*(...) la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento*”, y de *lucro cesante*, entendido como “*(...) la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento*”, así perfilados en el artículo 1613 del Código Civil.

La caracterización del perjuicio indemnizable, por su lado, exige la demostración de la condición de ser *cierto y directo*, doble calificativo que se confronta con el

¹²⁰ Sala Civil, Sentencia de 15 de noviembre de 2013. En relación con la doble arista de la responsabilidad -subjettiva y objetiva- ilustra la Sentencia de 24 de agosto de 2009, Rad. 11001-3103-038-2001-01054-01.

¹²¹ Se utilizan como términos sinónimos, no obstante que, como es sabido, hay aproximaciones al tema en que se hace alguna distinción entre ellos.

¹²² La Corte lo describe, en sentido amplio, como “*la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio*”



daño meramente hipotético o eventual y el indirecto, por ende no resarcibles. En palabras de la Corte Constitucional, con ocasión del examen de exequibilidad del inciso primero del artículo 1616 del Código Civil:

*“5.5. Cabe resaltar que en materia contractual, la reparación del daño debe estar orientada también por el principio general según el cual la víctima tiene derecho a la reparación total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el afectado”*¹²³ (resalta el Tribunal).

Al decir de la Corte Suprema de Justicia, en planteamiento consecuente con la jurisprudencia sentada de tiempo atrás por esta Corporación:

*“7.2. (...) aun cuando en la acción de incumplimiento contractual es dable reclamar el reconocimiento de los perjuicios, en su doble connotación de daño emergente y lucro cesante, no lo es menos que para ello resulta ineludible que el perjuicio reclamado tenga como causa eficiente aquel incumplimiento, y que los mismos sean ciertos y concretos y no meramente hipotéticos o eventuales, teniendo el reclamante la carga de su demostración, como ha tenido oportunidad de indicarlo, de manera reiterada, esta Corporación, (...)”*¹²⁴ (resalta el Tribunal).

[...]

*“(...) Significa esto que el daño susceptible de reparación debe ser ‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’”*¹²⁵.

Sin perjuicio de lo que luego se dirá en punto a la cuestión probatoria asociada a esta materia de la responsabilidad contractual, es conveniente adelantar, en lo que al daño o perjuicio concierne, que corresponde a quien como acreedor reclama la indemnización, demostrar la existencia y el monto de los perjuicios que

¹²³ Corte Constitucional, Sentencia C-1008/2010.

¹²⁴ Sala Civil, Sentencia SC 170 de 15 de febrero de 2018, Rad. 11001 31 03 039 2007 00299 01. Sobre el carácter cierto del daño también se encuentran referencias en Sentencias de 24 de junio de 2008, 9 de septiembre de 2010 y 8 de agosto de 2013.

¹²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia SC16690-2016 de noviembre 17 de 2016, Rad. 11001-31-03-008-2000-00196-01.



demanda¹²⁶, regla general que tiene como excepciones relevantes, la relativa al cobro de intereses moratorios como daño producido por incumplimiento de una obligación dineraria, caso en el cual la ley -civil y comercial- presume la causación de tales intereses y señala su monto para el evento en que las partes no hayan estipulado la tasa-, y la que atañe a la figura de la cláusula penal.

(iv) La relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento imputable.

Se ha dicho, con razón, que debe darse una relación de causalidad directa y adecuada entre la conducta del demandado y los daños que reclama el accionante, exigencia cuya justificación “*no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato, señala que si no se puede imputar dolo al deudor, éste responde de los primeros cuando son ‘consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento’*”¹²⁷ (resalta el Tribunal). Desde esta perspectiva, puede afirmarse que la exigencia según la cual el perjuicio para ser indemnizable debe ser directo, se acompasa con el requisito del nexo causal que es necesario para configurar la responsabilidad contractual; en síntesis, el daño resarcible debe ser consecuencia inmediata del incumplimiento incurrido por el contratante deudor, responsable del mismo.

Ahora bien, fuera de discusión está el reconocimiento, como lo ha hecho la jurisprudencia, de que existen ciertos eventos que rompen o interrumpen el nexo causal de que se viene hablando y que, por lo tanto, al no resultar jurídicamente imputable al contratante demandado la afectación o el daño sufrido por el contratante que reclama, se erigen en factores de exoneración de la responsabilidad contractual deprecada. Se trata de diversas situaciones que son englobadas en el rótulo genérico de “causa extraña”¹²⁸, que comprende, como sus

¹²⁶ Complementariamente, y sin perjuicio de lo que adelante se amplía, advierte el Tribunal que el artículo 167 del CGP, al regular la carga de la prueba, prescribe que “*Corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”; y el artículo 283 *ibidem* consagra la regla general acerca de que en los procesos en los que se pida condena a “*frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante*”, la sentencia, salvo puntuales excepciones, debe ser “*por cantidad y valor determinados*”.

¹²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia 6878 de septiembre 26 de 2002.

¹²⁸ La expresión “causa extraña” es prohijada por la Corte Suprema de Justicia, entre muchas otras, en sentencias de casación civil de noviembre 24 de 2000 (expediente 5365), mayo 16 de 2003 (expediente 7576), abril 25 de 2018 (SC1230 de 2018), marzo 7 de 2019 (SC665-2019) y noviembre 26 de 2021 (SC5185-2021).



especies, el *caso fortuito o fuerza mayor*, el *hecho -o culpa- de un tercero* y el *hecho -o culpa- de la víctima*¹²⁹.

(v) La excepción de contrato no cumplido.

Igualmente, conviene señalar que el incumplimiento de una obligación contractual también puede tener virtualidad para habilitar la aplicación de la conocida *excepción de contrato no cumplido*, consagrada en el artículo 1609 del Código Civil, a cuyo tenor, “*En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos*”.

Desde la perspectiva de las normas superiores, ilustra el dicho de la Corte Constitucional sobre esta figura de frecuente utilización en el tráfico de los negocios jurídicos:

“5. De la excepción de contrato no cumplido -non adimpleti contractus- y su aplicación en el derecho contractual colombiano.

En los sistemas jurídicos de la actualidad ha cobrado renovada importancia la aplicación de los principios constitucionales, a la par de los principios jurídicos propios de cada materia, los cuales rara vez son cosa distinta a la concreción de los primeros con las particularidades propias que impone el campo competencial de las diferentes áreas del derecho.

Este es el caso de la excepción de contrato no cumplido o non adimpleti contractus, con la cual se hace referencia a que en los contratos bilaterales no se estará en mora de cumplir lo pactado mientras la contraparte no lo haya cumplido en la forma y el tiempo establecidos en los términos contractuales o la ley. Este principio de lógica incontestable es concretado en el art. 1609 del código civil que al respecto establece: (...).

El contenido de esta cláusula refleja los más elementales parámetros de equidad, simetría y buena fe que deben ser entendidos como elementos connaturales a las obligaciones contractuales bilaterales, prescribiendo lo que es el producto de un análisis basado en la justicia material de las relaciones contractuales: si una de las partes

¹²⁹ Se trata de una expresión no consagrada normativamente, en forma expresa, bajo tal rótulo, que incluye las tres especies reseñadas, las cuales, para algún sector de la doctrina, podrían quedar comprendidas en la noción de caso fortuito o fuerza mayor, entendida en su mayor espectro.



de una relación bilateral no está en posición de cumplir las obligaciones contractuales, cómo puede exigirle a la otra el cumplimiento de la prestación debida? (...)”¹³⁰.

Para la Corte Suprema de Justicia, con cita de jurisprudencia anterior y mención doctrinaria¹³¹:

“(…) La excepción non adimpleti contractus es, pues, un medio de defensa de buena fe que el que se halla obligado en virtud de una relación sinalagmática, sin estar él precisado a ejecutar primero el contrato, puede hacer valer para rehusar la prestación debida hasta el cumplimiento de la prestación que incumbe a la otra parte’ (Explicaciones de Derecho Civil T. XI, - Pág. 788). (Cas. Civ. de 13 de diciembre de, 1983, aún no publicada)”¹³².

Como es natural, la misma Alta Corporación se ha ocupado, con reiteración, de referenciar los requisitos que deben concurrir para la efectividad del medio defensivo de que se viene hablando. En esta línea se encuentran pronunciamientos del tenor que a continuación se reseña, advirtiendo que el segundo sirve para ilustrar sobre las “*Varias hipótesis que pueden presentarse*”:

“4.- En este orden de ideas y como ya se afirmó atrás, las obligaciones recíprocas, por voluntad de las partes, bien pueden [é]stas precisar el orden en que deben ejecutarse. En este evento, la excepción de contrato no cumplido se [abrirá] paso en la medida en que la parte excepcionante no se encuentre obligad[a] a cumplir prioritariamente con su obligación u obligaciones, de acuerdo con lo estipulado en el contrato o con la naturaleza del mismo. Precisamente, en el punto ha sostenido la jurisprudencia de la Corte que el ‘principio básico sobre el cual reposa la exceptio non adimpleti contractus, es la equidad. Por consiguiente, para que tenga cabida la excepción de inejecución, se requiere en primer lugar, que exista entre las partes una relación bilateral obligatoria; en la que la parte perseguida sea efectivamente deudora de una prestación emanada de esa relación, y al mismo tiempo acreedora de una contraprestación no efectuada aún por la otra. En segundo lugar, se requiere que el contratante a quien se demanda la ejecución, no se halle forzado por el contrato a satisfacer primero su obligación. Esta condición emana de los principios mismos en que se funda la excepción de inejecución,

¹³⁰ Sentencia T-537 de 6 de agosto de 2009.

¹³¹ Referida a Luis Claro Solar.

¹³² Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 4 de marzo de 1991.



porque una de las partes no puede prevalecerse de la regla de igualdad, si la naturaleza del contrato o un pacto expreso le impone el cumplimiento de su prestación, o si se pacta el cumplimiento de la obligación de una parte antes que el de la otra' (Cas. Civ. de 15 de diciembre de 1973; T. CXLVI I, pág. 163). Este criterio no solo lo expresa la Corte con mucha anterioridad al fallo que enantes se citó (Cas. Civ. de 17 de septiembre de 1954, T. LXXVII I, 628), sino que lo ha reiterado en decisiones posteriores (Cas. Civ. de - 18 de marzo de 1977, 8 de abril de 1985, no publicadas)''¹³³.

[...]

“PRIMERA.- El demandante cumplió sus obligaciones. Es claro que no cabe aquí la excepción de contrato no cumplido.

SEGUNDA.- El demandante no cumplió, ni se allanó a cumplir, PORQUE el demandado, que debía cumplir antes que él, no cumplió su obligación en el momento y la forma debidos, ni se allanó a hacerlo. En tal caso tampoco cabe proponer la excepción, pues de lo contrario fracasaría la acción resolutoria propuesta por quien, debido al incumplimiento previo de la otra parte, aspira legítimamente a quedar desobligado y a obtener indemnización de perjuicios.

TERCERA.- El demandante no cumplió, ni se allanó a cumplir, y el demandado, que debía cumplir después de aquel según el contrato, tampoco ha cumplido ni se allana a hacerlo, PORQUE el demandante no lo hizo previamente como debía. En esta hipótesis sí puede el demandado proponer con éxito la excepción de contrato no cumplido.

CUARTO.- Demandante y demandado tenían que cumplir simultáneamente, es decir que sus mutuas obligaciones eran exigibles en un mismo momento, 'dando y dando' ''¹³⁴ (la subraya es del texto).

(vi) La cuestión probatoria.

Por último, el Tribunal estima pertinente aludir a la arista probatoria asociada a los debates de responsabilidad contractual por incumplimiento, cuyo punto de partida remite a la previsión del artículo 164 del Código General del Proceso,

¹³³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 4 de marzo de 1991.

¹³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC1209 de 20 de abril de 2018, Rad. 11001-31-03-025-2004-00602-01. Este pronunciamiento, visto en extenso, evoca fallos anteriores, incluido uno de 29 de noviembre de 1978, que incorpora el aparte transcrito.



según el cual *“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”*, y en la que tiene relevancia la consideración relativa a la ubicación de la carga de la prueba, entendida, en palabras de la doctrina, como *“una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos”*¹³⁵.

En este tópico puntual, el artículo 167 *ibidem* -ya referenciado- consagra, en su primer inciso, la regla clásica en virtud de la cual *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, cuya aplicación, desde luego, no excluye la vigencia de la que suele identificarse como *carga dinámica de la prueba*, consagrada en el segundo inciso de la misma disposición, advirtiendo que esta última no tuvo desarrollo en este trámite por no ser pertinente su aplicación.

Adicionalmente, el también antes citado artículo 283 del CGP señala en el inciso primero: *“Condena en concreto. La condena al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante, se hará en la sentencia por cantidad y valor determinados”*, lo que se acompasa, de cara a lo debatido en el caso presente, con la consideración sustantiva según la cual quien demanda perjuicios, además de demostrar el derecho a la indemnización, tiene, a título de regla general, la carga de probar la existencia y el monto de los daños que reclama, bajo la premisa adicional ya explicitada por el Tribunal en el sentido de que debe tratarse de perjuicios ciertos y directos, vale decir, que sean consecuencia real e inmediata del incumplimiento prestacional que sirve de fundamento a la responsabilidad impenetrada -nexo causal-.

A lo anterior hay que agregar la referencia de lo que en materia específica de prueba de las obligaciones prevé el artículo 1757 del Código Civil, a cuyo tenor *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”*, contenido normativo que radica en cabeza del acreedor que reclama el derecho, la carga de demostrar la existencia de la obligación -con todos sus elementos: sujetos, objeto (prestación) y vínculo-, y en el deudor que alega ausencia de responsabilidad, la de acreditar la causal o motivo de extinción que comporta la exoneración correspondiente, directriz probatoria que ha de aplicarse en cada caso atendiendo las circunstancias particulares que lo caracterizan, pues pueden tener incidencia variables fácticas y jurídicas por ejemplo asociadas, para citar una relevante, a eventos en los que la existencia de la obligación que se alega

¹³⁵ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional Ltda., abril de 2009.



incumplida se prueba con la sola demostración de existencia del contrato que la origina, porque emana en forma directa del mismo, así como hay otros en los que el mero enunciado contractual no da cuenta en forma directa del derecho que se reclama, por ejemplo porque deriva de la aplicación, con alcance vinculante, de los ya referenciados deberes secundarios de conducta, de modo que en una y otra hipótesis la carga demostrativa puede tener alcance diferente¹³⁶.

Es bien sabido que las pruebas deben apreciarse, de conformidad con lo dispuesto en el primer inciso del ya citado artículo 176 del mismo CGP, “(...) *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*”.

5. Las situaciones sobrevinientes sobre las que versa la controversia: posición de las partes y consideraciones del Tribunal frente a cada una de ellas -y a su conjunto- de cara a las pretensiones de la demanda principal reformada. Pronunciamiento específico sobre las pretensiones de OPP.

Abordará el Tribunal el estudio de las circunstancias sobrevinientes invocadas por OPP en apoyo de su reclamación arbitral, procurando previamente sintetizar, respecto de cada una, lo planteado en el capítulo reservado a las pretensiones - que, como se constatará, tiene una estructura compleja, a la que luego se referirá integralmente el Tribunal-, lo invocado en el acápite de los hechos y, finalmente, lo recogido en su alegato final, a lo que agregará los elementos centrales de la réplica de SPRBUN, evidenciada en sus escritos de contestación de la demanda principal reformada y de alegato de conclusión.

5.1. El régimen tarifario inicial del Contrato y la modificación implementada a partir de febrero de 2020.

El estudio de los hechos o circunstancias sobrevinientes invocadas por la Convocante, que, en su parecer, alteraron de forma grave las prestaciones radicadas en cabeza de OPP, comienza con la consideración de lo que tiene que ver con la modificación del sistema tarifario aplicable en el marco del Negocio Jurídico objeto de análisis, en particular en relación con la tarifa por concepto de Uso de Instalaciones al Operador Portuario Marítimo -UIOPM-, que entró en vigencia en el mes de febrero del año 2020.

5.1.1. Posición de las partes.

¹³⁶ La sentencia de la Corte Constitucional C-086 de 24 de febrero de 2016, proferida con ocasión del examen de exequibilidad de algún aparte del mentado artículo 167 del CGP, presenta una visión panorámica acerca del *onus probandi*.



Para iniciar el estudio en lo que tiene que ver con el régimen tarifario en el marco del negocio jurídico objeto de análisis es necesario presentar, de manera general, la posición de las partes de cara a lo plantearon en las etapas procesales pertinentes, lo que sirve de insumo para el estudio que adelantará el Tribunal.

OPP.

En este orden de ideas, comienza la Convocante por advertir en los hechos de su escrito de demanda reformada que los contratos celebrados por las partes -incluida la Renovación Contractual- consagran diversas obligaciones para los contratantes dentro de las que se incluyen, como es natural, algunas en cabeza de OPP, “(...) que requieren erogaciones monetarias e inversiones de gran escala y a largo plazo, con miras a materializar uno de los principios generales de la Ley 1 de 1991, como lo es, el garantizar el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos (...)” (2.40).

De manera particular, se refiere la Convocante al tema de la modificación al régimen tarifario dentro del capítulo que ha denominado “2.81. Sobre la modificación unilateral de tarifas por parte de SPRBUN desconociendo las condiciones contractuales, en detrimento de OPP GRANELES y que hacen excesivamente oneroso su cumplimiento”, dentro del cual destaca, como primera medida, que la SPRBUN radicó en los meses de marzo y diciembre de 2019 ante la Superintendencia de Transporte “(...) Solicitud de Modificación de sus Tarifas, junto con la aprobación de descuentos de estas” (2.81.1), nuevo régimen tarifario que, según su dicho, entró en vigencia el 17 de febrero de 2020. Advierte que en dicha solicitud de modificación la SPRBUN “(...) propuso de forma subjetiva y sin mayores parámetros”, entre otras, “(i) La eliminación de los rangos de tarifas por productividad, para lo cual solicitó unificar un solo criterio de tarifa máxima, pero aplicando hasta un 40% de descuento sobre la tarifa, de acuerdo con los volúmenes movilizados y (ii) El incremento de algunas tarifas, específicamente, para el uso de instalaciones de contenedores no estándar y vehículos hasta de 19.9 M3, así como de almacenaje de contenedores” (2.81.2), y que mediante el acto administrativo No. 20196100209851, expedido por el Delegado de Puertos de la Superintendencia de Transporte, fue que finalmente “(...) se llevó a cabo la revisión y registro de las tarifas y descuentos sobre movimiento de carga” (2.81.3).

Seguidamente en los hechos, OPP presenta una tabla que contiene, en esencia, “(...) las nuevas tarifas objeto de revisión y registro para la SPRBUN (...)” (2.81.5), y advierte que sin perjuicio de las que califica como irregularidades del procedimiento adelantando por la Convocada ante la Superintendencia de Transporte -cuestión que, aclara, no hace parte de la discusión en el presente trámite-, la realidad es que la SPRBUN “(...) implementó un nuevo esquema

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



tarifario que tenía como fundamento principal la eliminación de los rangos de tarifas por eficiencia en el cargue y descargue de buques graneleros en la Terminal Marítimo de Buenaventura” (2.81.7). Y concluye frente a esta modificación del régimen tarifario que la eliminación de los incentivos a la eficiencia “(...) impactó negativamente la remuneración de OPP GRANELES derivada de la operación portuaria que realiza en las instalaciones administradas por la SPRBUN” (2.81.8) pues, en su sentir, se eliminó un sistema que se basaba en operaciones donde las tarifas se obtenían de forma objetiva y no como ocurre con el nuevo sistema tarifario donde “(...) los descuentos los define internamente la SPRBUN con los diferentes usuarios, premiando a unos y castigando otros, siendo este completamente subjetivo (...)” (2.81.9).

En el capítulo siguiente de la demanda principal reformada, se refiere OPP a los que denomina “2.82. Efectos del nuevo esquema tarifario respecto del contrato suscrito entre SPRBUN y OPP GRANELES”, y advierte en este sentido que “(...) a partir del 17 de febrero de 2020, existió un cambio unilateral y repentino del esquema tarifario por parte de la SPRBUN (...)” (2.82.3). Además de la afectación causada por la modificación alegada por OPP en torno al tema de las inversiones proyectadas a lo largo de la ejecución contractual, aduce la Convocante que “(...) las nuevas tarifas adoptadas por la SPRBUN impactan los Contratos de Arrendamiento y de Uso de Infraestructura, y la Renovación Contractual, ya que la pérdida automática de la eficiencia, la productividad y la competitividad implican una disminución cierta y necesaria en el volumen de movilización de carga a granel en el Terminal Marítimo de Buenaventura concesionado a la SPRBUN, y por ende una disminución en la operación portuaria por parte de OPP GRANELES, lo cual afecta los ingresos y utilidad que se esperaba obtener hasta la finalización de la vigencia de los Contratos de Arrendamiento y de Uso de Infraestructura, y la Renovación Contractual, en un monto de COP \$21.765.973.824” (2.82.7).

Con base en las anteriores consideraciones, OPP formula a continuación algunas pretensiones específicas en relación con las peticiones elevadas al Tribunal como resultado de la modificación unilateral del cambio tarifario, las cuales, en esencia, buscan el restablecimiento por los sobrecostos asumidos por OPP, como consecuencia del cambio de tarifas. Así, solicita la Convocante en la “**SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL**” que se declare que “(...) han ocurrido circunstancias extraordinarias con posterioridad a la celebración del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘**RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172**’”.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





Continúa con la “*TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL*”, en la que solicita la declaratoria del Tribunal en el sentido de que las circunstancias extraordinarias a las que hace referencia, ocurridas con posterioridad a la celebración del Contrato, “(...) han desfigurado la causa económica subyacente al negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘*RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172*’”. Como efecto de dicha pretensión reclama en la “*Primera Pretensión Consecuencial de la Tercera Pretensión Principal*” que “(...) se *REVISE* el contenido del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘*RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172*’, a fin de recomponer la causa económica que se ha desfigurado”. En la “*Segunda Pretensión Consecuencial de la Tercera Pretensión Principal*”, formulada a continuación, pretende OPP que se ordene, a título de revisión contractual, que la SPRBUN “(...) de aplicación, respecto de la relación contractual existente entre *SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. y OPP GRANELES S.A., a los incentivos a la eficiencia previstos en las Tarifas por Uso de Instalaciones al operador portuario “UIO”, ahora UIOPM vigentes antes de la modificación que entró en vigor el 17 de febrero de 2020*”. Por último, solicita en la “*Tercera Pretensión Consecuencial de la Tercera Pretensión Principal*” que se ordene, a título de revisión del contrato, que la SPRBUN le pague la suma de “(...) *DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS DIEZ PESOS (\$2.890.973.210), correspondiente a los sobrecostos asumidos por OPP GRANELES S.A. producto del cambio tarifario*”.

Posteriormente, en la “*CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL*” OPP solicita, esencialmente, la declaración del Tribunal en el sentido que la SPRBUN “(...) *incumplió las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual (incluyendo, pero sin limitarse a los deberes de lealtad, fidelidad, cooperación, coherencia y fidelidad) (...)*” y como pretensiones consecuenciales formula en la “*Primera Pretensión Consecuencial a la Cuarta Pretensión Principal*” que se declare, a su vez, que la SPRBUN “(...) *es civilmente responsable por los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172”. Y, a continuación, en la *“Segunda Pretensión Consecuencial de la Cuarta Pretensión Principal”* solicita la condena de la Convocada a la reparación integral de los perjuicios sufridos por OPP *“(…) como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual (…)”*, entre otros, *“Por concepto de sobre costos derivados de la aplicación de un tarifario que desconoce las eficiencias, la suma de VEINTIÚN MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$21.765.972.824)”*.

De igual forma, hace lo propio dentro del denominado *“Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias”*, en el que como primera medida solicita, en la *“SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA”*, la declaración de que *“(…) han ocurrido circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, con posterioridad a la celebración del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’, y que han afectado las prestaciones de futuro cumplimiento de dicho negocio jurídico, de un modo tal que lo hacen excesivamente oneroso su cumplimiento para OPP GRANELES S.A.”*. Y, con contenido semejante a lo dispuesto en el grupo de pretensiones principales, incluye dentro de la *“Primera Pretensión Consecuencial de la Segunda Pretensión Subsidiaria”* que *“(…) se REVISE el contenido del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’, a fin de restablecer el equilibrio económico perdido”*. Seguidamente, dentro de la *“Segunda Pretensión Consecuencial de la Segunda Pretensión Subsidiaria”* solicita que se ordene, a título de revisión contractual, que la SPRBUN *“(…) de aplicación, respecto de la relación contractual existente entre SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. y OPP GRANELES S.A., a los incentivos a la eficiencia previstos en las Tarifas por Uso de Instalaciones al operador portuario Marítimo – UIOPM vigentes antes de la modificación que entró en vigor el 17 de febrero de 2020”*. Así las cosas, al final solicita dentro de la *“Tercera Pretensión Consecuencial de la Segunda Pretensión Subsidiaria”* que se ordene, a título de revisión del contrato, que la SPRBUN le pague la suma de *“(…) DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS DIEZ PESOS (\$2.890.973.210), correspondiente a los sobre costos asumidos por OPP GRANELES S.A. producto del cambio tarifario”*.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



Seguidamente, en la “*TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*” propone OPP la declaración del Tribunal relativa a que la SPRBUN “(...) *incumplió las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual (...)*”. Como primera pretensión consecucional de la anterior subsidiaria, bajo el título de “*Primera Pretensión Consecucional de la Tercera Pretensión Subsidiaria*” solicita al Tribunal que declare que la SPRBUN “(...) *es civilmente responsable por los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual (...)* que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘*RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172*’”. Y, nuevamente, como otra consecuencia adicional propone en la “*Segunda Pretensión Consecucional de la Tercera Pretensión Subsidiaria*” que se condene de la Convocada a la reparación integral de los perjuicios sufridos por la Convocante “(...) *como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual (...)*”, entre otros, “*Por concepto de sobrecostos derivados de la aplicación de un tarifario que desconoce las eficiencias, la suma de VEINTIÚN MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$21. 765.972.824)*”.

Entre tanto, el último grupo de pretensiones formulado por la Convocante está referido directamente a lograr la declaración de incumplimiento contractual en cabeza de la SPRBUN, repitiendo lo ya impetrado en los dos grupos de pretensiones que acaban de referenciarse. Así, la “*SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*”, incluida dentro del “*Segundo Bloque de Pretensiones Subsidiarias*”, está encaminada a la declaratoria de que la SPRBUN “(...) *incumplió las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual (...)*”, situación que acarrea, en su sentir, el correlativo efecto incluido dentro de la “*Primera Pretensión Consecucional de la Segunda Pretensión Subsidiaria*” en torno a declarar que la SPRBUN “(...) *es civilmente responsable por los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172*’”. Y termina solicitando la condena de la SPRBUN a la reparación integral de los perjuicios sufridos por la Convocante “(...) *como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual (...)”, entre otros, *“Por concepto de sobrecostos derivados de la aplicación de un tarifario que desconoce las eficiencias, la suma de VEINTIÚN MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$21.765.972.824)”*.

Lo propio hace la Convocante en su escrito de alegatos en el cual reitera, en esencia, que *“La SPRBUN sustituyó el marco tarifario aplicable a OPP, pasando de uno objetivo, que premiaba la eficiencia por descargue, a uno eminentemente subjetivo que funciona en razón del volumen de descarga y las razones que a bien tenga la SPRBUN”*.

Advierte también que dicha situación alteró el equilibrio del Negocio Jurídico pues, en su sentir, generó una desproporción injusta en las prestaciones que estaban a cargo de OPP, pues *“(…) además de pasar a percibir una contraprestación de menor valor por su operación, debe continuar desarrollando las inversiones, haciendo excesivamente onerosa su prestación”*. Y agrega que para OPP existía una relación estrecha entre *“(…) los aspectos económicos del Contrato -tarifas-, los rendimientos mínimos, la eficiencia portuaria y las inversiones (...)”*, todos como motivos centrales para la celebración de la Renovación de 2013.

Frente al tema específico de las tarifas por el uso de instalaciones al operador portuario, advierte que si bien es cierto era claro que el tarifario podía variar, *“No obstante, era parte fundamental de la causa del negocio jurídico que, cualquiera que fuera la tarifa UIO, la misma estuviera fundada en criterios objetivos y claramente definidos, que permitieran alcanzar la eficiencia desde diferentes ópticas”*.

Señala a continuación que el nuevo régimen tarifario entró a regir a partir del 17 de febrero de 2020 y que con éste *“(…) desaparecieron los incentivos por eficiencia y en su lugar se implementaron descuentos por volumen, ya no dirigido a los operadores portuarios sino a los importadores, además, bajo criterios enteramente subjetivos que premiaban la fidelidad a la SPRBUN”*, destacando que fue un cambio drástico *“(…) proveniente de un tercero ajeno a la relación contractual, aprobó la revisión de un tarifario que reemplazó el cobro en función de la eficiencia, por un descuento de hasta el 40%, discrecional de la SPRBUN”*.

SPRBUN.

Se refiere la Convocada, en su escrito de contestación a la demanda reformada, a cada uno de los hechos presentados por la Convocante destacando, para efectos

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



del estudio que ahora se adelanta y conforme se hizo con dicha demanda, a aquellos que tienen que ver con la modificación realizada por la SPRBUN al régimen tarifario. Comienza entonces por referirse a aquellos hechos que tienen que ver con las obligaciones asumidas por OPP y destaca, primeramente, “(...) que una de las obligaciones esenciales de OPP es pagar a la SPRBUN por el uso de las instalaciones portuarias de acuerdo con las tarifas vigentes. Esta obligación esencial del Contrato viene siendo incumplida sistemática, consciente, voluntaria y flagrantemente por OPP (...)” (Al hecho 2.40).

Ya entrando puntualmente en los llamados por OPP hechos sobrevinientes que alteraron las prestaciones del Contrato, afirma la Convocada que es necesario hacer claridad en varios sentidos, pues “(...) (i) es falso que las condiciones contractuales entre OPP y SPRBUN impusiera alguna limitación para la determinación de las tarifas, (ii) si lo hiciera, la cláusula que limitara a SPRBUN del ejercicio de sus potestades legales y obligaciones de actualización de tarifas sería nula y (iii) no es cierto que el cumplimiento del Contrato sea excesivamente oneroso para OPP en cuanto desde el mismo Contrato, OPP reconoció que las tarifas de operador portuario podían variar” (Al hecho 2.81). Siguiendo con la temática, reconoce que la “(...) SPRBUN realizó el procedimiento administrativo de modificación de las tarifas ante la autoridad competente en cumplimiento de la normatividad aplicable” (Al hecho 2.81.1.); sin embargo, hace énfasis en que la solicitud de modificación no se adelantó en la forma que fue expuesta por la Convocante, pues advierte que “La solicitud de modificación no fue subjetiva y sin parámetros. La solicitud de modificación correspondió a un estudio cuidadoso que sería aplicable de manera igual a todos los operadores de la SPRBUN y no solamente a OPP. La solicitud de modificación y su posterior aprobación es absolutamente legal y legítima” (Al hecho 2.81.2). Reconoce, más adelante, que es cierta la revisión y registro adelantados por el Delegado de Puertos de la Superintendencia de Transporte sobre la solicitud de modificación de las tarifas y descuentos sobre movimiento de carga, y la entrada en vigencia del nuevo sistema tarifario el 17 de febrero de 2020.

Coincide con el dicho de la Convocante en que “(...) esta demanda no puede ocuparse de la ilegalidad y las supuestas irregularidades del procedimiento administrativo”; que no es cierto que “(...) fueron eliminadas las ‘eficiencias’. Lo que ocurre con el cambio es que el descuento ahora es en función de los volúmenes y no de los rendimientos. Este cambio es legal, legítimo, previsible y de ninguna manera extraordinario”; y que es evidente que “(...) mal haría SPRBUN en acordar unos descuentos con OPP en la medida en que no tiene sentido dar descuentos a un operador incumplido que no paga por el uso de la infraestructura del puerto”.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





Frente al capítulo de los efectos del nuevo esquema tarifario respecto del Contrato, advierte la Convocada que dicho cambio “(...) *no fue repentino, la convocante ya ha relatado que la SPRBUN solicitó a la Superintendencia de Puertos la aprobación de las tarifas y el sistema de descuentos*” y fue unilateral pues “(...) *lo que se ha llamado el cambio tarifario – que se aplica sin distinción alguna a todos los operadores y usuarios de la SPRBUN – no está sujeto a un acuerdo con cada uno de sus operadores y usuarios (...)*” (Al hecho 2.82.3).

Más adelante presenta la Convocada una oposición general frente a las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda principal reformada, advirtiendo que ninguna de las pretensiones está llamada a prosperar. Señala que “*Las principales son contradictorias entre sí al imputar al mismo nivel la teoría de la impresión (sic) a un incumplimiento contractual por la misma razón: la modificación a (sic) sistema de descuentos o incentivos a las tarifas de la SPRBUN (...)*”. Mientras que “*Las pretensiones subsidiarias son una repetición de las principales, lo que en la práctica significa que podrían haber sido sencillamente omitidas*”.

En su escrito de alegaciones finales se refiere también la SPRBUN al tema particular del régimen tarifario -y su modificación- y destaca en este sentido que los argumentos sobre imprevisión y desfiguración de la causa planteados por la Convocante frente a este tópico no están llamados a prosperar y reitera que “(...) *el acto administrativo y el procedimiento se encuentran amparados por la presunción de legalidad del artículo 88 de la Ley 1437 del 2011, que solo puede ser desvirtuada por el juez de lo contencioso administrativo*”.

Y concluye en este sentido que: “(i) *La teoría de la imprevisión no es excusa para no pagar* y (ii) *La modificación de las tarifas se hizo de acuerdo con la ley y la regulación*”.

5.1.2. Consideraciones del Tribunal.

Debe ocuparse el Tribunal de analizar lo concerniente con el régimen tarifario y su aplicación, bajo el presupuesto advertido por la parte Convocante en el sentido de que, como atrás se expresó, no se cuestiona “*si fue o no lícita la modificación del tarifario*”, lo cual releva al Tribunal de cualquier consideración sobre competencia para hacer pronunciamientos de fondo con relación a dicho aspecto, máxime si la parte Convocada es del mismo parecer, lo que permite partir del supuesto de que las tarifas establecidas por la SPRBUN no admiten cuestionamiento en lo que a su legalidad y efecto vinculante concierne respecto a quienes van dirigidas, sin perjuicio del examen del impacto que pudieran tener en la ecuación económica del Contrato, tópico que constituye el eje de la reclamación de OPP.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



En tal orden de ideas, se tiene que, en la cláusula sexta del Contrato, intitulada “Obligaciones de OPP”, se destaca entre otras, la referente a “d) Pagar las tarifas por concepto de uso de instalaciones al operador portuario que serán las previstas en el tarifario de la SPRBUN, vigente al momento del cobro de tales conceptos”, obligación que es aceptada expresamente por la Convocante en el hecho 2.41 de su demanda principal reformada, admitido como cierto en la correspondiente contestación.

En sentir del Tribunal, es claro y preciso el pacto antes transcrito en cuanto a que OPP se obliga a pagar las tarifas “**previstas en el tarifario de la SPRBUN, vigente al momento del cobro de tales conceptos**” (resalta el Tribunal), lo que conlleva para la Convocante que, establecidas y aprobadas las tarifas, en principio no está en posibilidad de discutir las, máxime si las mismas se fijan previo un procedimiento previsto de antemano para efectos de obtener la aprobación o aval de ellas por parte de la autoridad administrativa, en la actualidad y también para el año 2019, la Superintendencia de Transporte, de manera que tal como se menciona en el hecho 2.81.3 de la demanda, “Mediante el Acto Administrativo No.20196100209851, expedido por el Delegado de Puertos de la Superintendencia de Transporte, el 25 de junio de 2019, se llevó a cabo la revisión y registro de las tarifas y descuentos sobre movimiento de carga, cuya modificación solicitó la SPRBUN a la Superintendencia de Transporte”, hecho que es admitido como cierto y, se itera, constituye autorización respecto de cuya legalidad las partes se abstienen de cualquier cuestionamiento.

En la materia que se examina tiene también especial relevancia el párrafo primero de la cláusula décima de la Renovación de 2013, bajo el rótulo de “Rendimientos”, en el que se expresa que “Los rendimientos exigidos en esta cláusula se ajustarán de acuerdo a las modificaciones que realice la SPRBUN de su sistema tarifario publicado”, con el agregado explícito de que “**En el evento de que la SPRBUN suprima del sistema tarifario el cobro de los servicios en función del rendimiento, que son la base para el cálculo de los rendimientos exigidos en esta cláusula, los compromisos de rendimiento a partir de ese momento serán los últimos que se hubiesen establecido en el tarifario vigente para esa fecha**” (la negrilla es del Tribunal).

Se observa de lo antes transcrito que el sistema de tener en cuenta los rendimientos como una de las bases para establecer la tarifa no constituía -no constituye- un factor inamovible, pues con nitidez se estipula que la Convocada podía -puede- eliminarlo y, prescindir de dicho factor.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



En otras palabras, es claro para el Tribunal que la Convocante tenía -tiene- facultad para mantener, modificar o suprimir el factor de los rendimientos como variable con incidencia en la determinación de la tarifa, circunstancia que, valga decirlo, admite el Representante Legal de OPP, señor Álvaro Rodríguez Ferrero, tanto al absolver el interrogatorio formulado por la Parte Convocada, como en la declaración de propia parte rendida dentro del trámite, al aceptar también la previsibilidad del eventual futuro cambio en el régimen tarifario:

*“APODERADO PARTE CONVOCANTE: Cuando le preguntaron por esta cláusula le preguntaron si era previsible para OPP que hubiese un cambio en el sistema tarifario. A lo que usted respondió que era previsible. **Le pregunto ahora: ¿Era previsible para OPP, con base en esta cláusula, que hubiera una supresión del tarifario en función del rendimiento?**”*

1:09:27

*DECLARANTE: **Sí, ahí lo dice. Suprima del sistema tarifario. Sí, eso era previsible que lo suprimieran. Es que... pero eso no fue lo que pasó, no. Es que yo quisiera...***

APODERADO PARTE CONVOCANTE: Pero permítame. Permítame yo le hago una pregunta, para ilustración del Tribunal.

1:09:43

PRESIDENTE: Perdón... perdón doctor Sergio. Pero dejemos que el declarante termine la respuesta antes de que usted continúe preguntando en los términos que considere.

APODERADO PARTE CONVOCANTE: Perfecto.

PRESIDENTE: Don Álvaro, termine la respuesta, por favor.

*DECLARANTE: **Sí... no... se... se... era previsible que se pudiera suprimir el sistema tarifario. No quiero enredar el tema, discúlpenme.**”*

1:10:25

*(...) DECLARANTE: Es que... digamos, el verdadero fondo de esto es... no es tanto el tema de la legalidad o no de si se pueden o no suprimir eso sino que realmente **lo que pasó fue que no suprimieron... no suprimieron ese sistema tarifario sino lo sustituyeron por uno nuevo. En el primero era un estatuto tarifario completamente objetivo y técnico. Es decir, las reglas de juego***

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



estaban muy claras. Habían unas tarifas y se generaban unos descuentos por unos... por unas eficiencias o velocidad de descargue de los barcos en unos intervalos entre 0 y 7.000 toneladas al día, que para todo el mundo era claro. No solamente para OPP sino también para los clientes, usuarios del Puerto. Porque lo que se le cobra a OPP es el uso de instalaciones al operador portuario marítimo. Pero a los clientes se les cobra el uso de instalaciones a la carga, se le cobra por el uso de las instalaciones y que su carga pase por ahí. Y las dos dependían de la velocidad en que se descargara el barco. Entonces, era muy claro que si usted era eficiente había una tabla totalmente objetiva que permitía definir cuál era la tarifa que se le iba a cobrar. Y tanto el cliente como el operador y el Puerto tenían muy claro que dependiendo de esa eficiencia y la velocidad de descargue estaba totalmente claro y objetivamente diseñado el cobro que se iba a hacer.

Ahora, lo que pasó es que se sustituye por... ahí me lo mostraron, un párrafo que dice: se harán descuentos hasta un 40% de la tarifa. Pero sin ninguna tabla, sin ningún elemento que nos permita entender objetivamente cuáles son esos parámetros que se utilizan para generar el descuento. Entonces, no sabemos si es que es mucho volumen, poquito volumen, si es anual, dos años, tres años; cuánto se descuenta, si es 5, 10, 15, 20, 30. Entonces pasó... pasó de ser... se sustituyó por un esquema tarifario que era completamente objetivo a uno completamente subjetivo que depende única y exclusivamente de la decisión que tome la Sociedad Portuaria de Buenaventura cuando quiera cobrar la tarifa de esos usos. Entonces, realmente lo que pasó es que se sustituye esa forma de trabajar y lo que se va a pactar... lo pactado, que era muy... era muy técnico, o sea, era muy sencillo entenderlo. Todos los usuarios del Puerto teníamos claro cuáles eran las reglas del juego en este sentido” (resalta el Tribunal).

Se observa que el declarante -Representante Legal de OPP- trata de establecer una supuesta diferencia entre suprimir el sistema tarifario y establecer uno nuevo -“lo que pasó fue que no suprimieron... no suprimieron ese sistema tarifario sino lo sustituyeron por uno nuevo”-, apreciación frente a la cual precisa el Tribunal que si la cláusula en análisis -la décima, párrafo primero- autoriza incluso a suprimir “del sistema tarifario el cobro de los servicios en función del rendimiento”, razonablemente ha de entenderse que permitía -permite- establecer uno “nuevo”, que puede incorporar criterios diferentes, de modo que el implementado con vigencia a partir del 17 de febrero de 2020, avalado por la Superintendencia de Transporte, tal como se expresa en el hecho 2.81.4 de la

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



demanda principal reformada y admitido en la respuesta como cierto, era, desde esa perspectiva, legítimamente aplicable.

Según narra el declarante Gustavo Flórez Dulcey, Gerente de Ingeniería y Proyectos de la SPRBUN:

“Estas tarifas se llevaron como propuesta a la Junta Directiva de la Sociedad Portuaria quien las avaló, las aceptó. Posteriormente se llevaron a la Superintendencia de Transporte donde la Superintendencia las aceptó en dos fechas diferentes. Creo que fue el 25 de julio del año 19 y posteriormente en diciembre del año 19. Porque en... digamos, en la primera parte se hicieron los mayores cambios y en la segunda se incorporó una tarifa nueva que era la UIOPT de graneles. Una vez aceptados se publicaron en periódicos de amplia difusión nacional y se empezaron a aplicar a partir del año 2020”.

Observa el Tribunal que la Convocante, en últimas, admite que la cláusula transcrita consagra “la potestad de la SPRBUN de modificar el tarifario”, pero, en su interpretación, limita la admitida potestad por considerar que no le era viable reemplazar las tarifas basadas en la eficiencia “por un marco tarifario basado en el volumen y la fidelidad, a criterio completamente discrecional, subjetivo e inconsulto de la SPRBUN”, posición de la que el Tribunal se aparta debido a que si contractualmente estaba -está- prevista la posibilidad expresa de que se “suprima del sistema tarifario el cobro de los servicios en función del rendimiento”, razonablemente habría de entenderse que podía -puede- acudir a otros criterios -diferentes del rendimiento- en un nuevo marco tarifario, como ocurrió.

En conclusión, para el Tribunal, el régimen tarifario que entró a regir en febrero 17 de 2020, al establecer unos parámetros diferentes a los hasta ese momento vigentes en función del rendimiento, no contrarió lo que la Ley y el Contrato permitían -permiten-, con carácter vinculante para todos los usuarios del puerto de Buenaventura a los que estaba dirigido, con la consecuencia adicional de que no es viable cuestionar la modificación tarifaria como una circunstancia imprevisible -estaba estipulado que podía haber cambio tarifario, y que podía haber supresión del criterio de rendimientos-¹³⁷, ni extraordinaria, a la luz de lo normal que un evento de esa naturaleza puede ser en contratos de larga

¹³⁷ Recuérdese que el representante legal de OPP aceptó que si era viable prever la futura posibilidad de cambio en el tarifario cuando señaló: “DECLARANTE: Sí... no... Se... se... era previsible que se pudiera suprimir el sistema tarifario. No quiero enredar el tema, discúlpenme”.



duración¹³⁸, y más cuando el marco normativo rector de la actividad específica anuncia la posibilidad o necesidad de revisión periódica en la materia¹³⁹, con independencia del acuerdo o desacuerdo que pueda tener OPP con los criterios de determinación del nuevo tarifario, y del impacto que pueda o no tener en la economía del Contrato, afectación esta última que, de existir, no podría considerarse, para eventual revisión, al amparo de la teoría de la imprevisión. De conformidad con lo expuesto al recordar la delimitación conceptual de la figura, la ausencia de calificación relativa a lo extraordinario y lo imprevisto o imprevisible del hecho o circunstancia invocada descarta la configuración de los requisitos exigidos para la aplicación de la referida teoría, sin que sea necesario adentrarse en el examen sobre la concurrencia, o no, de los demás requisitos establecidos para habilitar dicha aplicación.

Por supuesto, por cuenta del cambio tarifario a que se ha hecho referencia¹⁴⁰ tampoco hay incumplimiento de obligaciones principales -en la terminología utilizada en el *petitum* de la demanda principal reformada-, pues, como quedó visto, la modificación, como tal, es el resultado del ejercicio de una facultad insertada en el Contrato en los términos explicados.

Desde esta perspectiva, no se configura, a partir del supuesto fáctico examinado, responsabilidad civil contractual en cabeza de la SPRBUN, por manera que, en lo que a la imputación de incumplimiento de obligaciones principales respecta, carecen de vocación de prosperidad las pretensiones incoadas a ese título, reflejadas en la “*CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL*” -y sus consecuenciales-, en la “*TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*” -y sus consecuenciales- del “*3.2 Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias*”, y en la “*SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*” -y sus consecuenciales- del “*3.3 Segundo Bloque de Pretensiones Subsidiarias*”.

Por separado, en apartado posterior considerará el Tribunal, en general, la reclamación de OPP bajo la óptica de los denominados deberes secundarios de

¹³⁸ Como se lee en pronunciamiento de la justicia arbitral, abstracción hecha del tipo contractual específico de que se trate, “(...) No tendría razón de ser que las partes debieran en una relación de mediano o largo plazo, atarse a condiciones inflexibles, que les impidieran responder al cambiante mundo del comercio en el que, es bien sabido, la competencia, las condiciones macroeconómicas y el desarrollo tecnológico obligan a estar en continua evolución” (Laudo de 19 de julio de 2005, caso 5H INTERNACIONAL S.A. vs COMCEL S.A.).

¹³⁹ Remítase a lo dicho sobre la previsión del artículo 19 de la Ley 1ª de 1991 en punto al “*Señalamiento de tarifas*”. Y recuérdese que el artículo décimo de la Resolución 723 de 1993, “*Por la cual se adopta la metodología para el cálculo de las tarifas portuarias por uso de las instalaciones de las Sociedades Portuarias que operan puertos de servicio público*”, prevé que “*Las tarifas de que habla la presente resolución, serán ajustadas cada dos años (...)*”.

¹⁴⁰ En esencia referido al cambio en la tarifa por UIOPM, pues la novedad relacionada con el cobro por concepto de tarifa UIOPT se estudia en apartado diferente, como fue planteada por OPP.

Sede Principal

Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



conducta, incluido lo relativo al alcance de la misma y su valoración frente a los hechos y circunstancias que corresponda.

Y también en acápite posterior independiente se ocupará el Tribunal del tema tarifario desde la óptica del incumplimiento en el pago atribuido por la SPRBUN a OPP en la demanda de reconvencción respecto de la tarifa por UIOPM, objeto de la controvertida modificación.

5.2. La facturación por concepto de Uso de Instalaciones al Operador Portuario Terrestre -UIOPT-.

El estudio de los hechos o circunstancias sobrevinientes invocadas por la Convocante, que, en su parecer, alteraron de forma grave las prestaciones radicadas en cabeza de OPP, continúa con el análisis sobre el escenario relativo a la inclusión de la tarifa, para OPP, por el Uso de Instalaciones al Operador Portuario Terrestre -UIOPT-, inclusión que, según el dicho de la Convocante en su escrito de demanda principal reformada, fue solicitada por la SPRBUN a la Superintendencia de Transporte “Mediante oficio del 13 de diciembre de 2019 (...)” (2.81.6).

5.2.1. Posición de las partes.

OPP.

De manera específica, incluye la Convocante un apartado relativo a la “2.83. Implementación de nuevas tarifas que tienen efectos en la ejecución de los Contratos complejos de Arrendamiento y de Uso de Infraestructura, y la Renovación Contractual”, capítulo dentro del cual se refiere en el primer numeral a “2.83.1.1.1. La Tarifa por el Uso de Instalación al Operador Portuario Terrestre”. Argumenta la Convocante que la SPRBUN implementó de manera unilateral el cobro de la tarifa de \$USD 0,20 por cada tonelada de carga de granel sólido, a pesar de que OPP “(...) carece de la calidad de operador portuario” (2.83.1.1.1.1), hecho que, en su parecer “(...) genera un sobrecosto de aproximadamente COP 41.522.065 (en pesos colombianos), de mantener la misma cantidad de carga a granel sólido de manera mensual y hasta la finalización de los Contratos de Arrendamiento y de Uso de Infraestructura” (2.83.1.1.1.2) lo que afecta sus relaciones comerciales “(...) en tanto, los Clientes verán a futuro incrementada de forma desmedida e intempestiva sus costos logísticos” (2.83.1.1.1.3).

Continúa OPP con su argumentación enumerando las implicaciones que la implementación de la nueva medida ha tenido en su operación refiriéndose en esencia a las siguientes: “(i) Un detrimento económico de COP \$21.765.972.824

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



para OPP GRANELES, en la medida que esta nueva obligación implica un sobrecosto, no previsto al momento de la firma de los Contratos”; “(ii) La erogación por valor de \$156.178.357 M/cte, a la fecha (...) por concepto de Uso de Instalaciones al Operador Portuario Terrestre”; “(iii) La afectación de la imagen comercial de OPP GRANELES ante sus clientes”; “(iv) La afectación de los Contratos de Arrendamiento y de Uso de Infraestructura, y su Renovación Contractual, dado que el esquema de Facturación UIOPT cobrado por parte de la SPRBUN no se cobra en los demás terminales que manejan carga a granel en Buenaventura (...)” y “(v) (...) la tarifa de UIOPT que pretende cobrar la SPRBUN incluye las instalaciones arrendadas, lo cual, deriva en un enriquecimiento sin causa (...)” (2.83.1.1.1.4).

En cuanto a las pretensiones formuladas por OPP relativas a la implementación de la nueva tarifa por concepto de UIOPT se incluye en la demanda reformada la “Segunda Pretensión Principal”, pidiendo que se declare “que han ocurrido circunstancias extraordinarias con posterioridad a la celebración del negocio jurídico de naturaleza contractual”, y la “Tercera Pretensión Principal”, mediante la cual se solicita que se declare que “(...) las circunstancias extraordinarias a las que hace referencia la pretensión anterior, ocurridas con posterioridad a la celebración del negocio jurídico contractual, han desfigurado la causa económica subyacente al negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’”. Y como pretensión consecuencial, solicita al Tribunal en “la Cuarta Pretensión Consecuencial de la Tercera Pretensión Principal” que se ordene, a título de revisión, “(...) que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVANTURA S.A., deje sin efecto, respecto de la relación contractual existente entre SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVANTURA S.A. y OPP GRANELES S.A., la Facturación por concepto de Uso de Instalaciones al Operador Portuario Terrestre-UIOPT”.

Ahora bien, dentro del “Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias” y, de manera específica, en la Segunda Pretensión Subsidiaria, pretende OPP que se declare que “(..) han ocurrido circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, con posterioridad a la celebración del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’, y que han afectado las prestaciones de futuro cumplimiento de dicho negocio jurídico, de un modo tal que lo hacen

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



excesivamente oneroso su cumplimiento para OPP GRANELES S.A.”. Y, de manera consecuencial, formula la Cuarta Pretensión Consecuencial de la Segunda Pretensión Subsidiaria en virtud de la cual solicita se ordene, también a título de revisión contractual “(...) que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A., deje sin efecto, respecto de la relación contractual existente entre SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. y OPP GRANELES S.A., la Facturación por concepto de Uso de Instalaciones al Operador Portuario Terrestre –UIOPT”.

Por último, en el denominado “Segundo Bloque de Pretensiones Subsidiarias” y, de manera particular, en la “Segunda Pretensión Subsidiaria” solicita la Convocante, en peticiones que también registra con igual tenor en los dos grupos anteriores de reclamaciones, que se declare que “(...) la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. incumplió las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’. Y como pretensión consecuencial formula la “Primera Pretensión Consecuencial de la Segunda Pretensión Subsidiaria” para solicitar la declaración del Tribunal en el sentido que “(...) la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. es civilmente responsable por los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’”.

Al descorrer el traslado de las excepciones formuladas por la SPRBUN, incluye la Convocante lo que denomina algunas precisiones frente al concepto de operador portuario terrestre, advirtiendo que se trata de un concepto “(...) no regulado y que no puede confundirse con las actividades de manejo terrestre y porteo de carga que son propias de la actividad de los operadores marítimos y fluviales” y agrega las siguientes precisiones: “1. Bajo los Contratos complejos de Arrendamiento y de Uso de Infraestructura válidos y existentes celebrados entre OPP GRANELES y la SPRBUN, se paga una contraprestación por el uso, goce, utilización y operación de las áreas correspondientes del Terminal Marítimo de Buenaventura”; “2. Desde hace más de 23 años de relación jurídica negocial, no se había efectuado por parte de la SPRBUN el cobro de la tarifa por el Uso de Instalaciones al Operador Portuario Terrestre (en adelante “UIOPT”) a OPP GRANELES”; “3. El cobro de la Tarifa UIOPT es ahora cobrado por la

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



SPRBUN, aún a pesar de que la misma Superintendencia de Transporte bajo el Oficio No. 20206300601121 de fecha 9 de noviembre de 2020, expresamente manifestó que esta tarifa, debería pagarse por OPP GRANELES únicamente “cuando las operaciones de descargue de buques se realicen a través de vehículos que lleven el producto hasta las bodegas o silos de OPP Gráneles para su almacenamiento” y “4. En contravía del Oficio de la Superintendencia de Transporte, la SPRBUN continúa con el cobro indebido de la Tarifa por UIOPT”.

En su alegato de conclusión, para contextualizar el tema de la facturación por concepto de la tarifa por UIOPT, comienza OPP por advertir que “Cinco, a falta de uno, fueron los eventos sobrevinientes que, de forma extraordinaria, afectaron fatalmente la Renovación Contractual”, destacando de manera especial en el numeral (ii), en el tópico que en este momento ocupa la atención, el que describe como que la SPRBUN “(...) introdujo una tarifa que en 25 años no le había cobrado a OPP, para cobrársela: el uso de instalaciones al operador portuario terrestre (...)”. Como planteamiento general del que ha denominado como segundo evento sobreviniente, afirma OPP que “La SPRBUN implementó unilateralmente una nueva tarifa, extraña a la Renovación Contractual y ajena a las actividades desarrolladas por mi mandante, denominada tarifa por el “Uso de Instalaciones al Operador Portuario Terrestre”, a pesar de que OPP no es operador portuario terrestre” y complementa en el sentido de que “Esta nueva tarifa generó efectos adversos en tanto genera sobrecostos, afectó la imagen comercial de OPP y las relaciones comerciales con los clientes”.

Continúa su argumentación llamando la atención del Tribunal en cuanto, desde su apreciación, la medida de la inclusión de la nueva tarifa en mención implicó para OPP: “(i) Un detrimento económico, en tanto genera un sobrecosto de COP \$21.765.972.824 en su operación; (ii) Erogaciones por COP \$156.178.357 M/cte. y (iii) La afectación de la imagen comercial de OPP, toda vez que, en el mediano-largo plazo, la carga de dicha tarifa tendrá que ser trasladada a los clientes”.

Más adelante presenta una explicación detallada del impacto que esta nueva medida tuvo en su operación a partir de dos argumentos centrales. En el primero de ellos se refiere a que “i. Era imprevisible la implementación de la tarifa por UIOPT para OPP”, toda vez que, dice la Convocante, “(...) en más de 25 años de relación comercial entre las partes, jamás se había tratado el cobro de una tarifa por operación portuaria terrestre, a pesar de que era una tarifa que sí se cobraba a algunos operadores, pero no a OPP. La razón, simple y sencillamente, es que la operación realizada por OPP nunca se ha entendido ni es constitutiva de operación portuaria terrestre” y que, además, “(...) OPP no había cambiado ningún aspecto de su operación en el Puerto de Buenaventura (...)”. Hace claridad también en que “Aun cuando no hay una definición legal de lo que significa “operación portuaria terrestre”, la práctica portuaria sí tiene

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





establecido qué corresponde a la operación marítima y qué a la operación terrestre. En términos generales, la operación marítima alude a lo concerniente al descargue de la carga del buque, por cualquiera de los métodos previstos para tal fin, a fin de llevarla al lugar de almacenaje dentro del puerto. La operación terrestre, por su parte, comprende el retiro de la carga, de las instalaciones del puerto y al lugar de almacenaje del cliente importador”.

Entre tanto, en el segundo numeral incluye una argumentación en el sentido de que *“ii. El concepto de UIOPT es ambiguo, su definición concreta es desconocida incluso por la SPRBUN”* y comienza por destacar que no existe, en efecto, una definición legal de UIOPT y que ni siquiera para las Partes es claro qué actividades puntualmente están cobijadas bajo dicho concepto. Además, agrega que dada la falta de claridad sobre el concepto del UIOPT, en octubre de 2020 OPP *“(…) remitió una comunicación a la Superintendencia de Transporte, en la que requería información sobre el alcance de la definición de UIOPT”* y, con base en la respuesta de dicha autoridad *“(…) OPP se apresuró a su cumplimiento, pagando entonces el porcentaje de descargue directo que no fuera realizado por los operadores secundarios”.*

Concluye su escrito alegando que *“iii. El cobro se ha hecho con absoluta mala fe”*, pues afirma que la SPRBUN *“(…) cobra a su discreción esta tarifa”.*

SPRBUN.

Al contestar la demanda principal reformada se refiere la Convocada a los hechos incluidos por OPP relativos a la inclusión de la tarifa por concepto de UIOPT y aduce, en esencia y de manera principal, que *“(…) la modificación de las tarifas obedece a la facultad legítima que tiene la SPRBUN por la prestación de un servicio público en sus instalaciones”* (Al hecho 2.83.1) y agrega que no es cierto que OPP, como lo afirma la Convocante, carezca de la calidad de operador portuario terrestres pues, en su parecer, *“(…) por el contrario, la prestación de servicios portuarios de OPP involucra operaciones de tipo marítimo y terrestre en las instalaciones de SPRBUN y de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 1 de 1991, no se exige autorización alguna para llevar dichas actividades a cabo”* (Al hecho 2.83.1.1.1.1). Además, hace énfasis en el hecho de que el cobro de la mencionada tarifa no es ajeno dentro del funcionamiento de las sociedades portuarias del país, pues según su dicho *“(…) la mayoría de las sociedades portuarias que operan en Colombia contemplan en sus tarifas el UIOPT”* (Al hecho 2.83.1.1.1.4).

A continuación, formula la Convocada una oposición general frente a las pretensiones de OPP aduciendo que *“Las principales son contradictorios entre sí al imputar al mismo nivel la teoría de la imprevisión a un incumplimiento*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



contractual por la misma razón: la modificación al sistema de descuentos o incentivos a las tarifas de la SPRBUN” y “Las pretensiones subsidiarias son una repetición de las principales, lo que en la práctica significa que podrían haber sido sencillamente omitidas”.

Como es natural, lo propio hace la SPRBUN en su escrito de alegaciones finales en donde argumenta en esencia, frente al cobro por concepto de UIOPT, que no han ocurrido circunstancias extraordinarias imprevistas ni imprevisibles para OPP, bajo el entendido que “(1) El cobro de UIOPT se encuentra sustentado en la ley y en la regulación portuaria aplicable” y que “(...) las tarifas que cobra la SPRBUN como puerto de servicio público tienen su fuente en la ley y en la regulación (...)”. Así las cosas, concluye frente a este punto que “(...) las tarifas vigentes de la SPRBUN tienen asidero en la ley 1 de 1991, en las Resoluciones 723 de 1993 y 426 de 1997 y en el Oficio 20196100725811 de 23 de diciembre de 2019” y que, por lo mismo, ninguna consecuencia tiene que el UIOPT no esté previsto de manera expresa en el Contrato.

El siguiente argumento se refiere a las “(2) Operaciones y servicios que son operaciones portuarias”, y frente a este punto destaca que “No dejan de sorprender este tipo de aseveraciones, cuando la misma sociedad convocante solicitó una revisión del UIOPT ante la Superintendencia de Transporte, a lo cual esta autoridad le respondió indicando que las operaciones de OPP estaban sujetas a la tarifa y señalando que OPP sí está obligada a su pago: “(...) OPP Gránele (SIC) está en la obligación de realizar el pago de la tarifa UIOPT a la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., cuando las operaciones de descargue de buques se realicen a través de vehículos que lleven el producto hasta las bodegas o silos de OPP Gráneles para su almacenamiento” y cuando “(...) el mismo Gerente General de OPP que rindió testimonio, mediante una carta con fecha del 15 de diciembre del 2020 remitida a la SPRBUN afirmó que OPP procedería a realizar el pago del UIOPT en los términos indicados por la autoridad”. Y seguidamente concluye que resulta relevante precisar que, frente al dicho de OPP en el sentido de que la tarifa por UIOPT no se le cobra a los otros operadores portuarios, “(...) ello obedece a que OPP es el único operador que tiene la capacidad de almacenar graneles”.

El siguiente numeral se refiere a que “(3) OPP es operador portuario terrestre” y aduce que, según las normas imperativas -artículos 2 y 32 de la Ley 1 de 1991- “(...) es claro que la calidad de operador portuario terrestre que OPP alega no tener, realmente no se adquiere mediante una autorización de la autoridad competente sino mediante las actividades que efectivamente realiza como operador portuario, referentes al manejo terrestre y al porteo de carga”.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co





Y el último numeral relativo a *“(4) El cobro de UIOPT no es una circunstancia extraordinaria, imprevista ni imprevista”* está encaminado a demostrar que *“(...) la SPRBUN tiene la facultad legal y reglamentaria para hacer las modificaciones necesarias en sus tarifas en aras de ser un terminal competitivo y actualizar las condiciones del puerto según las necesidades del mercado. Eso implica, por un lado, que el cambio unilateral no merece ningún reproche, máxime cuando la tarifa fue aprobada por la Superintendencia de Transporte mediante Oficio 20196100725811 de 23 de diciembre de 2019. Por el otro, que al ser el ejercicio de una prerrogativa prevista en la ley y en la regulación aplicable a la actividad portuaria y al Contrato, no se puede tildar como extraordinario, imprevista e imprevista”*.

Ahora bien, frente al carácter imprevista e imprevista por la inclusión de la tarifa por concepto de UIOPT, descarta la SPRBUN dicha calificación en la medida que *“la modificación de las tarifas es una facultad y un deber legal y reglamentario de la SPRBUN, que la SPRBUN ya cobraba el UIOPT para otros tipos de carga, que el UIOPT, antes de celebrarse el Contrato ya era cobrado en otros terminales portuarios para los movimientos terrestres del granel, y que el terminal de la SPRBUN siempre ha tenido un volumen importante de importación de cereales, podía anticiparse con cierta probabilidad, que eventualmente la SPRBUN podría cobrar esa tarifa para los graneles sólidos”*. Sobre el carácter extraordinario, a su turno, reitera la Convocada que *“(...) está probado que el cobro del UIOPT no está fuera de lo ordinario y de las condiciones vigentes en los terminales portuarios del país”*.

El último numeral incluido por la Demandante en Reconvención en su escrito de alegatos en lo que tiene que ver con el cobro por concepto de UIOPT, es el referente a que *“(5) No existe un detrimento en la ecuación económica del Contrato por el cobro del UIOPT”*. Frente a dicho detrimento reclamado en la Demanda Reformada destaca la SPRBUN que *“(...) OPP también sostiene de forma confusa y contradictoria que el cobro de la nueva tarifa le causó una afectación económica sin clarificar cuál es la naturaleza del perjuicio ni cuál sería su causa. Afirma, en primera medida, que el cobro del UIOPT implica un detrimento económico de COP \$21.765.972.824. Luego afirma que se le causó una erogación por valor de \$156.178.357, por concepto de los valores pagados y finalmente aduce que se afecta la imagen comercial de OPP ante sus cliente, toda vez que la nueva tarifa implica costos que serán trasladados a sus clientes lo que a su vez afectará el volumen de carga operada por OPP”*.

5.2.2. Consideraciones del Tribunal.

A juicio del Tribunal, el análisis de la cuestión que en este acápite se trata debe comenzar con la referencia de las pautas normativas que guardan relación con el

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



tópico específico que se examina, lo que remite a tener en cuenta algunos elementos de ese talante:

- La Ley 1ª de 1991, “Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 2º¹⁴¹ se refiere a los “planes de expansión portuaria” que debe presentar el Ministerio del Transporte al CONPES para su aprobación, los cuales deben reflejar en su contenido aspectos como el relacionado con “2.5. Las metodologías que deben aplicarse de modo general al autorizar tarifas a las sociedades portuarias; o los criterios que deben tenerse en cuenta antes de liberar el señalamiento de tarifas”, con indicación de que “Las inversiones públicas que se hagan, las concesiones que se otorguen, las contraprestaciones que se establezcan, y las tarifas que se autoricen, se ceñirán a tales planes”.
- El artículo 22 de la misma Ley 1ª de 1991, al aludir a las “Restricciones indebidas a la competencia”, después de señalar que “Se prohíbe realizar cualquier acto o contrato que tenga la capacidad, el propósito, o el resultado, de restringir en forma indebida, la competencia entre las sociedades portuarias”, agrega que “Se entienden por restricciones indebidas a la competencia, entre Taifas, las siguientes: 22.1. El cobro de tarifas que no cubra los gastos de operación de una sociedad u operador portuario [] 22.2. La prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, de servicios adicionales a los que contempla la tarifa [] 22.3. Los acuerdos para repartirse cuotas o clases de carga, o para establecer tarifas []”.
- Y el artículo 32, tras hacer mención genérica a “Operadores portuarios”, prevé que “Las empresas de operación portuaria no requieren licencia o permiso especial de las autoridades portuarias o marítimas para organizarse y cumplir su objeto; pero si se constituyen como sociedad deben someterse a los requisitos del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio)”.
- En materia tarifaria es pertinente mencionar la Resolución 723 de 13 de julio de 1993 de la Superintendencia General de Puertos, “Por la cual se adopta la metodología para el cálculo de las tarifas portuarias por uso de las instalaciones de las Sociedades Portuarias que operan puertos de servicio público”, expresamente citada por la Superintendencia de Transporte al considerar positivamente la solicitud de aprobación y registro de tarifas radicada por la SPRBUN el 21 de marzo de 2019, ampliada el 13 de diciembre siguiente, a la postre implementada en febrero de 2020.

¹⁴¹ Reglamentado por el Decreto 2147 de 1991.



Seguidamente, hay que referenciar el contenido prestacional plasmado en el clausulado de la Renovación de 2013, llamado a aportar elementos de juicio útiles en el examen de la cuestión:

- La cláusula tercera, bajo el rótulo de “*Contraprestación económica*”, prevé que a partir del 1 de enero de 2014 se pagará por OPP “*como contraprestación a favor de SPRBUN el valor mensual por metro cuadrado que se detalla a continuación*” [según tabla allí prevista, con valores anuales desde 2014 hasta 2034], en la que se toma como referencia el dólar americano.

Llama la atención, al menos en lo formal, que es la única obligación consignada como “*contraprestación económica*”, sin perjuicio de otras obligaciones dinerarias a cargo de OPP, asociadas a tarifas por concepto de uso de instalaciones por el operador portuario -UIOP-, como enseguida se indica.

- En la cláusula sexta se estipulan numerosas “*Obligaciones de OPP*”, entre ellas, en lo que interesa a temas del presente trámite, las relativas a “*c) Pagar las contraprestaciones económicas de conformidad con lo señalado en la cláusula tercera del presente contrato*” y “*d) Pagar las tarifas por concepto de uso de instalaciones al operador portuario que serán las previstas en el tarifario de SPRBUN, vigente al momento de cobro de tales conceptos*”, además de las enunciadas con perfil genérico, consistentes en “*z) Las demás que sean propias de la naturaleza de este contrato*” y “*aa) Las previstas en la ley*”.

Se destaca, en lo que respecta al punto específico que en este aparte de la providencia examina el Tribunal, la obligación relativa al pago de las tarifas por concepto de uso de instalaciones al operador portuario -UIOP-, cuya determinación específica en punto al contenido de la prestación remite a “*las previstas en el tarifario de SPRBUN, vigente al momento de cobro de tales conceptos*”, lo que comporta, como ya se señaló, de un lado, la posibilidad de introducción de cambios o modificaciones en las tarifas con el transcurso del tiempo, y del otro, la existencia de una facultad unilateral radicada en cabeza de la SPRBUN de fijarlas, sin perjuicio de las exigencias que atañen a la revisión y aprobación que compete a la Superintendencia de Transporte, de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias aplicables en la materia.

Advierte el Tribunal que, como en términos generales se acepta, en el plano teórico no se discute la validez y alcance vinculante de esas estipulaciones negociales que conceden facultades unilaterales -explícitas o implícitas- a los contratantes, sin perjuicio del control judicial que también en el plano teórico

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



admiten, en especial en cuanto al ejercicio que de tales facultades se haga -sin incurrir en *abuso*-, tópicos específicos estos no controvertidos en el presente trámite.

- La cláusula séptima, por su lado, consagra las obligaciones de la SPRBUN incluyendo la mención literal, “*además de las propias de su naturaleza o de las que señale la ley*”, de la relativa a “*f) Las demás previstas en este contrato o que correspondan según la naturaleza del mismo, o que se encuentren consagradas en la ley*”, contenido prestacional abierto que, en esencia, repite lo dicho en el encabezado de la estipulación.

En relación del punto específico que se examina, atinente al cobro efectuado por la SPRBUN a OPP de la tarifa UIOPT, desde la perspectiva de circunstancias y hechos relevantes probados en el proceso, conviene destacar los siguientes:

- En el tarifario aprobado para la SPRBUN en el año de 2012¹⁴², vigente para la época de formalización de la Renovación de 2013, aparecía la tarifa correspondiente a “4. USO DE INSTALACIONES PORTUARIAS AL OPERADOR PORTUARIO TERRESTRE”, desagregada en los sub-numerales 4.1. y 4.2. para “CONTENEDORES (...)” y “CARGA GENERAL (...)”, respectivamente.
- El Oficio No. 20196100209851, expedido por el Delegado de Puertos de la Superintendencia de Transporte con fecha 25 de junio de 2019¹⁴³, se refiere a la solicitud de aprobación y registro de tarifas radicado por la SPRBUN el 21 de marzo del mismo año, y da cuenta del cumplimiento de los requisitos exigidos para la aprobación de dichas tarifas, las cuales muestra en cuadro incorporado en el documento; allí se observa, entre los diferentes rubros generales del tarifario, uno concerniente al “USO DE INSTALACIONES AL OPERADOR PORTUARIO TERRESTRE”, desagregado en conceptos específicos relativos a “Carga general”, “Contenedores llenos” y “[C]ontenedores vacíos”.
- Mediante comunicación No. 20195606099252 de 13 de diciembre de 2019¹⁴⁴, la SPRBUN solicitó a la Superintendencia de Puertos y Transporte dar alcance a la aprobación de tarifas realizada mediante la comunicación de 25 de junio de 2019 -recién reseñada-, para aplicar el cobro de la tarifa de UIOPT “de

¹⁴² Archivo denominado P26, contenido en la Carpeta 7 (Anexos de Contestación de la Demanda Reformada) del Cuaderno No.3 – Pruebas.

¹⁴³ Archivo denominado P3, contenido en la Carpeta 7 (Anexos de Contestación de la Demanda Reformada) del Cuaderno No.3 – Pruebas.

¹⁴⁴ Archivo denominado P12, contenido en la Carpeta 8 (Anexos de la Demanda de Reconvención) del Cuaderno No.3 – Pruebas.



carga a granel sólido”; afirma, en ese contexto, “*que en la solicitud realizada el 19 de marzo de 2019 se omitió de manera involuntaria la inclusión*” de la tarifa en cuestión, indicando que se trata de un “*servicio que se presta de manera regular en nuestras instalaciones*”; destaca que “*resulta importante considerar que el estatuto general de puertos marítimos establece taxativamente la prohibición de la prestación gratuita de servicios o tarifas inferiores al costo (...)*”; y alude al cobro de la tarifa por UIOPT previamente aprobado para “*Carga General*”, “*toda vez que son similares en los requerimientos locativos y operacionales que aporta el puerto como administrador de la infraestructura a la carga a granel sólido*”.

- Según Oficio No. 20196100725811 de 23 de diciembre de 2019¹⁴⁵, proferido por el Delegado de Puertos de la Superintendencia de Transporte, después de reseñar los antecedentes de la solicitud de aprobación de tarifas radicada el 21 de marzo de 2019 y de la aprobación impartida mediante oficio de 25 de junio del mismo año, se refiere a la posterior solicitud de SPRBUN de 13 de diciembre de 2019, para “*la inclusión de la tarifa por concepto de Uso de Instalaciones al Operador Portuario Terrestre de Carga a Granel Sólido*”, inclusión que autoriza por considerar que cumple con las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes, sin perjuicio de la necesidad de realizar los trámites de publicidad que al efecto señala.
- A través de Oficio No. 20206300601121, de fecha 9 de noviembre de 2020¹⁴⁶, la Superintendencia de Transporte -Directora de Promoción y Prevención, adscrita a la Superintendencia Delegada de Puertos- se refiere a solicitudes de OPP que al efecto transcribe, una de ellas directamente relacionada con el cobro -ilegal según la peticionaria- que viene realizando la SPRBUN de la tarifa por concepto de UIOPT. Al respecto, después de transcribir el aparte que condensa la razón esgrimida por OPP en el sentido de considerar que dicha tarifa no le es aplicable por cuanto “*Las operaciones de OPP como operador portuario se realizan en gran proporción con equipo especializado que va directamente de los buques a las instalaciones de OPP*”, expresa la Superintendencia, de manera directa, que “*Frente a dicha condición se indica que OPP Gráneles (sic), está en la obligación de realizar el pago de la tarifa UIOPT a la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., cuando las operaciones de descargue de buques se realicen a través de vehículos que lleven el producto hasta las bodegas o silos de OPP Gráneles (sic) para su almacenamiento*”.

¹⁴⁵ Archivo denominado P4, contenido en la Carpeta 7 (Anexos de Contestación de la Demanda Reformada) del Cuaderno No.3 – Pruebas.

¹⁴⁶ Archivo denominado 1.48, contenido en la Carpeta 6 (Anexos de la Demanda Principal Reformada) del Cuaderno No.3 – Pruebas.



- Ante este pronunciamiento de la Superintendencia, mediante comunicación de OPP fechada el 15 de diciembre de 2020¹⁴⁷, remitida desde la Gerencia General a la SPRBUN, manifiesta: “*Por lo anteriormente expuesto y en cumplimiento a lo expresado*” por la Superintendencia, OPP “*le informa que procederá a efectuar el pago de la tarifa de UIOPT bajo los términos indicados por dicha entidad*”. E incluye dos cuadros para identificar el valor total a reconocer por UIOPT asociados a facturas radicadas al 14 de diciembre de 2020, que ascendería a \$89.713.098.
- Han de reconocerse, como datos objetivos según el plenario, que no hay definición o descripción por vía normativa de lo que debe entenderse por *operador portuario terrestre -u operación portuaria terrestre-*, ni un entendimiento del todo uniforme proveniente de quienes se manifestaron al respecto¹⁴⁸, más allá de la aproximación asociada a la idea general según la cual ello se predica, en lo principal, de la actividad consistente en el traslado de mercancía, en transporte “*terrestre*”, desde el lugar de desembarco hasta el lugar de almacenamiento -en las diligencias se habló, con frecuencia, de “*urbaneó*”-.

Con el panorama que se ha dejado expuesto, las variables jurídicas, fácticas y circunstanciales llamadas a definir la orientación decisoria en el punto que se estudia, acreditadas en el expediente, se condensan en las reflexiones que a continuación sintetiza el Tribunal:

- La tarifa por UIOPT, como concepto general, existía en el tarifario de la SPRBUN desde antes de la Renovación de 2013, con desagregados rubros específicos que no cobijaba la carga a graneles sólidos; es la inclusión de esta categoría particular, ocurrida en el tarifario implementado a partir del año 2020, lo que habilita el cobro de dicha tarifa a OPP, a quien, no obstante no haber tenido ni introducido cambios materiales en la operación¹⁴⁹, no se le hacían cobros por el anotado concepto¹⁵⁰. Indagados distintos funcionarios de

¹⁴⁷ Archivo denominado 7.1.6, contenido en la Carpeta 10 (Anexos de Contestación a la Demanda de Reconvencción) del Cuaderno No.3 – Pruebas.

¹⁴⁸ Al respecto declararon, por ejemplo, Juan Carlos Micolta Rivas, Coordinador de Planeación de SPRBUN; Santiago Rodríguez Ferrero, Gerente Comercial de OPP; César Restrepo Saavedra, Gerente General de OPP; y Gustavo Flórez Dulcey, Gerente de Ingeniería y Proyectos de SPRBUN.

¹⁴⁹ Así lo aseveraron Álvaro Rodríguez Ferrero, Representante Legal de OPP; César Restrepo Saavedra, Gerente General de OPP; y Gustavo Flórez Dulcey, Gerente de Ingeniería y Proyectos de SPRBUN.

¹⁵⁰ Haciendo abstracción de la legitimidad legal y contractual para realizar las modificaciones efectivamente implementadas desde el mes de febrero de 2020, tópicos particulares como la introducción de la tarifa UIOPT para graneles -vale decir, para OPP en lo que respecta a este

Sede Principal

Calle 8 # 3-14, Piso 4

Tel: 57 (2) 8861369

Cel: 314 8348808

ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



la SPRBUN, en las declaraciones testimoniales rendidas en el proceso, coincidieron en manifestar que no conocían las razones de tal situación¹⁵¹.

- Observa el Tribunal que la motivación expuesta en la solicitud de la SPRBUN para la inclusión de la UIOPT de que se viene hablando involucra razones que, en términos generales, tendrían vigencia desde tiempo atrás; así se predicaría del hecho según el cual se trata de un *“servicio que se presta de manera regular en nuestras instalaciones”*; de la afirmación en punto a que *“resulta importante considerar que el estatuto general de puertos marítimos establece taxativamente la prohibición de la prestación gratuita de servicios o tarifas inferiores al costo (...)”*; y de la similitud *“en los requerimientos locativos y operacionales que aporta el puerto como administrador de la infraestructura”* a la carga general y a la carga a granel sólido.
- En el contexto anunciado de ausencia de descripción legal específica, y en medio de opiniones y posiciones diferentes o no coincidentes sobre el concepto mismo de operador portuario terrestre y de establecer si OPP califica o no como tal, especial importancia hay que otorgar a los pronunciamientos emanados de la Superintendencia de Transporte y de la propia OPP que se han referenciado en renglones precedentes.

En efecto, inocultable relevancia tienen los pronunciamientos que hace la Superintendencia en cuanto, al aprobar solicitudes de la SPRBUN, habilita la presencia, antes de la Renovación de 2013 y después de ella -aunque con desagregaciones específicas diferentes, como ya se vio-, de tarifas por *“USO DE INSTALACIONES PORTUARIAS AL OPERADOR PORTUARIO TERRESTRE”*, y el contenido en el Oficio No. 20206300601121 de 9 de noviembre de 2020, reseñado en renglones precedentes, en el que refiriéndose a una solicitud de OPP en relación con el cobro de la referida tarifa, indica que OPP *“está en la obligación de realizar el pago de la tarifa UIOPT a la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A.”*, con el entendimiento y alcance que allí mismo señala en el sentido que así debe ocurrir *“cuando las operaciones de descargue de buques se realicen a través de vehículos que lleven el producto hasta las bodegas o silos de OPP Gráneles (sic) para su almacenamiento”*.

proceso-, sin que mediara cambio alguno en la actividad que históricamente desplegaba la Convocante, y sin justificación objetiva suficiente en ese sentido, no es propiamente señal de apego a deberes como el de coherencia.

¹⁵¹ Juan Carlos Micolta Rivas, Coordinador de Planeación de SPRBUN; y Jair Fernel Cuero Angulo, Jefe de Planeación de Barcos de SPRBUN.

Sede Principal

Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



Igualmente, evidente importancia tiene el reconocimiento de OPP al anunciar en la antes citada comunicación de fecha 15 de diciembre de 2020, que “*en cumplimiento a lo expresado*” por la Superintendencia, “*procederá a efectuar el pago de la tarifa de UIOPT bajo los términos indicados por dicha entidad*”. Abstracción hecha de las consideraciones esgrimidas por OPP oponiéndose al cobro de la tarifa en cuestión¹⁵², incluso rememoradas en sus escritos de demanda principal reformada, contestación de la demanda de reconvención y alegato final, la inequívoca manifestación de la Convocante a que se ha hecho alusión comporta para ella los efectos vinculantes correspondientes, sin perder de vista, eso sí, que así debe entenderse con el alcance que se hace explícito en la misiva de proceder al pago “*bajo los términos indicados por dicha entidad [por la Superintendencia]*”, lo que remite a los eventos en los que “*las operaciones de descargue de buques se realicen a través de vehículos que lleven el producto hasta las bodegas o silos de OPP Gráneles (sic) para su almacenamiento*”, consideración llamada a incidir directamente en la cabal determinación del monto de la respectiva obligación.

- De otro lado, conviene anotar que al proceso se allegó información sobre la existencia, en los tarifarios de otras Sociedades Regionales Portuarias, de la retribución asociada a uso de instalaciones por el operador portuario en la modalidad específica de “terrestre”¹⁵³, lo que habla, más allá de las particularidades que pueda tener el tratamiento del asunto en cada caso, de que se está en presencia de un elemento objetivo que, como concepto, no es extraño a la actividad en la que se aplica, cuestión relevante en términos de los

¹⁵² Como considerar que OPP carece de la calidad de operador portuario terrestre, o que la tarifa de UIOPT incluye el uso de las instalaciones arrendadas, lo que comportaría *enriquecimiento sin causa*, o que la SPRBUN implementó unilateralmente una nueva tarifa, extraña a la Renovación Contractual y ajena a las actividades desarrolladas por OPP.

¹⁵³ Así se constata, por ejemplo, en los datos que al respecto incorpora el dictamen de parte aportado por la SPRBUN, elaborado por la firma MULTIMODAL, en el que se incluyen “*extractos de las tarifas aprobadas por autoridad competente y debidamente publicadas, de las principales Sociedades Portuarias de Servicio Público*” (SPR de Cartagena, de Barranquilla, de Santa Marta y Sociedad Portuaria Industrial de AguaDulce), asociadas al componente “terrestre” de la operación. También Gustavo Flórez, Gerente de Ingeniería y Proyectos de la SPRBUN, indagado sobre el tema, hizo un par de manifestaciones en su declaración: 1:03:21 “*Sí señor. En el tarifario hay otras terminales también que aplican UIOPT. Digamos, está, nosotros lo tenemos identificado otros puertos en el Caribe aplican esa tarifa*”. 1:50:35 “*Sí señor. Efectivamente no se había cobrado esa tarifa. Y se hizo un trabajo que duró un año, durante el año 2019, donde se hicieron análisis de... comparativos, digamos, de todas las sociedades portuarias de Colombia, de cómo eran sus sistemas tarifarios y se identifican cuáles eran las oportunidades de cambio y de mejoramiento del sistema tarifario y de estandarización. Durante esa revisión, que se hicieron cambios, que no solamente fue esa tarifa. Fue en todas, se hicieron cambios; en todas las tarifas se hicieron cambios. Y también uno de esos cambios fue el UIOPT que se cobra porque las otras sociedades portuarias lo estaban cobrando*”.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



calificativos exigidos para la procedencia de escenarios jurídicos como la teoría de la imprevisión, a los que se hizo ya suficiente alusión.

Así las cosas, aunque con un cariz diferente si se la coteja con lo ocurrido en relación con la tarifa por concepto de UIOPM, la modificación consistente en el cobro a OPP de la tarifa por concepto de UIOPT representa, al final, un evento más de ejercicio de la facultad genérica pactada en el Contrato, lo cual, unido a datos objetivos como la existencia del concepto tarifario como tal -UIOPT- aunque no aplicado antes a graneles en el régimen desde antes previsto en la SPRBUN y existente en sistemas tarifarios de otras sociedades portuarias, conducen a su no catalogación como circunstancia extraordinaria ni imprevisible, desde luego proveniente de uno de los contratantes, por todo lo cual carece de virtualidad material para habilitar la aplicación de teoría de la imprevisión, sin que, de nuevo, sea necesario adentrarse en el examen sobre la concurrencia -o no- de los demás requisitos exigidos para dicha habilitación.

Y agréguese a lo dicho que en este tópico conservan vigor las varias apreciaciones antes exteriorizadas por el Tribunal en torno al restrictivo margen de imprevisibilidad y extraordinariedad que puede predicarse de la variable relativa a cambios tarifarios cuando, además de las estipulaciones contractuales, concurren factores como el sustrato normativo propio de la actividad en la que se ubica el objeto de la relación negocial, su caracterización en términos de larga duración y la intervención de autoridades de la administración pública -la Superintendencia de Transporte en este caso- avalando, previa revisión, los sistemas tarifarios propuestos por la concesionaria -SPRBUN en este caso- a lo largo de la ejecución del Negocio Jurídico.

Adicionalmente, siguiendo la línea de argumentación trazada por el Tribunal, mediando la realización de una conducta no contraria a la Ley ni al Contrato, que al final comporta el ejercicio de una facultad radicada en cabeza de la SPRBUN, el cobro del nuevo rubro tarifario, como tal, no configura incumplimiento de obligaciones principales -en la terminología utilizada en el *petitum* de la demanda principal reformada-, de modo que carecen de vocación de prosperidad, en ese frente, las pretensiones incoadas a título de responsabilidad civil contractual, reflejadas en la “*CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL*” -y sus consecuenciales-, en la “*TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*” -y sus consecuenciales- del “*3.2 Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias*”, y en la “*SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*” -y sus consecuenciales- del “*3.3 Segundo Bloque de Pretensiones Subsidiarias*”.

Ya se ha dicho que por separado, en apartado posterior considerará el Tribunal, en general, la reclamación de OPP bajo la óptica de los denominados deberes

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



secundarios de conducta, incluido lo relativo al alcance de la misma y su valoración frente a los hechos y circunstancias que corresponda.

Igualmente, como en ocasión anterior, en acápite posterior independiente se ocupará el Tribunal del tema de la tarifa UIOPT desde la óptica del incumplimiento que en cuanto a su pago atribuye la SPRBUN a OPP en la demanda de reconvención.

5.3. La exigencia de doble pesaje.

Otra de las reclamaciones de la Convocante, con la misma invocación de hecho o circunstancia sobreviniente con virtualidad de afectación, se refiere a la exigencia del denominado doble pesaje.

5.3.1. Posición de las partes.

OPP.

De manera general incluye OPP en el capítulo de los hechos de la demanda principal reformada el numeral 2.83 relativo a la *“Implementación de nuevas tarifas que tiene efectos en la ejecución de los Contratos complejos de Arrendamiento y de Uso de Infraestructura, y la Renovación Contractual”* y de manera particular dentro del título 2.83.1.1.2 se refiere a *“La exigencia del Doble Pesaje”*.

Advierte frente a este tópico que la SPRBUN implementó de forma posterior a la celebración del negocio jurídico -en diciembre de 2019-, de manera unilateral, *“(…) el cobro de una tarifa a los importadores y usuarios sustentada en la imposición de un pesaje de la carga, que cobra a los importadores, adicional al que realiza OPP GRANELES S.A (el cual no cobra por ser incoherente en relación con el servicio de descargue y despacho), en las instalaciones portuarias como Depósito Público Habilitado”*. Advierte en este sentido que, *“(…) se implementó una medida de doble pesaje como una obligación a los importadores”* (2.83.1.1.2.1.) y que esta nueva exigencia *“(…) sumado al cobro por el mismo afecta la cadena logística de los usuarios y la competitividad del puerto frente a los demás terminales del pacífico colombiano”* (2.83.1.1.2.2.).

Enumera más adelante la Convocante los efectos de la tarifa por el doble pesaje y destaca que: *“(i) Implica sobre costos en nuestra operación por ineficiencia en el despacho de la carga. Implica una ineficiencia logística que genera demoras y permanencias de los vehículos dentro del Puerto, lo cual impacta la relación comercial que se tiene con los clientes (...); (ii) Genera, además, un reproceso que impacta los Contratos de Arrendamiento, y de Uso de Infraestructura, y su*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





Renovación Contractual, pues las básculas de OPP que hacen parte de la infraestructura de SPRBUN ya realizan el pesaje y control de la carga, lo cual impacta la relación comercial que se tiene con los clientes de OPP GRANELES (...); (iii) Implica también una subutilización de inversiones realizadas en equipos por parte de OPP GRANELES. Así, se tiene que un total de 11 básculas de despacho (3 básculas camioneras y 8 básculas bacheras especializadas en graneles), hacen parte de las inversiones realizadas por OPP GRANELES para garantizar eficiencia en los despachos; y (iv) Pérdida de Imagen Comercial para OPP GRANELES e ineficiencias operativas. Al generarse este nuevo cobro, que además solo se genera a cargo de OPP que es a la única que le toca hacer el doble pesaje, se genera inconformidad entre los clientes inicialmente por el perjuicio económico y por el retroceso logístico de la nueva medida” (2.83.1.1.2.5.).

A modo de conclusión advierte que “(...) estas medidas, no son realizadas ni cobradas en otros terminales para graneles, lo que genera que los clientes preferirán la mejor tarifa, con lo que existirá una inevitable pérdida de carga para OPP GRANELES”.

En cuanto a las pretensiones presentadas por la Convocante en lo que tiene que ver con la llamada exigencia del doble pesaje, comienza OPP por proponer la “SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL”, en la que solicita que se declare que “(...) han ocurrido circunstancias extraordinarias con posterioridad a la celebración del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’”.

A su vez, dentro de la denominada “TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL” pretende que el Tribunal declare que “(...) las circunstancias extraordinarias a las que hace referencia la pretensión anterior, ocurridas con posterioridad a la celebración del negocio jurídico contractual, han desfigurado la causa económica subyacente al negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’”; y, como pretensión consecucional, formula la “Quinta Pretensión Consecucional de la Tercera Pretensión Principal”, en la que solicita que se ordene, a título de revisión contractual, que la SPRBUN “(...) se abstenga de exigir a los usuarios de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. y OPP

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





GRANELES S.A., el doble pesaje a los que se refieren los hechos de esta demanda”.

Por último, formula también la “*CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL*” en la que pretende que se declare que la SPRBUN “*(...) incumplió las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual (incluyendo, pero sin limitarse a los deberes de lealtad, fidelidad, cooperación, coherencia y fidelidad) para con mis representados y que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’*”. Y a manera consecencial, dentro de la “*Primera Pretensión Consecencial de la Cuarta Pretensión Principal*” busca la Convocante la declaración del Tribunal en el sentido en que la SPRBUN “*(...) es civilmente responsable por los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’*”.

En cuanto a las pretensiones incluidas por OPP dentro del “*Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias*”, de manera específica plantea la “*SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*” en virtud de la cual busca que se declare que “*(...) han ocurrido circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, con posterioridad a la celebración del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’*, y que han afectado las prestaciones de futuro cumplimiento de dicho negocio jurídico, de un modo tal que lo hacen excesivamente oneroso su cumplimiento para OPP GRANELES S.A.”. Y, de manera consecencial, formula la “*Quinta Pretensión Consecencial de la Segunda Pretensión Subsidiaria*” para solicitar que se ordene, a título de revisión contractual, que la SPRBUN “*(...) se abstenga de exigir a los usuarios de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. y OPP GRANELES S.A., el doble pesaje a los que se refieren los hechos de esta demanda*”.

Además, pretende que se declare en el marco de la “*TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*” que la SPRBUN “*(...) incumplió las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



contractual, incluyendo, pero sin limitarse a los deberes de lealtad, fidelidad, cooperación, coherencia y fidelidad, para con mis representados”. Y, dentro de esta, en la “Primera Pretensión Consecuencial de la Tercera Pretensión Subsidiaria” pide que se declare que la SPRBUN “(...) es civilmente responsable por los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual (incluyendo, pero sin limitarse a los deberes de lealtad, fidelidad, cooperación, coherencia y fidelidad) que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’”.

Por último, en el capítulo relativo al “Segundo Bloque de Pretensiones Subsidiarias” formula la llamada “SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA”, en la que pretende que se declare que la SPRBUN “(...) incumplió las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’”. Y, de forma consecuencial, formula la “Primera Pretensión Consecuencial de la Segunda Pretensión Subsidiaria” en virtud de la cual solicita que se declare que la SPRBUN “(...) es civilmente responsable por los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’”.

También presenta la Convocante, en su alegato de conclusión, un capítulo relativo al doble pesaje, referenciado como el tercer evento sobreviniente en virtud del cual recalca que “La SPRBUN implementó unilateralmente la exigencia de doble pesaje para toda la carga derivada de su operación, a pesar de que OPP, al ser depósito público autorizado por la DIAN, posee la infraestructura necesaria para realizar el pesaje de la carga que llega a sus muelles”; agrega que esta nueva medida “(...) acarreó serios perjuicios para OPP, toda vez que conllevó una pérdida en la eficiencia de sus muelles y en el deterioro de su imagen comercial”; y afirma que “El impacto de esta nueva medida para OPP, más que económico (dado que lo pagan los importadores), fue operativo y reputacional. En efecto, el doble pesaje implica una innecesaria duplicidad en una etapa crucial del proceso

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



de retiro de las mercancías de las instalaciones de la SPRBUN, lo que genera una dificultad operativa inmensa y quejas permanentes de los importadores, quienes pagan doble vez un servicio: un pesaje a OPP y un pesaje a la SPRBUN”. Además, llama la atención del Tribunal en el sentido de que “Al ser la SPRBUN la concesionaria del Puerto, es su deber pesar todas las cargas descargadas por los operadores que no tengan básculas acreditadas (sic)”. Sin embargo, resalta que “Si OPP es depósito público autorizado por la DIAN y sus básculas están acreditadas, nada explica la necesidad de un pesaje adicional, que congestiona la operación y le resta competitividad a mi representada”.

Al final, presenta OPP un recuento de los principales efectos adversos generados en razón a la imposición del nuevo pesaje y destaca entre ellos que: “a. Se generaron ineficiencias en el despacho de la carga (...); b. Hubo un impacto en la relación comercial con los clientes de OPP, afectando los ingresos de la Renovación Contractual (...); c. Se subutilizaron las inversiones realizadas en equipos por parte de OPP (...); y, d. Se vio afectada la imagen comercial de OPP debido a las ineficiencias operativas”.

SPRBUN.

Al contestar el escrito de demanda reformada, la Convocada se refiere a cada uno de los hechos enunciados por la Convocante y como primera medida llama la atención en el sentido de que las afirmaciones de OPP escapan a la competencia del Tribunal “(...) por tratarse de una situación completamente ajena al objeto del Contrato ni es un cobro que se le haga a OPP con ocasión del mismo” (Al hecho 2.83.1.1.2.1.); destaca que, en todo caso, las afirmaciones de OPP corresponden a “(...) una apreciación personal de la convocante que carece de sustento probatorio” (Al hecho 2.83.1.1.2.2.); y por último, hace claridad en que “(...) la mayoría de las sociedades portuarias en Colombia realizan y cobran el pesaje de la carga que ingresa y sale de sus instalaciones” (Al hecho 2.83.1.1.2.6.)

Adicionalmente, como ocurre frente a los demás tópicos planteados por la Convocante, formula la SPRBUN una oposición general frente a todas las pretensiones -principales y subsidiarias-; aduce que “Las principales son contradictorias entre sí (...)” y “Las pretensiones subsidiarias son una repetición de las principales (...)”.

También presenta en su escrito de alegatos un breve recuento de los principales argumentos de cara al tema de la exigencia del doble pesaje y hace claridad en cuanto a que, en su parecer, quedó demostrado en el proceso que, por un lado, “OPP no asume ningún valor derivado del pesaje de camiones que efectúa la SPRBUN, por lo cual no tiene incidencia alguna en la ecuación económica del

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



Contrato” y que, además, “En cumplimiento de las diferentes regulaciones del sector portuario, SPRBUN se encuentra obligada a realizar el pesaje de todos los camiones que entran o salen de la terminal portuaria, sin importar que OPP haya realizado el pesaje de estos camiones”.

Hace especial énfasis la Convocada en el hecho de que “(...) la decisión de realizar el pesaje a todos los camiones, sin excepción -no solo a aquellos provenientes de OPP- se deriva precisamente del cumplimiento de los estándares de seguridad y del ejercicio de la función administrativa propia de SPRBUN a quien el Estado colombiano le ha entregado en concesión la terminal portuaria administrada y, por lo tanto, la prestación del servicio público portuario”, y deja claro que en todo caso “(...) el perito contratado por OPP -sin perjuicio de que este dictamen no debe tener ninguna validez probatoria según se ha expuesto- no tuvo en cuenta el doble pesaje en su análisis. Esto solo se explica en el marco de lo que hemos dicho: si alguien asume el costo del pesaje es el propietario de la carga, que nada tiene que ver con el Contrato, no existiendo un nexo ente el pesaje y el Contrato”.

5.3.2. Consideraciones del Tribunal.

Debe ocuparse el Tribunal, en el marco de las circunstancias sobrevinientes invocadas por OPP, de este tema relativo a la exigencia de doble pesaje.

La declaración de parte del señor Álvaro Rodríguez Ferrero, Representante Legal de OPP, explica el alcance de la situación fáctica que se examina:

1.35:39

“APODERADO PARTE CONVOCANTE: Explíquenos un poco el problema del doble pesaje. OPP ha manifestado que eso es un inconveniente en diversas cargas. ¿Por qué es un inconveniente el doble pesaje? ¿En qué consiste y qué es... cuál es el problema?”

1:35:55

DECLARANTE: Voy a intentar ser lo más claro posible. Les pido disculpas a los señores árbitros si me extiendo o no soy muy claro. Cuando nosotros hacemos el descargue del barco y llevamos la carga a las bodegas, esas bodegas están... hacen parte de un depósito público habilitado a nombre de OPP. Ahí es donde se nacionaliza esa carga. ¿Cierto? Dentro de las inversiones que hemos hecho y nuestro servicio, cuando el cliente nacionaliza la carga y decide asignársela a un transportador para que la saque del Puerto y la lleve a sus instalaciones para poder manejar el inventario y llevar la importación del producto y tener toda la documentación, se tiene que

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





pesar ese producto. Salen unos recibos en las básculas de OPP que son certificadas, y que van descontando de la carga nacionalizada y se reporta a la DIAN, en el depósito público, y sale el producto completamente identificado, pesado y listo para ser despachado o transportado por el conductor del camión a las plantas de los clientes.

Entonces, digamos que dentro del servicio que cobra OPP está la certificación, el recibo y el... el pesaje de ese producto que sale del Puerto para el manejo de inventarios y la nacionalización de la carga con la DIAN. Normalmente lo que pasaba era que el producto salía... el camión salía con el recibo de báscula de OPP y con ese se podía retirar de las instalaciones del Puerto y llegar a la planta del cliente.

De un tiempo para acá, si no estoy mal por esas épocas del 2020, la Sociedad Portuaria empezó a cobrar un pesaje adicional. Es decir, aparte del recibo que salía del depósito público de OPP de la carga nacionalizada del cliente, el camión tenía que dar una vuelta y hacer una fila para los camiones de contenedores, de carga general, de vehículos, de todos los camiones que salen y entran del Puerto y que hacen parte de esa operación, para volverse a pesar, así tuvieran el recibo. Y le cobraban una tarifa por este servicio. Entonces, empezaron a cobrarle a los clientes y los clientes pues, obviamente, se molestaron mucho con... con la situación. Nos mandaron muchísimas cartas diciendo que por qué se les estaba cobrando otra vez un pesaje que normalmente no se les cobraba y que hace parte del servicio que cobra OPP. Creo que le mandaron varias cartas a la Sociedad Portuaria de Buenaventura.

Pero tal vez lo más traumático para el cliente no solamente es el doble cobro, dos pesajes, es realmente innecesario, sino el sobre costo que significa para el transportador terrestre, para la empresa de transporte. Porque esta es una pérdida de tiempo y una pérdida de eficiencia de la rotación del equipo. Entonces, terminan cobrándole más a nuestros clientes porque tienen que pesar dos veces. Mientras que otros clientes u otras cargas no las tienen que pesar dos veces. Entonces, el cliente también está sujeto a una ineficiencia en el transporte que se le deriva en un costo más alto. El transportador no quiere transportar ese producto porque se demora más y es ineficiente la rotación de su equipo. Entonces, aparte de ese cobro, aparte del tiempo, del tiempo que se toma volver a hacer una fila, volver a pasar por una báscula y ahí sí salir, es la molestia de los transportadores y

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



por ende la subida de ese costo, costo de transporte para nuestros clientes. Ese es el doble pesaje” (Resalta el Tribunal)

1:39:36

“APODERADO PARTE CONVOCANTE: Permítame le hago una pregunta. Si le entendí bien, de su respuesta anterior, OPP no paga ese segundo pesaje, por llamarlo de alguna manera. Si OPP no paga ese segundo pesaje, ¿por qué es un inconveniente para ustedes, si al final es un problema de la Sociedad Portuaria y el importador?

1:39:55

DECLARANTE: Pues... por lo que le comentaba. Es un problema de sobrecosto para el cliente, que tiene su carga en un depósito público habilitado. La descarga y la nacionaliza en la DIAN, sale, sale pesada, certificada, para el manejo de sus inventarios y tiene que volver a hacer otra fila, volver a pagar. Y además pierde mucho tiempo. Entonces los transportadores prefieren no trabajar con esos clientes que tienen que poner dos veces... o tiene que pasar el camión dos veces por una báscula. Porque se hace... se hace ineficiente el proceso. Entonces, nosotros estamos peleando es por los usuarios del Puerto. Como... oiga, mire... no es necesario, señor Sociedad Portuaria, volver a hacer este pesaje. Mire que aquí está certificado, está en el depósito público y... todas las inversiones que nosotros hicimos en básculas, que son de última tecnología, que ni siquiera tienen personas, ya es un tema completamente tecnológico, para que no haya ninguna diferencia en los pesos... Todas esas inversiones, pues... se pierden y el cliente pierde tiempo y los transportadores no quieren trabajar con el cliente. Entonces, casi que era un pedido para... aunque no nos costara a nosotros más, era un pedido a la Sociedad Portuaria de que flexibilizara ese tema para no afectar a sus clientes. Porque al final del día, todos mis clientes, doctor Sergio, son los clientes del Puerto. Todo lo que yo hago el Puerto lo factura. Entonces, era un efecto... una afectación innecesaria para sus propios clientes” (resalta el Tribunal).

El testimonio de Santiago Rodríguez Ferrero, Gerente Comercial de OPP, explica que:

“Cuando se habla del doble pesaje se habla, pues, como se los dije al inicio, de un vehículo tiene que entrar y pesar vacío. Posterior al pesaje vacío se hace el llenado del camión y posterior se hace el pesaje lleno; que le genera el tiquete de salida. Con el cambio y con la implementación del doble pesaje lo que se hace es: pesa vacío en las básculas de Sociedad

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



Portuaria, pesa vacío en las básculas que quedan dentro de Sociedad Portuaria que son, digamos, las de OPP, como depósito público, se hace el llenado del camión, se pesa lleno en la báscula de OPP y posteriormente se pesa lleno en la báscula de Sociedad Portuaria. ¿Sí? Es decir, yo... yo aquí digamos diferencio entre báscula de OPP y Sociedad Portuaria para que todos me entiendan. (...) durante 20 años fueron las mismas básculas. Entonces, digamos, el gran cambio es que les exigen hacer un doble pesaje o un reproceso que trajo inconformidad entre las empresas de transporte, mayores tiempos de permanencia dentro del Terminal, se hacen filas larguísimas. En ese sentido esa es la gran inconformidad”.

En la misma línea, otro aparte de esta declaración se desarrolla de la siguiente manera:

1:34:36

“APODERADO PARTE CONVOCADA: Entonces, antes de que llegara ese documento que usted no tiene a mano, ¿no se pesaban los camiones cuando entraban y salían de la Sociedad Portuaria?”

DECLARANTE: Claro que sí se pesaban. Lo que pasa es que se pesaban en las básculas graneleras; digamos que de OPP o que, digamos invirtió OPP. Eran unas básculas bacheras y unas básculas camioneras. Eso, para los clientes, son básculas que eran de Sociedad Portuaria, están en el recinto de Sociedad Portuaria, están, digamos... tienen una lógica sobre el pesaje, porque OPP es el depósito público habilitado que tiene, digamos, la ... la obligación del control del pesaje frente a la DIAN. Entonces se pesaba, se hacía control en el depósito público y se salía con la etiqueta del pesaje de las básculas de OPP. Pero, pues, para los clientes, esas básculas siempre fueron básculas de Sociedad Portuaria. De hecho, están dentro del recinto de Sociedad Portuaria, la Sociedad Portuaria se las pasó a la ANI como inversiones de la Sociedad Portuaria. Obviamente son inversiones que hizo OPP dentro de su contrato, en pro de la eficiencia. Se las pasa a la Sociedad Portuaria y la Sociedad Portuaria se las pasa a la ANI. Entonces, obviamente, la polémica que se generó fue: --Oiga, yo vengo pesando en unas básculas, ¿usted por qué me va a hacer pesar en otras básculas, adicional de las básculas que ya tengo que pesar? Y ahí, digamos, es... la controversia, la controversia sobre eso. Y eso fue la reacción. Ahí sí tengo 30 correos, cartas, como le comentaba, de agremiaciones de Fenavi, de camioneros, de Federal, que es la otra gran agremiación; tengo quejas de los clientes. Por ejemplo, hay una... en el caso de Yara, correo diciendo que los barcos se iban para Compas.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co



SC648-1



Digamos que eso, digamos, es el gran cambio para los graneles. Se les está diciendo: --Usted tiene que pesar en esta báscula y me tiene que pagar por algo que en los últimos 20 años no he pagado, en los últimos 20 años ha tenido un control de entrada y de salida, porque obviamente la carga se pesa en unas básculas especializadas, que eran supremamente eficiente. Eso, digamos, es el gran cambio con lo que... Y de hecho el que impone ese doble pesaje o el que saca ese comunicado fue el gerente que les comentaba, de apellido Cepeda. Y posteriormente cuando llega Yajaira reconoce que hubo un error, reconoce que la manera que se hizo de sacar un comunicado que en dos semanas se iba a comenzar a cobrar, que se iba a obligar a hacer un pesaje en otras básculas, fue de manera equivocada. Y por eso la misma Sociedad Portuaria, la gerente de Sociedad Portuaria, se compromete con la Superintendencia, se compromete con las agremiaciones, a desmontar el cobro del doble pesaje. Entonces, pues, digamos que esa es como que la situación completa.

1:38:13

APODERADO PARTE CONVOCADA: *Cuando se habla de doble pesaje es que un pesaje lo hace la Sociedad Portuaria y el otro, ¿quién lo hace?*

DECLARANTE: *Cuando se habla del doble pesaje se habla, pues, como se los dije al inicio, de un vehículo tiene que entrar y pesar vacío. Posterior al pesaje vacío se hace el llenado del camión y posterior se hace el pesaje lleno; que le genera el tiquete de salida. Con el cambio y con la implementación del doble pesaje lo que se hace es: pesa vacío en las básculas de Sociedad Portuaria, pesa vacío en las básculas que quedan dentro de Sociedad Portuaria que son, digamos, las de OPP, como depósito público, se hace el llenado del camión, se pesa lleno en la báscula de OPP y posteriormente se pesa lleno en la báscula de Sociedad Portuaria. ¿Sí? Es decir, yo... yo aquí digamos diferencio entre báscula de OPP y Sociedad Portuaria para que todos me entiendan. Pero luego, la explicación que le di es: las inversiones las hizo OPP, pero esas inversiones la Sociedad Portuaria se las pasa a la Agencia Nacional de Infraestructura como inversiones de la Sociedad Portuaria. Es decir, para los ojos de los clientes las básculas que están dentro de Sociedad Portuaria y que están conectadas al depósito aduanero son básculas de Sociedad Portuaria y OPP. Para ellos es... son las mismas básculas. Y durante 20 años fueron las mismas básculas. Entonces, digamos, el gran cambio es que les exigen hacer un doble pesaje o un reproceso que trajo inconformidad entre las empresas*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



de transporte, mayores tiempos de permanencia dentro del Terminal, se hacen filas larguísimas. En ese sentido esa es la gran inconformidad. Y adicional a eso, adicional a que ya es una incomodidad en sí, operativa, se les está cobrando 40 centavos. Compas, mi competencia, con la que yo peleo para que los barcos se vengán a Sociedad Portuaria y no se vayan a Compas, no cobra 40 centavos, nunca ha cobrado, nunca ha cobrado eso. Entonces, pues al final le quita competitividad a la Sociedad Portuaria, le quita competitividad a OPP. Claramente, pues... al que más afecta es a OPP. Porque los otros operadores portuarios no tienen depósito público interno, no tienen básculas internas en Sociedad Portuaria. Entonces, eso es una medida que afectó directamente a OPP y a los clientes de OPP. ¿Si? Y, pues, digamos que en ese sentido la Sociedad Portuaria misma se dio cuenta, los comerciales se dieron cuenta de que fue una medida errónea, una medida equivocada. Y por eso se comprometieron a desmontar. El cobro lo han desmontado. Pero hay clientes pequeños que siguen pagando. Entonces, ahí es... Digamos, en el contexto del tarifario de usos y el tarifario de pesaje, donde todo se volvió subjetivo y depende... depende de la Sociedad Portuaria a quien le cobra o no. Y ahí es donde, pues, nosotros como operadores graneleros dentro de la Sociedad Portuaria pues... hemos perdido, pues... toda la... la capacidad para competir de manera eficiente” (resalta el Tribunal).

Ante la circunstancia de que se estaba cobrando una suma para la SPRBUN por el segundo pesaje, porque OPP por este concepto nada facturaba, se puso de presente que dicho cobro afectaba las actividades del comercio exterior, razón por la cual se suspendió el cobro, pero no la actividad del doble pesaje, según lo informó al Tribunal el declarante Fernando Auslestia, Gerente Comercial de la SPRBUN, cuando indica, confirmando lo declarado por Santiago Rodríguez:

0:29:00

APODERADO PARTE CONVOCANTE: Perfecto. En esta comunicación, si podemos bajar en su contenido, se lee lo siguiente en el segundo párrafo: Teniendo en cuenta lo anterior el pasado 4 de septiembre de 2020 la Delegatura de Puertos sostuvo reunión con la Gerente General de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura para abordar entre otros temas el relacionado con los cobros por pesaje a la carga, de acuerdo con el comunicado del 12 de diciembre de 2019 por Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura. Luego dice, en el tercer párrafo: ***Así las cosas y una vez se concluyó que dichos cobros podrían estar afectando las actividades del comercio exterior, la Sociedad Portuaria, en cabeza del Gerente General,***

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



ingeniera Yajaira Díaz Quesada, estableció el compromiso de suspender los cobros por pesaje. Le pregunto: ¿si la Sociedad Portuaria, como dice esta comunicación, había asumido el compromiso de suspender los cobros por pesaje, sabe usted por qué a la fecha no se han suspendido tales cobros?

DECLARANTE: *Los cobros se suspendieron. Lo que no se ha suspendido es el proceso de pesaje; se está haciendo el doble pesaje” (resalta el Tribunal).*

Este mismo declarante informa:

“Y la Sociedad Portuaria comenzó, por supuesto, a cobrarle a todo el universo de clientes. Eso ha tenido unos cambios importantes porque los grandes importadores tomaron unas medidas comerciales contra la Sociedad Portuaria llevándose los buques a otras instalaciones y sobre todo en momentos en que digamos la carga baja, en momentos en que no hay tanta presión de carga en Buenaventura. Pues se le llevaron los buques a otros terminales. Y cuando la Sociedad Portuaria, desde el punto de vista comercial, fue a hablar con los clientes, los clientes le dijeron: Con ustedes no vamos a operar, porque esto es absolutamente inadmisibile. ¿Qué pasó? Eso ha tenido una evolución. Y la evolución es que a la mayoría de los grandes importadores la Sociedad Portuaria no les está cobrando la tarifa de pesaje. Sin embargo, no ha desmontado el pesaje. Todo el mundo tiene que pesar. A pesar de que no lo están cobrando. Y obviamente hay una afectación operativa. Cuando no hay congestión las mismas empresas de transporte le están diciendo al cliente: Venga, prefiero trabajar en otro terminal donde no se me demoran tanto mis camiones a las demoras que me están ocasionando el doble pesaje dentro de la Sociedad Portuaria” (resalta el Tribunal).

El testimonio de Gustavo Flórez Dulcey, Gerente de Ingeniería y Proyectos de SPRBUN, en lo referente al doble pesaje señaló:

1:58:36

“AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO: Una última pregunta. Se ha tocado aquí el tema de un doble pesaje, el cual se instaló, se implementó en el año 2020. Se ha aducido por parte de algunos testigos que se cobró en alguna oportunidad y luego se levantó ese cobro. O sea, no se está haciendo el cobro; o al menos para algunos, también. ¿Qué nos puede comentar usted sobre ese tema?

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





DECLARANTE: Bueno, doctor. Ehh... El doble pesaje no existe. Lo que existe es una obligación de una normatividad de pesar. Pesar, no de doble pesar. La Sociedad Portuaria también está vigilada y regulada por toda la normatividad del Ministerio del Transporte. Hay mucha información referente al tema del pesaje que obliga a la Sociedad Portuaria a que pese, antes de salir de las instalaciones para que los camiones, según su tipo, no vayan excedidos en peso. Y como tal la Sociedad Portuaria se obliga y reporta permanentemente al Ministerio del Transporte los pesos de los camiones. Digamos que... había una condición que también se revisa a partir del año 2020 que como era el proceso operativo de ese pesaje. Y lo que se hace es un cambio netamente operativo del pesaje. Este pesaje digamos de graneles no se está cobrando. No se está cobrando. Es una... básicamente una normatividad de cumplimiento operativo y regulatorio con el Ministerio del Transporte.

Asimismo, en enero del 20 la Superintendencia de Transporte envió una comisión de vigilancia y de inspección que también hay documentos de esa inspección que fue y revisó todo ese procedimiento de pesaje en la Terminal y no encontró nada anormal. Estábamos cumpliendo. Inclusive menciona que el tiempo de pesaje en báscula era del orden de 2 minutos. El documento está disponible, si se requiriera. Recuerdo los funcionarios que participaron en esa inspección estuvieron durante varios días revisando toda esa normatividad. Porque yo pues, quiero mencionar como una parte de eso. Que nosotros somos muy vigilados por todas las autoridades. A nosotros nos vigila la ANI, tenemos Interventoría, tenemos la parte social, tenemos la parte ambiental. SuperTransporte nos hace una inspección todas las semanas. Todas las semanas y hacemos actas. El ANLA nos visita. Tenemos dentro de nuestras instalaciones el ICA, el INVIMA. Tenemos 100% la Policía Antinarcóticos. Tenemos la DIMAR, que también nos vigila. Tenemos también los guardacostas. Todas las autoridades nos vigilan el 100%, las 24 horas del día.

*Y en este aspecto del pesaje, del pesaje, vino y lo verificó la Superintendencia de Transporte y hay unos documentos muy claros de ese punto, de ver cómo lo estábamos haciendo nosotros, desde un tema de procedimiento operativo. **No existe el mal llamado doble pesaje. Es un término. Pero es una obligación de pesar las cargas que viene consignada desde toda la parte de regulación del Ministerio del Transporte (resalta el Tribunal).***

2:02:19

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO: Bueno... Siempre habíamos escuchado, no somos expertos en la materia, pero sí la existencia del doble pesaje la habían aceptado algunos. Inclusive testigos, representantes de la misma Sociedad. Usted es el único que nos dice que no la hay. Pero simplemente para claridad. Lo que tengo entendido, si me equivoco es por esa falta de conocimiento, cuando OPP realiza o va a salir una mercancía hace un pesaje. Que con anterioridad ese certificado o ese stiker que le daban era convalidado y salía. Pero hoy tiene que hacer un pesaje en una parte y luego otro pesaje en otra parte. ¿Estoy en lo correcto para hilar la siguiente pregunta o estoy equivocado?

DECLARANTE: Sí señor... A ver... OPP, en sus instalaciones de almacenaje, ellos hacen pesaje porque tienen que controlar sus inventarios, ¿cierto? Es como cuando usted... ahí tienen que saber cuánto producto están entregándole al camión que viene a llegar. Eso es correcto y tienen un stiker. Pero nosotros, Sociedad Portuaria, tiene unas obligaciones de pesar a la salida del... digamos del recinto. Es que adentro... la responsabilidad general de la concesión total es de la Sociedad Portuaria. Y adentro existen unos operadores que tienen unas operaciones especializadas. Pero ellos, todos, están regulados por un reglamento de operaciones. Entonces, existen operadores que tienen también zona de almacenaje para las diferentes cargas. OPP tiene para graneles. Ciamsa tiene para el azúcar. Y está también el tema del café. Pero todos estamos obligados a cumplir toda la normatividad del gobierno y del reglamento de operaciones. Todos. Y todos hacen también su pesaje, tanto a la entrada como a la salida. Todo. Porque es que nosotros tenemos una responsabilidad como depósito habilitado y tenemos que reportarle a todas las autoridades. A la DIAN también tenemos que reportarle. Y al Ministerio del Transporte” (resalta el Tribunal).

Del análisis de las anteriores declaraciones se evidencia que la denominada actividad -sobreviniente- del doble pesaje se adoptó con carácter general -no estaba destinada específicamente a OPP- y tenía como propósito el control de la carga de entrada y salida para la SPRBUN. Empero, OPP ha considerado que los pesajes que efectuaba con sus básculas eran suficientes por estar ellas habilitadas por la DIAN, parecer no compartido por la SPRBUN, quien estima que a la propia concesionaria le corresponde verificar los pesos de manera directa, como en efecto procedió a hacerlo.

Surge de lo anterior que la inconformidad de la Convocante se enfoca esencialmente en que, de alguna manera, la Convocada no de fe a las labores de

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



pesaje que aquella efectúa, y exige uno propio y adicional, lo cual plantea el interrogante de si podía la SPRBUN imponer dicho doble pesaje, para cuya respuesta el Tribunal acude al pacto que liga a las partes y encuentra que según la cláusula séptima de la Renovación de 2013, en el literal d) se consagra como obligación de la Convocada *“Realizar el control de ingreso y salida del área de la concesión del Terminal Marítimo de Buenaventura a todos los vehículos y personas, de acuerdo con sus obligaciones como concesionario”*, estipulación contractual que, en opinión del Tribunal, legitima a la SPRBUN, para realizar directamente la actividad en cuestión en sus básculas¹⁵⁴.

De lo expuesto se desprende, de un lado, que por cuenta del doble pesaje no hay espacio jurídico para la aplicación de la teoría de la imprevisión pues, con independencia de lo discutible que resultaría la calificación de tal circunstancia como imprevisible y extraordinaria, mediando la estipulación contractual reseñada y el rol general de la SPRBUN como concesionaria del Terminal Marítimo, es claro que en ningún caso tendría virtualidad para ser fuente de excesiva onerosidad para la Convocante, pues, como se afirma en el alegato de conclusión de OPP, *“El impacto de esta nueva medida para OPP, más que económico (dado que lo pagan los importadores), fue operativo y reputacional. En efecto, el doble pesaje implica una innecesaria duplicidad en una etapa crucial del proceso de retiro de las mercancías de las instalaciones de la SPRBUN, lo que genera una dificultad operativa inmensa y quejas permanentes de los importadores, quienes pagan doble vez un servicio: un pesaje a OPP y un pesaje a la SPRBUN”*¹⁵⁵. Y del otro, que se descarta la configuración de incumplimiento de una obligación principal a cargo de la SPRBUN, de modo que carecen de vocación de prosperidad, en ese frente, las pretensiones incoadas a título de responsabilidad civil contractual, reflejadas en la *“CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL”* -y sus consecuenciales-, en la *“TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA”* -y sus consecuenciales- del *“3.2 Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias”*, y en la *“SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA”* -y sus consecuenciales- del *“3.3 Segundo Bloque de Pretensiones Subsidiarias”*.

Es del caso reiterar que por separado, en apartado posterior considerará el Tribunal, en general, la reclamación de OPP bajo la óptica de los denominados deberes secundarios de conducta, incluido lo relativo al alcance de la misma y su valoración frente a los hechos y circunstancias que corresponda.

¹⁵⁴ No hay demostración de existencia de un acuerdo expreso -ni tácito- en el sentido de entender cumplida esa obligación contractual de la SPRBUN con el pesaje en las básculas de OPP.

¹⁵⁵ Folio 61 del alegato presentado por OPP.



5.4. La implementación de nuevas medidas operativas por la aplicación subjetiva de un Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación -RCTO- no aplicables.

Otro de los temas que invoca la Convocante en su escrito de demanda principal reformada tiene que ver con el que ha denominado “2.84. Implementación de nuevas medidas operativas por la SPRBUN que tienen efectos en la ejecución de los Contratos de Arrendamiento, y de Uso de Infraestructura, y la Renovación Contractual”.

5.4.1. Posición de las partes.

OPP.

En cuanto a este tópico de la reclamación, OPP pone de presente que la SPRBUN como administradora de la Terminal de Buenaventura “(...) tiene la facultad de hacer uso del Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación, el cual, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, será el vigente al momento de la suscripción de los Contratos de Arrendamiento y de Uso de Infraestructura, incluida su Renovación Contractual” (2.84.1.). Así las cosas, agrega que en el mismo periodo de tiempo en el cual la SPRBUN realizó las modificaciones al régimen tarifario, “(...) también realizó modificaciones al Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación, los cuales afectan contractual y comercialmente a OPP GRANELES de forma sobreviniente” (2.84.3.).

Como algunas de las medidas que ha tomado la SPRBUN amparada en el Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación, destaca OPP que la Convocada decidió “(...) darle prioridad a los atraques de los buques con carga diferentes a graneles en los muelles especializados para el manejo de graneles sólidos 10, 11 y 12, lo que termina por afectar las operaciones programadas entre OPP GRANELES y sus clientes” (2.84.2.), en su parecer, “(...) en una aplicación contraria a la buena fe contractual y al principio de eficiencia que debería regir la relación entre las Partes (...)” (2.84.4.).

A modo de conclusión, manifiesta la Convocante que dicha medida operativa tomada por la SPRBUN “(...) implica un detrimento económico y afecta los Contratos de Arrendamiento y de Uso de Infraestructura, en la medida que, el efecto de atracar en muelles no especializados, y no en muelles especializados, implica no tener en cuenta la infraestructura especializada que OPP GRANELES ha implementado (...)” (2.84.6.).

Frente al tema particular que es ahora objeto de estudio, dentro del capítulo de pretensiones incluido en el texto de la demanda reformada, formula la

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



Convocante, como primera medida, la “*SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL*” en la que solicita la declaración del Tribunal de que “(...) *han ocurrido circunstancias extraordinarias con posterioridad a la celebración del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’*”; además, en la siguiente pretensión denominada “*TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL*” busca que el Tribunal declare que “(...) *las circunstancias extraordinarias a las que hace referencia la pretensión anterior, ocurridas con posterioridad a la celebración del negocio jurídico contractual, han desfigurado la causa económica subyacente al negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’*”.

Por último, solicita en la “*CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL*” que se declare que la SPRBUN “(...) *incumplió las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual (incluyendo, pero sin limitarse a los deberes de lealtad, fidelidad, cooperación, coherencia y fidelidad) para con mis representados y que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’*”. Y como pretensión consecencial propone la “*Primera Pretensión Consecencial de la Cuarta Pretensión Principal*”, en la cual pretende que se declare a su turno que la SPRBUN “(...) *es civilmente responsable por los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’*”.

De manera semejante, tal y como ocurre frente a los demás temas planteados por la Convocante, incluye OPP las pretensiones correspondientes al tópico que ahora se estudia dentro del “*Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias*”, y de manera específica plantea la “*SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*”, en virtud de la cual busca que se declare que “(...) *han ocurrido circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, con posterioridad a la celebración del negocio*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado 'RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172', y que han afectado las prestaciones de futuro cumplimiento de dicho negocio jurídico, de un modo tal que lo hacen excesivamente oneroso su cumplimiento para OPP GRANELES S.A."

Además, solicita la declaración de que la SPRBUN "(...) incumplió las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual, incluyendo, pero sin limitarse a los deberes de lealtad, fidelidad, cooperación, coherencia y fidelidad, para con mis representados", lo anterior dentro de la "TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA". Y de manera consecencial formula la "Primera Pretensión Consecencial de la Tercera Pretensión Subsidiaria", en la que igualmente pretende la declaración de que la SPRBUN "(...) es civilmente responsable por los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual (incluyendo, pero sin limitarse a los deberes de lealtad, fidelidad, cooperación, coherencia y fidelidad) que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado 'RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172'".

Dentro del "Segundo Bloque de Pretensiones Subsidiarias" formula la "SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA" para solicitarle al Tribunal que declare que la SPRBUN "(...) incumplió las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado 'RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172'. Y también de manera consecencial formula la "Primera Pretensión Consecencial de la Segunda Pretensión Subsidiaria", mediante la cual busca que se declare que la SPRBUN "(...) es civilmente responsable por los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado 'RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172'".

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





Dentro de su escrito de alegatos incluye la Convocante un capítulo específico en relación con el denominado “*Cuarto evento sobreviniente: los cambios en el Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación Portuaria*”, en virtud del cual plantea que “*La SPRBUN realizó cambios unilaterales en el Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación Portuaria, afectando la operación de OPP*”, aclarando que el Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación “*(...) es el documento que regula las relaciones de todos los actores que intervienen, de una y otra forma, en la operación portuaria del Puerto de Buenaventura (...)*”.

A continuación, manifiesta que el 27 de febrero de 2020 la SPRBUN hizo públicas las modificaciones unilaterales al Reglamento frente a las cuales enfatiza “*(...) que no reprocha este cambio por su legalidad o ilegalidad. Está fuera de discusión que es lícito introducir ciertos cambios al Reglamento. Lo que se debate es cómo esos cambios tuvieron consecuencias económicas que aparejaron la (sic) de la causa del Contrato y al desequilibrio económico del mismo, sumado a las demás circunstancias arriba descritas*”; situaciones que, según el dicho de la Convocante, se refieren principalmente a: “*i. Cambios en la prioridad en el atraque (...)*” y a “*ii. Cambios en el porcentaje de carga transportada para considerar prioridad (...)*”.

SPRBUN.

La Convocada contesta uno a uno los hechos de la demanda reformada en lo que tienen que ver con la implementación de nuevas medidas operativas y hace, en primer lugar, las siguientes precisiones: “*(i) Esta afirmación de la convocante no es nada diferente que ir contra sus propios actos. Llamamos la atención de los señores árbitros en cuanto a que OPP reconoció la posibilidad de que se modificara el reglamento de operaciones de la SPRBUN al obligarse bajo el Contrato (...)* y *(ii) Por disposición de la Ley 1 de 1991, la SPRBUN debe acoger la reglamentación del Ministerio de Transporte en materia de fijación de las condiciones técnicas de operación con el fin de facilitar la vigilancia sobre las operaciones de las sociedades portuarias y de los usuarios de los puertos. En este orden de ideas, el nuevo reglamento de la SPRBUN se encuentra amparado bajo la presunción de legalidad al haber sido aprobado por la Agencia Nacional de Infraestructura mediante la Resolución 315 del 27 de febrero de 2020 y es de obligatorio cumplimiento conforme a lo acordado entre las partes*” (Al hecho 2.84.1).

Además, resalta que OPP asumió la obligación de cumplir el Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación de la SPRBUN “*(...) más aún cuando por mandato de la Ley 1 de 1991, dicho reglamento deba justarse (sic) conforme a la reglamentación que expida de tiempo en tiempo la autoridad competente, en este caso, el Ministerio de Transporte, lo que en efecto ocurrió cuando expidió la*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



Resolución 850 de 2017” (Al hecho 2.84.3). Por último, hace claridad en cuanto a que “El ataque de los buques en muelles no especializados no afecta la logística del descargue, ni afecta a OPP. Por el contrario, esto obedece a múltiples razones de carácter objetivo que busca la eficiencia en la operación (...)” (Al hecho 2.84.5).

En cuanto a las pretensiones, formula la Convocada la misma oposición general que plantea frente a los demás eventos sobrevinientes descritos en la demanda principal reformada de la Convocante, frente a las cuales manifiesta que “(...) ninguna de las pretensiones pueden prosperar. Las principales son contradictorios entre sí al imputar al mismo nivel la teoría de la impresión a un incumplimiento contractual por la misma razón: la modificación a sistema de descuentos o incentivos a las tarifas de la SPRBUN (...). Las pretensiones subsidiarias son una repetición de las principales, lo que en la práctica significa que podrían haber sido sencillamente omitidas”.

También reitera su posición al referirse a este tema en su escrito de alegaciones finales haciendo claridad sobre el hecho de que “El RCTO es un conjunto de normas básicas de operación de los puertos en forma eficiente y segura, basadas en estándares de operación marítima y portuaria internacional, y en la regulación colombiana e internacional”, y deja claro, también, que “(...) El RCTO es un conjunto de normas básicas de operación de los puertos en forma eficiente y segura, basadas en estándares de operación marítima y portuaria internacional, y en la regulación colombiana e internacional”.

Por último, frente al caso particular, aduce la SPRBUN que quedó probado dentro del proceso que “(...) ninguna afectación ha sufrido ni OPP ni ningún otro usuario del puerto con ocasión de la modificación del RCTO que se realizó de conformidad con la regulación portuaria”.

5.4.2. Consideraciones del Tribunal.

A efectos de contextualizar la temática que ocupa la atención en el presente apartado de la providencia, el Tribunal estima ilustrativo el dicho del testigo César Tulio Restrepo, Gerente General de OPP, quien manifestó:

1:01:10

“APODERADO PARTE CONVOCANTE: Usted nos explicó aquí que en el año 2020 estuvo el cambio de tarifas. ¿En el año 2020 existió también un cambio del Reglamento Técnico de Condiciones Técnicas de la Operación?”

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



DECLARANTE: Sí. Creo recordar que el reglamento actual viene más o menos desde esa misma época; sí.

APODERADO PARTE CONVOCANTE: Y usted recuerda, y si es así, por favor puede contarle al Tribunal, ¿cuáles fueron los principales cambios que ocurrieron en el año 2020 sobre ese Reglamento?

*DECLARANTE: En lo que a nosotros se refiere y en lo que corresponde al tema granelero debo de recordar que los buques graneleros se manejan en un terminal que siempre la Sociedad Portuaria, desde sus inicios, definió como el terminal granelero. Y la Sociedad Portuaria está dividida en varios terminales. Terminal de contenedores, que creo que va de los muelles 1 al 7; terminales multipropósito que van del 8 al 9, incluyendo el 9 como un terminal de prelación azucarera; terminal del 10 al 12, terminal granelero. Vale decir que el conjunto de motonaves que traen graneles se atienden de manera privilegiada en el terminal de los muelles 10 al muelle número 12. Asimismo, por ejemplo, los contenedores tienen su prelación en los muelles 1 al 7. En el tarifario... perdón, **en el Reglamento Técnico anterior existía la norma de prelación de un buque granelero que trajera su carga y que el 60% de esa carga estuviera garantizado el almacenamiento en la zona... en la zona de OPP, en muelles 10 al 12. Ese buque tenía prelación sobre cualquier otro tipo de carga. Se hizo una modificación en el nuevo Reglamento de Condiciones y ahora lo llevaron al 100% y establecen que un buque tendrá prelación si hay un compromiso de almacenar el 100% de la carga del buque. Esto pues no... no atiende a condiciones reales del comercio exterior colombiano. Porque normalmente, cuando un buque llega... esto son buques de 30, 35 a 50.000 toneladas; estamos hablando de 1.000 a 1.500 viajes de tractomula para vaciar un buque. Normalmente estos buques... un 30% del buque se va directamente a camiones sin ir a almacenamiento, lo que nosotros llamamos descargue directo. Y un 60, un 70% se almacena. Esa ha sido una característica de nuestro comercio, de nuestro comportamiento de los importadores, del comportamiento del transporte. Y ahora el nuevo Reglamento Técnico lo llevaron al 100%. Vale decir que un buque solo tendrá prelación si garantiza que el 100% se almacena; como si durante la permanencia del buque, en los cinco o seis días que está el buque operando, no pudiera salir un solo vehículo”.***

1:07:25

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



APODERADO PARTE CONVOCANTE: Permítame le hago otra pregunta. ¿Algo de esa exigencia del total de la carga para el puerto existía en el Reglamento Técnico anterior?

DECLARANTE: Existía el 60%; para ser atendidas por equipo especializado. Es que el matiz aquí es que se está hablando de que el 100% de la carga debe ser atendida por equipo especializado. Y el equipo especializado son aquellas máquinas que entran al buque, sacan la carga, no se la entregan a camión, sino que se la entrega directamente a los silos de almacenamiento, a las bodegas graneleras que se comunican desde el buque, a través de esta máquina y a través de bandas transportadoras con los sitios de almacenamiento. Entonces, es una manera de decir: solamente me almacena el 100% del buque” (resalta el Tribunal).

Sobre el mismo particular, también ilustra el relato de Santiago Rodríguez Ferrero, Gerente Comercial de OPP:

2:39:01

“APODERADO PARTE CONVOCANTE: Ya para concluir, quisiera preguntarle por el Reglamento Técnico de Operaciones. Entendemos que hubo un cambio en el Reglamento Técnico de Operaciones. ¿Podría informarle al Tribunal cuál fue ese cambio?

DECLARANTE: Bueno. El Reglamento... el Reglamento Técnico de Operaciones también cambia cuando cambian todas estas condiciones comerciales y operativas. Como les explicaba en un inicio, el Reglamento Técnico de Operaciones es el que define muchas cosas de cómo funciona... o todas las cosas del funcionamiento del Terminal y de la Sociedad Portuaria como administrador de los muelles. Eso incluye ingresos, salidas y prelación de atraque.

El cambio más grande que hubo y, digamos, el que ha tenido un efecto negativo muy grande para OPP, es el cambio en la prelación de atraques de motonave. Antes tenía, digamos, una... una forma, digamos, de atracar los barcos o de... digamos, de darle entrada a los barcos que era transparente para todos los clientes y usuarios del Terminal, tanto importadores como exportadores; tanto barcos de contenedores como barcos de carga general; donde del muelle 1 al 7 se le daba prioridad a los barcos de contenedores, por ahí estar las grúas pórtico que le permitían operar de manera eficiente esos barcos. 8, 9, carga general y azúcar; porque las bodegas de azúcar estaban atrás del muelle 9. y 10, 11 y 12, barcos graneleros. 10, 11 y

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





12, donde OPP tiene su sistema de succión, su sistema de tornillo y básicamente es donde es más eficiente tanto en costo como en descargue los barcos. En ese... digamos, en esa situación, con el cambio que hubo, tuvimos... si no estoy mal, si me acuerdo, unas reclamaciones más importantes fue una del Grupo Escala, donde el barco llegó al mismo tiempo de un barco de carga general o de acero, sino estoy mal. Y llegando al mismo tiempo digamos que la prelación... el muelle que estaba disponible era un muelle granelero y por ende, digamos que la lógica era que el barco de cereales fuera a ese muelle. La Sociedad Portuaria, digamos, como generó el cambio que ya no se hacía digamos por prelación en atraque por tipo de carga sino por el mecanismo de ventana, dijo: No, qué pena. Es que este barco tenía una ventana asignada. Y ese barco entró primero que el barco de cereales, atracó en los muelles graneleros. Y eso, digamos, tiene dos efectos. Primero: la queja del cliente... pues, fue importante. Segundo, no nos permite utilizar los equipos especializados. Por ende, es una operación más costosa, una operación de descargue menos rentable. Y de igual forma se tomó la decisión de meter eso.

Entonces, el cambio más grande en ese sentido es que ahora, digamos, no hay una... no hay unas... digamos no hay unos estándares generales. Digamos, van también con el tema de la eficiencia donde evidentemente si un barco de contenedores entra a los muelles graneleros le va a ir muy mal. O si un barco de graneles entra a donde están las grúas pórtico no le va a ir bien. Pero, hoy eso, digamos, perdió relevancia porque el cambio del Reglamento Técnico el principal punto que decide la entrada o no de un barco es la ventana o la reserva que hace con la Sociedad Portuaria. ¿Sí? Y eso, pues, ha tenido unos inconvenientes bastante grandes para nosotros porque... Ese es un caso, el caso del Grupo Escala fue un caso específico donde el cliente, mejor dicho... Digamos... reclamó por todos lados. Pero hemos tenido casos donde meten barcos de carreros... para descargar carros, en muelles especializados de graneles, teniendo barcos de graneles esperando el atraque. ¿Sí? Y todo, digamos, estaba avalado en... está avalado en el nuevo Reglamento Técnico porque dice: No, es que ese carrero tenía ventana, independiente en qué muelle esté, si es granelero, si... ese barco entra ahí. Y pues, evidentemente para mí es, digamos, malo para el Puerto. Menor rotación, nuevamente. Menor volumen. Y, evidente para OPP es nefasto porque no puede utilizar sus equipos de descargue. Y comercialmente para los... para los importadores, no pueden acceder al muelle que es especializado, pues es un problema general.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



*Digamos que está el tema de las ventanas. Pero el segundo ítem de desempate... o digamos... perdón por usar esa palabra, pero para que se entienda más claro, era unas condiciones de uso de los sistemas mecanizados. Y ahí en el **Reglamento Técnico de Operaciones anterior** hablaba de que si un cliente requería un mínimo del 60% de la carga que fuera bajo descarga con el equipo especializado se le daba prelación frente a otro que no requiriera eso. Para ponerles, digamos, en ejemplos: dos clientes de OPP, fertilizantes y cereales. Los dos llegan al mismo tiempo. Si el cliente de cereales requiere el equipo especializado tiene la prioridad de atraque. Entonces entraría primero que el de fertilizantes, por... obviamente, en pro de la eficiencia del Terminal. **Cambiaron ese segundo ítem y ya no es el 60% sino el 100%. Y para el caso práctico nunca se cumple que todos los clientes de un barco quieran almacenar el 100%. Entonces, digamos que el Reglamento Técnico se hizo fue para que realmente digamos... esa condición fuera imposible de cumplir para los clientes de OPP y por ende no tener prelación en los muelles especializados**” (destaca el Tribunal).*

Por su parte, el capitán Gustavo Flórez Dulcey, Gerente de Ingeniería y Proyectos de SPRBUN, explica el cambio desde la perspectiva de la Convocada:

1:19:46

“APODERADO PARTE CONVOCADA: Capitán Flórez, ¿usted sabe qué muelles opera generalmente OPP?

DECLARANTE: OPP opera en todos los muelles. OPP opera en todos los muelles. Hay unos muelles que son especializados para graneles, que son el muelle 10, 11, 12. Son tres muelles de 170 metros. Son 540 metros; porque ahí hay una infraestructura especializada para descargue de barcos, que tienen unas succionadoras y están conectados por medio de unas bandas a los almacenajes que son las bodegas y los silos. Entonces, esos son los muelles 10, 11, 12. Pero se dice 10, 11, 12; pero esa era la nomenclatura vieja. Porque ese tamaño de barcos ya no existe. Sí, hay 540 metros de muelle, que por lo general entran dos barcos de 200 metros, o sea, dos barcos son 400 metros. Y quedan siempre restante como 100 metros, en la cual, eventualmente, puede entrar un barco pequeñito. Pero OPP igualmente, como operador portuario opera en todos los muelles. Opera en todos los muelles. Cuando no hay barcos de contenedores, los barcos en todos esos muelles se colocan graneleros, barcos de carga general, porque la Sociedad Portuaria, el Terminal es

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





multipropósito, multipropósito. Entonces, por un registro promedio en los barcos que son...perdón, los barcos de graneles que van a los muelles que son diferentes a graneles son del orden de 80 a 90 barcos al año... En los muelles que son especializados de graneles, por lo que les dije, que tienen infraestructura, que son el 10, 11, 12, por lo general 60. Y eventualmente, al año, aproximadamente entre 7 y 9 barcos se asignan para que ocupen el muelle 10, 11, 12, en los espacios que quedan libres; porque siempre quedan como 80 metros libres, eventualmente. Y cuando no hay barco de graneles en esas instalaciones se ocupa un barco. Entonces, en los barcos, la gran cantidad de barcos están... 80 barcos están en muelles que no son especializados en graneles. Ahí están las grúas pórtico, los graneleros, los barcos de carga general; todos, 80. En las instalaciones del 10, 11, 12 aproximadamente 60, 70. Y barcos que no son de graneles, que se llevan allá, eventualmente son 7 barcos, 9 barcos al año”.

La consideración de esta circunstancia sobreviniente remite a la recordación de lo previsto en el literal l) de la cláusula sexta de la Renovación de 2013, en virtud del cual es obligación de OPP “Cumplir con **el reglamento de operaciones** y **el Reglamento de Higiene, Seguridad y Medio Ambiente de la SPRBUN y sus modificaciones**, según hayan sido debidamente aprobados y publicados por la SPRBUN, siempre y cuando guarden relación con la actividad que desarrolla OPP” (resalta el Tribunal), lo que desde luego comporta la facultad de la Convocada de modificar sus reglamentos, situación fáctica que, por lo demás, tiene visos de normalidad y previsibilidad en una actividad que debe adaptarse a los cambios que la realidad impone o recomienda, sin perder de vista la mayor posibilidad de ocurrencia dentro del espectro temporal de ejecución de relaciones negociales de apreciable duración, como ocurre con la que es objeto de la controversia arbitral que mediante esta providencia se decide.

También frente a esta circunstancia sobreviniente, en consecuencia, se advierte que no procede la aplicación de la teoría de la imprevisión ante la imposibilidad de calificarla como extraordinaria e imprevista o imprevisible, además de la carencia de acreditación en el proceso -porque todo indica que por su naturaleza no la tiene- de que fuese fuente de excesiva onerosidad para OPP, de modo que carecen de vocación de prosperidad las pretensiones planteadas en ese ámbito, cuyo eje lo constituye la “**SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA**” -y sus consecuencias- del “**3.2 Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias**”. E, igualmente, existiendo la facultad contractual -con sustrato legal- de introducir modificaciones, se descarta la configuración de incumplimiento de una obligación principal a cargo de la SPRBUN, de modo que carecen de vocación de prosperidad, en ese frente, las pretensiones incoadas a título de responsabilidad

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





civil contractual, reflejadas en la “*CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL*” -y sus consecuenciales-, en la “*TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*” -y sus consecuenciales- del “*3.2 Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias*”, y en la “*SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*” -y sus consecuenciales- del “*3.3 Segundo Bloque de Pretensiones Subsidiarias*”.

Como se ha señalado repetidamente, por separado, en apartado posterior considerará el Tribunal, en general, la reclamación de OPP bajo la óptica de los denominados deberes secundarios de conducta, incluido lo relativo al alcance de la misma y su valoración frente a los hechos y circunstancias que corresponda.

5.5. La prestación de servicios propios de un operador portuario en el mercado de carga de granel por parte de SPRBUN, directamente o a través de ZELSA S.A.S.

Otra circunstancia sobreviniente, también con potencialidad de afectación de sus intereses según la Convocante, tiene que ver con la actividad desplegada por la SPRBUN, directamente y/o a través de ZELSA -sociedad controlada por ella-, como operadora portuaria en el mercado de graneles, vale decir, como competidora de OPP.

5.5.1. Posición de las partes.

OPP.

La posición de la Convocante en relación con este tema se encuentra recogida, como en general ocurre con los eventos antes reseñados, en la demanda principal reformada, en las excepciones de mérito formuladas en el escrito de contestación de la demanda de reconvención y en los alegatos de conclusión, en los términos que a continuación se resumen.

Empieza por señalar el extremo Convocante en el hecho 2.85.1 de la demanda principal reformada, como planteamiento general, que “*La SPRBUN está impedido para fungir como operador portuario para transporte de carga a granel, debido a la autolimitación estipulada, en uso de la autonomía de la libre voluntad de las partes, en la cláusula 12.19 del Contrato de Concesión Portuaria No. 009 de 1994*”, para luego, en el hecho 2.85.2, afirmar que no obstante dicha prohibición, lo cierto es que “*(...) la SPRBUN ofreció y prestó los servicios de operador portuario en el mercado de carga granel en la Terminal Marítima de Buenaventura, de forma directa e indirecta, y se lucró a partir del ejercicio de dicha actividad (...)*”.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co





En ese contexto, advierte que OPP “(...) *ha tenido conocimiento de sendas operaciones directas de servicios a granel realizadas por la SPRBUN (...)*” (hecho 2.85.3), y que las mismas han sido realizadas “(...) *en condiciones mejores a las que puede ofertar OPP GRANELES (...)*” (2.85.4). Dentro de dichas operaciones directas adelantadas por la SPRBUN, se refiere de manera concreta a los casos de MANUFACTURAS SILÍCEAS S.A.S. y CEMENTOS SAN MARCOS S.A., lo cual trajo como consecuencia para OPP la pérdida de dicha clientela.

Así mismo, considera OPP que “(...) *además de sus operaciones directas, la SPRBUN, también en contra del contenido del Contrato de Concesión Portuaria en mención y de la causa subyacente a los Contratos de Arrendamiento y de Uso de Infraestructura, y la Renovación, empezó a utilizar un vehículo (la sociedad ZONA DE EXPANSIÓN LOGÍSTICA S.A.S. - ZELSA S.A.S.) por el cual ha estado operando más de ciento cincuenta operaciones, por conducto de un tercero, en contravención de las restricciones contractuales aplicables a la SPRBUN (...)*”, y pone de presente que ZELSA es “(...) *una sociedad subordinada de la SPRBUN, en la que ésta última cuenta con un 100% de participación accionaria (...)*”.

En síntesis, al decir de OPP las siguientes han sido las actuaciones desplegadas por la SPRBUN, las cuales, a su juicio, están expresamente prohibidas de conformidad con lo previsto en el Contrato Administrativo de Concesión Portuaria No. 009 de 1994: (i) “*SPRBUN ha contactado y realizado visitas comerciales a varios importadores y clientes de OPP GRANELES, y les ha ofrecido la prestación de servicios de operación portuaria mediante la presentación de ofertas comerciales integrales (...)*”, (ii) “*ofrece en su propuesta integral, el servicio de atraque preferencial de motonaves, dada su condición de controlar el arribo y atraque de motonaves e ingreso preferencial a la terminal de los vehículos que transportan carga*”, y (iii) “(...) *únicamente la SPRBUN se encuentra facultada para ofrecer posibles descuentos hasta del 40% por volumen, cuestión que naturalmente afecta a OPP GRANELES*” (2.85.10).

Finalmente, afirma la parte Convocante que dichas actuaciones de la SPRBUN “*constituyen conductas que violan de forma directa el numeral 12.19 de la Cláusula Décima Segunda del Contrato Administrativo de Concesión Portuaria No. 009 y, además, el deber de actuar conforme a la buena fe contractual y puntualmente, a sus deberes secundarios de conducta, incluyendo pero sin limitarse a los deberes de lealtad, fidelidad, cooperación y coherencia como parte de los Contratos de Arrendamiento y de Uso de Infraestructura*” (2.85.11).

Y concluye OPP que “*Con base en los antecedentes fácticos incluidos en la presente demanda [incluido el mencionado en los párrafos anteriores], es evidente que han ocurrido circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, con*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co



SC648-1



posterioridad a la fecha de celebración del Contrato de Arrendamiento y de Uso de Infraestructura, incluida su Renovación Contractual, que alteran de manera sustancial, la ecuación económica del negocio jurídico para OPP GRANELES y que desdibujan la causa del negocio jurídico” (2.86).

Desde la óptica del tema particular que se examina, la demanda principal reformada formula, como primera medida, la “*SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL*”, en la que solicita la declaración del Tribunal de que “*(...) han ocurrido circunstancias extraordinarias con posterioridad a la celebración del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’*”; además, en la subsecuente “*TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL*” busca que el Tribunal declare que “*(...) las circunstancias extraordinarias a las que hace referencia la pretensión anterior, ocurridas con posterioridad a la celebración del negocio jurídico contractual, han desfigurado la causa económica subyacente al negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’*”.

Por último, solicita en la “*CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL*” que se declare que la SPRBUN “*(...) incumplió las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual (incluyendo, pero sin limitarse a los deberes de lealtad, fidelidad, cooperación, coherencia y fidelidad) para con mis representados y que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’*”. Y como pretensión consecucional propone la “*Primera Pretensión Consecucional de la Cuarta Pretensión Principal*”, en la cual pretende que se declare a su turno que la SPRBUN “*(...) es civilmente responsable por los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’*”.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co





De manera semejante, tal y como ocurre frente a los demás temas planteados por la Convocante, incluye OPP las pretensiones correspondientes al tópico que ahora se estudia dentro del “*Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias*”, y de manera específica plantea la “*SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*”, en virtud de la cual busca que se declare que “*(...) han ocurrido circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, con posterioridad a la celebración del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’*, y que han afectado las prestaciones de futuro cumplimiento de dicho negocio jurídico, de un modo tal que lo hacen excesivamente oneroso su cumplimiento para OPP GRANELES S.A.”.

Además, en la “*TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*” solicita la declaración de que la SPRBUN “*(...) incumplió las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual, incluyendo, pero sin limitarse a los deberes de lealtad, fidelidad, cooperación, coherencia y fidelidad, para con mis representados*”. Y de manera consecucional formula la “*Primera Pretensión Consecucional de la Tercera Pretensión Subsidiaria*”, en la que igualmente pretende la declaración de que la SPRBUN “*(...) es civilmente responsable por los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual (incluyendo, pero sin limitarse a los deberes de lealtad, fidelidad, cooperación, coherencia y fidelidad) que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’*”.

Dentro del “*Segundo Bloque de Pretensiones Subsidiarias*” formula la “*SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*” para solicitarle al Tribunal que declare que la SPRBUN “*(...) incumplió las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’*. Y también de manera consecucional formula la “*Primera Pretensión Consecucional de la Segunda Pretensión Subsidiaria*”, mediante la cual busca que se declare que la SPRBUN “*(...) es civilmente responsable por los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’.

Por último, sostiene OPP en su alegato final que *“se encuentra demostrado al interior del trámite arbitral y está fuera de toda duda, que la SPRBUN ha remitido ofertas integrales, como operador portuario, a clientes de OPP”, que “en dichas ofertas integrales, propone descuentos en diversas tarifas para que estos dejen de contratar con mi mandante y empiecen a contratar directamente con la SPRBUN”, y que “con independencia de su licitud o no, se suma a las anteriores circunstancias que cambian por completo el panorama de ejecución negocial”.*

Manifiesta que la mencionada restricción prevista en la cláusula 12.19 del Contrato de Concesión suscrito entre la SPRBUN y la ANI en 1994 estaba vigente para la fecha en la que se dio la Renovación Contractual entre la SPRBUN y OPP, pues, aunque existe una sentencia del Consejo de Estado proferida el 24 de julio de 1997 que anuló el numeral 13 del artículo 23 del Decreto 838 de 1992 -por medio del cual se reglamenta el régimen de concesiones y licencias portuarias previstas en la Ley 1ª de 1991-, la misma *“dejó expresamente a salvo la posibilidad que tenían las partes de imponer la restricción a la operación portuaria por parte de las sociedades portuarias, por la vía contractual”.*

Así mismo, señala que *“cuando se suscribió la Renovación Contractual, uno de los presupuestos estructurales es que la SPRBUN no competiría con OPP, como operador portuario; no podía ser de otra manera: si OPP iba a invertir cuarenta y ocho millones de dólares en equipos e infraestructura para la eficiencia, no era para que la SPRBUN (quien regenta el marco tarifario, el Reglamento Técnico de Operación y los demás aspectos de la operación portuaria) usara esa infraestructura para competirle”.*

En consecuencia, considera OPP que *“al estar vigente la prohibición contenida en la cláusula 12.19 del Contrato de Concesión y al no haberse puesto de presente la sentencia del Consejo de Estado al momento de la negociación de la Renovación Contractual, era completamente imprevisible la competencia de la SPRBUN como operador portuario para mi mandante”.*

Por último, pone de presente la parte Convocante que en el marco de un proceso por competencia desleal adelantado por OPP contra la SPRBUN, el 9 de enero de 2018 la SIC profirió una providencia en la que decretó una medida cautelar consistente en *“(…) la prohibición de la SPRBUN de prestar servicios como operador portuario para carga granel”,* pero que dicha limitación no ha frenado a la SPRBUN, pues reitera que al no poder competir de forma directa, ha utilizado

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



a ZELSA -sociedad de la cual es el accionista único- para competir de forma indirecta con OPP GRANELES.

SPRBUN.

Por su parte, el planteamiento de la parte Convocada en torno al asunto de la competencia en la operación portuaria ejercida por la SPRBUN se refleja, además de la oposición general a las pretensiones, en el pronunciamiento frente a los hechos de la demanda principal reformada y en su alegato de conclusión.

Al pronunciarse la Convocada frente al hecho 2.85.2. de la demanda principal reformada señaló que *“La SPRBUN no ha prestado servicios de operación portuaria. Pero no porque no tenga la capacidad legal para hacerlo sino porque se ha visto obligada a cumplir la medida cautelar impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio en el proceso de competencia desleal iniciado por OPP que ya fue fallado en primera instancia en contra de OPP y donde fue ordenado que se levantara la medida cautelar”*.

Sostiene que la SPRBUN *“Únicamente ha prestado servicios de desestiba a la carga general (como acero)”*, y que además, ésta *“no tiene conocimiento de las tarifas que ofrece OPP a sus clientes y en todo caso, los servicios prestados por la SPRBUN corresponden a otro tipo de carga (carga general fraccionada como acero) a la cual le aplica otro tipo de tarifa, distinta a la del granel sólido”*.

Pone de presente que la SPRBUN *“no prestó lo servicios de manera directa sino mediante la subcontratación de otros operadores, lo cual no se encuentra prohibido bajo el Contrato de Concesión, por el contrario, está expresamente permitido por el artículo 30 de la Ley 1 de 1991 (...)”*.

En ese orden de ideas, afirma que *“OPP NO es un operador portuario exclusivo para graneles sólidos en el terminal de la SPRBUN. Darle una exclusividad a OPP restringiría la libre competencia que exige el estatuto general de puertos”*. En consecuencia, *“terceros operadores portuarios pueden prestar sus servicios de operación bajo los límites de la libre competencia”*.

No obstante las consideraciones anteriores, el extremo Convocado sostiene al contestar varios hechos que *“En cualquier caso, este es un asunto que escapa a la competencia del Honorable Tribunal por tratarse de una interpretación de un contrato distinto y unos hechos que son objeto de discusión en otro proceso”*.

Reitera la SPRBUN, en su escrito de alegaciones finales, los argumentos expuestos desde su contestación de la demanda principal reformada, reiterando que *“Sin perjuicio de que los temas sobre la participación de la SPRBUN y de*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



Zelsa en el mercado de operación portuaria de graneles escapan la competencia de este Tribunal (...)", lo cierto es que "(...) los servicios de operación portuaria de la SPRBUN y de Zelsa no configuran circunstancias extraordinarias imprevistas e imprevisibles, ni mucho menos violan la buena fe ni los deberes secundarios de conducta en cabeza de mi poderdante y tampoco constituyen conductas reprochables por competencia desleal o prácticas restrictivas a la competencia".

Para arribar a dicha conclusión, sostiene que *"El fundamento jurídicamente equivocado de OPP para reprochar la prestación de servicios de operación portuaria en la carga de graneles sólidos por parte de la SPRBUN y de Zelsa es que en su criterio la prestación de esos servicios se encuentra proscrita por el numeral 12.19 de la cláusula décima segunda del Contrato de Concesión (...)"*. Ahora bien, considera la parte Convocada que *"La única razón por la cual esta estipulación contractual existe en el Contrato de Concesión 09 es que el artículo 23.13 del Decreto 838 de 1992 establecía las disposiciones que de acuerdo con esa norma debían contener todos los contratos de concesión, entre las cuales, para concesiones de puertos de servicio público, estaba la limitación para que las sociedades portuarias operaran el puerto", y que "(...) mediante Sentencia 12691 del 24 de julio de 1996, el Consejo de Estado declaró la nulidad del numeral 13 del artículo 23 del Decreto 838 de 1992 (...)"*.

En ese contexto, advierte la SPRBUN que *"(...) teniendo en cuenta que la limitación de intervenir como operador portuario contenida en el Contrato de Concesión 09 no fue el resultado de la autonomía de la voluntad de las partes al acordar las estipulaciones en el Contrato de Concesión, sino que exclusivamente es el cumplimiento de una disposición legal que fue declarada nula, y que no hay de por medio ni se discute una situación jurídica consolidada con efectos de cosa juzgada, es claro, por sustracción de materia, que los efectos de la nulidad dejan sin sustento el numeral 12.19 de la cláusula decima segunda del Contrato de Concesión y, por tanto, tampoco es exigible"*.

Y agrega que *"La prerrogativa de la SPRBUN de intervenir en la prestación de servicios de operación portuaria, además de estar reconocida en la ley y en la sentencia del Consejo de Estado, fue expresamente reconocida en el Memorando de Entendimiento [numeral 5 de la cláusula tercera] al que ya me referí en la sección (i)(A)(6) y que OPP pretende sacar de contexto (...)"*, lo cual además concuerda con *"(...) las interpretaciones de la ANI, de la Superintendencia de Transporte, de la Superintendencia de Industria y Comercio en sede jurisdiccional y administrativa y del Tribunal Superior de Bogotá, así como de la*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co





interventoría del Contrato de Concesión”¹⁵⁶, las cuales “han sido unánimes en considerar que la limitación del concesionario de intervenir como operador portuario no es exigible ni aplicable”.

En consecuencia, a juicio de la Convocada “(...) la única restricción que actualmente tiene la SPRBUN para operar, es la medida cautelar decretada por la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio dentro del proceso de competencia desleal iniciada precisamente por OPP contra la SPRBUN, proceso en el que aunque todas las pretensiones fueron negadas en primera instancia, las medidas cautelares subsisten porque el recurso de apelación interpuesto por OPP fue concedido en el efecto suspensivo – cuando debía ser en el devolutivo”.

Ahora bien, en relación con la operación portuaria desarrollada por Zelsa, considera la parte Convocada que en la medida en que dicha sociedad “(...) no es parte del proceso ni signataria de la cláusula compromisoria, todas las referencias que ha hecho el apoderado de OPP a Zelsa y a los servicios ofertados por esta sociedad, además de irrelevantes, son hechos de los cuales no puede pronunciarse el Tribunal”, además de advertir que “Calificar la operación de Zelsa como una operación “indirecta” de la SPRBUN, no es más que una imprecisión jurídica del apoderado de OPP al desconocer que Zelsa, reitero, aunque filial de la SPRBUN, sigue siendo una persona jurídica independiente que puede intervenir como operador portuario sin restricciones de ningún tipo”.

También aduce como argumento el extremo Convocado el hecho de que al momento de suscribir la Renovación Contractual en el año 2013, “(...) la posibilidad de que la SPRBUN y OPP compitieran en el mercado de la operación portuaria fue objeto de negociación y de reconocimiento en el Contrato”, tanto así que en el marco de las negociaciones OPP “(...) solicitó que se incluyera una cláusula de no competencia, a lo que la SPRBUN le respondió que no podía comprometerse a no prestar servicios de operación portuaria en tanto que ese pacto se entendería como una integración horizontal y que requeriría adelantar el trámite correspondiente de integraciones empresariales ante la Superintendencia de Industria y Comercio”; entonces, “(...) el entendimiento de las partes era que ambos podrían competir en la prestación de servicios de operación portuaria, con la única limitante de que se respetaría el régimen de competencia”.

¹⁵⁶ Oficio No. 2017-303-000836-1 de la Agencia Nacional de Infraestructura de 16 de enero de 2017; Oficio No. 2016-409-052156-2 de la Delegatura de Puertos de la Superintendencia de Transporte; Resolución 22865 del 2003 de la Superintendencia de Industria y Comercio; Oficio de fecha 28 de noviembre del 2017 expedido por la Interventoría del Contrato de Concesión.



Finalmente, sostiene la Convocada que *“En el hipotético caso de que el Tribunal considere que la intervención de la SPRBUN y de Zelsa en el mercado de operación portuaria de graneles sí es una situación extraordinaria, imprevista e imprevisible, en todo caso la operación de la SPRBUN y de Zelsa no tuvieron ni tienen la relevancia suficiente para afectar la ecuación económica del Contrato. Desde el decreto de las Medidas Cautelares la SPRBUN no interviene en la operación portuaria de graneles y la carga operada por Zelsa y la que fue operada en su momento por la SPRBUN siempre ha sido ínfima”*.

5.5.2. Consideraciones del Tribunal.

Comienza el Tribunal por señalar que sin perjuicio de lo dicho en apartado anterior de esta providencia sobre la competencia, en general, para resolver sobre las pretensiones y excepciones propuestas por ambas partes en sus respectivas demandas -principal reformada y de reconvenición- y las correspondientes contestaciones, en lo que al tópico específico que en este momento ocupa la atención del panel arbitral conserva vigencia la directriz de abordar su estudio en el marco de dichas pretensiones y excepciones propuestas, en el único ámbito de la relación negocial plasmada en la Renovación Contractual de 2013, sin que ello excluya la pertinencia de considerar sus antecedentes, como el Contrato de Concesión 009 de 1994, en cuanto tenga virtualidad para aportar elementos de juicio sobre el contenido obligacional del negocio jurídico específico acerca del cual versa el presente litigio -la Renovación de 2013-.

El Contrato de Concesión 009 de 1994, celebrado entonces entre la Superintendencia de Transporte -hoy la ANI- y la SPRBUN, se enmarca en la regulación consignada en la Ley 1ª de 1991, *“Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones”*.

En el artículo 5 de esta Ley 1ª de 1991, relativo a *“Definiciones”*, se señala que *“(…) La concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos”,* y que *“(…) Las sociedades portuarias podrán también prestar servicios de cargue y descargue, de almacenamiento en puertos, y otros servicios directamente relacionados con la actividad portuaria”*.

En esa línea, el artículo 20 de la misma Ley prevé que *“Las sociedades portuarias, o quienes presten servicios de cargue y descargue de naves, dragado, pilotaje,*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



SC648-1



estiba y desestiba, remolcadores, almacenamiento, manejo terrestre y porteo, y similares, podrán señalar libremente las tarifas por estos servicios”.

Y el artículo 30, refiriéndose a las “Operaciones”, indica que “Las sociedades portuarias pueden contratar con terceros la realización de algunas o todas las actividades propias de su objeto; o permitir que los terceros presten servicios de operación portuaria dentro de sus instalaciones”.

Hasta ahí, no hay duda sobre la vocación reconocida en la Ley 1ª de 1991 a las sociedades portuarias en el sentido de ser -o poder ser-, directamente, prestadoras de servicios de esa índole, sin perjuicio de habilitar la posibilidad de que tal actividad se desarrolle a través de terceros.

El Decreto 838 de 1992, “Por medio del cual se reglamenta el régimen de concesiones y licencias portuarias previstas en la Ley 1ª de 1991”, de manera expresa se refirió en su artículo 23 a los “Requisitos de los contratos de concesión”, indicando en el numeral 13 que “deberán contener”, “13. Tratándose de concesiones en puertos de servicio público de carga general, la estipulación de que se permitirá que los terceros presten servicios de operación portuaria dentro de sus instalaciones y de que las sociedades portuarias no operarán, a menos que ello sea estrictamente necesario por razones técnicas o porque no exista otra alternativa”.

Es evidente el tono imperativo de la disposición reglamentaria en punto a los temas o aspectos que “deberán contener” los contratos de concesión, como en efecto ocurrió con el celebrado por la SPRBUN en el año 1994, el cual, en sus “CONSIDERACIONES”, menciona el citado Decreto 838 entre las disposiciones que le sirven de antecedente y sustento.

En ese orden de ideas, para el Tribunal es ciertamente razonable admitir que la citada disposición reglamentaria es el origen y fundamento del numeral 12.19 de la cláusula décima segunda del Contrato de Concesión 009, en el cual, en el marco propio de la relación de las “OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO”, se señala que tal parte contractual -la SPRBUN- “se obliga para con LA SUPERINTENDENCIA a cumplir con todas las obligaciones legales y contractuales necesarias para el desarrollo de este contrato”, incluyendo “en especial” -dice el precepto convencional-, las que al efecto allí consigna, entre ellas la del citado numeral 12.19, a cuyo tenor, “EL CONCESIONARIO debe permitir que terceros presten servicios de operación portuaria dentro de sus instalaciones y EL CONCESIONARIO no operará el puerto a menos que ello sea estrictamente necesario por razones técnicas o porque no exista otra alternativa, casos en los cuales debe mediar previa aprobación por parte de LA SUPERINTENDENCIA (...)”.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



De otro lado, no tiene discusión, como hecho objetivo, que el Consejo de Estado mediante Sentencia de 24 de julio de 1997 (12.691), en ejercicio de sus competencias, declaró “(...) la nulidad del numeral 13 del artículo 23 del Decreto 838 de 1992”, por considerar, en esencia, que era violatorio de la Ley 1ª de 1991, de la que transcribe las disposiciones que considera relevantes -1º y 5 (5.1., 5.2., 5.9., 5.20.)- para señalar, con claridad:

“El poder reglamentario tiene como fundamento la necesidad de concretar la ley debido a su carácter general, pero siempre dentro de los marcos establecidos por esta. En efecto, los decretos reglamentarios prevén los mecanismos necesarios para hacer posible el cumplimiento de las disposiciones legislativas, siempre dentro del marco general instituido por el legislador, ya que estos decretos no pueden ni deben modificar, restringir o ampliar el contenido de la ley, so pena de transgredirla.

(...)

El legislador deja en libertad a las sociedades portuarias para determinar según las circunstancias, la conveniencia de desarrollar las actividades propias de objeto y en especial la operación portuaria, directamente o por intermedio de terceros (art. 30). Lo anterior no implica que vayan a desarrollar esta actividad de manera exclusiva, ya que el objetivo de la ley es incentivar la competencia, en especial respecto de la operación portuaria, hasta el punto que permite que terceros desarrollen esta actividad sin necesidad de permisos o licencia especial de las autoridades portuarias (art. 32).

La disposición del artículo 23 numeral 13 del Decreto 838 de 1992 contraría la ley porque si bien pretende garantizar el derecho de los operadores portuarios a desarrollar esta actividad, a la vez restringe el objeto social de las sociedades portuarias sin ningún fundamento legal.

En efecto, las disposiciones anteriormente transcritas permiten concluir que dentro de la actividad portuaria se encuentra incluida la operación portuaria y dentro del objeto social de las sociedades portuarias se encuentra la prestación de los servicios directamente relacionados con dicha actividad, como el de operación portuaria. No existe razón, ni fundamento legal alguno para que el numeral 13 del artículo 23 limite (sic) el objeto de estas sociedades excluyendo el servicio de operación portuaria, cuando una vez favorecidas con la

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



concesión de puertos de servicio público se les obligue a estipular que 'no operarán los puertos' salvo por razones técnicas o porque no 'haya otra alternativa', dejando obligatoriamente que terceros presten el servicio de operación portuaria, siendo que éste se encuentra incluido entre la actividades portuarias.

En síntesis, a juicio de la Sala es procedente declarar la nulidad del numeral 13 del artículo 23 del Decreto 838 de 1994 (sic), en cuanto el reglamento le atribuye a la ley un alcance que no tiene al restringir la actividad de las sociedades portuarias en el contrato de concesión de puertos de servicio público. Esa restricción es factible de ser impuesta por el legislador exclusivamente, sin perjuicio, claro está de que las partes la puedan autónomamente pactar” (resalta el Tribunal).

Estima el Tribunal que resulta plenamente razonable -y acertado en su sentir- considerar que el retiro del ordenamiento jurídico del mencionado numeral 13 del artículo 23 del Decreto 838 de 1992, que fungía como origen o fundamento normativo del numeral 12.19 de la cláusula décima segunda del Contrato de Concesión 009 de 1994, genera la afectación de la eficacia vinculante de la estipulación contractual, que desde ese momento se torna entonces inaplicable.

Para el Tribunal no pasa desapercibido que la posibilidad que deja abierta la reseñada providencia del Consejo de Estado en el sentido de que las restricciones a la actividad de las sociedades portuarias en el contrato de concesión de puertos de servicio público, “*factible de ser impuesta por el legislador exclusivamente*”, puedan ser autónomamente pactadas, supondría la existencia de un consentimiento expresado en esa dirección por fuera de la vigencia del citado Decreto Reglamentario 838, para poder pregonar el *pacto autónomo* que predica la decisión judicial que se analiza, lo que no ocurre en el asunto *sub-lite*, pues está claro que el citado numeral 12.19 de la cláusula décima segunda del Contrato de Concesión 009 de 1994 se concibió y consagró cuando la norma reglamentaria en cuestión se entendía vigente, sin haber sido para ese momento retirada del ordenamiento jurídico. Incluso, como enseguida se verá, constan en el expediente algunos pronunciamientos provenientes de entidades públicas que tienen o han tenido relación -directa o indirecta- con el aludido Contrato de Concesión 009, coincidentes en el entendimiento de inaplicación -por utilizar alguna expresión ilustrativa- de la disposición contractual en cuestión.

En línea con lo que acaba de decirse, pertinente resulta destacar pronunciamientos y manifestaciones como las que se reseñan a continuación:

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co



SC648-1



- La Superintendencia de Industria y Comercio, a través de la Resolución No. 22865 de 20 de agosto de 2003, *“mediante la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por Domingo Moreno, en su calidad de representante legal de la Corporación de Operadores Portuarios Marítimos y Fluviales – CORPOMAR, contra el acto administrativo número 0977 del 202 de mayo de 2003, mediante el cual esta Entidad ordenó cerrar una investigación preliminar en contra de la SPRBUN”*, afirmó: *“Reiterando lo ya expuesto, las actividades de operación también pueden ser ejecutadas por las mismas sociedades portuarias, quienes tienen la posibilidad de actuar no solo como administradoras del puerto, sino además de realizar y ofrecer servicios propios de la operación portuaria”*¹⁵⁷.
- En el Memorando de Entendimiento de fecha 2 de agosto de 2007, invocado por OPP en los hechos de su demanda, suscrito entre “LA NACIÓN” y la SPRBUN, en el contexto de señalar *“los hechos y razones que se han debatido en las diferentes reuniones llevadas a cabo dentro del proceso de revisión del esquema de las concesiones portuarias”*, se menciona entre los convenios logrados que *“Las partes han concertado los términos que, de ser autorizada la modificación del Contrato de Concesión, regirán las relaciones entre la Sociedad Portuaria y LA NACIÓN”* (ordinal tercero de los acuerdos), entre los cuales, a su vez, se menciona, en punto al “5.- Establecimiento y modificación de tarifas”, que:

*“La Sociedad Portuaria deberá establecer sus tarifas por concepto del uso de la infraestructura con sujeción a la regulación que al efecto determine la autoridad competente de conformidad con las normas legales que gobiernan la materia. Las tarifas por los servicios a la carga y por los servicios de operación portuaria que preste el concesionario se regirán por la ley y por lo que al efecto disponga la autoridad competente, pero no podrán ser sometidas a condiciones más gravosas que las vigentes para los operadores portuarios en general”*¹⁵⁸.

- Mediante Oficio No. 2016-409-052156-2 de la Delegatura de Puertos de la Superintendencia de Transporte, de 17 de junio de 2016, dirigido a la ANI, se expresa:

¹⁵⁷ Archivo denominado P1, contenido en la Carpeta 11 (Anexos de SPRBUN – Descorre Traslado Excep y Obj Juramento) del Cuaderno No. 3 – Pruebas.

¹⁵⁸ Memorando de Entendimiento en relación con la modificación del Contrato de Concesión Portuaria celebrado con la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. y el Ministerio de Transporte de fecha 2 de agosto de 2007 – denominado 1.62 MOU, contenido en la Carpeta 6 (Anexos de la Demanda Principal Reformada) del Cuaderno No. 3 – Pruebas.



“Hemos recibido comunicación con radicado SPT No. 20165600387222 del 09/06/2016, mediante la cual la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI solicita a esta Superintendencia un pronunciamiento sobre la eliminación de la cláusula 12.19 al contrato de concesión portuaria 009 de 1994; (...).

1. De la lectura de las anteriores disposiciones [Arts. 4, 5 -numeral 20- y 30 de la Ley 1ª de 1991] se puede concluir que las sociedades portuarias están habilitadas por el Estatuto de Puertos Marítimos para desarrollar los servicios que directamente estén relacionados con la actividad portuaria como lo es la operación portuaria (...).

2. (...) El Consejo de Estado en sentencia de nulidad del 13 de agosto de 1993 afirmó que las sociedades portuarias dentro de su objeto pueden establecer el desarrollo de operaciones portuarias. (...)

3. El referido numeral del contrato de concesión de SPRBUN [12.19], le prohibía prestar estos servicios, lo que ha sido objeto de discusión en varias ocasiones, en razón a situaciones planteadas por los operadores portuarios de Buenaventura.

Esta cláusula fue incorporada dentro del citado contrato de concesión en razón a lo instituido por el numeral 13 del artículo 23 del Decreto 838 de 1992 (...).

(...)

Por lo anteriormente expuesto, esta Superintendencia considera procedente la solicitud hecha por la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A.”¹⁵⁹.

- Según Oficio No. 2017-303-000836-1 de 16 de enero de 2017, dirigido a la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo el “ASUNTO” de “Consideraciones respecto a solicitud de SPRBUN de suscripción de otrosí modificadorio del numeral 12.19”, la ANI hace un exposición relativamente amplia de la situación, con expresión de su propia posición e incluyendo alguna referencia de contexto sobre lo acontecido en ese tópico particular con los contratos de concesión celebrados con otras sociedades portuarias y con la propia SPRBUN. Manifiesta la ANI:

¹⁵⁹ Archivo denominado P3, contenido en la Carpeta 11 (Anexos de SPRBUN – Descorre Traslado Excep y Obj Juramento) del Cuaderno No. 3 – Pruebas.



“1. Consideraciones generales

1.3.

(...) Las sociedades portuarias se constituyen entonces para el desarrollo de actividades portuarias, pues al tenor de lo dispuesto en el artículo 6° de la citada ley, son las habilitadas para el efecto a través de los contratos de concesión portuaria. Dentro de dichas actividades portuarias se encuentran la administración y operación de puertos y terminales portuarios.

1.4. En todo caso, es importante remarcar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 1 de 1991 se proscribe en el desarrollo de actividades portuarias todo tipo de conducta que esté orientada a restringir la libre competencia.

(...)

(...) En todo caso, de ninguna manera puede entenderse como limitativo de la libre competencia la operación de un puerto directamente por una sociedad portuaria, pues se insiste en que éstas se constituyen para el desarrollo de actividades portuarias.

2. Consideraciones particulares en relación con la solicitud de la SPRBUN

2.1. El contrato de concesión portuaria

2.1.2. El numeral 12.19 de la cláusula décimo segunda del contrato de concesión, al establecer las obligaciones del concesionario, contempló la prohibición para el concesionario de operar en su totalidad el puerto directamente, situación que como se verá más adelante obedeció a que el artículo 23, numeral 13 del Decreto 838 de 1992 expresamente contemplaba la obligación de incluir una disposición en este sentido en los contratos de concesión portuaria de puertos de servicio público de carga general (...).

2.2. La solicitud de SPRBUN

La Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. – SPRBUN presentó ante esta entidad solicitud de suscripción de un otrosí al Contrato de Concesión Portuaria No. 009 de 1994 del cual es titular, con miras a la eliminación de la prohibición de operar el puerto

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co



SC648-1



directamente contenida en el numeral 12.19 de la cláusula décima segunda contractual -obligaciones del concesionario-. Se remite ejemplares de la solicitud de suscripción de otrosí presentada por la SPRBUN, así: (...).

2.3. La disposición del Decreto 838 de 1992 que sustentaba la disposición contractual

(...)

Mediante sentencia del 24 de julio de 1997, expediente 12.691, la Sección Tercera del Consejo de Estado, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, declaró la nulidad del numeral 13 del artículo 23 del Decreto 838 de 1992, al considerar que el gobierno nacional se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria, al impedir que las sociedades portuarias operaran el puerto, sienta que esta es una facultad que la propia Ley 1 de 1991 reconoce abiertamente y permite desarrollar dentro del objeto de este tipo de sociedades.

Vale la pena anotar que el citado pronunciamiento jurisprudencial y la consecuente ineficacia del numeral 12.19 relativo a la prohibición de operar directamente para los concesionarios de puertos de servicio público de carga general, motivaron en sus respectivas oportunidades la suscripción de otrosíes entre la entonces Superintendencia General de Puertos y las Sociedades Portuarias Regionales de Santa Marta, Barranquilla y Cartagena, a través de los cuales se eliminó la referida prohibición.

2.4. El pronunciamiento de la Superintendencia de Puertos y Transporte

La Superintendencia Delegada de Puertos se pronunció en relación con la solicitud de la SPRBUN, de conformidad con lo solicitado por la ANI a través de oficio SPT No. 20166100461801, radicado en la ANI el 22 de junio de 2016 con el No. 2016-409-052156-2 y del cual se remite ejemplar, señalando entre otros aspectos que al haber sido declarada nula la disposición legal que servía de sustento al numeral 12.19 de la cláusula 12 del contrato de concesión portuaria No. 009 de 1994, dicha disposición resulta ineficaz de pleno derecho. Veamos:

‘Así las cosas, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado, este numeral será ineficaz, razón por la cual la SPRBUN no tendría impedimento para prestar servicios como operador portuario.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



(...)

‘Revisando el contrato de la SPRBUN, se tiene que no se ha suscrito otro Sí al contrato de Concesión Portuaria No. 09 del 21 de febrero de 1994, en la (sic) cual se declare la ineficacia del numeral 19 de la cláusula 12..., sin embargo lo anterior no quiere decir que esta sociedad portuaria aún no se encuentre legitimada para realizar operaciones portuarias’.

2.5. Los casos de la SPRSM, SPRBQ y SPRC

Adicional a lo previamente señalado, es pertinente indicar que dentro del análisis de la solicitud presentada por parte de la SPRBUN, se efectuó una revisión al tenor de las cláusulas de los contratos de concesión portuaria suscritos con las Sociedades Portuarias Regionales de Cartagena, Barranquilla y Santa Marta, encontrando que en su redacción inicial dichos contratos y el 009 de 1994 suscrito con la SPRBUN contemplaron la previsión contractual respecto de la cual se solicita su eliminación. Así mismo se pudo determinar conforme lo previamente señalado en el presente, que en esos tres casos la entonces Superintendencia General de Puertos como concedente de los contratos de concesión portuaria estimó ilícito prohibir a las sociedades portuarias en comento la operación portuaria al haber desaparecido de la vida jurídica la disposición legal que le daba sustento a dicha prohibición. A continuación se ilustra sobre el particular:

2.5.1 El caso de la Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta S.A. – SPRSM¹⁶⁰

A través de Otrosí No. 005 de 1999 al Contrato de Concesión Portuaria No. 006 de 1993 suscrito entre la entonces Superintendencia General de Puertos y la Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta S.A. se modificó el contenido del numeral 12.19 de la cláusula décima segunda contractual, en el sentido de permitir a ese concesionario la operación portuaria. (...)”.

2.7. La posición de algunos operadores portuarios

¹⁶⁰ Lo equivalente ocurrió con las Sociedades Portuarias de Barranquilla y Cartagena.



Es preciso señalar que tres operadores portuarios (Datacontrol Portuario S.A., Almagrario S.A. y OPP Graneles S.A.) han presentado una serie de consideraciones en relación con la solicitud de la SPRBUN, solicitando negar dicha solicitud toda vez que, en su sentir, de permitirse la operación del puerto directamente por parte de dicho concesionario, se estaría vulnerando el régimen de libre competencia.

3. Conclusiones

Una vez presentadas las consideraciones precedentes, para la ANI resulta claro que:

3.2. La modificación solicitada por la SPRBUN y el otrosí que se suscriba como consecuencia de la misma, con la que se pretende retirar del pacto contractual el aparte contenido en la cláusula 12.19 (...), no corresponde a un proyecto de regulación estatal de los que trata el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009.

(...)

3.4. La modificación del tenor literal del numeral 12.19 del Contrato de Concesión Portuaria tiene como único propósito la adecuación del texto de dicha disposición contractual a la normativa vigente, la cual desde la fecha de declaratoria de nulidad de la disposición legal que de daba sustento, deviene ineficaz. En consecuencia la petición de la SPRBUN no modifica en forma alguna de [sic] las condiciones esenciales del contrato y en este sentido no resulta pertinente adelantar el procedimiento especial que se establece en el Decreto 1079 de 2015 para tramitar la solicitud de la SPRBUN.

3.5. La habilitación de las sociedades portuarias para operar el puerto es legal y no contractual (...) Obviamente lo anterior bajo el entendido que todas las actividades portuarias (entre éstas, la operación portuaria) se desarrollen cumpliendo con la obligación legal y contractual de abstenerse de incurrir en prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal¹⁶¹ (resalta el Tribunal).

Es inevitable resaltar las manifestaciones que vienen de reseñarse, porque se ubican en cabeza de la Nación, de la Superintendencia de Transportes, de la ANI, de la SPRBUN y de la SIC, actores diferentes en el marco de la actividad portuaria,

¹⁶¹ Archivo denominado P2, contenido en la Carpeta 11 (Anexos de SPRBUN – Descorre Traslado Excep y Obj Juramento) del Cuaderno No. 3 – Pruebas.



incluso dos de ellos -ANI y SPRBUN- parte actualmente del Contrato de Concesión 009, pues además de la coincidencia en el sentido expresado sobre los efectos de la declaración de nulidad del numeral 13 del artículo 23 del Decreto 838 de 1992 en la estipulación del numeral 12.19 de la cláusula décima segunda de dicho Contrato, denotan que no se configura el escenario jurídico excepcional señalado en la providencia del Consejo de Estado según el cual las restricciones a la actividad de las sociedades portuarias pueden ser autónomamente pactadas en el respectivo contrato de concesión.

Adicionalmente, a juicio del Tribunal también es relevante poner de presente que, la nulidad decretada por el Consejo de Estado en relación con el numeral 13 del artículo 23 del Decreto 838 de 1992, más allá del derecho de OPP a tener su propio entendimiento sobre el impacto de tal decisión judicial en la previsión del numeral 12.19 de la cláusula 12 del Contrato de Concesión 009, era un dato objetivo -de perfil jurídico- existente para la época de la negociación y formalización de la Renovación de 2013, ya en el ámbito interno y específico de la relación OPP-SPRBUN, en la que no sólo nada se estipula sobre no prestación de servicios portuarios por parte de SPRBUN, sino que lo que se pacta en la cláusula décima primera apunta a la idea contraria -que podría haber “competencia”, entre OPP y SPRBUN en la prestación de servicios portuarios- cuando se estipula que dichas sociedades “se comprometen a cumplir las normas que regulan la libre y leal competencia en el mercado, especialmente aquéllas previstas en la Ley 1 de 1991, la Ley 155 de 1959, la Ley 1340 de 2009, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 256 de 1996 o en aquellas normas que las modifiquen o sustituyan”.

En este plano, ilustra el entendimiento lo expresado en su declaración por Andrés Jaramillo Hoyos, con conocimiento de causa porque, en calidad de abogado asesor de la SPRBUN, intervino en las conversaciones asociadas a la definición del clausulado de la Renovación en esta materia, quien al respecto manifestó:

1:12:25

“APODERADO PARTE CONVOCADA: Pasemos ya a ese tema de la competencia. ¿En algún momento de la negociación, nos ubicamos... ahora regresamos a 2013, se habló o se discutió algo en relación con la prestación de servicios de operación portuaria de forma directa por la Sociedad Portuaria de Buenaventura?

(...)

DECLARANTE: No, o sea, que se hubiera discutido si sociedad portuaria podía o no prestar servicios.? No. Pues no se discutió. ¿qué me acuerdo qué pasó ahí? Hubo un momento en el que tal vez... bueno, tal vez OPP o Álvaro sí estaba diciendo que se incluyera que

Sede Principal

Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co



SC648-1



Sociedad Portuaria no podía prestar... tal vez sí... que no podía prestar servicios de operación portuaria. Yo me acuerdo ahí que lo que yo dije: Pues venga, eso podría ya ser una integración empresarial. Si usted va a incluir esa cláusula de que no va a haber competencia entre las empresas, eso eventualmente puede considerarse una operación de integración empresarial que requeriría que pasaran las compañías por la Superintendencia de Industria y Comercio y pedir autorización. Entonces, en ese momento me acuerdo y debe haber ahí, no sé si hay una cláusula, un numeral de esa, de obligaciones, creo que en cada una de las partes se puso algo como que lo que no podían era realizar prácticas restrictivas ni competencia desleal. En eso, en eso fue lo que terminamos acordando; como para darle tranquilidad a OPP, dijimos: Bueno, podemos incluir un numeral entonces en el que ustedes se comprometen que no van a hacer actos de competencia desleal ni van a hacer prácticas restrictivas frente a Sociedad Portuaria y Sociedad Portuaria incluye también una obligación similar. Ese fue lo que creo que en eso terminó la negociación. En que quedaban... quedaban ambas partes comprometidas a no realizar actos de competencia desleal ni prácticas restrictivas de la competencia. Además, porque me acuerdo que como OPP hace parte de Grupo Portuario y Grupo Portuario tiene el... lo que se llama Muelle 13, entonces ahí también había dentro de Sociedad Portuaria también decían muchos: Ah no, es que OPP seguramente va a coger los buques y en vez de traérselos para Sociedad Portuaria, se los va a llevar para Muelle 13 y entonces, usando todo lo nuestro y usando nuestra infraestructura y usando todo lo convence de que vengan pero se los lleva después para... para Muelle 13. Entonces ahí fue que dijimos: Bueno, si ambas partes tienen temores en eso incluyamos una cláusula en este sentido. Pero, tal vez sí Álvaro quería que se incluyera una cláusula de no competencia y a lo cual le dijimos: No queremos eso porque, o nos toca pasar por la Superintendencia. Y Sociedad Portuaria yo creo que no estaba interesada pues en que, en que ella tampoco fuera a prestar servicios de operación portuaria en el futuro” (resalta el Tribunal).

Lo que ha quedado expuesto, apreciado desde la óptica de la pretendida aplicación de la teoría de la imprevisión consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, necesariamente conduce, en el sentir del Tribunal, a descartar su procedencia, pues es claro que la posibilidad de que la SPRBUN activara el ejercicio del derecho a la prestación de servicios portuarios constituye un hecho o circunstancia no calificable como extraordinaria, ni imprevista, ni imprevisible - además de proveniente de la parte contraria-, consideraciones suficientes para la

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



desestimación de las pretensiones formuladas en esa esfera, sin necesidad, una vez más, de entrar en la averiguación acerca de los restantes requisitos normativamente exigidos para su aplicación, reseñados en aparte anterior de la providencia. Entonces, carecen de vocación de prosperidad las pretensiones planteadas en ese ámbito, cuyo eje lo constituye la “*SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*” -y sus consecuenciales- del “*3.2 Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias*”.

Y desde la óptica de la responsabilidad contractual imputada, el referido ejercicio del derecho a prestar servicios portuarios, con ese alcance, no comporta incumplimiento de obligación contractual principal derivada -ni de otra manera asociada- de la Renovación de 2013, de modo que carecen de vocación de prosperidad, en ese frente, las pretensiones incoadas a título de responsabilidad civil contractual, reflejadas en la “*CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL*” -y sus consecuenciales-, en la “*TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*” -y sus consecuenciales- del “*3.2 Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias*”, y en la “*SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*” -y sus consecuenciales- del “*3.3 Segundo Bloque de Pretensiones Subsidiarias*”.

Lo anterior al margen, eso sí, de las obligaciones y deberes que se radican en cabeza de la SPRBUN propios de la calidad de *competidor*, con los parámetros de valoración de conducta que a ello corresponda en la esfera de la competencia desleal, incluso considerando su condición de tal además de la de co-contratante de OPP, escenario jurídico de controversia -ese de la competencia desleal-diferente al que ocupa la atención de este Tribunal, como en esencia se advierte en las piezas del proceso adelantado ante la SIC -incluidas la demanda de OPP y la sentencia de primera instancia-, allegadas al plenario¹⁶².

Contrario a lo sostenido por la Convocante, ha concluido el Tribunal que la SPRBUN no está impedida para fungir como operador portuario para transporte de carga a granel por cuenta de la supuesta autolimitación estipulada, en uso de la autonomía de la libre voluntad de las partes, en el numeral 12.19 de la cláusula décima segunda del Contrato de Concesión Portuaria No. 009 de 1994¹⁶³.

Por supuesto, la no prohibición en cabeza de SPRBUN para actuar como operador portuario directo, comporta que en forma alguna se configuraría desatención de obligaciones principales por cuenta de la actividad que en esa misma condición desarrolle ZELSA -sociedad controlada por SPRBUN-, al margen de

¹⁶² Archivos 1.50 1.52 y 1.53 contenidos en la Carpeta 1 (Anexos Demanda Principal) del Cuaderno No. 3 – Pruebas.

¹⁶³ Insiste el Tribunal en recalcar que su análisis y conclusión se produce en el ámbito interno del Contrato -la Renovación de 2013-, sin intromisión en las decisiones provenientes de otros órganos -administrativos, de vigilancia y/o judiciales- según sus propias competencias.



consideraciones asociadas a la separación que corresponda como personas jurídicas diferentes y al régimen aplicable a ZELSA en el campo de la competencia desleal, cuestión ajena a este Tribunal.

De nuevo se recuerda que, por separado, en apartado posterior considerará el Tribunal, en general, la reclamación de OPP bajo la óptica de los denominados deberes secundarios de conducta, incluido lo relativo al alcance de la misma y su valoración frente a los hechos y circunstancias que corresponda.

Es preciso indicar, por adelantado, que ante la imposibilidad de pronunciamiento en este proceso arbitral en el ámbito de la competencia desleal propiamente tal, más allá de la controversia planteada en la esfera contractual que aquí ocupa la atención del Tribunal, no corresponde tampoco hacer pronunciamiento material sobre la excepción de “5.10 Caducidad de las pretensiones relacionadas con competencia desleal”, y habrá de desestimarse la que se formula con el rótulo de “5.9 Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto”.

5.6. Visión panorámica de las circunstancias sobrevinientes invocadas por OPP como fundamento de su reclamación. Consideración de la reclamación desde la perspectiva de los deberes secundarios de conducta.

5.6.1. Comentario previo.

Como se ha puesto de presente, la demanda principal reformada instaurada por OPP invoca la ocurrencia de hechos o circunstancias sobrevinientes que, en su opinión, afectan el equilibrio económico del Contrato y originan excesiva onerosidad para efectos de su cumplimiento, con la aspiración de propiciar la revisión del contenido prestacional del mismo o un remedio de perfil indemnizatorio, acudiendo a mecanismos jurídicos diferentes, consistentes, siguiendo el orden en que están planteados como ejes centrales en los bloques que integran el *petitum*, (i) la desfiguración de la causa, (ii) la teoría de la imprevisión y (iii) la responsabilidad civil por incumplimiento contractual, esta última por desatención de “*obligaciones principales*” y/o “*deberes secundarios de conducta*”.

A lo largo de esta parte motiva ha anunciado el Tribunal su orientación decisoria de no prosperidad del planteamiento sobre la desfiguración de la causa como mecanismo jurídico por sí mismo idóneo para habilitar la revisión contractual impetrada, y ha igualmente advertido, respecto de cada una de las distintas causas sobrevinientes invocadas, acerca de la imposibilidad de aplicación de la teoría de la imprevisión, por las razones expresadas frente a cada evento, conclusión que inexorablemente, en las condiciones explicadas, ha de predicarse del conjunto de tales hechos y circunstancias, pues, para aludir al común denominador

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



evidenciado a lo largo del análisis, la improcedencia de la calificación de extraordinarias y/o de imprevistas o imprevisibles de todas y cada una de las circunstancias se proyecta con el mismo talante en relación con dicho conjunto.

El Tribunal es consciente del planteamiento de OPP que enfatiza en que la imprevisibilidad *“no debe analizarse de cada circunstancia sobreviniente individualmente considerada, sino de la suma de todas la circunstancias que acontecieron con posterioridad a la celebración de la Renovación contractual”*¹⁶⁴, pero no lo comparte pues advierte, de un lado, que a tal formulación llega la Convocante después de afirmar que *“evento por evento, se puso de manifiesto su imprevisibilidad (...)”*¹⁶⁵, apreciación sin duda distante de la que ha establecido el Tribunal, y del otro, que el referido conjunto, más allá de mostrar coincidencias en el espectro temporal de la ocurrencia de los eventos, no altera el carácter no extraordinario ni imprevisto o imprevisible -según se trate- de las situaciones que se presentaron, provenientes de una de las partes, situaciones que, seguramente con distinto acento, tenían vocación natural de acaecer en distintos momentos de la ejecución contractual, independientemente de que pudieren ocurrir o no simultáneamente en el tiempo¹⁶⁶.

Ya en el campo específico de la imputación de responsabilidad civil contractual por incumplimiento, que se predica -valga repetir- de la desatención de *“obligaciones principales”* y/o *“deberes secundarios de conducta”*, el Tribunal ha descartado, respecto de los cargos propuestos, la contravención asociada a *“obligaciones principales”*, al tiempo que señaló que por separado habría de considerarse el reclamo formulado por la vía de infracción de *“deberes secundarios de conducta”*, escenario jurídico este último al que, en su aproximación conceptual, como expresión del principio de la buena fe, se refirió a espacio el Tribunal en acápite anterior de esta providencia.

En este frente de imputación de desatención de deberes secundarios de conducta, las siguientes son las apreciaciones del Tribunal, comenzando por perfilar la posición y el planteamiento de cada una de las partes sobre el particular, para luego hacer lo propio con su visión de esta arista de la reclamación, desde luego proyectando la orientación decisoria correspondiente.

5.6.2. Posición de las partes.

OPP.

¹⁶⁴ Página 96 del alegato final presentado por OPP.

¹⁶⁵ Ibidem.

¹⁶⁶ Vr. gr., mediando facultad en el Contrato, cambios en el sistema tarifario y en el Reglamento de Condiciones Técnicas bien podían o no coincidir en el tiempo; pero no era extraordinario ni imprevisible que ocurrieran al tiempo.

Sede Principal

Calle 8 # 3-14, Piso 4

Tel: 57 (2) 8861369

Cel: 314 8348808

ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



En el contexto temático general que ahora ocupa la atención del Tribunal, en punto a las pretensiones asociadas a la responsabilidad contractual reclamada, tal como se ha señalado reiteradamente, OPP solicita, según se puntualiza en el “3.3 Segundo Bloque de Pretensiones Subsidiarias”, “Que se DECLARE que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. incumplió las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN (...)’” (“SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA”), con peticiones consecuenciales en el sentido que se declare que la SPRBUN “es civilmente responsable por los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN (...)’” (“PRIMERA CONSECUENCIAL DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA”) y que “se CONDENE a la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. a pagar, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en la que se expida el laudo arbitral respectivo, la reparación integral de los perjuicios sufridos por OPP GRANELES S.A. como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones principales y/o los deberes secundarios de conducta del negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN (...)’; discriminados así: - Por concepto de inversiones realizadas por parte de OPP GRANELES S.A. y no amortizadas como consecuencia del incumplimiento contractual, la suma de TREINTA MIL SETECIENTOS SESENTA MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (COP \$30.760.995.372) - Por concepto de sobrecostos derivados de la aplicación de un tarifario que desconoce las eficiencias, la suma de VEINTIÚN MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$21.765.972.824)” (“SEGUNDA CONSECUENCIAL DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA”).

Como también se ha reseñado, las mismas pretensiones aparecen formuladas en el bloque “3.1 Pretensiones principales”, en el que corresponden a la cuarta pretensión principal y sus dos consecuenciales, y en el “3.2 Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias”, en el que corresponden a la tercera pretensión subsidiaria y sus dos consecuenciales.

En ese mismo contexto temático, OPP se refiere, en el capítulo de los hechos de la demanda, a las circunstancias o eventos en que considera hay contravención al principio de la buena fe -deberes secundarios de conducta-, como pasa a señalarse.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





Aludiendo a la *“Implementación de nuevas medidas operativas por la SPRBUN que tienen efectos en la ejecución de los Contratos de Arrendamiento, y de Uso de Infraestructura, y la Renovación Contractual”* (2.84.), afirma OPP que *“La SPRBUN, en una aplicación contraria a la buena fe contractual (...), aplicó subjetivamente un Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación no aplicable y decidió comprometer los muelles especializados en descargue de graneles con posibles cargas diferentes a las graneleras (...)”* (2.84.4.).

Al hablar *“Sobre prestación y servicios propios de un operador portuario en el mercado de carga de granel por parte de SPRBUN”* (2.85), OPP manifiesta que *“la SPRBUN opera y presta servicios de operación portuaria de modo directo e indirecto en el Puerto de Buenaventura, (...) aprovechando su condición de concesionario del Terminal de Buenaventura que le permite controlar el atraque y arribo de las motonaves que llegan al Puerto de Buenaventura y transgrede de múltiples formas, sus obligaciones y deberes secundarios de conducta, derivados de los Contratos de Arrendamiento y de Uso de Infraestructura”*. (2.85.9.); y agrega que *“Estas actuaciones de SPRBUN, aunadas a las reiteradas oportunidades en que la SPRBUN intentó apropiarse de clientes de OPP GRANELES, constituyen conductas que violan de forma directa el numeral 12.19 de la Cláusula Décima Segunda del Contrato Administrativo de Concesión Portuaria No. 009 y, además, el deber de actuar conforme a la buena fe contractual y puntualmente, a sus deberes secundarios de conducta, incluyendo pero sin limitarse a los deberes de lealtad, fidelidad, cooperación y coherencia como parte de los Contratos de Arrendamiento y de Uso de Infraestructura”*. (2.85.11.).

Posteriormente, después de mencionar la ocurrencia de las circunstancias sobrevinientes invocadas en apoyo de su aspiración de revisión contractual por generar desequilibrio económico y excesiva onerosidad (2.86. y 2.87.), expresa que *“(...) además de lo anterior, es claro que la SPRBUN no ha actuado conforme a los deberes secundarios de conducta que, con base en la buena fe, deberían guiar su conducta contractual, entre otros, incluyendo, pero sin limitarse a los deberes de lealtad, fidelidad, cooperación, coherencia y fidelidad, para con mis representados”*. (2.88.).

La visión panorámica de la narración fáctica recién realizada permite advertir la identificación de los énfasis específicos del reproche que plantea OPP en el terreno de imputación de desconocimiento, por parte de la SPRBUN, de deberes secundarios de conducta, que se ubican, extractados de los varios sucesos invocados en la demanda principal reformada como circunstancias sobrevinientes originadoras de desequilibrio económico y excesiva onerosidad, en las relacionadas con la implementación de nuevas medidas operativas consignadas en el RCTO y con la prestación de servicios propios de un operador portuario en el

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



mercado de carga de granel por parte de SPRBUN, directamente o a través de ZELSA S.A.S.

El desarrollo del planteamiento de OPP, visto a partir de su alegato final, comprende varios tópicos de la ejecución negocial que es pertinente mencionar.

En el acápite en el que presenta *“II. UNA SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA: EL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER”*, cuando menciona el tópico relativo a la reclamación por responsabilidad civil contractual, después de aludir al cumplimiento de OPP manifiesta que *“Quien sí incumplió, por el contrario, fue la SPRBUN, que se saltó la más elemental buena fe e, incluso con violación de las normas relativas a la recta y leal competencia, se ha aprovechado de su posición contractual para inferir diferentes perjuicios a OPP”*. Según su dicho, *“(…) está plenamente probado, no solo ante este Tribunal Arbitral sino también en el criterio de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la ‘SIC’), que la SPRBUN ha desplegado diferentes conductas tendientes a perjudicar, de forma directa, a OPP, en el desarrollo de la operación portuaria”*, lo cual *“constituye plena prueba del quebrantamiento de la buena fe contractual y del incumplimiento de los deberes secundarios de conducta por parte de la SPRBUN”*. Para la Convocante, *“Además, se encuentran probados los perjuicios sufridos por OPP, al ser claros, diáfanos, ciertos, directos y personales; estos, derivados del incumplimiento de las obligaciones principales y deberes secundarios de la SPRBUN. Basta simplemente con una lectura del dictamen pericial rendido por Solfin, para poder concluir que, producto del comportamiento de la SPRBUN, la operación de OPP se tornará deficitaria, como se dijo en la audiencia de interrogatorio al perito: (…)”*.

Posteriormente, cuando se refiere a *“III. LAS PRETENSIONES PRINCIPALES: REVISIÓN CONTRACTUAL POR LAS CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS SOBREVINIENTES”*, en algún pasaje alude al *“Segundo evento sobreviniente: la implementación de la tarifa por uso de instalaciones al operador portuario terrestre”*, en relación con el cual afirma que *“El cobro se ha hecho con absoluta mala fe”*, ya que, según su dicho, *“fue probado a lo largo de este proceso que la SPRBUN cobra a su discreción esta tarifa. En efecto, a algunos operadores la Parte Demandada cobra la tarifa completa por UIOPT, pero para aquellos afines a sus intereses simplemente los exonera de dicho pago o les aplica una tasa de descuento”*.

Y al abordar la reseña a *“IV. LAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS: EL INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA DE SUS OBLIGACIONES PRINCIPALES Y/O LOS DEBERES SECUNDARIOS DE CONDUCTA”*, después de señalar que *“La desaparición de la causa contractual y la excesiva onerosidad que enfrenta el Contrato ha estado acompañada,*

Sede Principal

Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



además, de una conducta jurídicamente reprochable en cabeza de la Demandada”, sostiene que “En efecto, contrariando los más elementales postulados de la buena fe, la SPRBUN ha incumplido deberes colaterales de comportamiento, en abierto desmedro de OPP y del interés positivo en el Contrato”.

Tras incorporar una referencia conceptual, a título de “Premisa jurídica”, sobre “la buena fe y los deberes secundarios de conducta”, se refiere a “El caso concreto” para afirmar que lo sucedido es que “a partir de múltiples conductas, se ha transgredido ese contenido asociado a la buena fe contractual y los deberes secundarios que de ella se derivan, particularmente el deber de obrar con la diligencia, honradez y probidad de un buen hombre de negocios, procurando evitar la causación de daños a la contraparte contractual. La razón, en términos concretos, es que la SPRBUN ha pretendido lo contrario: ha ejecutado un catálogo de comportamientos con los cuales, su único cometido, ha sido dañar a OPP Graneles en el devenir del íter contractual”. En palabras de OPP:

“Si bien se conocía de las violaciones de la SPRBUN desde la formulación de la demanda, fue con la Resolución No. 44516 de 2022 proferida por la SIC en contra la SPRBUN, por la cual formuló pliego de cargos por prácticas restrictivas de la competencia -la cual obra en el expediente-, que comprobó, de forma incontestable, la infracción evidente en cabeza de la Sociedad Portuaria: desde el primer momento y hasta la actualidad, la SPRBUN ha actuado en clara contravención de la buena fe contractual.

En efecto:

IV.2.1. La SPRBUN ha intentado por todos los medios apropiarse de la operación de OPP, y al no conseguirlo, ha buscado terminar la relación comercial:

Desde un primer momento, la SPRBUN ha buscado adueñarse de la operación de carga granel que eficientemente ha operado OPP, en clara violación de los principios consagrados en la Ley 1 de 1991.

IV.2.2. La situación con la plataforma INTEGRÁ:

La plataforma Integra hace parte de la infraestructura portuaria de la SPRBUN y sirve para el control de la entrada y salida de vehículos. A través de la plataforma, se les exige a los operadores portuarios el registro de los vehículos para el retiro de la carga a granel de las instalaciones del Puerto de Buenaventura.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





Sin embargo, como a continuación se describirá, se requería particularmente su uso a OPP, a pesar de varias fallas en el aplicativo, las cuales habrían generado diversos obstáculos en la operación de mi mandante.

IV.2.3. El doble pesaje:

Este tema, si bien ha sido tratado en el capítulo que precede, debe ser traído a colación nuevamente, al ser prueba fehaciente de la violación a la buena fe por parte de la SPRBUN.

De este punto, no es necesario abarcar mucho, toda vez que ya se ha probado que la SPRBUN decidió exigir el doble pesaje y lo sigue haciendo, a pesar de reconocer que no era necesario.

IV.2.4. La situación con la puerta Pekín:

La puerta Pekín es una de las puertas de acceso al Puerto de Buenaventura que, junto con la puerta Paraguas, habilitan el acceso de los camiones a las instalaciones portuarias. La puerta Pekín es de gran relevancia para la operación de OPP, toda vez que esta está mucho más cerca de los muelles en los que opera.

Como puede intuirlo en este punto el H. Tribunal, la SPRBUN, en contra de los deberes de cooperación que le asisten, decidió restringir el tránsito a OPP por la puerta Pekín, pero sí decidió otorgárselo a otros operadores.

IV.2.5. La competencia directa e indirecta a OPP por la SPRBUN:

También está probado en este proceso, sin lugar a duda alguna, que la SPRBUN ha competido de forma directa e indirecta con OPP, a pesar de la restricción que contra ella pesa de actuar como operador portuario para carga granel.

A pesar de esta restricción, y como se dejó ya constancia en el acápite anterior, la SPBRUN de forma deliberada y en plena contravía de la buena fe contractual, decidió contactar a clientes de OPP con ofertas integrales contra cuyos términos OPP no podía competir” (las negrillas son del texto).

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co





Se aprecia que las conductas a las que se alude como constitutivas de la infracción que se estudia, siguiendo la línea trazada antes reseñada por el Tribunal, se ubican en el campo de las medidas vinculadas con la operación del puerto -tema RCTO- y con la prestación de servicios propios de un operador portuario en el mercado de carga de granel por parte de SPRBUN, a las que se agrega la mención de la circunstancia sobreviniente relativa al doble pesaje, en su momento considerada en esta parte motiva de la providencia.

Ya en la órbita de las consecuencias de la infracción que denuncia, OPP se refiere en su alegato a “IV.2.6.1. La responsabilidad patrimonial pura: orden de cumplimiento de las obligaciones” y “IV.2.6.2. La responsabilidad contractual y el resarcimiento de perjuicios”.

En relación con lo primero afirma, en lo esencial, que *“En efecto, con independencia de la faceta resarcitoria, en la que el deudor incumplido es obligado a llevar al acreedor al estado en que se encontraría de no haber incurrido en la infracción imputable de las prestaciones a cargo de dicho deudor, la primera consecuencia del ilícito contractual es la que algunos denominan responsabilidad patrimonial pura: que se ordene al deudor acatar el contenido de la obligación. No en vano, por ejemplo, el artículo 870 del Código de Comercio prescribe que, en los contratos bilaterales, la mora de una de las partes habilita a la otra para ‘hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios’”, de modo que “Ese, señores árbitros, es también el principal propósito de OPP: que se imparta una orden de abstención a la SPRBUN para que evite cualquier conducta que tenga por objeto o como efecto entorpecer el buen devenir de la relación contractual con OPP, su normal operación o la realización de las finalidades asociadas a la Renovación Contractual”. En la misma dirección que se ha puesto de presente, menciona, “En concreto”, las siguientes conductas: “(i) Intervenir como operador portuario de graneles sólidos en las instalaciones del Puerto de Buenaventura, tomando ventaja de las potestades que, como sociedad portuaria, tiene la SPRBUN, para afectar la participación de mercado de OPP”, “(ii) Remitir ofertas integrales a los clientes actuales de OPP, en las que se incluya la prestación de servicios como operador portuario marítimo de carga a granel, ofreciendo condiciones de mercado más favorables en virtud de la aplicación de descuentos por volumen de carga o facilidades en la operación”, “(iii) Aplicar exigencias orientadas a minar la ventaja competitiva de OPP en términos de eficiencia en el cargue y descargue de motonaves; concretamente, exigencias como el doble pesaje de los camiones que retiran la carga de las bodegas de almacenaje de OPP en las instalaciones del Puerto de Buenaventura” y “(iv) Dificultar la operación portuaria de OPP a través de medidas técnicas que injustificadamente menoscaban la eficiencia de la operación portuaria de mi representada, por ejemplo, al impedirle el uso de puertas de acceso que se permite a otros operadores o dificultar el uso de muelles*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co





especializados cuando prioridades de atraque objetivas indicarían un proceder diferente”.

Y en lo que atañe a lo segundo, considera OPP que *“En el presente caso, ocurre precisamente que la transgresión a la buena fe contractual y a los deberes secundarios de comportamiento originó un daño resarcible en cabeza de OPP, consistente fundamentalmente en la frustración del interés positivo que OPP que tenía en el negocio jurídico suscrito con SPRBUN: el derecho subjetivo lícito de la sociedad que represento, consistente en obtener un rédito o rendimiento derivado de la ejecución del acuerdo, se frustró, con lo cual se menoscabó un interés tutelado por el ordenamiento, como consecuencia cierta y directa de la infracción incurrida por la Sociedad Portuaria”. Añade que “Ese daño, se hizo patente en un perjuicio suficientemente esbozado por el perito SOLFIN: la pérdida apreciable en el valor presente neto de la inversión de OPP”, al que remite en el punto en el que se le pide al perito que “(...) determine a qué monto asciende el perjuicio económico generado y esperado al Valor Presente Neto de OPP GRANELES atribuible a las modificaciones que realizó la SPRBUN respecto de las condiciones económicas contractuales”, interrogante que absuelve indicando que “Al descontar a valor presente neto a 31 de diciembre de 2013 la diferencia entre los dos FCLO se obtiene una afectación combinada en el Valor Presente Neto de OPP GRANELES por modificación por parte de la SPRBUN de las condiciones contractuales de USD\$ 3.286.253 disminución equivalente al 20,05% del VPN original de este escenario (USD11.311.718) y un valor presente neto a 18 de abril de 2022 (fecha de elaboración del presente dictamen) asciende a USD\$ 9.923.643”.*

Según OPP, *“Esta afectación es imputable a la conducta de la SPRBUN, porque (i) de no ser por el comportamiento doloso asumido por la convocada, no se habría producido una reducción en el valor presente neto de OPP bajo el negocio jurídico, lo que confirma que el incumplimiento es causa de hecho del resultado dañoso; y, (ii) era previsible que si la SPRBUN adoptaba comportamientos como intervenir en condición de operador portuario de graneles en el mercado de OPP, con la ventaja competitiva propia de disponer de un descuento especial en la tarifa UIOPM o, lo que es más llamativo, de contar con prioridades de atraque y menores tiempo de espera, afectaría sensiblemente la clientela de OPP, de un modo que reduciría drásticamente su capacidad para generar utilidad bajo el contrato proteiforme con la SPRBUN; y eso fue precisamente lo que hizo, configurando así la causa de derecho que hace plenamente imputable el resultado lesivo a la acá demandada”.*

SPRBUN.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



La SPRBUN, por su lado, en la contestación de la demanda principal reformada propone, en el apartado de “5. DEFENSAS Y EXCEPCIONES”, la que enuncia indicando que “5.6 SPRBUN no ha incumplido ninguna de sus obligaciones ni deberes secundarios de conducta en el Contrato. Cumplir con su obligación regulatoria de modificar las tarifas y el reglamento de condiciones técnicas de operación de acuerdo con las circunstancias no es un incumplimiento contractual”.

Según la Convocada, “OPP pretende que se declare el incumplimiento de las obligaciones y de los deberes secundarios de conducta de SPRBUN bajo el Contrato. No obstante, no ha ocurrido ningún incumplimiento que sea imputable a mi representada. Por el contrario, es OPP quien ha incumplido sus obligaciones bajo este Contrato, lo cual hace que esta demanda sea inviable. En efecto, en la demanda no se hace referencia ninguna obligación contractual en específico que mi representada hubiera incumplido toda vez que dichos incumplimientos son inexistentes”.

Frente a lo invocado en el capítulo de los hechos de la demanda principal reformada (numerales 2.84.4., 2.85.9., 2.85.11. y 2.88.), la SPRBUN responde indicando que no son propiamente tales, sino apreciaciones personales equivocadas que carecen de sustento y/o que hacen referencia a un asunto que no es de competencia del Tribunal “por tratarse de una interpretación de un contrato distinto”; y asevera, que “La que sí ha incumplido los deberes de buena fe y de abstención en incurrir en conflictos de interés es OPP”.

En su alegato de conclusión, la SPRBUN trae a colación el tema en distintos apartados de su exposición argumentativa.

Así, al aludir a la “3.2. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA”, advierte que en las pretensiones de OPP, además de las relativas a la desfiguración de la causa y la aplicación de la teoría de la imprevisión, está comprendida la referente a que la SPRBUN “ha incumplido sus obligaciones principales y deberes secundarios de conducta”, cuestión que, entonces incluye dentro los “3.3. PROBLEMAS JURÍDICOS” a tratar y resolver.

Y ya en el “3.4. ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS”, destaca la SPRBUN, con invocación del literal 1) de la cláusula sexta del Contrato que “OPP se obligó a cumplir el RCTO”, previo señalamiento de que “En resumen, la argumentación de OPP ante la prioridad de atraque es infundada. La modificación del RCTO, que regula las condiciones de operación de los puertos incluyendo la prelación de atraque, de acuerdo con las normas superiores, es legítima. Además, la declaración del Capitán Flórez refuta la afirmación de OPP de que la modificación afectó su operación. La evidencia

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



muestra que OPP opera en todos los muelles del puerto y que la infraestructura especializada no es un obstáculo. Por lo general, los barcos de graneles utilizan los muelles especializados y solo raramente se asignan a barcos con carga diferente”.

En relación con la “*COMPETENCIA EN LA OPERACIÓN PORTUARIA*”, afirma la SPRBUN que “*Otra vez con una teoría jurídica equivocada y buscando un provecho ilegal, indebido e injusto, OPP sostiene que la SPRBUN ‘opera y presta servicios de operación portuaria de modo directo e indirecto en el Puerto de Buenaventura, transgrediendo el Contrato de Concesión Portuaria No. 009 de 1994’ lo que configura una violación a los deberes secundarios de conducta de la SPRBUN y una de las circunstancias extraordinarias imprevistas e imprevisibles que supuestamente habrían alterado la ecuación económica del negocio jurídico y desdibujado la causa económica*”; agrega que “*Precisamente sobre este asunto OPP ha iniciado numerosas acciones a las cuales nos referiremos más adelante buscando precisamente evitar que la SPRBUN ejerza su derecho a la libertad de operar el puerto. La parte que ha violado sus deberes de conducta, y en materia verdaderamente grave, es OPP no la SPRBUN*”; y remata expresando que “*Sin perjuicio de que los temas sobre la participación de la SPRBUN y de Zelsa en el mercado de operación portuaria de graneles escapan la competencia de este Tribunal, en esta sección se demostrará que los servicios de operación portuaria de la SPRBUN y de Zelsa no configuran circunstancias extraordinarias imprevistas e imprevisibles, ni mucho menos violan la buena fe ni los deberes secundarios de conducta en cabeza de mi poderdante y tampoco constituyen conductas reprochables por competencia desleal o prácticas restrictivas a la competencia*”.

Por último, cuando el alegato final de la SPRBUN se refiere a “*4. LA DEMANDA EN RECONVENCIÓN PROPUESTA POR SPRBUN SE ENCUENTRA LLAMADA A PROSPERAR*”, al presentar su “*4.2. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA*” señala que “*(b) OPP ha actuado en abierto desconocimiento de la buena fe contractual*”. Y en el mismo sentido, con ocasión de su planteamiento sobre el incumplimiento -que califica de doloso- de OPP en punto al pago de las tarifas, considera que ello “*(...) también demuestra que realmente quien ha actuado de forma contraria a la buena fe comercial y contractual, y, en consecuencia, en violación de los deberes secundarios de conducta, es OPP*”.

5.6.3. Consideraciones del Tribunal.

El Tribunal, entonces, centra su atención en el estudio de las circunstancias sobrevinientes originadoras, según OPP, de afectación por la vía de desatención de los llamados deberes secundarios de conducta, pues examinado quedó, en acápites anteriores de la providencia, lo relativo al planteamiento de que pudieran

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



ser constitutivas de incumplimiento de obligaciones principales -en terminología utilizada en la demanda, valga recordar-.

Por supuesto, remite el Tribunal al marco conceptual delineado alrededor del principio de la buena fe y de los referidos deberes secundarios de conducta como una de sus expresiones más caracterizadas, con lo que ello comporta en punto a la vigencia principal de la valoración objetiva de los hechos y circunstancias sobrevinientes referenciadas para el propósito específico que ahora ocupa la atención del Tribunal, en el claro entendido que cualquier reproche que en ese ámbito se formule guardaría relación con algún grado de alejamiento respecto del comportamiento esperado¹⁶⁷, que no es propia ni necesariamente sinónimo de mala fe ni de conducta antijurídica intencional, calificativos que, desde luego, suponen y exigen una valoración sustancial y probatoria más exigente, que con ese alcance, más allá de algunas apreciaciones subjetivas en ese sentido manifestadas por algunos declarantes, no aparece demostrada en el proceso.

En este orden de ideas y en el mismo orden recién rememorado, dentro del marco propuesto por OPP en la formulación de la censura específica que en este apartado se examina, el Tribunal se referirá a la exigencia de doble pesaje, la implementación de nuevas medidas operativas por la aplicación subjetiva del RCTO y la prestación de servicios propios de un operador portuario en el mercado de carga de granel por parte de SPRBUN, directamente o a través de ZELSA. Y lo hará a partir de lo que ya se ha señalado en relación con cada una de las aludidas circunstancias, agregando algún comentario o apreciación adicional para, al final, concluir lo que corresponda desde la perspectiva del conjunto de los hechos que las caracterizan. Conviene agregar que se considera admisible, sin embargo, que en la respectiva valoración de conductas se tenga en cuenta el contexto general del estado y evolución de la ejecución negocial de la época de ocurrencia de los hechos y circunstancias relevantes.

Respecto de la exigencia de doble pesaje, estableció el Tribunal que la conducta cuestionada tiene amparo formal en una previsión convencional plasmada en el clausulado contractual, acorde además con el carácter de la SPRBUN como concesionaria del puerto marítimo, lo que en principio conduce a descartar, bajo esa perspectiva, reproche a la actuación denunciada. Sin embargo, estima el Tribunal que algún grado de censura cabe al comportamiento que se examina bajo la óptica de no aparecer acreditada la necesidad real y material del pesaje realizado por la SPRBUN, con virtualidad de afectación en términos de racionalización y eficiencia de los procedimientos y de la operación, si el que se surte en las

¹⁶⁷ Podría hablarse del comportamiento *estándar* esperado, en términos de acatamiento de los deberes de que se habla, atendiendo las circunstancias particulares del caso, incluido el perfil de los contratantes.



instalaciones de OPP contaba y cuenta con habilitación al ser depósito público autorizado por la DIAN, para satisfacer los efectos legales pertinentes¹⁶⁸.

En esa línea de argumentación, tiene razonabilidad tener en cuenta que la actividad de doble pesaje vino a implementarse, según lo declarado por el señor Álvaro Rodríguez Ferrero, representante legal de OPP, a principios del año 2020, informe que ratifica el declarante Gustavo Flórez Dulcey, Gerente de Ingeniería y Proyectos de la SPRBUN, lo que significa, obviamente, que no se llevaba a cabo en época anterior a dicha data, sin que la SPRBUN haya suministrado explicación suficiente de la nueva conducta, para respaldarla en términos de real necesidad o conveniencia, además de coherencia frente a la conducta precedente.

En lo atinente a la implementación de nuevas medidas con ocasión de cambios introducidos en el Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación, advirtió el Tribunal sobre la habilitación contractual para la ocurrencia de modificaciones en dicho Reglamento, además de los visos de normalidad de dicha situación sobre todo en relaciones negociales de larga duración, por lo que, de nuevo, desde esa perspectiva no se configura reproche a la conducta en ese sentido desplegada por la SPRBUN. Sin embargo, también esta vez tiene presencia un dato objetivo según el cual, con independencia de la magnitud del impacto real, algunos de los cambios adoptados en el Reglamento afectaban o desfavorecían a OPP, en particular en el tópico de la prioridad de atraque de los barcos, y dentro de ella, en punto al porcentaje de carga establecido para determinar la prioridad¹⁶⁹, cuestión relevante para la Convocante en el contexto de la utilización de los muelles especializados, no despreciable en la medida en que tenían virtualidad para incidir, por ejemplo, en la eficiencia de su operación con posibilidad de repercusión en la esfera de las relaciones con los clientes, todo ello sin que para soportar adecuadamente la modificación se haya acreditado una explicación objetiva suficiente, y mucho menos, incuestionable, desde la perspectiva de haberse considerado y evaluado, como parte del proceso propio de la toma de la decisión, el impacto que, también objetivamente, las medidas adoptadas podían producir en la operación de OPP.

Por último, en relación con la prestación de servicios propios de un operador portuario en el mercado de carga de granel por parte de la SPRBUN, directamente o a través de un tercero, ha concluido el Tribunal que el referido ejercicio del

¹⁶⁸ La SPRBUN, al contestar el hecho 2.83.1.1.2.3 de la demanda principal reformada, no niega el hecho relativo a la habilitación de OPP, pero afirma que ella “*tiene el deber [como concesionaria] de realizar el pesaje a través de sus básculas (...)*”.

¹⁶⁹ Cambio consistente en señalar que, en esencia, para la prioridad de atraque en los muelles especializados se requiere que el buque esté transportando graneles en un 100%, no el 60% de su carga como antes se preveía, en el contexto y con las particularidades relatadas en las declaraciones que se han reseñado en párrafos precedentes.



derecho a prestar servicios portuarios, con ese alcance, no comporta incumplimiento de obligación contractual principal derivada de la Renovación de 2013, y cuenta, desde la perspectiva analizada, con legitimidad que aleja la posibilidad de reproche por el hecho de ejercerla, por supuesto dentro de los cánones propios de la competencia leal, sin que nada de eso sea obstáculo para reconocer, como dato objetivo, que el cambio en la conducta de la SPRBUN en la materia que se comenta ciertamente representaba una situación nueva para OPP, con virtualidad para incidir en el desarrollo y resultado de su operación, lo que ameritaba consideración en procura de lograr una deseable armonía -por decirlo de alguna manera, y hasta donde fuera posible- en la concurrencia de actividades propia de la nueva realidad.

Adicionalmente cabe mencionar que referencias, en general, sobre los sucesos puntuales citados en el “*catálogo de comportamientos*” reprochados por OPP en la mención detallada que hace en su alegato final se aprecian en la Resolución No. 44516 11 de julio de 2022 de la Superintendencia de Industria y Comercio -SIC-, “*Por la cual se ordena abrir una investigación formal y se formula pliego de cargos*”¹⁷⁰, además de alusiones particulares en relación con algunos de esos eventos que se encuentran en declaraciones recibidas durante el trámite, como las provenientes de Santiago Rodríguez Ferrero, Gerente Comercial de OPP, y Jair Fernel Cuero Angulo, Jefe de Planeación de Barcos de la SPRBUN.

La visión de conjunto de lo que hasta aquí se ha dicho tiene como común denominador de apreciación, de un lado, como ya lo dejó sentado el Tribunal, que las circunstancias sobrevinientes invocadas por la Convocante como relevantes en la esfera de la pregonada desatención de deberes secundarios de conducta, además de no ser extraordinarias ni imprevisibles, no configuran incumplimiento de obligaciones principales del negocio plasmado en la Renovación de 2013, y del otro, que se caracterizan por tener virtualidad para, de distintas maneras, afectar o incidir negativamente en el giro ordinario de la actividad de OPP, lo cual, desde luego sin desdeñar de los derechos ejercidos con habilitación contractual -y sustrato legal según se ha enfatizado-, sí permite estimar, razonablemente, que podía esperarse un comportamiento diferente de la SPRBUN en términos de deberes secundarios de conducta como los de colaboración, cooperación, lealtad, coherencia y previsión -solidaridad, utilizando una expresión con ánimo

¹⁷⁰ Para el Tribunal es claro que la Resolución en cuestión no es una prueba acabada o concluyente, en cuanto su alcance es sólo de apertura de investigación con formulación de cargos, pero también lo es que ello no excluye otorgarle algún mérito persuasivo por cuanto, en todo caso, comporta manifestaciones de un ente de vigilancia a partir de alguna información inicial que soporta su actuación -así sea preliminar-, lo que en conjunto con otros medios demostrativos obrantes en el plenario puede ser tenido en cuenta de cara a los tópicos puntuales a los que en este apartado se refiere el Tribunal.



comprendido- tendientes a procurar, en la medida de lo posible y lo razonable¹⁷¹, la adopción de mecanismos de atenuación o de alternativas de recomposición de los efectos negativos que las nuevas situaciones habrían de producir en la operación de OPP.

Debe insistir el Tribunal en destacar que con lo que acaba de afirmarse no se desdice -no se desconoce- la existencia del fundamento formal de la SPRBUN para realizar las conductas y actuaciones que han sido objeto de valoración, que por distintas razones, conforme se ha indicado, respaldan la modificación del RCTO, la posibilidad de prestación de servicios como operador portuario y el doble pesaje; de lo que se trata, en apreciación que no es excluyente ni incompatible con lo dicho, es de señalar que en el contexto del ejercicio, por parte de la SPRBUN, de los derechos y facultades a que se ha hecho mención, legítimo en ese sentido, a juicio del Tribunal la Convocada podía haber desplegado algún tipo de conducta o conductas que tuvieran en cuenta, en medida adecuada, la incidencia negativa o desfavorable -razonablemente cierta- que las mismas posiblemente tendrían o podrían tener en su co-contratante, con miras a procurar la consideración de eventuales mecanismos de verificación objetiva del impacto de la respectiva medida en la actividad de OPP, de atenuación del impacto si así se verificaba, y de alternativas de reacomodación de los efectos negativos que las nuevas situaciones habrían de producir en la operación de OPP.

En este sentido, se abonarían conductas como la revisión objetiva de la verdadera e inexorable necesidad del doble pesaje y/o el suministro de explicación adecuada y suficiente sobre la implementación de la nueva medida -incluida la consideración acerca de por qué ya no bastaba con el pesaje *oficial* efectuado por OPP y por qué, entonces, antes no se hacía dicho doble pesaje-; la adopción de especiales precauciones en la forma y términos de iniciar el despliegue de la nueva actividad como operador portuario -directamente o través de su controlada ZELSA-, en especial, por ejemplo, en relación con la forma y el contenido del contacto, o no, con clientes -antiguos y actuales, por decirlo de alguna manera- de OPP, al menos en una fase de transición ante la nueva realidad; el cuidado en la no afectación derivada de aspectos operativos en temas como la utilización de la puerta Pekín y la plataforma Integra; y la ponderación objetiva de las bondades de las modificaciones asociadas a cuestiones como la prioridad de atraque en los muelles especializados, cotejadas tales modificaciones con los efectos de la medida respecto de la actividad ordinaria de la Convocante¹⁷².

¹⁷¹ Desde luego, la SPRBUN también tenía -tiene- el derecho y el deber de considerar las variables y factores que derivan de su condición de concesionaria del Puerto.

¹⁷² Se repite que todo, por supuesto, en el campo de lo posible y lo razonable, también teniendo en cuenta la posición de la SPRBUN desde la óptica de sus derechos y deberes como concesionaria del Puerto.



Estima el Tribunal, para relieves la importancia de la valoración de conducta que se viene comentando, que las circunstancias de ejecución reseñadas en general convergen con un contexto de ejecución negocial en el que, además, se presentaban novedades relevantes en variables como el sistema tarifario, con innegable virtualidad para incidir en el contenido prestacional a cargo de OPP, abstracción hecha de la existencia de su sustento legal y contractual, conforme lo ha señalado y concluido el Tribunal, consideración que en cierta forma aumentaba el nivel de exigencia de la conducta esperable de la SPRBUN en tópicos específicos de alguna manera colaterales -no por ello intrascendentes- como los reseñados, con acento adecuado en términos de colaboración, lealtad, previsión y coherencia, -de nuevo, solidaridad, en sentido comprensivo de la expresión-, comportamiento que se echa de menos cuando, desde esa perspectiva, se aprecia la prueba allegada al plenario, en la que no se destacan elementos demostrativos de intención y acción en el sentido anotado¹⁷³.

Entonces, para el Tribunal se configura el incumplimiento imputado en materia de desatención de deberes secundarios de conducta (“SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA” del “3.3 Segundo Bloque de Pretensiones Subsidiarias”, y sus equivalentes en los dos grupos anteriores del *petitum*), con el alcance anotado en este apartado de la providencia. Así se declarará.

El paso siguiente, considerando la estructura del *petitum* en la materia que ocupa la atención, remite a la consideración de las dos pretensiones consecuenciales, la primera de índole declarativa -que la SPRBUN “es civilmente responsable por los perjuicios derivados del incumplimiento (...)”- y la segunda propiamente de condena -el pago de “los perjuicios sufridos por OPP GRANELES S.A. como consecuencia del incumplimiento (...), discriminados así: - Por concepto de inversiones realizadas por parte de OPP GRANELES S.A. y no amortizadas como consecuencia del incumplimiento contractual, la suma de TREINTA MIL SETECIENTOS SESENTA MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (COP \$30.760.995.372) - Por

¹⁷³ Como mero referente general, útil en la tarea de valoración de conductas, al Tribunal no pasa desapercibida la manifestación efectuada por Gustavo Flórez Dulcey, Gerente de Ingeniería y Proyectos de la SPRBUN, quien interrogado por el Ministerio Público acerca de si “(...) ¿ustedes analizaron el impacto que ese nuevo elemento tarifario iba a tener en los contratos que tenían vigente de arrendamiento, por ejemplo, como el de OPP? ¿hicieron ese análisis, llegó hasta ese nivel?”, expresó: “Ehh... No señor. Por el contrato de arriendo. El contrato OPP es un contrato de arriendo, de arriendo. Y la aplicación de las tarifas, de las tarifas, es para todos los usuarios, para todos los usuarios de la terminal. Y ahí hay usuarios navieros, importadores, exportadores, operadores portuarios. El contrato de arriendo de OPP tiene una parte que dice que aceptan las tarifas. Pero los cambios de tarifas, como ya lo manifesté, se hacen en unos documentos, en unos acuerdos confidenciales que se hacen desde la Gerencia Comercial y tienen una vigencia y una aplicación. Se hacen en la Gerencia Comercial y, digamos, tienen vigencia y después tienen una evaluación de revisión de cumplimiento para la extensión, si da el caso”. (1:51:54).



concepto de sobrecostos derivados de la aplicación de un tarifario que desconoce las eficiencias, la suma de VEINTIÚN MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$21.765.972.824)”.

En este frente el Tribunal necesariamente debe ceñirse a las pautas procesales y sustanciales aplicables para el pronunciamiento correspondiente: en las primeras, en punto a respetar el principio de congruencia de las decisiones judiciales, inequívocamente consagrado en el artículo 281 del CGP¹⁷⁴; en las segundas, tendientes a verificar la concurrencia de los requisitos inherentes al *daño indemnizable*, lo que comprende, como ya lo destacó el Tribunal en la reseña efectuada al perfilar el marco conceptual propio de esta materia, la indispensable presencia de un nexo causal directo entre el perjuicio que se reclama -que debe ser, además, cierto- y el incumplimiento que se atribuye al demandado.

Con estos imperativos referentes, surgen incontrastables las conclusiones del Tribunal, como pasa a puntualizarse.

En primer lugar, es claro que en el *petitum* de su demanda principal reformada OPP no formula pretensiones del perfil de lo que su alegato describe como “*La responsabilidad patrimonial pura*”, que apunta a que se emita por el operador judicial “*orden de cumplimiento de las obligaciones [incumplidas]*”; bajo la sola consideración del límite que comporta el principio de congruencia traído a colación, el Tribunal no puede siquiera considerar la aspiración planteada en el alegato en el sentido que -repítase- “*se imparta una orden de abstención a la SPRBUN para que evite cualquier conducta que tenga por objeto o como efecto entorpecer el buen devenir de la relación contractual con OPP, su normal operación o la realización de las finalidades asociadas a la Renovación Contractual*”, pretensión inexistente en la demanda.

En segundo término, de cara a la reclamación de naturaleza indemnizatoria formulada por OPP, el Tribunal advierte que la Convocante acudió, como medio probatorio que es por excelencia en tratándose del tema en cuestión, a la aportación de un dictamen pericial, elaborado por la firma Soluciones Financieras

¹⁷⁴ Como lo recuerda la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento reciente, “*La norma trasuntada tiene por objeto resguardar los derechos de defensa y contradicción de los litigantes, a través de la imposición de límites al fallador en ejercicio de su función de juzgamiento, evitando que aquellos sean sorprendidos con decisiones inesperadas, que corresponden a hechos, pretensiones o excepciones personales que no fueron alegados -ni replicados- oportunamente. [...] El rigor limitativo de la función jurisdiccional exige que esta sea cumplida sin exceso, pero sin defecto, como lo ha pregonado la doctrina², de manera que cuando la actividad del juzgador no se ciñe a ese preciso ámbito, su decisión estará viciada de incongruencia, en alguna de estas modalidades: ultra, extra y mínima petita*” (Sala Civil, Sentencia SC3957 de diciembre 13 de 2022, Radicación 11001-31-03-011-2011-00090-01).

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



Ltda -SOLFÍN-¹⁷⁵, respecto de cuyo contenido y alcance esencial se impone destacar¹⁷⁶, por adelantado, lo que hace explícito el “Resumen ejecutivo” que en él se consigna:

***“Las modificaciones al tarifario realizadas por la SPRBUN en el tarifario vigente a partir del 17 de febrero de 2020 generan afectaciones directas significativas a los flujos financieros esperados por OPP GRANELES en el marco del Contrato. Estas modificaciones alteran de manera relevante las condiciones financieras asociadas a la operación, por la magnitud en que impactan el equilibrio económico del contrato.*”**

Como resultado de esto, el monto del valor presente neto esperado para OPP GRANELES se disminuye de modo sustancial. Para llegar a esta conclusión, se realizó en primera instancia un ejercicio de proyección financiera con punto focal en el 31 de diciembre de 2013. Este ejercicio constituye una aproximación al ejercicio que técnica y razonablemente se podría haber realizado en el momento de la firma del Contrato por parte de OPP GRANELES para determinar si el Contrato proporcionaría generación de valor y las premisas bajo las cuales OPP GRANELES se embarcó en el proyecto. La explicación del ejercicio y los resultados se detallan y desarrollan en las secciones 1.3 y 1.4 del presente dictamen financiero.

La metodología para este ejercicio se detalla en la sección 1.1, donde se explica la metodología usualmente empleada para la evaluación del modelo financiero en proyectos de este tipo. Adicionalmente, Solfin realizó una revisión detallada del Contrato para determinar los flujos financieros y compromisos contractuales para OPP GRANELES y para la SPRBUN. Lo anterior, con el propósito de incluir en el ejercicio de proyección las variables y valores clave para el ejercicio de proyección realizado. Los resultados de este análisis se enuncian en la sección 1.2 del presente dictamen.

De acuerdo con los resultados obtenidos del ejercicio financiero de proyección realizado, OPP GRANELES tendría un Valor Presente Neto de USD\$ 29.060.903 a 31 de diciembre de 2013 con las condiciones contractuales inalteradas del Contrato. Este valor se

¹⁷⁵ Archivo denominado: 0. Dictamen Pericial. OPP vs SPRBUN, contenido en la Carpeta 12 (Dictamen Pericial y Anexos de OPP Graneles) del Cuaderno No.3 – Pruebas.

¹⁷⁶ Con independencia de lo que luego dirá el Tribunal sobre esta prueba, en función de lo que aduce la SPRBUN para restarle mérito demostrativo.



utilizó como valor base o de referencia para determinar la afectación para OPP GRANELES.

Para calcular la afectación, se incluyó en el ejercicio de proyección inicial los impactos en los flujos financieros año a año de las dos modificaciones asociadas a las dos variables relevantes realizadas unilateralmente por la SPRBUN:

- *Eliminación de los incentivos por rendimiento del tarifario vigente para el cobro de la tarifa por USO DE INSTALACIONES PORTUARIAS AL OPERADOR PORTUARIO MARITIMO.*
- *Inclusión de una tarifa adicional en el tarifario vigente por concepto USO DE INSTALACIONES PORTUARIAS AL OPERADOR PORTUARIO TERRESTRE.*

Las demás variables permanecen inalteradas en ambos escenarios, con el fin de establecer el efecto puro y directo imputable a estas modificaciones sobre los resultados. A partir del análisis y comparación de los flujos del ejercicio de proyección con modificaciones con respecto al escenario inicial o base, se determinó la afectación directa para OPP GRANELES como resultado de las modificaciones en términos de Valor Presente Neto.

(...)

La afectación combinada en el valor presente neto para OPP GRANELES como resultado de las dos modificaciones al tarifario realizadas unilateralmente por la SPRBUN es USD 9.890.488 de abril 18 de 2022 equivalentes a COP\$ 37.360.428.075 con la TRM del día de la elaboración del dictamen pericial financiero de 3.777,42 COP/USD. Esta afectación representa una disminución 11,27% del VPN que se estableció con los parámetros iniciales fijados en el contrato” (la primera negrilla es del Tribunal; la segunda es del texto).

En este orden de ideas, es claro que los ejercicios de cuantificación efectuados en la experticia tendrían virtualidad, desde lo técnico y en el campo teórico, mirados bajo la óptica de nexo causal, para ser considerados en la hipótesis de incumplimiento contractual configurado por razón de los cambios tarifarios introducidos por la SPRBUN con vigencia desde febrero de 2020, en los

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



conceptos de UIOPM y UIOPT, hipótesis de incumplimiento que no tiene verificación en asunto *sub-lite*, tal como lo estableció el Tribunal¹⁷⁷.

Como secuela de lo dicho se impone adicionalmente concluir que el incumplimiento que se reconoce en relación con deberes secundarios de conducta, que tiene virtualidad para producir afectación en la actividad comercial y de operación de OPP, no la tiene para ser la fuente del perjuicio estimado en el dictamen pericial aportado por la Convocante, cuyo perfil esencial acaba de reseñarse. Prescindiendo, para los efectos del tópico concreto que se considera, del análisis asociado a la contradicción de la referida experticia, se advierte con nitidez que en modo alguno habría el nexo causal requerido entre el incumplimiento aquí admitido y el perjuicio estimado en la pericia, razón que sería suficiente para descartar la vocación de prosperidad de la condena que en esa línea se propone en el alegato final de OPP -antes reseñada-¹⁷⁸, y de la que con claridad y precisión está consignada en la pretensión consecucional de condena planteada en la demanda principal reformada, también asociada a las consecuencias de las modificaciones tarifarias, que no encuentra su génesis -inexistencia de nexo causal- en el incumplimiento de los deberes secundarios de conducta que declarará el Tribunal¹⁷⁹.

En consecuencia, no prosperarán las pretensiones consecuenciales -declarativa y de condena- relacionadas con los perjuicios deprecados (primera y segunda pretensión consecucional de la segunda subsidiaria del “3.3 Segundo Bloque de Pretensiones Subsidiarias”, y sus equivalentes en los dos grupos anteriores del

¹⁷⁷ Como quedó visto, el tema tarifario constituye el planteamiento central de OPP de afectación y excesiva onerosidad sobrevinientes, fuente de la revisión contractual pretendida por la vía de la desfiguración de la causa y/o la teoría de la imprevisión, y de responsabilidad contractual por incumplimiento de obligaciones principales, campo en el que centró su atención (en rigor, como se advierte en la correspondiente reseña efectuada por el Tribunal, no hay planteamiento específico de reproche por el tema de las modificaciones tarifarias en el campo concreto de los deberes secundarios de conducta -en el “catálogo de comportamientos” denunciados, puesto de presente en el alegato de conclusión, no se destaca el tema tarifario-, lo que no impide decir que, en cualquier caso, en tal escenario jurídico no tendría vocación de prosperidad pues, según también se precisó, la adopción de modificaciones en el sistema tarifario tuvo soporte contractual, acompasado con el sustrato legal correspondiente y con la activa intervención de la Superintendencia de Transporte, de modo que no admitiría, con esa óptica de tener facultad para modificar, reparo desde la perspectiva de la buena fe.

¹⁷⁸ La cual, por lo demás, no corresponde, en el concepto literal ni en las cifras, a la solicitada en el *petitum* de la demanda principal reformada; razón adicional para su inevitable desestimación.

¹⁷⁹ Como con transparencia lo señala OPP en su alegato refiriéndose al tópico específico del doble pesaje, pero que de alguna manera tiene perfil para aplicar en los otros escenarios de desatención de deberes secundarios a los que se ha hecho alusión, “*El impacto de esta nueva medida para OPP, más que económico (...), fue operativo y reputacional*”, lo que, ajuicio del Tribunal, de paso podría explicar que no formen parte de los escenarios de cuantificación comprendidos en el dictamen pericial a que se ha hecho alusión.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



petitum). Para el Tribunal es claro que estas dos peticiones consecuenciales deben considerarse y despacharse en bloque, en el entendido que los perjuicios cuya declaración se solicita en la primera pretensión consecucional deben considerarse referidos a los que, en concreto, se identifican en la condena impetrada en la segunda consecucional.

5.7. Pronunciamiento específico sobre las pretensiones de OPP.

Corresponde ahora al Tribunal integrar, en un solo apartado, el pronunciamiento sobre todas las pretensiones de la demanda principal reformada instaurada por OPP, lo que no es nada distinto a una recopilación y síntesis del resultado de lo que se ha expuesto, incluida la orientación decisoria anunciada a lo largo de esta parte motiva sobre los varios temas sometidos a decisión arbitral.

Con fines de claridad, y conforme se ha puesto en evidencia en el curso de la providencia, ha de señalarse que el *petitum* de la demanda de OPP -demanda principal reformada- está diseñado mediante la formulación de tres grupos de pretensiones -“3.1 Pretensiones principales”, “3.2 Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias” y “3.3 Segundo Bloque de Pretensiones Subsidiarias”-, todos los cuales comienzan con la misma petición declarativa asociada a la existencia del Negocio Jurídico sobre el que versa controversia, para enseguida desarrollar la reclamación en tres ejes temáticos diferentes, referidos, en el orden de los grupos mencionados, a lo que la Convocante plantea como desfiguración de la causa, teoría de la imprevisión y responsabilidad civil contractual por incumplimiento.

En efecto, previa solicitud, común en los tres grupos, de “*Que se DECLARE que, entre la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. y OPP GRANELES S.A., se suscribió un negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’ de 13 de septiembre de 2013*” (primera pretensión), en el primer grupo, que corresponde a las “3.1 Pretensiones principales”, a continuación se invoca la ocurrencia de circunstancias extraordinarias y sobrevinientes que “*han desfigurado la causa económica subyacente al negocio jurídico (...)*” (pretensiones principales segunda y tercera, esta última con varias consecuenciales alusivas a la revisión del Contrato); en el segundo grupo, que corresponde al “3.2 Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias”, igualmente se invoca la ocurrencia de circunstancias extraordinarias y sobrevinientes, pero que darían pie a la aplicación de la teoría de la imprevisión (pretensión segunda subsidiaria, con varias consecuenciales alusivas a la revisión del Contrato); y en el tercer grupo, que corresponde al “3.3

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





Segundo Bloque de Pretensiones Subsidiarias”, se alega incumplimiento de “*obligaciones principales*” y/o “*deberes secundarios de conducta*” (pretensión segunda subsidiaria, con dos consecuenciales alusivas a indemnización de perjuicios).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las pretensiones relativas a responsabilidad civil contractual por incumplimiento, que constituyen el eje temático directo del “*3.3 Segundo Bloque de Pretensiones Subsidiarias*”, están también formuladas en el primer grupo, el de “*3.1 Pretensiones principales*”, como cuarta principal con sus dos consecuenciales, y en el “*3.2 Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias*”, como tercera pretensión subsidiaria y sus consecuenciales.

Ante este panorama, el Tribunal entiende¹⁸⁰ que en la medida en que los ejes temáticos centrales y específicos de las “*3.1 Pretensiones principales*” -desfiguración de la causa-, y del “*3.2 Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias*” -teoría de la imprevisión-, no tienen vocación de prosperidad según se ha anunciado, la reclamación propuesta en el ámbito de la responsabilidad civil contractual por incumplimiento en rigor debe estudiarse en el “*3.3 Segundo Bloque de Pretensiones Subsidiarias*”, ubicación en la que se reseñará en este apartado, pero advirtiendo que, de cualquier manera, como la formulación esencial de las peticiones elevadas en esta materia es la misma, igualmente se pueden entender como consideradas y despachadas en los tres grupos de pretensiones a que se ha hecho alusión.

Los tres grupos de pretensiones se cierran, como formulación común en todos ellos, con la solicitud consistente en “*Que se condene en costas a la Parte Convocada*” (quinta pretensión principal, cuarta pretensión subsidiaria del primer bloque de esta estirpe y tercera pretensión subsidiaria del segundo bloque de esta

¹⁸⁰ Es sabido que el juez de la causa tiene amplias facultades -que no absolutas- para interpretar la demanda, sobre lo cual hay abundante jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, también aplicada en la justicia arbitral: “*Total que cuando se interpreta, el funcionario judicial desentraña el sentido del escrito inicial y depura los aspectos que son ajenos a la controversia, por lo que aquí no puede existir incongruencia, ya que el fallador resuelve sobre todas las cuestiones que están sub iudice, sin dejar ninguna de ellas por fuera, ni adicionarlas, pero basado en el entendimiento objetivo que extrajo de este documento*” (Sentencia SC15211 de 26 de septiembre de 2017). “*Dentro de los varios extremos que corresponde interpretar al juzgador, además de la ley, de los acuerdos de voluntad debidamente probados, de los elementos de juicio allegados al proceso como comprobaciones de los hechos invocados, etc., está el correcto entendimiento de cuanto las partes le proponen, sea a título de pretensiones, sea a modo de excepciones que pretendan*” (Laudo de 26 de febrero de 2002, caso Alpopular Almacén General de Depósitos S.A. vs. Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN).



estirpe). Valga decir de una vez que, sobre el tópico de costas, el Tribunal hará el respectivo pronunciamiento en acápite separado posterior.

Con este panorama de referencia, la orientación decisoria según las conclusiones obtenidas por el Tribunal respecto de las pretensiones incoadas, sin que sea necesario transcribirlas nuevamente en este apartado -se remite a su texto literal e íntegro-, se condensa en los siguientes términos¹⁸¹:

- Ninguna controversia existe sobre la vocación de prosperidad de la primera petición de los tres grupos de pretensiones -- “3.1 Pretensiones principales”, “3.2 Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias” y “3.3 Segundo Bloque de Pretensiones Subsidiarias”-, relativa a la declaración de existencia del negocio jurídico que “se instrumentó en el documento denominado ‘RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172’ de 13 de septiembre de 2013”.
- No tienen vocación de prosperidad la “SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL” ni la “TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL”, junto con sus pretensiones consecuenciales primera a séptima (incluida la subsidiaria de la segunda consecucional), relativas al planteamiento de la desfiguración de la causa como fuente de revisión contractual, todas integrantes del grupo de “3.1 Pretensiones principales”.
- No tiene vocación de prosperidad la “SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA”, junto con sus pretensiones consecuenciales primera a séptima (incluida la subsidiaria de la segunda consecucional), relativas al planteamiento de la figura de la imprevisión como fuente de revisión contractual, todas integrantes del grupo del “3.2 Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias”.
- Tiene vocación de prosperidad, en los términos y con el alcance específico señalado en esta parte motiva, atinente a incumplimiento de deberes secundarios de conducta, la “SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA” del “3.3 Segundo Bloque de Pretensiones Subsidiarias”, la cual no prosperará en

¹⁸¹ El Tribunal no tendrá en cuenta puntuales inexactitudes de mera forma en algunas de las formulaciones, como, por ejemplo, cuando en el “3.2. Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias”, al describir la que se rotula como “Segunda Pretensión Consecucional de la Segunda Pretensión subsidiaria”, se dice que es consecuencia de la prosperidad de la “Tercera Pretensión Principal”; en todo caso, las considerará y decidirá de fondo, sin afectación por la inexactitud.

Sede Principal

Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



lo demás, como no prosperarán la primera y la segunda pretensiones consecuenciales de la citada “*SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*”.

Conforme se puntualizó en párrafo precedente, lo que acaba de señalarse también se predica de las pretensiones equivalentes formuladas en el primer grupo, el de “*3.1 Pretensiones principales*” (cuarta principal con sus dos consecuenciales), y en el “*3.2 Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias*” (tercera pretensión subsidiaria y sus consecuenciales).

6. Las obligaciones de OPP como operador portuario: cumplimiento o incumplimiento y efectos o consecuencias. Pronunciamiento específico sobre las pretensiones de la SPRBUN en la demanda de reconvención.

6.1. Las “5.1. PRETENSIONES PRINCIPALES RELACIONADAS CON EL CONTRATO”.

En este apartado del *petitum*, solicita la Demandante en Reconvención al Tribunal, (a) Que se declare que SPRBUN y OPP celebraron el Contrato y que este cumple con las condiciones para su existencia y validez; (b) Que se declare que constituyen obligaciones esenciales del Contrato (i) el pago de las tarifas de operador portuario y/o, (ii) la realización de las inversiones pactadas y/o (iii) el pago del canon de arrendamiento; (c) Que se declare que SPRBUN ha cumplido con sus obligaciones y deberes secundarios de conducta derivados de la relación contractual; y (d) Que se declare que en los términos dispuestos en el literal (xii) de la cláusula décima sexta del Contrato, la falta de pago de las tarifas de operador portuario son un incumplimiento grave del Contrato.

A continuación, el Tribunal abordará, una por una, dichas solicitudes.

- Frente a la petición de que trata el literal (a), ya se ha dicho que el Tribunal no tiene dudas sobre la existencia del Negocio Jurídico plasmado en la denominada Renovación de 2013, respecto de la cual, las partes no plantean pretensiones de nulidad ni de ineficacia, de modo que por adelantado cabe decir que tiene vocación de prosperidad la aspiración a “*Que se declare que SPRBUN y OPP celebraron el Contrato y que este cumple con las condiciones para su existencia y validez*”.

No obstante lo anterior, conviene precisar, como se advirtió en la reseña de la síntesis de la controversia efectuada en las páginas iniciales de esta providencia, que la SPRBUN incluye, en el último apartado de su *petitum*, pretensiones subsidiarias que, de manera condicionada, apuntarían a una eventual nulidad del Negocio Jurídico, por objeto ilícito o por vicio del consentimiento, que sólo tendría lugar en el evento de prosperidad de

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



pretensiones de OPP que implicaran la revisión de las tarifas cobradas por la Convocada a la Convocante, según lo planteado por OPP en los escenarios jurídicos de desfiguración de la causa del contrato o de aplicación de la teoría de la imprevisión, a las que ya se ha hecho alusión. En su momento, a este acápite de pretensiones subsidiarias se referirá expresamente el Tribunal.

- En relación con la petición de que trata el literal (b), es incuestionable para el Tribunal que las obligaciones de OPP relativas al pago de las tarifas de operador portuario, la realización de las inversiones pactadas y el pago del canon de arrendamiento estipulado, en el plano teórico y abstracto admiten la calificación de “*esenciales*” que le atribuye la SPRBUN, pues forman parte importante de la contraprestación económica -en un sentido comprensivo de la expresión- a cargo de la Convocante por los derechos que se radican en su cabeza para la realización de la operación portuaria de que es titular.

Sin embargo, el Tribunal estima imperativo puntualizar, desde ya, que el reconocimiento de “*esenciales*” de las obligaciones en cuestión no significa que su eventual incumplimiento tenga *per se*, automáticamente, el carácter de grave, calificación que supone y exige valoraciones concretas adicionales y diferentes, como habrá de analizarse en momento posterior, al estudiar, en concreto, los incumplimientos atribuidos a OPP por la SPRBUN en su demanda de reconvención.

Con este alcance, tiene vocación de prosperidad la pretensión orientada a “*Que se declare que constituyen obligaciones esenciales del Contrato (i) el pago de las tarifas de operador portuario y/o, (ii) la realización de las inversiones pactadas y/o (iii) el pago del canon de arrendamiento*”.

- En relación con la petición de que trata el literal (c), basta con señalar, conforme ya fue evaluado por el Tribunal con fijación de la respectiva orientación decisoria, que no tiene vocación de prosperidad considerada íntegramente en los términos en que está formulada, pues aunque es cierto que no se ha advertido incumplimiento de la SPRBUN en relación con las obligaciones principales a su cargo, también lo es que se reconoce un incumplimiento en materia de deberes secundarios de conducta inherentes al Contrato sobre el que versa la controversia arbitral.
- En relación con la petición de que trata el literal (d), atinente a “*Que se declare que en los términos dispuestos en el literal (xii) de la cláusula Decima Sexta del Contrato, la falta de pago de las tarifas de operador portuario son un incumplimiento grave del Contrato*”, el Tribunal, adelantando lo que al respecto concluirá al desarrollar el punto en el acápite siguiente de esta parte

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



motiva, anuncia la ausencia de vocación de prosperidad de esta pretensión, pues no se configura el supuesto de “*incumplimiento grave*” en ella planteado.

6.2. Las “5.2. PRETENSIONES PRINCIPALES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”. Y El “5.3. GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”.

Continúa el estudio del Tribunal con los reclamos que la SPRBUN ha presentado en su escrito de demanda de reconvención, en particular con los que tienen que ver con los incumplimientos alegados en cabeza de OPP (i) por el no pago de las tarifas por concepto de Uso de Instalaciones al Operador Portuario -UIOP- y (ii) al no realizar las inversiones pactadas en el Contrato.

6.2.1. Posición de las partes.

SPRBUN.

En el capítulo de pretensiones de la demanda de reconvención incluye la SPRBUN dos grupos -uno de pretensiones principales y otro de pretensiones subsidiarias-relacionados con los incumplimientos de OPP respecto de sus obligaciones contractuales.

Comienza por presentar el numeral “5.2. *PRETENSIONES PRINCIPALES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES*” y solicita, en primer lugar, que se declare que desde marzo de 2020, o la fecha que encuentre probada el Tribunal, “(a) (...) *OPP incurrió en retardo o mora en el cumplimiento de todas, algunas o alguna de sus obligaciones bajo el Contrato*”. Solicita, seguidamente, que se declare que “(b) (...) *OPP incumplió la obligación de pago de las tarifas de operador portuario*” y que “(c) (...) *OPP incumplió la obligación de la realización de las inversiones pactadas*”.

A continuación solicita “(d) *Que como consecuencia del incumplimiento de OPP de su obligación de pago y/o de su obligación de realizar las inversiones, se declare la resolución del Contrato según lo dispuesto en el literal (xii) de la cláusula Décima Sexta del Contrato y en el artículo 870 del Código de Comercio*”, con el agregado de que “(e) *si el Tribunal declara la resolución del Contrato por el incumplimiento de OPP de su obligación de pago, declare que OPP debe pagarle a SPRBUN la pena por incumplimiento contenida en la Cláusula Décima Cuarta del Contrato, correspondiente a \$1.200.000 millones de*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





dólares”, con la consecuente petición -(f)- de condena al pago de dicha cláusula penal .

Más adelante solicita la declaración -con sus respectivas solicitudes de condena (h) y (j)- que OPP debe pagarle a la SPRBUN “(g) (...) la suma de COP \$1.309.933.933 por concepto del uso de instalaciones al operador portuario terrestre ‘UIOPT’, o lo que resulte probado en el proceso” y “(i) (...) la suma de COP \$10.542.250.244 por concepto del uso de instalaciones al operador portuario marítimo ‘UIOPM’, o lo que resulte probado en el proceso”. Adicionalmente pretende que se condene a OPP a pagarle a la SPRBUN “(k) (...) dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del Laudo, o el plazo que indique el Tribunal, la suma por concepto del uso de instalaciones al operador portuario terrestre ‘UIOPT’ y uso de instalaciones al operador portuario marítimo “UIOPM”, que resulte probada en el proceso y causada entre la presentación de esta demanda de reconvención y la emisión del laudo”.

Solicita además, frente a la no realización de las inversiones pactadas, que se declare -también, junto con sus correlativas solicitudes de condena (m) y (o)- que “(l) (...) OPP debe pagarle a SPRBUN la suma correspondiente al plan de inversiones el Proyecto de inversiones de los años 2021-2022 mediante el cual ratificó el proyecto de inversión 2019-2020 y que se pruebe en el proceso” y que “(n) (...) OPP está obligada a pagarle a SPRBUN los intereses comerciales moratorios sobre las sumas de dinero que finalmente reconozca el Tribunal por concepto de las pretensiones de condena anteriores, a la máxima tasa legal permitida, desde que dichas sumas sean exigibles y hasta que su pago se realice”.

Pretende la SPRBUN de manera subsidiaria, en el numeral “5.3. GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”, que se declare que desde marzo de 2020, o la fecha que encuentre probada el Tribunal, “(a) (...) OPP incurrió en retardo o mora en el cumplimiento de todas, algunas o alguna de sus obligaciones bajo el Contrato.

Frente al tema del alegado incumplimiento de la obligación de pago de las tarifas solicita que se declare que “(b) (...) OPP incumplió la obligación de pago de las tarifas de operador” y que, como consecuencia de dicha declaratoria, se declare también que “(c) (...) OPP debe pagar las sumas adeudadas a la fecha de emisión del laudo”.

A continuación, pretende la SPRBUN la declaración -con sus respectivas solicitudes de condena (e) y (g)- en cuanto a que OPP debe pagarle “(d) (...) la suma de COP \$1.309.933.933 por concepto del uso de instalaciones al operador portuario terrestre ‘UIOPT’, o lo que resulte probado en el proceso” y “(f) (...)

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co





la suma de COP \$10.542.250.244 por concepto del uso de instalaciones al operador portuario marítimo 'UIOPM', o lo que resulte probado en el proceso”.

Más adelante reclama la declaración en el sentido de que “(h) (...) OPP incumplió la obligación de la realización de las inversiones” y, como consecuencia de dicha declaración pretende que se condene a “(i) (...) OPP cumplir con su obligación de realizar las inversiones que fueron aprobadas por la ANI para el periodo 2019-2020, ejecutando el proyecto de inversiones y se condene a OPP cumplir con su obligación de presentar el proyecto de inversiones para el periodo 2023-2024”.

Por último -también con su solicitud de condena correlativa (k)-, solicita la Demandante en Reconvención la declaración de que “(j) (...) OPP está obligada a pagarle a SPRBUN los intereses comerciales moratorios sobre las sumas de dinero que finalmente reconozca el Tribunal por concepto de las pretensiones de condena anteriores, a la máxima tasa legal permitida, desde que dichas sumas sean exigibles y hasta que su pago se realice”.

Se trata, pues, de dos bloques de pretensiones con varias solicitudes comunes, diferenciadas principalmente por la presencia, en el bloque principal, de la petición de resolución del Contrato -y sus consecuencias-.

En sustento de las aludidas pretensiones, comienza la SPRBUN por referirse a los mencionados incumplimientos en el capítulo relativo a los hechos en su demanda de reconvención, en el que incluye, en este sentido, el numeral 4.3. que menciona “*INCUMPLIMIENTOS DE OPP POR EL NO PAGO DE LAS TARIFAS POR CONCEPTO DE USO DE INSTALACIONES AL OPERADOR PORTUARIO*”, dentro del cual afirma que “(a) OPP se encuentra obligada por el Contrato y por las normas que regulan la actividad a pagar las tarifas previstas en el tarifario vigente al momento del cobro”.

Frente a este planteamiento relata la SPRBUN que, por expresa disposición contractual, “OPP, en su condición de operador portuario y usuario del puerto de la SPRBUN, está obligado a pagar las tarifas por concepto de uso de instalaciones al operador portuario previstas en el tarifario vigente al momento del cobro de la SPRBUN (...)” (Hecho 9) y agrega que dicha obligación de OPP tiene su origen “(...) no solo en el Contrato sino en el Contrato de Concesión, en las disposiciones de la Ley 1 de 1991 y demás normas que reglamentan la materia, y el Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación de la SPRBUN (...)” (Hecho 10).

Agrega que las tarifas de la SPRBUN vigentes desde febrero de 2020, “(...) fueron revisadas y validadas mediante Oficio 20196100209851 del 25 de junio de 2019 y Oficio 20196100725811 de 23 de diciembre de 2019 suscrito por el

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co



SC648-1



Superintendente Delegado de Puertos de la Superintendencia de Transporte” (Hecho 12º), y resalta que, en cualquier caso, “La actualización de las tarifas por parte de la SPRBUN es permitida por la Ley y el Contrato (...)” (Hecho 13).

Prosigue su argumentación advirtiendo que *“OPP ha incumplido y continúa incumpliendo el Contrato en cuanto se ha negado consciente y sistemáticamente a pagar las facturas expedidas por la SPRBUN por concepto de las tarifas de uso de instalaciones al operador portuario terrestre (en adelante ‘UIOPT’) y uso de instalaciones al operador portuario marítimo (en adelante ‘UIOPM’)” (Hecho 14).* Y después de presentar un recuento sobre las cifras pendientes de pago por cada uno de dichos conceptos, señala que *“OPP ha justificado sus incumplimientos presentando distintos argumentos que van desde el desconocimiento de la existencia de la tarifa, a pesar de su publicación y revisión por parte de la Superintendencia de Transporte, hasta considerar que no le son aplicables” (Hecho 17).*

A continuación, incluye el numeral 4.4 relativo a *“INCUMPLIMIENTOS DE OPP AL NO REALIZAR LAS INVERSIONES PACTADAS EN EL CONTRATO”* para referirse, como primera medida, a *“(a) La obligación de OPP de realizar las inversiones”*. Comienza por advertir que dicho asunto relativo a las inversiones fue *“Uno de los temas centrales que motivaron a SPRBUN y a OPP a la celebración del Contrato, que implica una renovación de la relación contractual (...)”*; destaca, en este sentido, que en el Contrato celebrado por las partes se acordó la realización de inversiones en cabeza de OPP como una de sus obligaciones esenciales, y agrega que *“A la fecha, del compromiso acordado por USD \$48.000.000 a precios constantes del 2013, y de conformidad con los ajustes de acuerdo con la inflación, OPP solo ha ejecutado la suma aproximada de USD \$18.000.000” (Hecho 23).*

Resalta la SPRBUN, más adelante, las condiciones que deben darse para la ejecución de las renombradas inversiones, advirtiendo que son *“(...) (i) que cada 2 años las partes acuerden las inversiones que se ejecutarían para los siguientes 2 años de acuerdo con el proyecto que para el efecto debe entregar OPP a más tardar el último día hábil del mes de enero del año inmediatamente anterior (...), y (ii) que la Agencia Nacional de Infraestructura (en adelante la “ANI”) apruebe los planes bianuales presentados por la SPRBUN” (Hecho 24)* (la negrilla es del texto). Y afirma que *“OPP ha incumplido el contrato al aplazar las inversiones de 2019-2020, la no ejecución de obras para el periodo 2021-2022 y la no presentación del proyecto de inversiones para el periodo 2023-2024 que venció el pasado 31 de enero de 2022” (Hecho 25).*

La primera de las referencias particulares incluidas por la SPRBUN está encaminada a demostrar *“(b) Los incumplimientos de OPP en relación con el*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



proyecto de inversiones para 2019-2020”. En primer lugar, manifiesta que mediante comunicación de 30 de enero de 2018 “(...) *OPP presentó a SPRBUN el proyecto del plan de inversiones 2019-2020*” (Hecho 26º) y que, más adelante, en el mes de noviembre del mismo 2018, “(...) *OPP Graneles solicitó el reemplazo de la Bodega F en el plan de inversiones por el proyecto de una 'Tercera línea de transferencia y máquina descargadora'*” (Hecho 27).

Agrega que el 30 de noviembre de 2018 la SPRBUN remitió a la ANI, para su aprobación, el Plan Bianual (entiéndase bienal) de Inversiones 2019-2020, y destaca que más adelante, el 8 de abril de 2020, “(...) *la ANI profirió la Resolución 20203030004965 de 8 de abril de 2020 mediante la cual se aprobó el Plan Bianual de Inversiones presentado por SPRBUN el 30 de noviembre de 2018*” (Hecho 29), aprobación que, según el dicho de la SPRBUN fue comunicada a OPP mediante comunicación de 21 de mayo de 2020. Aduce entonces que el 3 de junio siguiente “(...) *OPP manifestó la imposibilidad física y jurídica para iniciar las obras. Entre otras razones, OPP manifestó que resultaba imposible la ejecución por la comunicación tardía de la aprobación de las Inversiones*” (Hecho 31º), no obstante “(...) *el Contrato no prevé un procedimiento para el “retiro” o “aplazamiento” de las inversiones por parte de OPP (...)*” (Hecho 32).

Continúa el relato advirtiendo que el 30 de junio siguiente, la SPRBUN solicitó una reunión con OPP para “(...) *estudiar la manera de viabilizar el plan de inversiones (...)*” y propuso “(...) *desarrollar dicho plan en dos vigencias: imputando una suma al periodo 2019-2020 y otra al 2021-2022*” (Hecho 33). Frente a esto, agrega, “(...) *OPP presentó una propuesta para ejecutar el proyecto de la Tercera Línea de Transferencia y Máquina de Descargue de Graneles en dos fases (Plan Bianual 2019-2020 y Plan Bianual 2021-2022)*” (Hecho 34). Y así, después de un cruce de comunicaciones en las que cada una de las partes presentaba sus observaciones en relación con la ejecución del Proyecto, “*En la comunicación de 20 de septiembre de 2020, y a pesar del interés de SPRBUN de encontrar una solución en buena fe a la ejecución de las inversiones aprobadas por la ANI, OPP de manera arbitraria y desconociendo el acuerdo al que había llegado con la SPRBUN y la aprobación por parte la ANI, manifestó que del valor total del proyecto (cerca a los USD\$12.000.000) solo imputaría USD\$100.000 al plan de inversiones 2019-2020*” (Hecho 37).

Concluye la SPRBUN lo relativo a los incumplimientos de OPP en relación con el proyecto de inversiones para los años 2019-2020 advirtiendo que “*A la fecha, OPP ha ejecutado inversiones por USD \$17.611.698 y se ha abstenido de continuar con las inversiones pactadas, demostrando un desinterés en el cumplimiento de sus obligaciones y afectando de manera grave la ejecución del Contrato*” (Hecho 39).

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



En el siguiente literal se refiere la Demandante en Reconvención a “(c) *Los incumplimientos de OPP en relación con el proyecto de inversiones para 2021-2022*” y comienza por destacar que “*El 30 de enero de 2020, OPP presentó a SPRBUN el Proyecto de inversiones de los años 2021-2022 mediante el cual ratificó el proyecto de inversión 2019-2020*” (Hecho 42), en el cual, al decir de la SPRBUN, en esencia, la OPP “*(...) incluyó exactamente las mismas inversiones que no ejecutó durante el periodo 2019-2020, a saber, el Proyecto de la Tercera Línea de Transferencia y Maquina de Descargue de Graneles*” (Hecho 44).

En su parecer, en buena fe, la “*(...) SPRBUN presentó ante la ANI una solicitud de modificación al proyecto de inversiones 2019-2020 de manera que se compatibilizara con el plan de inversiones 2021-2022*” (Hecho 45), hecho que comunicó a OPP el 17 de septiembre de 2020. Más adelante, afirma, “*OPP manifestó, mediante comunicación de 20 de septiembre de 2020, que solo realizaría inversiones por USD\$100.000 imputables al bienio 2019-2020, en contravía de la propuesta de modificación que contemplaba inversiones por USD\$4.000.000*” (Hecho 46).

Concluye el capítulo relativo al proyecto de inversiones para los años 2021-2022 destacando que, “*A la fecha, la ANI no ha proferido la aprobación para la ejecución del plan de inversiones 2021-2022*” y que, en este sentido, resulta probable que “*(...) una vez la ANI profiera la autorización para la ejecución de las inversiones, OPP vuelva a alegar las razones que manifestó en la comunicación de 3 de junio de 2020 para eludir la responsabilidad de ejecutar las inversiones, a pesar de que en el Contrato se estipuló que dicha autorización de la autoridad era indispensable para la ejecución de las inversiones*” (Hecho 48).

Ahora bien, frente a “*(d) El plan de inversiones 2023-2024*” advierte en su demanda de reconvención que “*OPP se encuentra obligada a presentar un nuevo plan de inversiones para el periodo 2023-2024 a más tardar el 31 de enero de 2022, sin que a esa fecha se haya presentado (...)*” (Hecho 52).

Aduce, finalmente, que “*El incumplimiento de la obligación de OPP de realizar inversiones en el marco del Contrato podría conllevar a que, en su calidad de concesionario, SPRBUN incumpla a su turno una obligación que tiene con la autoridad concedente, a saber, la ANI*” (Hecho 53), y que, sin perjuicio de que el Contrato se extiende hasta el 2034, “*(...) debe tenerse en cuenta que la realización de las inversiones debe concentrarse al inicio del Contrato (...)*” (Hecho 54).

El análisis del tema de los incumplimientos alegados por la SPBUN en cabeza de OPP están incluidos en su escrito de alegatos finales dentro del capítulo denominado “*4. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN PROPUESTA POR*”

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



SPRBUN SE ENCUENTRA LLAMADA A PROSPERAR”, en el cual, después de presentar una síntesis general de la controversia y de formular los que, en su parecer, corresponden a los problemas jurídicos de los que se busca respuesta en la demanda de reconvencción, se refiere al primero de ellos -relativo a la realización de las inversiones- en el capítulo “(c) *OPP HA INCUMPLIDO CON SUS OBLIGACIONES DE INVERSIÓN*” y manifiesta que “(...) *en el Contrato se estableció como una de las obligaciones esenciales de OPP, un compromiso de inversión de OPP para realizar obras, equipos y tecnología que permitan mejorar los rendimientos del manejo de carga general a granel sólido y aumentar la capacidad de almacenaje en el área arrendada*”. Y concluye que, a la fecha, “(...) *OPP ha ejecutado inversiones por USD \$17.611.698 y se ha abstenido de continuar con las inversiones pactadas, demostrando un desinterés en el cumplimiento de sus obligaciones y afectando de manera grave la ejecución del Contrato*”.

Entre tanto, se refiere también la SPRBUN al asunto relativo al supuesto incumplimiento de OPP por el no pago de las tarifas por concepto de uso de instalaciones al operador portuario dentro del apartado “(k) *SE CUMPLEN TODOS LOS REQUISITOS PARA LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO EN CUANTO OPP HA INCUMPLIDO GRAVEMENTE EL CONTRATO DE CONFORMIDAD CON LA LEY, EL CONTRATO, LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA QUE DETERMINAN CUANDO UN INCUMPLIMIENTO ES GRAVE*”, en el cual, después de presentar un breve recuento sobre el reconocido principio “*Pacta Sunt Servanda*”, prosigue con el literal “B. *El incumplimiento del demandado existe, se encuentra probado y es grave*”, donde afirma que el incumplimiento en el pago es sustancial y que, “*Como quedó probado en el expediente, del total de la facturación que tiene SPRBUN por concepto de UIOPT y UIOPM (\$28.059.354.000), OPP es el responsable de una cartera de \$16.963.485.000. Es decir, de toda la facturación que por concepto de UIOPM y UIOPT ha tenido SPRBUN durante los años 2020, 2021 y 2022, la cartera impagada por el ‘rechazo sistemático’ de OPP es de más del 60%*”. Lo anterior lo sustenta con base en una certificación del revisor fiscal de la SPRBUN que fue aportada, según lo afirma en el mismo escrito, por el testigo Gustavo Flórez, certificación que, agrega, no fue objeto de contradicción o desconocimiento por parte de OPP GRANELES.

OPP.

En el escrito de contestación a la demanda de reconvencción se opone OPP, de manera general, a todas las pretensiones -declarativas y de condena, principales y subsidiarias-, pues advierte que “(...) *las mismas carecen por completo de cualquier sustento, tanto fáctico como jurídico, situación que demostraré en esta contestación y probaré con suficiencia a lo largo del proceso*”. Y, como

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



consecuencia de la anterior declaración solicita al Tribunal “(...) *desestimar las pretensiones de SPRBUN en su Demanda de Reconvención y aplicar a sus pedimentos las sanciones previstas en el artículo 206 del Código General del Proceso al momento de dictar el laudo arbitral que ponga fin a la controversia*”.

Lo propio hace OPP al contestar la demanda de reconvención refiriéndose de manera separada a cada uno de los hechos formulados por la SPRBUN. En primer lugar, presenta un “*PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS BAJO EL TÍTULO ‘INCUMPLIMIENTO DE OPP POR EL NO PAGO DE LAS TARIFAS POR CONCEPTO DE USO DE INSTALACIONES AL OPERADOR PORTUARIO’*”. Sobre este tópico, comienza por advertir que lo que presenta la SPRBUN “(...) *Es una transliteración no textual del Literal d) de la Cláusula Sexta de la Renovación Contractual, a la cual nos atenemos*”, y que, en todo caso, “(...) *la disposición mencionada no constituye una autorización, o aceptación de OPP GRANELES para que la SPRBUN, prevalida de su posición contractual, pueda modificar unilateralmente las tarifas, desconociendo las condiciones y la causa contractual de mi Representado*” (Al hecho 9); agrega que OPP “(...) *en momento alguno ha desconocido su obligación de pagar las tarifas propias de la Renovación Contractual*” (Al hecho 10).

OPP continúa su argumentación advirtiendo que la SPRBUN omitió varias consideraciones en cuanto a la solicitud de modificación del régimen tarifario y destaca que, en dicha solicitud, la SPRBUN propuso “(...) *de forma subjetiva y sin mayores parámetros, entre otras: (i) La eliminación de los rangos de tarifas por productividad, para lo cual solicitó unificar un solo criterio de tarifa máxima, pero aplicando hasta un 40% de descuento sobre la tarifa, de acuerdo con los volúmenes movilizados y (ii) El incremento de algunas tarifas, específicamente, para el uso de instalaciones de contenedores no estándar y vehículos hasta de 19.9 M3, así como de almacenaje de contenedores*” (la negrilla es del texto) y que “*Mediante el Acto Administrativo No. 20196100209851 de 25 de junio de 2019, la Superintendencia de Transporte llevó a cabo la revisión y registro de las tarifas y descuentos sobre movimiento de carga, cuya modificación solicitó la SPRBUN a la Superintendencia de Transporte (no entendemos cómo ahora se desconoce este hecho por parte de la SPRBUN)*”. (A los hechos 12 y 13).

Agrega también, por oposición a lo que afirma la Demandante en Reconvención, que “(...) *no existe una negativa ‘consciente y sistemática’ al pago de las facturas expedidas por la SPRBUN. Lo que ha sucedido es que, de forma válida y legítima, se han rechazado diferentes facturas por razones atendibles jurídicamente, como puede evidenciarse en los escritos de devolución de cada factura y en el Excel con la relación correspondiente de facturas*”. Y concluye con dos argumentos centrales: “*a. Las tarifas no eran exigibles a OPP GRANELES por vicios en su procedimiento de modificación y registro*” y “*b. Las tarifas obedecían a cobros*”.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



no incluidos en la Renovación Contractual - cobro de lo no debido” (Al hecho 14).

Más adelante presenta el capítulo relativo al “*PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS BAJO EL TÍTULO ‘INCUMPLIMIENTOS DE OPP AL NO REALIZAR LAS INVERSIONES PACTADAS EN EL CONTRATO’*”, en el que comienza por destacar que “*En primer lugar, se desconocen los intereses que llevaron a la SPRBUN a celebrar los Contratos complejos de Arrendamiento y de Uso de Infraestructura, y su correspondiente Renovación Contractual*” (Al hecho 20), pues, en su parecer, “*Es justamente el cambio unilateral de condiciones por parte de la SPRBUN, lo que motivó la interposición de la Demanda Principal por parte del Suscrito, en tanto, como se ha reiterado en sendos memoriales en el trámite que nos ocupa, la SPRBUN modificó unilateralmente las tarifas, desconoció las condiciones contractuales en detrimento de OPP GRANELES, e hizo excesivamente oneroso su cumplimiento*” (Al hecho 21).

Aduce seguidamente que a la fecha OPP ha realizado inversiones por valor de USD \$17.376.495 y que, además, “*(...) no solamente OPP GRANELES tiene toda la vigencia contractual, esto es, hasta el año 2034, para cumplir con el compromiso de inversión de USD \$48.000.000, sino además no ha incurrido en incumplimiento alguno*”. También destaca en este sentido que “*(...) han existido múltiples proyectos de inversión que OPP GRANELES ha propuesto y que no se han adelantado por la demora de la Agencia Nacional de Infraestructura y de la SPRBUN, para aprobarlas, cuestión que, a todas luces, es un hecho externo al control de mi Representada*” (Al hecho 23), y que lo cierto es que “*(...) no se ha llegado a acuerdo a alguno sobre las obras de inversiones para el periodo 2021-2022, pero esto no puede atribuirse en forma alguna a causas imputables a OPP GRANELES*” pues la realidad es que esto se debe “*(...) a la tardanza de definición de SPRBUN, puntualmente en relación con los montos a ejecutar en cada fase y la realización de las obras de reforzamiento del muelle que debe ejecutar SPRBUN*” (Al hecho 25).

En cuanto al plan de inversiones para los años 2019-2020, advierte OPP que en efecto es cierto el hecho en cuanto a que “*El 30 de enero de 2018, OPP GRANELES presentó ante la SPRBUN el proyecto del Plan de Inversiones para los años 2019-2020. En este Plan se contempló llevar a cabo, entre otros, la obra de diseño, fabricación e instalación de línea de descarga No. 3, así como unas obras de reemplazo de losas de concreto. No obstante, las obras propuestas por OPP GRANELES, para su ejecución, estaban sujetas a la construcción de la Bodega F, la cual, para el 14 de noviembre de 2018 (y a pesar de que se presentó por OPP GRANELES desde el 30 de junio de 2015), aún no había sido aprobada por la Agencia Nacional de Infraestructura, esto es, 3 años y 5 meses desde su presentación*” (Al hecho 26). En otras palabras, aduce que “*(...) la SPRBUN*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



informó de tal aprobación, únicamente cuando había transcurrido un año después del inicio de ejecución del periodo de inversión 2019-2020, por lo que no es aceptable que se indique que hubo demoras en mis representados” (A los hechos 29 y 30).

Prosigue el relato de OPP bajo la consideración de que se atiene al contenido de las comunicaciones cruzadas entre las partes y aclara que, en todo caso, “(...) la ejecución de las inversiones de los planes bianuales se ha tardado producto de la demora de la Agencia Nacional de Infraestructura y de la SPRUN, para aprobarlas (...)” y que, no obstante esto, “(...) OPP GRANELES ha tomado todas las medidas, a su alcance, a fin de garantizar la continuidad del adecuado funcionamiento de la terminal, y en procura de la eficiencia en las operaciones (...)” (Al hecho 38).

En cuanto a los incumplimientos en relación con el proyecto de inversiones para los años 2021-2022 advierte la Demandada en Reconvención que es cierto que “El 30 de enero de 2020 OPP GRANELES radicó la comunicación bajo el asunto ‘Proyecto de inversiones años 2021-2022’. Se aclara adicionalmente que tal y como se mencionó de forma expresa en la prenotada comunicación ‘OPP GRANELES S.A., ratifica el proyecto de inversión que tenía previsto ejecutar par los años 2019-2020 para que se ejecute dentro del nuevo plan 2021-2022, en consideración a que a la fecha se encuentra pendiente de aprobación por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura ‘ANI’ la obra de la tercera línea de transferencia y máquina de descargue de graneles (...)’” (Al hecho 42) y agrega que “A la fecha, la ANI no ha proferido la aprobación para la ejecución del plan de inversiones 2021-2022, valga resaltar, por cuestiones que no son imputables de forma alguna a OPP GRANELES” (Al hecho 47).

A su turno, incluye OPP en su escrito de alegatos un capítulo relativo a los “V. ARGUMENTOS QUE DESESTIMAN LA POSTURA DE LA CONVOCANTE EN RECONVENCIÓN” y, después de ratificar su posición en cuanto a que el incumplimiento alegado por la SPRBUN no está probado dentro del proceso, se refiere al hecho de que “5.2. OPP, de forma válida y legítima, ha rechazado diferentes facturas de la SPRBUN por razones atendibles jurídicamente” y “5.3. OPP ha cumplido con sus obligaciones referentes a las inversiones”.

Así las cosas, frente al primero de los numerales llama la atención la Demandada en Reconvención acerca de que “(...) OPP puso en consideración de la Parte Demandada que las facturas remitidas aludían a tarifas que no podían ser exigibles, pues en la mayoría de los casos, obedecen a tarifas que adolecían de vicios en su proceso de modificación y registro ante la Superintendencia de Transporte”, y frente al segundo de ellos aduce que “OPP ha cumplido cabalmente con su obligación de realizar inversiones en el Puerto de

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





Buenaventura. Prueba de ellos son los más de USD 17 millones invertidos por mi mandante (...)”.

6.2.2. Consideraciones del Tribunal.

(i) En relación con el incumplimiento en materia de pago de tarifas.

Como antes se reseñó, la cláusula tercera de la Renovación de 2013, bajo el rótulo de “*Contraprestación económica*”, prevé que a partir del 1º de enero de 2014 se pagará por OPP “*como contraprestación a favor de SPRBUN el valor mensual por metro cuadrado que se detalla a continuación*” [según tabla allí prevista, con valores anuales desde 2014 hasta 2034], en la que se toma como referencia el dólar americano. En el parágrafo tercero de dicha cláusula se señala que “*OPP renuncia expresamente a cualquier requerimiento privado o judicial para constituirlo en mora del pago de la contraprestación aquí prevista y de aquellas obligaciones que tengan un plazo definido y acordado por las Partes para su exigibilidad*”, estipulación cuyo alcance vinculante, más allá de la consideración sobre la verdadera efectividad de la renuncia a requerimientos que allí se consignan, nada especial está llamada a aportar en casos en los que se ejerce acción judicial para reclamar el cumplimiento de la obligación, pues de todos modos la constitución en mora se produce por el vencimiento del plazo suspensivo que se hubiere pactado -si ese fuere el supuesto- o por la reconvencción judicial que se entiende surtida con la notificación del auto admisorio de la demanda, tal como lo señala el inciso segundo del artículo 94 del Código general del Proceso¹⁸².

En la misma línea, también se puso ya de presente que la cláusula sexta de la Renovación de 2013 enlista numerosas obligaciones de OPP, entre ellas, en lo que interesa en el tópic que en este momento examina el Tribunal, las relativas a “*c) Pagar las contraprestaciones económicas de conformidad con lo señalado en la cláusula tercera del presente contrato*” y d) “*Pagar las tarifas por concepto de uso de instalaciones al operador portuario que serán las previstas en el tarifario de SPRBUN, vigente al momento de cobro de tales conceptos*”.

En este orden de ideas, no está en discusión, en cuanto a su fuente primaria, la existencia de las obligaciones dinerarias surgidas del Contrato para OPP en los rubros mencionados, con independencia de los conceptos específicos y el contenido numérico que a ellas corresponda según el comportamiento que tales prestaciones tengan durante la ejecución contractual en punto a su señalamiento o fijación, según lo previsto en el propio Contrato, dentro del marco legal general aplicable.

¹⁸² “*La notificación del auto admisorio de la demanda (...) produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor cuando la ley lo exija para tal fin (...)*”.



De conformidad con el sistema tarifario vigente a partir del 17 de febrero de 2020, previamente revisado y avalado por la Superintendencia de Transporte, las tarifas por UIOPM y UIOPT -incluida, en esta última, la de “Carga a Granel Sólido”- se fijaron en la modalidad de “USD/TONELADA” y “USD CONTENEDOR”, con valores desagregados para las distintas categorías¹⁸³, de modo que el monto determinado de la respectiva prestación dineraria debe establecerse durante la ejecución contractual, para reflejarse en las facturas correspondientes, con base en la operación o actividad que en cada momento se despliega. Dicho de otra manera, el monto determinado de la prestación dineraria por concepto de UIOPM y UIOPT no brota directamente del Contrato, sino de la liquidación que se realiza durante ejecución de la operación, con aplicación de la tarifa básica de “USD/TONELADA” o “USD CONTENEDOR” prevista en el tarifario.

Ahora bien: establecida, en el nivel y con las características indicadas, la existencia de la obligación dineraria relativa al pago de las tarifas, es preciso recordar que OPP afirma que no hay una negativa “consciente y sistemática” al pago de las facturas, y que la situación que se presenta se ubica en un rechazo por razones “atendibles jurídicamente” en tanto las tarifas no eran exigibles a OPP por vicios en su procedimiento de modificación y registro, y a que las tarifas obedecen a cobros no incluidos en la Renovación de 2013.

A este respecto, imperativo resulta advertir que OPP ha dicho expresamente que en este proceso, no obstante tener algunas reservas en la materia, no discute la legalidad de las modificaciones introducidas en el tarifario adoptado para ser aplicado desde febrero de 2020, sino el impacto que ellas producen para la Convocante en la simetría económica del Contrato. Expresa OPP en su alegación final, con nitidez, que “No debe tampoco caer el Tribunal en la distracción de pensar que esta es una controversia en la que se pretende alegar deficiencias del trámite administrativo que antecedió la sustitución de las tarifas del Puerto de Buenaventura, en febrero de 2020. Aun cuando evidentemente irregular, la conformidad o no a derecho de dicho procedimiento, no es un asunto objeto de esta Litis y, por ende, los argumentos sobre el particular son irrelevantes. También lo son aquellos argumentos asociados a la facultad de la SPRBUN para modificar sus tarifas, aspecto que acá no es materia de controversia. Nadie discute que la SPRBUN puede cambiar sus tarifas; el punto es el impacto que ese cambio tiene, de forma imprevisible, en el Contrato”.

Así las cosas, desde la perspectiva que viene de anotarse no son de recibo las razones aducidas por OPP para el no pago de las tarifas por concepto de UIOPM y UIOPT, cuya existencia jurídica, conforme a lo dicho, no discute en este

¹⁸³ Numerales 3. y 4. del tarifario.



proceso, abstracción hecha del planteamiento relativo a su “*impacto*” en la economía del Contrato, cuestión que se estudia, con la respectiva orientación decisoria, en otros apartes de esta providencia¹⁸⁴.

Observa el Tribunal que respecto de la tarifa UIOPM, OPP en últimas no confronta los valores propiamente tales objeto de cobro, y que su conducta de no pago, como ya se recordó, se origina en razones de índole jurídica que, conforme también acaba de indicarse, finalmente no resultan de recibo en la medida que no prosperan las reclamaciones de revisión del Contrato, aunque no estaban desprovistas de una justificación inicial que hay que tener en cuenta en su adecuada dimensión.

Bajo esta perspectiva, a la prueba de la existencia de la obligación de pago de la tarifa por concepto de UIOPM se agrega la del monto o cuantía de la prestación adeudada, para lo cual cabe otorgarle mérito demostrativo a los valores incorporados en la certificación emanada de la Revisoría Fiscal de la SPRBUN de fecha 18 de noviembre de 2022¹⁸⁵, que señala, con base en los registros contables de dicha sociedad, que el valor de la cartera a cargo de OPP por concepto de UIOPM para los años 2020, 2021 y 2022, con corte a 31 de octubre de 2022, asciende a la suma de \$15.089.366.000¹⁸⁶; advierte el documento que “*El alcance para la preparación y emisión de esta certificación se efectuó con base en los registros contables extraídos del aplicativo ‘SAP’ y suministrados por la administración (...). Mis procedimientos de auditoría consistieron en la revisión de los saldos registrados en la contabilidad de la Compañía y cruce de la*

¹⁸⁴ Además de lo que puntualizó el Tribunal, específicamente, sobre la procedencia de la aplicación de la tarifa por concepto de UIOPT, que vino a surgir, para OPP -graneles sólidos-, en la modificación del año 2020.

¹⁸⁵ Archivo denominado: 0110. Documento aportado por testigo Gustavo Flórez, contenido en la Carpeta 19 (Testigo Gustavo Flórez aporta documento) del Cuaderno No. 3 – Pruebas.

¹⁸⁶ Además, como mero referente adicional sobre el rango de las cifras objeto de análisis, cabe mencionar que el vocero de la firma MULTIMODAL -Óscar Humberto Medina Mora-, durante el interrogatorio que atendió en el marco de la contradicción del dictamen de parte aportado por la SPRBUN en el cual, entre otros puntos, “*se hizo revisión de las facturas expedidas por la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. por los conceptos de las operaciones de OPP Graneles marítimas y terrestres y se calculó el monto de las facturas no pagadas incluyendo intereses de mora*”, tras reconocer la comisión de errores en el dictamen especialmente en tópicos asociados a la liquidación de intereses y alguno otro que afectaba la determinación de la cuantía de la deuda como tal -no consideración de notas crédito-, fue indagado por el Ministerio Público en el sentido de que indicara si “*Con posterioridad al contra-dictamen que se le presentó y que usted ya lo conoce porque se ha mencionado el mismo, ¿ustedes realizaron un nuevo ejercicio para ver los valores reales, corrigieron esas... esos yerros en la formulación de Excel? ¿Hicieron ese ejercicio como peritos o como firma?*”. Y ante su respuesta afirmativa, cuando el mismo interrogador y, luego, el apoderado de la Convocada le pidieron que suministrara cifras y fechas puntuales resultantes de la revisión y corrección llevada a cabo, señaló, que “*(...) a fecha 31 de octubre, a corte 31 de octubre, el total de la deuda o de las facturas no pagadas es de \$16.963.484.520 pesos. (...) Corresponden esos totales a, por UIOPM a \$15.089.365.656 pesos (...)*”.



información no financiera suministrada por la Administración con los saldos contables de los años 2020, 2021 y 2022”.

Conviene anotar que con ocasión del traslado que en su momento se surtió de esta certificación, aportada al trámite en el testimonio de Gustavo Flórez, no hubo manifestación proveniente de OPP con observación, reproche o desconocimiento en relación con el saldo reportado por concepto de la tarifa anotada -UIOPM-.

Estima el Tribunal que la certificación referida, expedida por la firma de auditoria KPMG, al estar debida y razonablemente soportada, haber sido aportada en una oportunidad prevista por la ley y haberse surtido el trámite para efectos de su contradicción, tiene idoneidad para ser tenida en cuenta como demostrativa del monto de la condena a imponer a OPP por concepto de la tarifa UIOPM¹⁸⁷.

En relación con la tarifa UIOPT, la determinación del monto adeudado, en el sentir del Tribunal, no presenta la misma situación ni cuenta con la misma claridad, hasta el punto que OPP, en su alegato final, afirma haber pagado lo correspondiente a dicho concepto, liquidando el monto con base en lo manifestado por la Superintendencia de Transporte en la comunicación de 9 de noviembre de 2020¹⁸⁸, reseñada por el Tribunal páginas atrás de esta providencia, en la que -recuérdese- el ente de control expresa, con relación a la condición del OPP como operador portuario, que “(...) *está en la obligación de realizar el pago de la tarifa UIOPT a la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., cuando las operaciones*

¹⁸⁷ Sobre el alcance probatorio que tiene esta modalidad de prueba documental existen antecedentes jurisprudenciales que, si bien es cierto se refieren, preferentemente, a una norma del Estatuto Tributario, concretamente al artículo 777 del mismo, a juicio del Tribunal son igualmente ilustrativos y pertinentes para eventos como el presente. Es así como el Consejo de Estado advierte con relación a estas certificaciones que: “*Como ha señalado la Sala en ocasiones anteriores, la calidad de ‘prueba suficiente’ que le otorga la norma tributaria no puede limitarse a simples afirmaciones sobre las operaciones de orden interno y externo carentes de respaldo documental. El profesional de las ciencias contables es responsable de la contabilidad o de la revisión y análisis de las operaciones de un ente social y está en capacidad de indicar los soportes, asientos y libros contables donde aparecen registrados las afirmaciones vertidas en sus certificaciones. La fe pública predicable de un contador público no se ve restringida o anulada por la exigencia que en materia tributaria deben presentar sus certificaciones, sino por el contrario comprueba en debida forma la veracidad de sus afirmaciones, permitiendo que las autoridades administrativas y jurisdiccionales puedan darle la eficacia, pertinencia y suficiencia que se requiere al momento de evaluar la confiabilidad, razonabilidad y credibilidad de la contabilidad del contribuyente, responsable o agente retenedor*” (Consejo de Estado Sección IV. expediente 25000-23-27-000-2002-91426-01, sentencia 15931 de marzo 6 de 2008). Puede consultarse, también, la Sentencia de la Corte Constitucional T-575 de 4 de agosto de 2014.

¹⁸⁸ Archivo denominado 1.48, contenido en la Carpeta 6 (Anexos de la Demanda Principal Reformada) del Cuaderno No. 3 – Pruebas.



de descargue de buques se realicen a través de vehículos que lleven el producto hasta las bodegas o silos de OPP Gráneles (sic) para su almacenamiento”.

Al decir de OPP:

“De hecho, como se explicó en un segmento anterior, tras la expedición del concepto de fecha 9 de noviembre de 2020, la Superintendencia de Puertos, en el criterio de dicha entidad el UIOPT era aplicable a la operación de urbaneo realizada por OPP y, precisamente, OPP pagó las facturas asociadas al urbaneo por ella realizado. Así consta en la prueba documental No. 6.1.76. de la reforma a la demanda, como se muestra a continuación:

[cuadro en el que se lee “VALOR TOTAL PAGADO POR UIOPT”, \$41.522.065 para el año 2020, y \$114.656.292 para 2021, para un total de \$156.178.357]

Los demás casos no eran susceptibles de cobro porque no correspondían ni siquiera al supuesto de hecho indicado por la propia Superintendencia, por lo que la supuesta mora en el pago de esos conceptos no es predicable”¹⁸⁹.

En este estado de cosas, en que no está en discusión la existencia, como tal, de la obligación de OPP de pagar la tarifa de UIOPT, el aspecto puntual relativo a la cabal determinación del valor de la prestación adeudada -de naturaleza determinable en cuanto a su monto-, respecto de lo cual se observa que no hay plena coincidencia entre las partes sobre el contenido prestacional asociado al componente terrestre que debe remunerarse, conduce a precisar que la carga de la prueba del valor de la acreencia se radica en cabeza del sujeto activo de la respectiva obligación -la SPRBUN en este caso-, para lo que no bastan sus propios registros contables, si el extremo pasivo pregonaba un entendimiento diferente, con virtualidad para conducir a una cuantía también distinta. Para el Tribunal, en coherencia con la relevancia que, según lo que se ha dicho, representa la legalidad que deriva de los actos y manifestaciones que provienen de la Superintendencia de Transporte, es el parámetro de delimitación del alcance de la tarifa UIOPT expresado en la aludida comunicación de 9 de noviembre de 2020 el que debe prevalecer, mientras no haya un pronunciamiento posterior que lo aclare, lo complemente o lo modifique -nada de lo cual se ha aducido que conste en el plenario-, según lo considere el ente público.

¹⁸⁹ Página 143 del alegato presentado por OPP.



Bajo estas circunstancias, la certificación de la Revisoría Fiscal, que muestra los datos registrados en la contabilidad de la SPRBUN, pero, por obvias razones, no involucra otros tópicos de la obligación que se escruta, se reitera no tiene, en tratándose de la tarifa por concepto de UIOPT, el mismo alcance demostrativo que se le ha reconocido en tratándose de la tarifa UIOPM. Entonces, advierte el Tribunal que de lo que se trata, sin incurrir en incoherencia alguna, es de otorgar mérito demostrativo a la certificación de la Revisoría Fiscal de la que se viene hablando en cuanto al monto adeudado por OPP por concepto de la tarifa UIOPM, en razón de que no hay discusión entre las partes sobre la liquidación de lo causado por dicha tarifa, a diferencia de lo que ocurre con la determinación del monto causado por concepto de la tarifa UIOPT, escenario en el que la determinación de la cuantía de lo adeudado no tiene la misma uniformidad de entendimiento entre las partes, divergencia que no se supera al amparo de la certificación referida, la cual, por su propia naturaleza, en el sentido anotado tiene el alcance demostrativo, esencialmente numérico, que se le reconoce para aquel otro escenario de la tarifa UIOPM.

En conclusión, tienen vocación de prosperidad las reclamaciones -declarativas y de condena- que atañen a incumplimiento de la obligación de pago de la tarifa por concepto de UIOPM, no así las relativas al pago de la tarifa por concepto de UIOPT, en relación con la cual expresamente se reconoce la existencia misma de la obligación contractual por el concepto anotado, mas no lo relativo al monto específico adeudado según lo pretendido por la SPRBUN en la demanda de reconvención. Así se puntualizará al hacer la reseña del pronunciamiento integral del Tribunal sobre el *petitum* de la Convocada, Demandante en Reconvención.

(ii) En relación con el incumplimiento en materia de inversiones.

En la reseña que hizo el Tribunal del contenido prestacional plasmado en la Renovación de 2013 se indicó que la cláusula cuarta del documento que la contiene regula los “*Compromisos de inversión*” a cargo de OPP, estableciendo que se compromete a realizar inversiones “*en obras, equipos y tecnología que permitan mejorar los rendimientos del manejo de carga a granel sólido y aumentar la capacidad de almacenaje en el área arrendada (...)*” por valor de US\$48.000.000, según obras que “*se acordarán de común acuerdo entre las partes para que sean imputables al Plan Maestro de Inversiones, con la aprobación previa de la ANI o de la entidad que haga sus veces*”, y en el entendido de que “*En todo caso, las Partes reconocen y acuerdan que dentro del valor de las inversiones aquí previsto se incluye el valor de la inversión en la denominada Bodega E por el valor que sea aceptado por la ANI o la entidad que haga sus veces en el Plan de Inversiones aprobado a la SPRBUN*”.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





La estipulación incorpora, expresamente “a manera de referencia”, una lista -no taxativa, ni cerrada- de las inversiones que “se ejecutarían”, y agrega que “En caso de que la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI o la entidad que haga sus veces, exija al Concesionario del Terminal Marítimo de Buenaventura, SPRBUN, Inversiones Adicionales para la operación de Graneles Sólidos, OPP debe ejecutar las que competan al área arrendada”, lo que habla de la existencia de un exigente régimen de inversiones en cabeza de OPP, inspirado en consideraciones provenientes del ente público titular de la infraestructura, sobre lo cual la Convocante expresó su consentimiento con conciencia -así se presume- del origen y la magnitud de este contenido prestacional.

Adicionalmente, la cláusula en comento contiene cuatro (4) párrafos, ya transcritos en lo pertinente, que desarrollan distintos tópicos de la prestación allí regulada, que ameritan comentarios puntuales: (i) el párrafo uno se acompasa con lo pactado en materia de destino final de las inversiones en el campo de la reversión, de modo que el derecho a retribución de OPP por concepto de obras y mejoras tiene lugar, por excepción, en hipótesis de terminación del contrato por causa imputable a SPRBUN; (ii) el párrafo dos detalla la regulación relativa al procedimiento y cronograma para la formulación de proyectos y trámites de validación de las inversiones propuestas, por períodos bienales, destacando la necesidad de previa aprobación de la ANI para realizarlas, hasta el punto que se estipula, explícitamente, que “Dichas obras, equipos o tecnología no podrán ser ejecutadas y/o adquiridas por OPP hasta tanto no hayan sido aprobadas por la ANI o la entidad que haga sus veces”; y (iii) el párrafo cuarto prevé una regla supletiva según la cual “En el evento en que las partes no lleguen a un acuerdo sobre las obras equipos y tecnología en que se realizarán las inversiones, SPRBUN definirá los equipos y tecnología de acuerdo con lo que indique la ANI o la entidad que haga sus veces”.

No contienen las partes sobre el hecho de que en la Renovación de 2013 se pactó la obligación por parte de OPP de realizar inversiones por una suma equivalente a la cantidad de cuarenta y ocho millones de dólares (US\$48.000.000), ni tampoco en que, hasta el momento, la Convocante las ha llevado a cabo hasta por una cifra del orden de entre diecisiete millones y veinte millones de dólares (US\$17.000.000 – US\$20.000.000)¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Así, en la declaración de Sharon Machado Madrid, Coordinadora de Planeación de SPRBUN, se alude a la suma de US\$20.000.000; indagada para “(...) explicarle al Tribunal, si lo conoce, esos 20 millones han estado distribuidos en qué, es decir, ¿en qué se ha invertido? Afirmó: “A grosso modo, nosotros hemos invertido cerca de 10 millones de dólares en temas de almacenamiento, la construcción de la bodega E, la ampliación de unos silos en la planta que se conoce como Planta OPP, que fueron cinco silos que se intervinieron, 5.000 toneladas de aumento de carga. Y la remodelación de una bodega granelera, la bodega 12B. Ahí se hará una inversión de cerca de 10 millones de dólares. Y hay unas inversiones que están alrededor de los 5 millones

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



En este orden de ideas, en lo que atañe a la realización misma de las inversiones, estima el Tribunal que el convenio plasmado en la Renovación de 2013 ciertamente fija un compromiso por ese concepto en una cuantía determinada, el cual, a juzgar por el procedimiento de implementación por períodos bienales, estaba llamado a llevarse a cabo a lo largo de la vigencia contractual -prevista hasta el 21 de febrero de 2034, según prevé la Cláusula Segunda-, pero sin que, efectivamente, se hubiese pactado de antemano un cronograma que indicara valores ciertos ni obras determinadas que debieran realizarse para hitos temporales específicos durante la ejecución contractual.

Así las cosas, para el Tribunal es claro que desde la perspectiva de inversiones realizadas -o no realizadas, según quisiera verse- hasta el momento, no se configura incumplimiento de OPP. Así lo entiende -valga decirlo- Gustavo Flórez Dulcey, Gerente de Ingeniería y Proyectos de la SPRBUN, al responder una pregunta directa del señor Agente del Ministerio Público sobre el particular:

1.37.15.

“AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO: En el seguimiento que le hace usted a esas inversiones, ¿hoy podríamos determinar que OPP Graneles ha incumplido o no ha cumplido o ha cumplido parcialmente el tema de inversiones?”

*DECLARANTE: Bueno. Con referencia a la redacción del contrato y como está establecido ha cumplido. Porque como usted bien lo mencionó en la pregunta anterior, pues ahí no hay un cronograma; y lo he dicho, no hay un cronograma como tal y una lista de proyectos. OPP ha cumplido. Y pudiera llegarse hasta el último año a decir que el último año va a hacer la inversión total de lo que falta. **Hasta ahora ha cumplido en su compromiso**” (resalta el Tribunal).*

de dólares. Uno en adquisición de maquinaria amarilla, todo lo que son cargadores, excavadoras, minicargadores; que son equipos que se deben ir renovando. En el caso nuestro más o menos cada cinco años hay que ir haciendo renovación de maquinaria o ampliación de la cantidad de equipos, según los requerimientos. Y otros, más o menos 5 millones de dólares en lo que tiene que ver con modificaciones de... de lo que nosotros llamamos sistema de transferencia que es todo el equipo estático, cambio de básculas, cambio de transportadores, elevadores de cantilones, que son los que... los encargados de subir el grano para transportarlo dentro de la planta; unos equipos que se llaman barredores que son los que se utilizan dentro de los silos para evacuar la carga. En todos esos temas son más o menos 5 millones de dólares” (0.39.47). En la contestación de la Demanda Principal Reformada, la SPRBUN reconoce la realización de inversiones por “USD\$17.611.698”. En la Demanda de Reconvención y en su alegato final menciona que OPP ha ejecutado la suma aproximada de USD\$18.000.000” (Hecho 23 y página 170 del alegato).



Ahora bien, en lo que concierne al tema relativo al mecanismo estipulado para la implementación de los acuerdos que deben hacerse en períodos bienales sucesivos a efectos de determinar las inversiones concretas que se han de efectuar y materializar durante el respectivo período, el parágrafo dos de la referida cláusula cuarta de la Renovación de 2013 incluye, ahí sí con precisión, los hitos temporales correspondientes, en el explícito entendido que los respectivos “*Planes Bienales (sic)*”¹⁹¹ *de Inversión*” debían ser aprobados por la ANI, con expresa advertencia de que las “*obras, equipos o tecnología*”, constitutivas de las inversiones, “*no podrán ser ejecutadas y/o adquiridas por OPP hasta tanto no hayan sido aprobadas por la ANI o la entidad que haga sus veces*”¹⁹².

En sus palabras, lo expresaron en sus testimonios, en ese orden, Juan Carlos Naranjo, Gerente de Infraestructura y Mantenimiento de OPP, y Sharon Machado, Coordinadora de Planeación de la SPRBUN:

0.37.05

“APODERADO PARTE CONVOCANTE: Quisiera hacer otra pregunta. ¿Cuál es la metodología o el procedimiento, en lo que usted conoce, para realizar esas inversiones? Cuando le pregunto por metodología o procedimiento, más que por la parte de ingeniería quisiera entender el tema de aprobaciones. ¿Quién presenta la inversión? ¿Quién la debe aprobar, para efectos de que se pueda realizar?”

DECLARANTE: En el contrato está establecido que el primer informe de inversiones se debía realizar en el mes de enero del año 2014 y a partir de ahí cada dos años se debía estar enviando la relación de las inversiones para los dos años siguientes; con el fin de que Sociedad Portuaria organizara la documentación y presentara el plan bianual completo para aprobación de la ANI”.

[...]

0.16.04

¹⁹¹ Entiéndase “bienales”.

¹⁹² La perentoriedad de esta previsión contractual, por supuesto vinculante para las partes, justifica las conductas de ellas en punto a su acatamiento, con independencia de que en algún momento anterior de la relación negocial se hubiera podido proceder de una manera diferente, según mencionó en su declaración la testigo Sharon Machado. Además, según la Cláusula Décima Sexta del Contrato “*Se entenderá que existe*” incumplimiento grave en los casos enumerados en la disposición convencional, entre ellos “*(vii) En caso de que OPP realizare inversiones, mejoras, cambios o ampliaciones de los inmuebles sin autorización escrita de SPRBUN y siempre que dicha inversión o mejora, cambio o ampliación genere una sanción por parte de una autoridad competente a la SPRBUN y afecte la ejecución de este contrato*”.

Sede Principal

Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



“El contrato de OPP decía que ellos debían de presentar, en los años pares, la propuesta del plan bianual que ellos querían incorporar el último día hábil del mes de enero de los años pares. Ellos tienen esa obligación de presentarnos a la Sociedad Portuaria los proyectos que van a ejecutar para los dos años siguientes. Entonces, por ejemplo, supongamos que estamos en enero del 2022, ellos deben de presentar el 31, máximo, de enero, del 22 un proyecto a ejecutar en el 23, 24; en el plan bianual 23, 24. Entonces, todos los años, desde el 2014, se debió de hacer eso. Digamos que eso es lo que contempla el contrato”.

De otra parte, da cuenta el expediente de algunas vicisitudes en relación con la implementación de los planes de inversión durante la ejecución negocial.

Para el año 2014, la inversión propuesta consistiría, básicamente, en la construcción de la llamada Bodega F, destinada al almacenamiento de maíz amarillo, acerca de la cual, incluido lo sucedido en relación con su no aprobación oportuna, manifestó el testigo Juan Carlos Naranjo, Gerente de Infraestructura y Mantenimiento de OPP:

0.17.58

“Nosotros, para el... para el año 2014, aproximadamente, empezamos a evaluar otro proyecto grande que en su momento fue la construcción de una bodega especializada, una bodega que, siguiendo la nomenclatura le correspondería el nombre de bodega F, una inversión aproximada de 10 millones de dólares, una bodega para recibir 50.000 toneladas de carga; referida a maíz amarillo. Nosotros todos los cálculos de capacidad de las instalaciones los referimos siempre a maíz amarillo para poder tener un valor estándar de cuantificación de capacidad de las instalaciones. Entonces, esta bodega estaba pensada para cerca de 50.000 toneladas de capacidad. En el año 2014-2015 se pasó la solicitud a Sociedad Portuaria para adelantar esta inversión. Nosotros alcanzamos a realizar estudios de sísmica, todos los diseños estructurales y hacer preselección de los equipos, pero, pues... pasaron cerca de 3 o cuatro años y no se tuvo la aprobación para poder realizar la obra, de esa magnitud. Era una... una inversión, como le digo, cercana a los 10 millones de dólares”.

Ante la anotada circunstancia, OPP decidió cambiar el plan de inversión por una llamada “tercera Línea de Transferencia” y máquina de descargue de graneles (...)’” (hechos 27 y 28), encaminada a lograr mayor velocidad y eficiencia en la descarga de los barcos, para cuya proyectada ejecución surgió una necesidad

Sede Principal

Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



distinta y adicional, cual era el reforzamiento de los muelles 10 y 11 del Terminal, de manera que pudieran resistir el peso de una tercera máquina, que sumaba a las dos que ya operaban en ellos. Este reforzamiento era, en principio, de cargo de la SPRBUN, pero después de varias negociaciones se convino que lo hiciera OPP con cargo a su obligación contractual de inversión.

La SPRBUN estuvo de acuerdo con el cambio de la inversión y la sometió a la aprobación de la ANI, la cual la aprobó, aunque en circunstancias temporales a las que se refiere el mismo testigo Juan Carlos Naranjo en su declaración:

0.50.01

“APODERADO PARTE CONVOCANTE: ¿Y la Sociedad Portuaria objetó o manifestó algún reparo o tener alguna queja por ese cambio en la inversión?”

DECLARANTE: Que yo sepa, no. De hecho, el nuevo cambio lo presentó Sociedad Portuaria dentro de uno de los planes bianuales de inversión a la ANI.

APODERADO PARTE CONVOCANTE: Gracias. Y, ¿sabe usted cuándo, si es que esto ocurrió, la ANI aprobó esa Línea de Transferencia?”

DECLARANTE: Nosotros tenemos notificación de la aprobación en plena pandemia. Abril o mayo del 2020.

APODERADO PARTE CONVOCANTE: Pero, le hago una pregunta. Si le entendí bien de su respuesta anterior la Línea de Transferencia se había sometido a aprobación para ser ejecutada en el plan bianual 2019-2020. [2020...] ¿Es correcto?”

DECLARANTE: La notificación llega... No sé... Un año después de que ha empezado a correr el plazo de ejecución de la obra. A eso se le suma la pandemia. Y en ese sentido; pues en ese momento OPP se pronunció diciendo que no era viable hacer... ejecutar esa obra. Primero ya había transcurrido un año del... del periodo que teníamos para ejecución y estábamos, pues, empezando la pandemia; que en ese momento no... estábamos en total incertidumbre de qué iba a pasar. Y en ese sentido se pronunció OPP que estaba de acuerdo en ejecutar la obra, pero debía modificarse el plazo de ejecución”.

A lo anterior se une que, según relata la propia SPRBUN en su demanda de reconvencción, en relación con las inversiones proyectadas para los años 2021-

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



2022, “A la fecha, la ANI no ha proferido la aprobación para la ejecución del plan de inversiones 2021-2022” (Hecho 48), con el posible impacto derivado del desfase temporal que ello pueda comportar, sin que en tales condiciones proceda por anticipado pregonarse atribución de responsabilidad por incumplimiento en cabeza de OPP.

Con base en el contexto fáctico y circunstancial que viene de describirse, el Tribunal considera que tampoco se configura incumplimiento material de OPP en torno a los compromisos asociados a la implementación de los Planes de Inversión, pues está visto que ha radicado las iniciativas correspondientes, cuya evolución y desenlace ha involucrado la prevista participación de la ANI en punto a su requerida aprobación -cuya valoración de conducta por supuesto no le compete a este Tribunal ni forma parte del presente trámite-, desde luego externa a la esfera de responsabilidades de la aquí Convocante. Como visión panorámica de lo ocurrido en esta materia, ilustra el dicho de la testigo Sharon Machado, Coordinadora de Planeación de la SPRBUN, abstracción hecha de su indicación sobre un atraso de un mes en la radicación del proyecto de inversión inherente al período bienal que inicia en 2022:

0.16.04

“Y bueno... ahora no sé si paso a decir qué ha cumplido o que ha incumplido. Bueno... digamos que él venía enviándonos, por ejemplo, los proyectos de inversión. En el 2014 lo hizo, en el 2016 lo hizo, en el 2018 lo hizo. Pero este año, específicamente, no lo hizo. Nos llegó ya la propuesta de inversión para el año 23-24, nos llegó el 28 de febrero del 2022. Digamos que un mes después de lo que dice el contrato que se debiera ejecutar. (...)”.

La apreciación de conjunto de la conducta desplegada por OPP en punto a la obligación que en este apartado ocupa la atención del Tribunal, tanto en lo relativo a las inversiones hasta ahora realizadas como en lo que respecta a la actividad asociada a la presentación e intención de ejecución de proyectos de inversión, todo en función de lo convenido en la cláusula cuarta -incluidos sus parágrafos-, conduce a la falta de vocación de prosperidad de las pretensiones de incumplimiento de OPP en materia de inversiones.

(iii) En relación con la pretensión de resolución del Contrato y sus consecuencias.

En el presente caso, tal como se ha señalado repetidamente, la SPRBUN solicita “(d) Que como consecuencia del incumplimiento de OPP de su obligación de pago y/o de su obligación de realizar las inversiones, se declare la resolución del

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



Contrato según lo dispuesto en el literal (xii) de la cláusula Décima Sexta del Contrato y en el artículo 870 del Código de Comercio”.

El examen de la reclamación en cuestión debe hacerse, tal como lo evidencia su propio planteamiento, considerando el marco legal que en apartado anterior se reseñó -artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio-, con su amplio desarrollo jurisprudencial -también referenciado-, y, además, el contenido pactado al respecto en la Renovación de 2013, reflejado específicamente en las cláusulas décima sexta y décima novena.

En el contexto de lo normativo, quedó dicho que el incumplimiento, premisa central del escenario de extinción negocial por resolución o terminación, para producir tal implicación debe ser de entidad o magnitud relevante -grave-, exigente calificación que debe hacerse a partir de la apreciación de hechos y circunstancias de variada índole, traídas a colación por la jurisprudencia que al efecto se invocó.

Y en el plano de lo convencional, en acápite anterior de esta providencia se puso de presente que las partes incluyeron en la Renovación de 2013, en la cláusula décima novena, las “*Causales de Terminación*” del Contrato que estimaron pertinentes, con mención, además de otras relativamente usuales -varias de ellas- en la modalidad negocial que ocupa la atención¹⁹³, de “*c) El incumplimiento grave de las obligaciones pactadas en los términos previstos en este contrato*”, previa identificación, en la cláusula décima sexta, de la hipótesis de “*Incumplimiento grave del contrato*”, la cual “*Se entenderá que existe*” en los casos enumerados en la disposición convencional, entre ellos, con perfil abierto -en lo formal-, el relativo a “*(xii) (...) los demás eventos de incumplimiento que prevea la ley*”.

Llama la atención del Tribunal el evidente esfuerzo de las partes en procura de identificar motivos específicos que por su particular perfil o entidad pudieran tener la virtualidad para configurar incumplimiento “grave” del Contrato (ordinales (i) a (xi)), después de lo cual se registra, como causal consagrada a la manera de tipo abierto, “*(...) los demás eventos de incumplimiento que prevea la ley*”, referencia que es necesario ponderar en su alcance al momento de considerar las “*Causales de Terminación*” del Contrato a la luz de lo pactado en la referida cláusula décima novena, en el sentido de entender que deberá tratarse, de todos modos, de desatenciones prestacionales de contenido idóneo y suficiente para admitir el calificativo de “grave” a que se refiere la estipulación negocial; lo contrario significaría admitir que a un elocuente catálogo de conductas definido por las

¹⁹³ “a) *El mutuo acuerdo de las Partes*”, “b) *El vencimiento del plazo pactado (...)*”, “d) *La terminación del contrato de concesión del Terminal Marítimo de Buenaventura (...)*” y “e) *La suspensión del contrato por más de dos (2) años consecutivos (...)*”.



partes con virtualidad para constituir “*incumplimiento grave*” se añadiría, sin suficiente justificación ni razonabilidad, sin calificativo adicional alguno, “(...) *los demás eventos de incumplimiento que prevea la ley*”. El argumento atinente al ya mencionado principio de conservación de los contratos, y su aplicación en tratándose de requisitos para la configuración de incumplimiento resolutorio, apunta en la dirección de exigir, también en el terreno convencional, que se trate de “*eventos de incumplimiento que prevea la ley*”, los cuales, así debe entenderse a juicio del Tribunal, deben estar dotados de entidad o relevancia para sustentar el aniquilamiento negocial.

En el asunto *sub-lite*, la SPRBUN hace consistir los incumplimientos que atribuye en apoyo de su aspiración resolutoria, en el no pago, por parte de OPP, de facturas por concepto de UIOP -en sus dos aristas de UIOPM y UIOPT- y/o en la obligación de realización de las inversiones pactadas, en cabeza de la misma sociedad, en la cláusula cuarta del Contrato. Por supuesto, fuera de discusión está que se trata de dos obligaciones de marcada importancia en el espectro prestacional radicado en la esfera de responsabilidades de OPP, con virtualidad, en el plano teórico, para adquirir connotaciones de gravedad en caso de incumplimiento, aunque también ha de advertirse que la importancia que se les reconoce, no necesariamente traduce gravedad en el evento de desatención, pues es el análisis particular de lo sucedido lo que debe arrojar las conclusiones que correspondan.

En esta línea argumentativa, como viene de decirse en párrafos precedentes, el Tribunal ha concluido, de un lado, que no se configura el incumplimiento pregonado en materia de realización de inversiones, por lo que este componente del fundamento del ataque en procura de la extinción del Contrato cae en el vacío; y del otro lado, en punto al incumplimiento en el pago de lo facturado por concepto de UIOPM y UIOPT, tópico de mayor complejidad en cuanto a su valoración para efectos de lo que en este momento interesa al Tribunal, se ha concluido que tiene vocación de prosperidad lo pedido alrededor del incumplimiento por no pago de la tarifa por concepto de UIOPM, no así por la desatención pregonada respecto de la tarifa por concepto de UIOPT, éxito parcial que, no obstante su importancia cuantitativa, por sí solo no habilita la calificación de incumplimiento grave.

En efecto, conviene repetir que es evidente que, en el plano teórico, la obligación dineraria incumplida tiene relevancia en la estructura prestacional del Contrato, pues corresponde a uno de los ejes principales que retribuyen el uso radicado en cabeza de OPP como operador portuario, con impacto en la SPBRUN por la no recepción oportuna de los ingresos correspondientes, pero sin que ello signifique, *per se*, gravedad de la desatención, pues la valoración de conducta puede y debe involucrar, como ya se dijo, la consideración de hechos y circunstancias de variada

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



estirpe, entre ellas, las particularidades de la situación que se presenta, dato relevante como se pasa a explicar.

Está visto que el no pago de las facturas asociadas a UIOPM tiene su origen en la decisión unilateral de OPP por razones jurídicas que a su juicio así lo justifican, ubicadas en la línea de acudir a la instancia judicial -arbitral en este caso- para, entre otras opciones de planteamiento jurídico, reclamar la revisión del Contrato al amparo de la aplicación de la teoría de la imprevisión consagrada en el artículo 868 del Código Comercio, invocando la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles que, en su parecer, *“han afectado las prestaciones de futuro cumplimiento”* (segunda pretensión subsidiaria del primer bloque de peticiones de esta estirpe) del Negocio Jurídico, consideración esta última que da pie a adoptar la medida de no atender las obligaciones que se estiman afectadas por la excesiva onerosidad envuelta en la relación negocial sobre la que se reclama. Es que como la regulación legal de la figura de la imprevisión en efecto se refiere, expresamente, a la alteración o agravamiento de *“la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes”*, suele incluirse tal connotación fáctica como uno de los varios requisitos que deben concurrir para habilitar la procedencia de la revisión deprecada -conforme se reseñó-, ante lo cual, incluso con independencia de que sobre el alcance de tal exigencia se admiten aproximaciones conceptuales no siempre coincidentes, puede reconocerse razonabilidad -no exenta de riesgo por sus eventuales consecuencias- al proceder consistente en no cumplir las prestaciones que se dicen involucradas en la afectación del equilibrio económico del contrato que, en últimas, sustenta el ejercicio de la acción judicial tendiente a su revisión, para evitar el potencial riesgo de afectarla por cuenta de que se alegue la no concurrencia de la exigencia señalada.

Conviene aclarar que, entiende el Tribunal, no se trata de sostener que la sola alegación formal de configuración de imprevisión, por sí sola, justifique la postura de no pago, ni que el mero ejercicio de una acción judicial -arbitral- de revisión contractual por imprevisión, por sí mismo, tenga esa virtualidad, porque se corre el riesgo de que bajo una actuación puramente formal, sin apreciación material, se obtenga un efecto jurídico no deseable; pero tampoco se trata, en el extremo opuesto, de sostener que la justificación de la conducta está por completo supeditada al éxito final de la reclamación judicial. De lo que se trata es de ponderar la conducta del deudor bajo el aludido criterio de razonabilidad, en el cual la consideración de variables como el perfil del reclamo que se formula -es indudable la relevancia de las circunstancias particulares del caso-, aún sin salir triunfante, puede justificar al menos transitoriamente la decisión de desatención prestacional mientras se decide sobre la controversia, desde luego sin perjuicio de la asunción de riesgos jurídicos que puede comportar el resultado desfavorable de la acción ejercida.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



Ante la visión panorámica expuesta, en la que algunos de los incumplimientos invocados por la SPRBUN para sustentar su pretensión resolutoria no se configuran, y el que sí ocurre se presenta en un contexto fáctico y circunstancial que otorga justificación inicial a la conducta, para el Tribunal se impone concluir que no se evidencia la gravedad requerida -en el plano normativo y el convencional- para abrir paso al remedio extintivo de la relación negocial¹⁹⁴, lo que también se estima acertado cuando se repara en consideraciones adicionales como la no alegación -ni demostración- de antecedentes negativos de OPP en la atención de la obligación dineraria ahora incumplida, y como el perfil mismo del Negocio Jurídico, que se proyecta en el tiempo con un plazo de duración hasta el año 2034, lo que hace que el principio de conservación de los contratos exija adecuada ponderación al momento de decidir si debe o no prevalecer.

En consecuencia, no tiene vocación de prosperidad la pretensión de declaración de resolución del Contrato, y sus consecuencias en materia de efectividad de la cláusula penal por incumplimiento -literales (d), (e) y (f) de las “5.2 PRETENSIONES PRINCIPALES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”, formuladas por la SPRBUN en su demanda de reconvención.

(iv) En relación con los intereses reclamados.

En cuanto al reconocimiento de intereses sobre las sumas reclamadas, solicita la Demandante en Reconvención que se declare que la Convocante está obligada “(n) (...) a pagarle a SPRBUN los intereses comerciales moratorios sobre las sumas de dinero que finalmente reconozca el Tribunal por concepto de las pretensiones de condena anteriores, a la máxima tasa legal permitida, desde que dichas sumas sean exigibles y hasta que su pago se realice” y que se le condene “(o) (...) a pagarle a SPRBUN los intereses comerciales moratorios sobre las sumas de dinero que finalmente reconozca el Tribunal por concepto de las pretensiones de condena anteriores, a la máxima tasa legal permitida, desde que dichas sumas sean exigibles y hasta que su pago se realice”.

En esta materia, estima el Tribunal que la cuestión debe abordarse y resolverse con aplicación de la directriz normativa del artículo 1608 del Código del Civil, por supuesto aplicable en el ámbito mercantil -artículo 822 del Código de Comercio-, según el cual, a manera de regla general¹⁹⁵, la constitución en mora se

¹⁹⁴ En un hipotético escenario de prosperidad, seguramente se trataría de un evento de “terminación”, no de “resolución”, conforme a la distinción conceptual efectuada alrededor de tales expresiones jurídicas.

¹⁹⁵ Los casos de excepción son los previstos en los numerales 1. y 2. del mismo artículo 1608 del Código Civil, que prevén, en su orden, las hipótesis de obligaciones sujetas a plazo suspensivo y

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



produce, conforme puntualiza el numeral 3. del referido precepto, con la reconvencción judicial, que se entiende surtida con la notificación del auto admisorio de la demanda, tal como lo señala el inciso segundo del artículo 94 del Código General del Proceso: *“La notificación del auto admisorio de la demanda (...) produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor cuando la ley lo exija para tal fin (...)”*¹⁹⁶. Por supuesto, indiscutible es la causación, como tal, de los intereses moratorios, que se presume tanto en la esfera civil como en la comercial -artículos 1617 del C.C. y 884 del C. de Co.-¹⁹⁷.

En el asunto *sub-examine*, el Tribunal concluye que la mora de OPP se produce con la notificación del auto admisorio de la segunda versión de la demanda de reconvencción¹⁹⁸, notificación que ocurrió el 18 de febrero de 2022¹⁹⁹, y que, con base en la prueba del monto de la deuda que ha utilizado el Tribunal -la certificación de Revisoría Fiscal-, los intereses moratorios se liquidarán sobre los saldos debidos para el cierre de cada uno de los años 2020 (\$4.871.913.000), 2021 (\$4.887.574.000) y 2022 (\$5.329.879.000), con el natural ajuste consistente en que en relación con el saldo adeudado por la vigencia 2022 -con corte 31 de octubre-, los intereses moratorios se liquidarán desde el 1º de noviembre de ese año -no desde el anterior 19 de febrero-, en todos los casos, a la máxima tasa mercantil legalmente permitida -interés bancario corriente aumentado en la mitad, según prevé el artículo 884 del Código de Comercio- y en el entendido que se

de obligaciones sujetas a lo que puede identificarse -entre varias nomenclaturas posibles- como *plazo implícito*. Considera el Tribunal que en el asunto *sub-lite*, desde lo referenciado en el clausulado negocial, no se configura ninguna de las situación de excepción; como se reseñó en su momento, el literal d) de la cláusula sexta de la Renovación de 2013 consagra, por su enunciado general, sin estipulación de plazo convencional, concebida como una prestación de carácter determinable -no determinado- en cuanto al monto, la obligación de OPP de *“Pagar las tarifas por concepto de uso de instalaciones al operador portuario que serán las previstas en el tarifario de la SPRBUN, vigente al momento del cobro de tales conceptos”*. En ese sentido, también cabe recordar que en el parágrafo tercero de la cláusula tercera del Contrato, relativa a la contraprestación concebida a la manera de canon de arrendamiento, se previó que *“OPP renuncia expresamente a cualquier requerimiento privado o judicial para constituirlo en mora del pago de la contraprestación aquí prevista y de aquellas (sic) obligaciones que tengan un plazo definido y acordado por la (sic) Partes para su exigibilidad”*. Todo lo anterior, sin perjuicio de que en la implementación para efectos del cobro y pago de las sumas adeudadas, conforme se vayan liquidando con el transcurso de la actividad, se acuda a la emisión de facturas, según se informó dentro del trámite; y sin perder de vista que el monto de la condena se establece con base en la certificación de Revisoría Fiscal a que se ha hecho alusión.

¹⁹⁶ Sobre el tema, para citar algún pronunciamiento, puede consultarse al Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia SC1170 de 22 de abril de 2022, Rad. 11001-31-03-036-2013-00031-02

¹⁹⁷ Más explícita, incluso, en el artículo 65 de la Ley 45 de 1990.

¹⁹⁸ Presentada con ocasión del traslado de la reforma de la demanda principal, dejando sin efecto la primera demanda de reconvencción.

¹⁹⁹ Archivo denominado: 51. EMAIL Notificación a OPP Admisión Dda Reconvencción, contenido en el Cuaderno No.1 – Principal; los intereses se causan desde el 19 de febrero de 2022.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co



SC648-1



causan y liquidan desde las fechas indicadas, hasta que se realice el pago, desde luego con base en las tasas certificadas por la Superintendencia Financiera para los respectivos períodos involucrados en la liquidación²⁰⁰.

Resulta oportuno advertir que la justificación que puede reconocerse a la conducta del contratante deudor que suspende la atención de las obligaciones a su cargo al amparo del ejercicio de la acción de revisión contractual acudiendo a la aplicación de la teoría de la imprevisión, bajo la invocación de la referencia que el artículo 868 del Código de Comercio trae en punto a “*la prestación de futuro cumplimiento*” -sobre lo que se hizo alguna anotación al delinear el marco conceptual y normativo de la figura-, no comporta la eliminación del riesgo de incumplimiento y de mora en que termina incurriendo si su reclamación no tiene resultado favorable, pues, como lo pone de presente el segundo inciso del artículo 1616 del Código Civil, la liberación de la mora como fuente de indemnización de perjuicios está limitada a las hipótesis de “*fuerza mayor o caso fortuito*”, que en este caso no se estructuran.

6.3. LAS “5.4. PRETENSIONES PRINCIPALES RELATIVAS AL COBRO DE LAS TARIFAS DE OPERACIÓN PORTUARIA A SPRBUN”.

Conforme se observa en la propia rotulación de este aparte de *petitum*, se trata de un bloque de peticiones que gira alrededor del tema alusivo al cobro de las tarifas inherentes a la operación portuaria, cuestión a la que se ha referido el Tribunal en distintos momentos de la providencia, con ocasión del examen de las pretensiones de la demanda principal reformada y de la demanda de reconvención que involucran el mismo eje temático. Y lo es cierto es que lo que ya se ha dicho -y a lo cual basta remitir-, sirve para apuntalar, en buena medida, el pronunciamiento de fondo que corresponde a las pretensiones que ahora ocupan la atención del Tribunal.

En este orden de ideas:

- Tiene vocación de prosperidad la pretensión (a), relativa a “*Que se declare que, bajo el Contrato, OPP se encuentra obligado al pago de las tarifas que le corresponden como operador portuario de conformidad con el tarifario vigente al momento de su cobro*”, pues, como se dijo, ello corresponde a lo estipulado en el literal d) de la cláusula sexta del Contrato, ya reseñada por el Tribunal.

²⁰⁰ Como los intereses moratorios se están causando desde las fechas indicadas y continúan causándose hasta la fecha del pago, no es necesario fijar en la providencia plazo para su pago, ni su monto liquidado a ninguna fecha intermedia, como lo sería cualquiera comprendida en ese amplio espectro temporal.



- Tiene vocación de prosperidad parcial la pretensión (b), en el entendido que OPP se encuentra en abstracto obligada a pagar, en los términos que ha señalado el Tribunal, los conceptos de uso de instalaciones al operador portuario marítimo “UIOPM” y uso de instalaciones al operador portuario terrestre “UIOPT”, en cuanto estas tarifas son aquellas que a la fecha de presentación de la reforma de la demanda principal se encuentran vigentes para todos los operadores portuarios que prestan esos servicios en el terminal concesionado a SPRBUN, pero se impone la negación de las pretensiones específicas de pago que por tarifa UIOPT se plantean en los literales (g) y (h) de las “5.2 PRETENSIONES PRINCIPALES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”, repetidas en los literales (d) y (e) de las “5.3 GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”, por las razones explícitamente señaladas por el Tribunal en párrafos anteriores.
- Tiene vocación de prosperidad la pretensión (c), relativa a “*Que se declare que, sin perjuicio de que la facultad de SPRBUN para modificar sus tarifas se deriva del marco contractual y legal que regula su actividad, bajo el Contrato SPRBUN se encontraba facultada para modificar las tarifas, incluyendo la eliminación de los descuentos por rendimientos o incentivos, en los términos del párrafo de la Cláusula Décima del Contrato*”, pues así lo concluyó el Tribunal al estudiar la circunstancia sobreviniente asociada a la modificación del sistema tarifario de la SPRBUN implementado a partir del mes de febrero de 2020, por las razones y con alcance señalados en ese apartado de la providencia.
- En la pretensión (d) solicita OPP “*Que se declare que la modificación de las tarifas o del sistema tarifario que SPRBUN cobra a todos los operadores portuarios no constituyen una situación sobreviniente imprevisible o irresistible que pueda modificar la economía del contrato*”.

Entiende el Tribunal que la petición que se examina (i) debe mirarse, por obvias razones de competencia para conocer de esta controversia, exclusivamente referida a la relación contractual de la SPRBUN con OPP, no en los términos genéricos en que está formulada al cobijar a “*todos los operadores portuarios*”; (ii) debe considerarse referida a las tarifas y sistema tarifario implementado por la SPRBUN con vigencia desde febrero de 2020 - que es sobre lo que se discute en el proceso-, y no a tarifas y sistema tarifario de la SPRBUN en abstracto; y (iii) debe considerarse en forma comprensiva, como un enunciado indivisible, en los términos específicos de su formulación.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co





Bajo ese entendimiento, que el Tribunal estima razonable en el ámbito de sus facultades de interpretación de la demanda, la pretensión en cuestión no tiene vocación de prosperidad, pues aunque el Tribunal ha admitido que el referido sistema tarifario no constituye una situación “*imprevisible*”, no es posible afirmar que no constituya una situación “*que pueda modificar la economía del contrato*”, porque ciertamente, dado el contenido principal de los cambios introducidos -tarifa UIOPM sin incentivos por rendimiento y nuevo cobro de tarifa UIOPT-, tales cambios tienen virtualidad para modificar la economía del Contrato, con la explícita claridad de que ello no significa *per se*, automáticamente, fundamento para la prosperidad de las pretensiones de revisión y/o indemnizatorias incoadas por OPP al amparo de los escenarios jurídicos plurinombrados de desfiguración de la causa, teoría de la imprevisión y responsabilidad contractual por incumplimiento, analizados individual y detenidamente en esta parte motiva de la providencia²⁰¹.

- En la pretensión (e) OPP solicita “*Que se declare que el Tribunal carece de competencia para fijar y/o modificar el esquema tarifario adoptado por SPRBUN en cuanto dicho tarifario es adoptado mediante un procedimiento administrativo vigilado por la Superintendencia de Transporte*”. De conformidad con lo dicho sobre el objeto y alcance del litigio, es claro que el *petitum* de la demanda principal reformada no incluye una reclamación consistente, parafraseando el enunciado del petitorio que se examina, en que el Tribunal “*fije y/o modifique el esquema tarifario adoptado por SPRBUN*”, por lo que, en verdad, carece de objeto el pronunciamiento impetrado, que a juicio del Tribunal corresponde a la excepción propuesta por la SPRBUN alegando la misma falta de competencia, que será considerada más adelante, en la reseña que se hará sobre los medios defensivos propuestos. Bajo estas precisiones, la pretensión se desestimarán.

6.4. Pronunciamiento específico sobre las pretensiones de la SPRBUN.

Con base en el examen realizado en los apartados precedentes, y de las conclusiones en él obtenidas, el resultado decisorio del *petitum* de la demanda de reconvencción propuesta por la SPRBUN puede sintetizarse en los siguientes términos:

- En relación con las “*5.1 PRETENSIONES PRINCIPALES RELACIONADAS CON EL CONTRATO*”, prosperarán las plasmadas en los literales (a) y (b), relativas, en ese orden, a “*Que se declare que SPRBUN y OPP celebraron el Contrato y que este cumple con las condiciones para su existencia y validez*”

²⁰¹ Es indiscutible -según las explicaciones suministradas- que, por distintas razones, de diversa naturaleza, no todo cambio en la economía de un contrato habilita revisión o indemnización.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co



SC648-1



y “*Que se declare que constituyen obligaciones esenciales del Contrato (i) el pago de las tarifas de operador portuario y/o, (ii) la realización de las inversiones pactadas y/o (iii) el pago del canon de arrendamiento*”.

No prosperarán, conforme a lo indicado en su oportunidad, las pretensiones planteadas en los literales (c) y (d), relativas, en ese orden a “*Que se declare que SPRBUN ha cumplido con sus obligaciones y deberes secundarios de conducta derivados de la relación contractual*” y “*Que se declare que en los términos dispuestos en el literal (xii) de la cláusula Décima Sexta del Contrato, la falta de pago de las tarifas de operador portuario son un incumplimiento grave del Contrato*”.

- En relación con las “**5.2 PRETENSIONES PRINCIPALES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES**”:

Tiene vocación de prosperidad parcial la pretensión (a), atinente a “*Que se declare que desde marzo de 2020, o la fecha que el Tribunal encuentra probada, OPP incurrió en retardo o mora en el cumplimiento de todas, algunas o alguna de sus obligaciones bajo el Contrato*”, en el entendido que el Tribunal ha advertido que abre paso a la reclamación por incumplimiento en el pago de la tarifa por concepto de la tarifa UIOPM, a partir del año 2020 -sin que se haya demostrado cabalmente la fecha precisa en que inicia tal incumplimiento-, pero que la mora no se produce sino desde el momento de la reconvencción judicial, en febrero de 2022 -a lo que se refiere el Tribunal en otro fragmento de la providencia-, y sin que haya reconocimiento de incumplimiento de otras obligaciones de OPP. Esta pretensión está repetida en el literal (a) del “**5.3 GRUPO DE PRENSIONES SUBSIDIARIAS RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES**”.

Tiene vocación de prosperidad parcial la pretensión (b), atinente a “*Que se declare que OPP incumplió la obligación de pago de las tarifas de operador portuario*”, entendida como relacionada con el incumplimiento, en abstracto -sin cuantía determinada-, de la obligación de pago de la tarifa por concepto de UIOPM, sin perjuicio de que en materia de pago de las obligaciones tarifarias ya con valores determinados, habrá que estarse a lo que se dirá al aludir a las pretensiones concretas correspondientes. Esta pretensión está repetida en el literal (b) del “**5.3 GRUPO DE PRENSIONES SUBSIDIARIAS RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES**”, y sustenta la prosperidad, con el mismo alcance, de la pretensión (c) del mismo “**5.3 GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS (...)**”.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



No tienen vocación de prosperidad las pretensiones planteadas en los literales (c) y (d), relativas, en ese orden, a *“Que se declare que OPP incumplió la obligación de la realización de las inversiones pactadas”* y *“Que como consecuencia del incumplimiento de OPP de su obligación de pago y/o de su obligación de realizar las inversiones, se declare la resolución del Contrato según lo dispuesto en el literal (xii) de la cláusula Décima Sexta del Contrato y en el artículo 870 del Código de Comercio”*. La misma orientación decisoria, desde luego, se pregona de las pretensiones plasmadas en los subsiguientes literales (e) y (f), alusivos a la solicitada causación de la pena por incumplimiento pactada en el Contrato, que estaba supeditada a la declaración de resolución, fallida a juicio del Tribunal.

La referida pretensión (c) se repiten en la petición (h) del *“5.3 GRUPO DE PRENSIONES SUBSIDIARIAS RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”*.

No tienen vocación de prosperidad, de conformidad y con el alcance señalado por el Tribunal al ocuparse del tema, las pretensiones planteadas en los literales (g) y (h), relativas a la solicitud de declaración y pago de la obligación *“por concepto del uso de instalaciones al operador portuario terrestre ‘UIOPT’”* en cuantía de \$1.309.933.933, *“o lo que resulte probado en el proceso”*. Esta orientación decisoria se extiende, en lo que concierne al específico concepto anotado -tarifa UIOPT-, a la pretensión del literal k), que aboga por el reconocimiento y pago de la misma tarifa, pero referida a la *“causada entre la presentación de esta demanda de reconvención y la emisión del laudo”*. Las referidas pretensiones (g) y (h) se repiten en las peticiones (d) y (e) del *“5.3 GRUPO DE PRENSIONES SUBSIDIARIAS RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”*.

En cambio, tienen vocación de prosperidad las pretensiones planteadas en los literales (i) y (j), relativas a la solicitud de declaración y pago de la obligación *“por concepto del uso de instalaciones al operador portuario marítimo ‘UIOPM’”*, a las que se une la plasmada en el recién citado literal k), que de nuevo aboga por el reconocimiento y pago de la misma tarifa, pero referida a la *“causada entre la presentación de esta demanda de reconvención y la emisión del laudo”*. Como ya lo puso de presente el Tribunal, el valor de la deuda a cargo de OPP y a favor de la SPRBUN por concepto de UIOPM para los años 2020, 2021 y 2022, con corte a 31 de octubre de 2022, asciende a la suma de \$15.089.366.000. Así se declarará. Las referidas pretensiones (i) y (j) se repiten en las peticiones (f) y (g) del *“5.3 GRUPO DE PRENSIONES*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



SUBSIDIARIAS RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”.

No tienen vocación de prosperidad las pretensiones planteadas en los literales (l) y (m), relativas, en ese orden, a *“Que se declare que OPP debe pagarle a SPRBUN la suma correspondiente al plan de inversiones el Proyecto de inversiones de los años 2021-2022 mediante el cual ratificó el proyecto de inversión 2019-2020 y que se pruebe en el proceso”* y *“Que se condene a OPP a pagarle a SPRBUN la suma correspondiente al plan de inversiones el Proyecto de inversiones de los años 2021-2022 mediante el cual ratificó el proyecto de inversión 2019-2020, y que se pruebe en el proceso”*. La misma orientación aplica respecto de la semejante petición (i) del *“5.3 GRUPO DE PRENSIONES SUBSIDIARIAS RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”*.

Tienen vocación de prosperidad las pretensiones (n) y (o), relativas a la causación de intereses moratorios sobre la suma asociada a la condena anunciada por el no pago de la tarifa UIOPM, en la forma y términos que ya precisó el Tribunal respecto de la fecha de constitución en mora y de los referentes de fechas y tasa que han de aplicarse para la liquidación. Las referidas pretensiones (n) y (o) se repiten en las peticiones (j) y (k) del *“5.3 GRUPO DE PRENSIONES SUBSIDIARIAS RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”*.

- Lo que acaba de reseñarse, por supuesto, aplica al *“5.3 GRUPO DE PRENSIONES SUBSIDIARIAS RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”*, en buena parte iguales o similares a las del bloque anterior.
- En relación con las *“5.4 PRETENSIONES PRINCIPALES RELATIVAS AL COBRO DE LAS TARIFAS DE OPERACIÓN PORTUARIA A SPRBUN”*, prosperarán las plasmadas en los literales (a), (b) y (c), relativas, en ese orden, a *“Que se declare que, bajo el Contrato, OPP se encuentra obligado al pago de las tarifas que le corresponden como operador portuario de conformidad con el tarifario vigente al momento de su cobro”*, *“Que se declare que OPP se encuentra obligado a pagar los conceptos de uso de instalaciones al operador portuario terrestre ‘UIOPT’ y uso de instalaciones al operador portuario marítimo ‘UIOPM’, en cuanto estas tarifas son aquellas que a la fecha de presentación de esta reforma a la demanda se encuentran vigentes para todos los operadores portuarios que prestan sus servicios en el terminal*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





concesionado a SPRBUN” y “Que se declare que, sin perjuicio de que la facultad de SPRBUN para modificar sus tarifas se deriva del marco contractual y legal que regula su actividad, bajo el Contrato SPRBUN se encontraba facultada para modificar las tarifas, incluyendo la eliminación de los descuentos por rendimientos o incentivos, en los términos del parágrafo de la Cláusula Décima del Contrato”, en los términos y con el alcance indicados por el Tribunal en el acápite anterior de esta providencia destinado a la consideración de tales reclamaciones.

No prosperará, bajo la interpretación y consideraciones expuestas por el Tribunal en apartado anterior, las pretensiones planteadas en el literal (d), relativas a *“Que se declare que la modificación de las tarifas o del sistema tarifario que SPRBUN cobra a todos los operadores portuarios no constituyen una situación sobreviniente imprevisible o irresistible que pueda modificar la economía del contrato”*.

No tiene vocación de prosperidad la pretensión (e), en la que se solicita *“Que se declare que el Tribunal carece de competencia para fijar y/o modificar el esquema tarifario adoptado por SPRBUN en cuanto dicho tarifario es adoptado mediante un procedimiento administrativo vigilado por la Superintendencia de Transporte”,* la cual, por su particular planteamiento y contexto temático, justifica el tratamiento desestimatorio al que ya se refirió el Tribunal.

- Plantea la SPRBUN en su demanda de reconvención, por último, las que denomina *“5.5 PRETENSIONES SUBSIDIARIAS RELATIVAS A LA NULIDAD DEL CONTRATO”*, con la doble caracterización de formularse *“[d]e manera subsidiaria a las pretensiones que solicitan la terminación del contrato contenidas en este escrito”* y *“de manera consecencial a la prosperidad de cualquier pretensión de OPP relacionada con la revisión de las tarifas que SPRBUN cobra a OPP”*, con fines de declaración de nulidad del Negocio Jurídico por objeto ilícito y/o por vicio del consentimiento.

A este respecto, dado que, como se ha señalado, la premisa de prosperidad de pretensiones de OPP en materia de revisión contractual en cuestión de tarifas no tiene ocurrencia, no hay lugar a hacer pronunciamiento sobre las peticiones en cuestión.

7. Pronunciamiento sobre las excepciones propuestas por las partes en sus escritos de contestación.

7.1. Comentario previo.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



Al considerar la especial forma como las partes han planteado su recíproca defensa, la SPRBUN respecto de la demanda principal reformada de OPP, y ésta frente a la demanda de reconvención de aquélla, inicialmente considera pertinente el Tribunal dejar sentadas algunas breves consideraciones teóricas en relación con el concepto de *excepción*, de cara al acápite que en este punto de la providencia corresponde abordar.

Cuando intereses jurídicamente tutelados son atacados por medio de una demanda, pueden emplearse ciertos instrumentos defensivos que para tal fin el Estado proporciona a los asociados con el objeto de definir los debates de manera civilizada; de ahí que así como a quien demanda se le indica una serie de requisitos para encausar su pretensión, de la misma manera los señala para que quien es demandado se defienda.

Esa defensa, como concepto genérico, la puede adelantar el demandado por medio de las excepciones indistintamente denominadas perentorias, de fondo o de mérito²⁰², que son las que se oponen a las pretensiones del demandante, bajo razones de distinto talante y estirpe que, considerada la expresión en sentido amplio, comprende hipótesis como la invocación de inexistencia del derecho alegado, o porque habiendo existido en algún momento se presentó una causa que determinó su extinción o, también, cuando no obstante que sigue vigente el derecho, se pretende su exigibilidad en forma prematura por estar pendiente un plazo suspensivo o una condición de la misma naturaleza. Así concebida, en la formulación de excepciones se pueden -y suelen- incluir, como componentes de la defensa, oposiciones concretas frente al derecho reclamado y negaciones directas del derecho que aduce quien demanda.

Así como tiene sentido que si el demandado formula excepciones perentorias y el juez encuentra que basta una de ellas para extinguir totalmente las pretensiones del demandante, no tendrá que referirse a las demás, puesto que la finalidad perseguida se ha obtenido con ese único análisis, lo tiene también que cuando se plantea como excepción lo que, en rigor, corresponde, en concreto, a la oposición o negación misma de la pretensión -o a argumentos que soportan esa oposición o negación-, y la petición no tiene vocación de éxito por no tener verificación los supuestos sustantivos y/o probatorios requeridos para la prosperidad de las

²⁰² Es sabido que se sigue empleando el vocablo “excepción” para las llamadas en el artículo 100 del CGP “*Excepciones previas*”, que buscan evitar actuaciones innecesarias remediando ciertas fallas de orden procedimental, pues su finalidad es permitir el saneamiento inicial del proceso y asegurar que se adelante sobre bases firmes, ajenas a cualquier posibilidad de nulidad o, también, que la actuación no continúe por no ser del caso adelantarla ya que la excepción previa, en ciertos eventos, pone fin al proceso; está claro que las excepciones previas no caben en el proceso arbitral, por así disponerlo expresamente el artículo 21 de la Ley 1563 de 2012.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



reclamaciones, es la negación o desestimación del petitorio lo que realmente prevalece, sin que haya lugar, propiamente, a declarar la prosperidad del medio exceptivo propuesto, el mismo que, en consecuencia, en el sentido anotado no requiere consideración ni pronunciamiento particular, máxime si, con independencia de su rotulación, la defensa propuesta ha sido abordada y/o de cualquier manera tenida en cuenta en el estudio mismo de la reclamación, primer escenario que debe acometer al juzgador.

Como lo manifiesta la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose.

A la verdad, la naturaleza misma de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor.

Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho, porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad.

De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugerencia inicial es respondida negativamente, la absolucióndel demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen. (negrillas fuera de texto)”²⁰³.

En este proceso, tanto la SPRBUN como OPP propusieron, bajo el rótulo de excepciones, un número significativo de enunciados, de distinto perfil, que el Tribunal pasa considerar, teniendo en cuenta para el efecto lo que ha quedado

²⁰³ Sentencia de 11 de junio de 2001, Exp. 6343.



expuesto en relación con el examen de las pretensiones de las respectivas demandas, a lo que en esencia se remite sin que sea menester repetirlo a espacio en este acápite de la providencia.

Así las cosas, se pasará revista a los enunciados defensivos de las partes, con una breve reseña del planteamiento propuesto -se remite a lo dicho a espacio en la respectiva formulación- y el correspondiente pronunciamiento del Tribunal, también concreto y puntual, pues igualmente se remite a lo que, a espacio, se ha dicho a lo largo de la parte motiva de la providencia.

7.2. Las excepciones propuestas por la SPRBUN.

- Plantea la SPRBUN, “5.1 Ausencia de competencia del Tribunal para pronunciarse sobre las tarifas portuarias de SPRBUN, el Contrato de Concesión y la realización del pesaje que realiza SPRBUN”. La Convocada afirma que el Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre el esquema tarifario de la SPRBUN en cuanto este esquema se encuentra supeditado a su aprobación mediante un procedimiento administrativo. Agrega que el Tribunal no es competente para pronunciarse respecto al doble pesaje que realiza la SPRBUN a todos los camiones, ya que ello no se deriva del Contrato con OPP, sino del cumplimiento de sus obligaciones como sociedad portuaria frente a la Superintendencia de Transporte, así como el cumplimiento para conservar la categoría de Depósito Público. E indica que el Tribunal no es competente para pronunciarse respecto de la capacidad de SPRBUN para prestar servicios de operación portuaria directa o indirectamente, pues ello se deriva del Contrato de Concesión y la regulación pertinente expedida por el Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Transporte.

Al respecto, está dicho que la reclamación de OPP no gira en torno a la legalidad del sistema tarifario implementado a principios de 2020, sino a su impacto en la ecuación económica del Contrato. Y para el Tribunal está claro que tiene competencia para pronunciarse sobre los asuntos invocados por la Convocante como hechos o circunstancias sobrevinientes que, en su sentir, configuran desfiguración de la causa, o la aplicación de la teoría de la imprevisión, o responsabilidad civil contractual por incumplimiento, todas cuestiones susceptibles de conocimiento en el marco del pacto arbitral que sustenta el presente trámite. Así, cuestiones como el doble pesaje; los cambios en el Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación; la aptitud legal para el desarrollo -o no-, por parte de la SPRBUN, de la actividad como operador portuario, a partir de alguna estipulación contenida en el Contrato de Concesión que vincula a la Convocada con la ANI, pueden y deben ser examinadas por el Tribunal, desde luego dentro del ámbito contractual de la

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co



SC648-1



relación jurídica convencional sobre la que gira el debate -la Renovación de 2013-, sin intromisión de juzgador en esferas y relaciones jurídicas diferentes, pero que, por la naturaleza de los hechos y las circunstancias controvertidas sí pueden y deben -si es pertinente- ser considerados para el cabal análisis de la disputa sometida a su consideración y fallo.

En consecuencia, la excepción se desestimaré.

- Plantea la SPRBUN, “5.2 *Improcedencia de la teoría de la desaparición de la causa*” y que “5.3 *No es procedente la revisión del Contrato en cuanto la teoría de la imprevisión no es aplicable: el cambio del esquema tarifario no es extraordinario, ni imprevisible ni afecta de manera el Contrato que lo haga excesivamente oneroso*”.

Observa el Tribunal que estos enunciados corresponden a la oposición o negación directa y concreta de las pretensiones que conforman dos de los ejes centrales del *petitum* de la demanda principal reformada -desfiguración de la causa y teoría de la imprevisión-, por manera que ante el hecho objetivo consistente, conforme a la orientación decisoria anunciada, en la no prosperidad de tales peticiones por no concurrencia de los requisitos sustantivos exigidos para el efecto, estas excepciones, cuyo contenido temático fue examinado por el Tribunal, no requieren consideración ni pronunciamiento particular de fondo como tales, siguiendo las pautas procesales identificadas al inicio del presente acápite.

En consecuencia, las excepciones enunciadas, se desestimarán.

- Plantea la SPRBUN, “5.4 *Imposibilidad de revisar el esquema tarifario de SPRBUN y MODIFICAR las tarifas que se cobran a OPP*” y que “5.5 *Si desaparece la facultad de modificar el sistema tarifario por parte de SPRBUN el contrato es Nulo*”. La Convocada manifiesta que OPP se encuentra obligada al pago de las tarifas vigentes por disposición de la Ley 1ª de 1991, de las Resoluciones de la Superintendencia de Transporte, del RCTO y del Contrato mismo, además de que, dados los cambios en las condiciones del mercado portuario, SPRBUN se vio en la necesidad de ajustar las tarifas que no actualizaba hacía aproximadamente 8 años. Agrega que en cumplimiento del Contrato de Concesión, la SPRBUN de manera legítima actualizó las tarifas con base en el procedimiento previsto en el artículo 19 de la Ley 1ª de 1991, y la metodología fijada por la Superintendencia de Transporte. Y señala que si el Tribunal encuentra que SPRBUN no puede modificar las tarifas y, en consecuencia, prosperan las pretensiones de OPP, el Contrato devendría en nulo por objeto ilícito y por vicio en el consentimiento.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



De nuevo resulta pertinente advertir, conforme se ha indicado reiteradamente, que la controversia propuesta por la Convocante no apunta a discutir la legalidad del sistema tarifario adoptado por la SPRBUN con vigencia desde febrero de 2020, sino su impacto en la economía del Negocio Jurídico, por lo que el examen del Tribunal se contrae a determinar la procedencia o no de la reclamación de la Convocante en los escenarios jurídicos que propone, vale repetir, desfiguración de la causa, aplicación de la teoría de la imprevisión y responsabilidad civil contractual por incumplimiento. Y como no se verifica la premisa planteada en el sentido de que la SPRBUN no podía modificar las tarifas, pues, según se analizó, por Ley y por Contrato lo podía hacer, nada corresponde al Tribunal considerar ni decidir en relación con la hipótesis de nulidad del Negocio Jurídico por objeto ilícito y por vicio del consentimiento.

En consecuencia, las excepciones se desestimarán.

- Plantea la Convocada que “5.6 SPRBUN no ha incumplido ninguna de sus obligaciones ni deberes secundarios de conducta en el Contrato. Cumplir con su obligación regulatoria de modificar las tarifas y el reglamento de condiciones técnicas de operación de acuerdo con las circunstancias no es un incumplimiento contractual”. Según la SPRBUN, OPP pretende que se declare el incumplimiento de las obligaciones y de los deberes secundarios de conducta de SPRBUN bajo el Contrato, pero en la demanda no se hace referencia a ninguna obligación contractual en específico que SPRBUN hubiera incumplido toda vez que dichos incumplimientos son inexistentes.

El Tribunal ha concluido que no se configura incumplimiento alguno de “obligaciones principales” por parte de la SPRBUN -es la negación concreta de ese componente de las pretensiones de responsabilidad de OPP-, y reconocerá, en los términos y con el alcance señalados en esta providencia, incumplimiento de “deberes secundarios de conducta” en cabeza de la Convocante.

En consecuencia, la excepción, integralmente considerada, con el alcance puntualizado, se desestimaré.

- Plantea la SPRBUN, “5.7 Excepción de contrato no cumplido”. Sostiene la Convocada que ha honrado a cabalidad todas sus obligaciones contractuales y no existe ningún incumplimiento que sea imputable a ella; por su lado, OPP se encuentra vedado para solicitar la declaratoria de incumplimiento del Contrato, en razón a que se encuentra en mora de cumplir su obligación de pago de las tarifas por uso de instalaciones al operador portuario, según lo consagrado en el artículo 1546 del Código Civil.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



De conformidad con lo que viene de mencionarse, el alegado cumplimiento total por parte de la SPRBUN no se presenta en esa íntegra dimensión, pues se reconocerá incumplimiento parcial en punto específico a desatención de deberes secundarios de conducta. Y aunque el Tribunal también declarará incumplimiento parcial en cabeza de OPP, no se encuentra que haya relación de interdependencia entre tal incumplimiento de la Convocante -referido al pago de la tarifa por concepto de UIOPM- y el que se pregona en cabeza de la Convocada, que pudiera dar lugar la aplicación de la preceptiva del artículo 1609 del Código Civil, registro positivo de la figura invocada, cuya reseña conceptual hizo el Tribunal a comienzos de sus consideraciones en la parte motiva de esta providencia.

En consecuencia, la excepción se desestimaré.

- Plantea la SPRBUN, “5.8. *Violación por parte de OPP del principio venire contra factum proprium*”. Aduce la Convocada que en el Contrato OPP aceptó que la SPRBUN podría modificar su esquema tarifario, incluso para eliminar los descuentos a la eficiencia, y ahora pretende que bajo ese mismo supuesto el Tribunal declare la ocurrencia de un desequilibrio por la eliminación del descuento antes mencionado. Y de igual manera, en el Contrato OPP aceptó que SPRBUN podría modificar su Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación y ahora alega que se trata de un hecho sobreviniente.

Para el Tribunal, la defensa propuesta corresponde, en puridad, al planteamiento de una variable jurídica que representa un argumento para la no prosperidad de algunas de las reclamaciones que conforman el *petitum* de la demanda principal reformada, estudiadas incluyendo la valoración de las conductas relevantes de ambas partes, por manera que la excepción formulada no requiere consideración separada ni pronunciamiento particular de fondo como tal, siguiendo la pauta procesal identificada al inicio del presente acápite.

En consecuencia, la excepción se desestimaré.

- Plantea la SPRBUN, “5.9 *Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto*” y “5.10 *Caducidad de las pretensiones relacionadas con competencia desleal*”. En relación con lo primero, al decir de la Convocada, se encuentra en curso un proceso de competencia desleal ante la Superintendencia de Industria y Comercio en el cual OPP actúa como demandante y la SPRBUN como demandada, en el cual OPP hace referencia a las mismas consideraciones que expone en la demanda arbitral en el sentido de afirmar que la SPRBUN ha ofrecido y prestado servicios de operador portuario en el mercado de carga granel a pesar de la existencia del Contrato

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



sobre el que versa el presente proceso y de lo previsto en la cláusula 12.19 del Contrato de Concesión. Y en lo que concierne a lo segundo, indica que de conformidad con el artículo 24 de la Ley 256 de 1996, las acciones de competencia desleal prescriben a los *“dos años a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y en todo caso, por el transcurso de tres años contados a partir del momento de la realización del acto”*.

Sobre este particular, el Tribunal concluyó que, contrario a lo sostenido por OPP, la SPRBUN no está impedida para fungir como operador portuario para transporte de carga a granel por cuenta de la supuesta autolimitación estipulada, en uso de la autonomía de la libre voluntad de las partes, en el numeral 12.19 de la cláusula décima segunda del Contrato de Concesión Portuaria No. 009 de 1994, advirtiendo que en este proceso arbitral no se hace pronunciamiento alguno desde la perspectiva ni sobre las cuestiones propias de la competencia desleal, de modo que no tiene vocación de prosperidad la defensa que se formula al amparo de la figura del pleito pendiente, y no corresponde hacer pronunciamiento material sobre la excepción que pregonada caducidad de las pretensiones relacionadas con competencia desleal.

En consecuencia, las excepciones se desestimarán.

- Por último, a título de *“5.11 Manifestación especial”*, la Convocada expresa que con fundamento y/o sustento en los argumentos de hecho y de derecho planteados en la contestación de la demanda principal reformada invoca una relación de enunciados, desprovistos del fundamento fáctico que respecto de cada uno se esgrime, como desde el punto de vista formal en materia de excepciones lo prevé el numeral 3. del artículo 96 del CGP.

El Tribunal, no obstante, opta por hacer alguna breve manifestación sobre las afirmaciones en cuestión, ninguna de las cuales tendría vocación de prosperidad en los términos en que están planteadas, integralmente consideradas.

Se manifiesta que *“(i) La actuación de mi representada está ajustada a derecho y al principio de la buena fe”*. Pertinente resulta repetir que el Tribunal ha anunciado que declarará algún incumplimiento de la SPRBUN en punto a la desatención que precisó en materia de deberes secundarios de conducta, expresión del principio de la buena fe, ampliamente referenciada por el Tribunal en su delimitación y contenido conceptual.

Se manifiesta que *“(ii) OPP es la parte incumplida bajo el Contrato al violar el principio de buena fe y desconocer las obligaciones de pago de tarifas y de*

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



inversiones”. El Tribunal ha establecido el contenido y alcance del incumplimiento de OPP, que no corresponde a todas las desatenciones prestacionales invocadas en la demanda de reconvención, y sin que en el punto del incumplimiento que se reconoce haya existido calificación desde la óptica de violación de la buena fe.

Se manifiesta que “(iii) *La demanda de OPP es temeraria*”. El Tribunal no comparte tal apreciación; estima el Tribunal que la demanda de OPP no participa del calificativo que se le atribuye en el enunciado²⁰⁴, abstracción hecha del éxito o fracaso parcial -según como quiera mirarse- reflejado en el resultado decisorio anunciado en esta parte motiva de la providencia.

Se manifiesta que hay “(iv) *Ausencia de legitimación en la causa por activa*”. Para el Tribunal, bajo la premisa de entender que la alegada legitimación en la causa²⁰⁵ alude al derecho que se tiene a que se resuelva sobre las pretensiones planteadas mediante sentencia -laudo- de fondo, favorable o desfavorable, la defensa propuesta no tiene vocación de prosperidad pues está claro que en cabeza de OPP, contraparte contractual de la SPRBUN en la Renovación de 2013, sobre cuya ejecución se discute en el proceso, se radica la legitimación en cuestión, con independencia del resultado material de sus pretensiones.

Se mencionan la “(v) *Compensación*”, la “(vi) *Prescripción de la acción*” y la “(vii) *Nulidad relativa*”, sin que el Tribunal advierta que ninguno de tales escenarios jurídicos tenga configuración y presencia en el presente trámite.

Se invoca la usualmente llamada “(viii) *[Excepción] Genérica*”, respecto de lo cual basta con decir que el Tribunal no encuentra probados hechos que constituyan excepciones susceptibles de reconocimiento oficioso.

7.3. Las excepciones propuestas por OPP.

- Plantea OPP: “5.1. *EL INCUMPLIMIENTO NO ES JURÍDICAMENTE IMPUTABLE: EN TANTO EXISTE UN GRAVE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO EN EL CONTRATO, OPP GRANELES NO PODÍA EJECUTAR LAS PRESTACIONES A SU CARGO, ENTRE OTRAS, POR MANDATO EXPRESO DE LA JURISPRUDENCIA*”. Sostiene la Convocante que la onerosidad derivada del desequilibrio económico del Contrato por causas sobrevinientes -suficientemente identificadas en la providencia-, ya por la vía de la causa contractual, ya por la de la teoría de la imprevisión, justifica

²⁰⁴ La expresión admite distintos significados, en lo puramente gramatical y en su aproximación a lo jurídico; se refiere a acción peligrosa, imprudente, totalmente carente de fundamento.

²⁰⁵ Expresión procesal que no tiene un significado necesariamente unívoco en la doctrina y la jurisprudencia.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



que la parte afectada por dicho desequilibrio no cumpla con las prestaciones pendientes a su cargo.

El Tribunal ha señalado que con independencia del grado de admisibilidad que se otorga a la conducta del contratante deudor que decide no cumplir obligaciones a su cargo ante su creencia de tener derecho a la revisión del Contrato por desequilibrio económico del mismo y excesiva onerosidad de sus prestaciones, para lo que ejerce la correspondiente acción judicial -arbitral en este caso-, ello no comporta, como ya se señaló, la eliminación del riesgo que corre si su planeamiento no prospera -como ocurre en este caso-, en punto a la configuración de incumplimiento y de mora por la desatención prestacional acaecida.

En consecuencia, la excepción se desestimará.

- Plantea OPP, “5.2. *EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO*”. Al decir de la Convocante, fue la SPRBUN quien incumplió sus obligaciones contractuales, así como los deberes secundarios de conducta que se le exigen -menciona la cooperación y la colaboración-, por lo que no procede, la resolución del Contrato, ni mucho menos, una supuesta indemnización sobre daños meramente hipotéticos. Aduce que la SPRBUN opera y presta servicios de operación portuaria de modo directo e indirecto en el Puerto de Buenaventura, a través de una empresa subordinada, aprovechando su condición de concesionario del Terminal de Buenaventura que le permite controlar el atraque y arribo de las motonaves que llegan al Puerto de Buenaventura. Estas actuaciones, junto a las reiteradas oportunidades en que la SPRBUN intentó apropiarse de clientes de OPP, constituyen conductas que violan de forma directa el numeral 12.19 de la Cláusula Décima Segunda del Contrato Administrativo de Concesión Portuaria No. 009 de 1994 y, además, el deber de actuar conforme a la buena fe contractual.

En términos coherentes con los consignados por el Tribunal al referirse a la excepción que bajo el mismo rótulo también propuso la propia SPRBUN, está dicho que el incumplimiento que se reconocerá en cabeza la Convocada, referido puntualmente a la desatención de deberes secundarios de conducta en los términos y con el alcance que fueron señalados, es por supuesto de alcance parcial y no tiene relación de interdependencia con el que se reconocerá en cabeza de la Convocante, sin que sea entonces de recibo la aplicación del medio defensivo consagrado en el artículo 1609 del Código Civil, soporte normativo de la excepción esgrimida.

En consecuencia, la excepción se desestimará.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



- Plantea OPP que “5.3. *NO SE CUMPLEN LOS REQUISITOS PARA QUE PROCEDA LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL*”.

Entiende el Tribunal que esta formulación corresponde a la oposición o negación directa de la pretensión específica que en esta materia de la resolución contractual registra la demanda de reconvención de la SPRBUN, de modo que ante la no prosperidad de tal reclamación por no concurrencia de los requisitos sustantivos exigidos para el efecto, según la decisión ya anunciada sobre ese particular, la defensa que se examina no requiere consideración ni pronunciamiento particular de fondo, por lo cual el Tribunal se abstendrá de examinarla como tal y, en ese sentido, la desestimaré, siguiendo la pauta procesal identificada al inicio del presente acápite.

En consecuencia, la excepción se desestimaré.

- Plantea la Convocante que “5.4. *NO EXISTE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL IMPUTABLE A OPP GRANELES*”. Aduce OPP que las facturas por cuyo pago reclama la demandante en reconvención obedecen a conceptos que no pueden ser cobrados a OPP, como el relativo a la tarifa por el Uso de Instalaciones al Operador Portuario Terrestre -UIOPT-. Se aduce que “*Las tarifas no eran exigibles a OPP GRANELES por vicios en su procedimiento de modificación y registro*” y que “*Las tarifas obedecían a cobros no incluidos en la Renovación Contractual – cobro de lo no debido*”.

Debe señalar el Tribunal que la excepción no requiere pronunciamiento en cuanto al aspecto específico según el cual “*Las tarifas no eran exigibles a OPP GRANELES por vicios en su procedimiento de modificación y registro*”, argumento abandonado por la Convocante al indicar, como se ha puesto de presente en esta providencia, que la legalidad del sistema tarifario vigente a partir de principios del año 2020 no está en discusión en este proceso, pues su reclamación versa es sobre el impacto que tal sistema produce en la economía del Contrato, lo que combate a partir de los escenarios jurídicos que invoca, tantas veces mencionados en esta providencia.

Y agregar el Tribunal que, conforme quedó establecido en el estudio de las pretensiones de la demanda de reconvención, no le asiste la razón a la Convocante cuando alega “*cobro de lo no debido*” por razón de tratarse, en su parecer, de tarifas asociadas a “*cobros no incluidos en la Renovación Contractual*”, ya que lo reclamado por la SPRBUN se vincula a un tarifario modificado sin comportar desatención obligacional, de acuerdo con lo estipulado en la aludida Renovación, tal como se concluyó en el examen de las varias pretensiones asociadas, desde las dos orillas de la controversia, a la

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



cuestión de la modificación del tarifario de la SPRBUN implementada desde el mes de febrero de 2020, tratada a espacio por el Tribunal.

En consecuencia, la excepción se desestimaré.

- Plantea OPP que “5.5. *EL DAÑO ALEGADO ES PURAMENTE HIPOTÉTICO*”. Para la Convocante, previa mención de las características del daño indemnizable, en el caso concreto la suma pretendida -\$9.012.579.499- como supuesto daño patrimonial no tiene fundamento, y no debe, por lo tanto, ser resarcido. Aduce la Convocante: “*Lo anterior, en tanto como previamente se puso en evidencia, tiene como fundamento el cobro de sumas realmente no debidas por OPP GRANELES, y, por tanto, este daño, no se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico colombiano (ni por el contrato), y en tal caso, no es un interés jurídico protegido cuya vulneración da lugar a consecuencias indemnizatorias*”.

El Tribunal considera que la defensa así propuesta corresponde a la negación de la reclamación económica pretendida como consecuencia del incumplimiento que la SPRBUN atribuye a OPP, respecto de lo cual ha anunciado el Tribunal, previo el estudio correspondiente, la vocación de prosperidad de la pretensión de declaración y condena en lo relativo a la obligación de pago de la tarifa a cargo de la Convocante por concepto de la tarifa UIOPM, lo que evidencia la carencia de fundamento del planteamiento defensivo según el cual se trataría de cobro “*de sumas realmente no debidas*”.

En consecuencia, la excepción se desestimaré.

- Plantea OPP que “5.6. *LA SPRBUN NO PUEDE DESCONOCER SUS PROPIOS ACTOS. – VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET*”. Menciona la Convocante que la SPRBUN tenía conocimiento de que sus tarifas y medidas logísticas resultaban totalmente ajenas a la relación comercial entre las Partes, cuestión que ameritó que OPP, en múltiples oportunidades, buscara mesas de trabajo conjuntas para lograr exponer la clara afectación de las medidas unilaterales adoptadas por la SPRBUN. Además, que se formuló una demanda por un supuesto incumplimiento contractual cuando, en el pasado, no había formulado siquiera un reparo por ese concepto.

Estima el Tribunal, tal como lo hizo en relación con la análoga defensa propuesta por la SPRBUN, que en realidad se está en presencia del planteamiento de una variable jurídica que representa un argumento para la no prosperidad de algunas de las reclamaciones que conforman el *petitum* de la demanda de reconvenición -cobro de tarifas-, las cuales, como ya se dijo, fueron estudiadas incluyendo la valoración de las conductas relevantes de

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co



SC648-1



ambas partes, por manera que la excepción formulada no requiere consideración ni pronunciamiento particular de fondo como tal, siguiendo la pauta procesal identificada al inicio del presente acápite.

En consecuencia, la excepción se desestimaré.

- Plantea OPP la llamada “5.7. EXCEPCIÓN GENÉRICA”. Al respecto, el Tribunal tampoco encuentra, de este lado de la controversia, que se hayan probado hechos que constituyan excepciones susceptibles de reconocimiento oficioso.

8. Otros pronunciamientos del Tribunal.

8.1. La tacha de testigos.

La Convocante tachó como sospechoso al testigo ANDRÉS JARAMILLO HOYOS, en audiencia realizada el 12 de septiembre de 2022 (Acta No.25); de igual forma, tachó como sospechoso al testigo GUSTAVO FLÓREZ DULCEY, en audiencia del 21 de noviembre de 2022 (Acta No.36), de ahí que procede el Tribunal a pronunciarse sobre dicha situación procesal. Al respecto, se advierte lo que pasa a señalarse.

El artículo 211 del Código General del Proceso dispone en el inciso primero que “Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”. Y adiciona, en el siguiente, que “La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”.

La norma en cita determina que basta que la parte alerte al juez acerca de alguna de las circunstancias allí contempladas, respecto de las cuales no se requiere de prueba alguna pues basta la enunciación de las razones en que se funda, para que al ser estudiado el respectivo testimonio se tenga un especial cuidado en su análisis por cuanto cabe, de darse alguna de las situaciones advertidas, la posibilidad de una eventual parcialidad en la versión suministrada, pero sin que *a priori* pueda colegirse que así ocurre, ni proceda, por lo tanto, automáticamente descalificar la declaración.

En síntesis, con respecto a las tachas formuladas por la parte Convocante, el Tribunal encuentra que si bien la condición de los testigos, al ser dependiente de

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co



SC648-1



la Convocada -el segundo- o de alguna otra manera relacionado con ella -el primero-, podría, en el plano teórico, llegar a afectar su imparcialidad -sin que tal afirmación implique juicio alguno respecto de las calidades profesionales y éticas del declarante-, dicha circunstancia debe ser tenida en cuenta al efectuar la valoración de esta prueba, considerando también las demás obrantes en el proceso, tal y como lo establece el estatuto procesal.

Con ese cuidado ha actuado el Tribunal, no sólo en relación con los testigos específicos respecto de los cuales se formuló tacha formal, sino, en general, en todos los casos en que se trató de declarantes con vínculos laborales o profesionales con alguna de las partes²⁰⁶, en todo caso conocedores, precisamente por las respectivas vinculaciones, de los hechos y circunstancias sobre las que se manifestaron.

De cualquier manera, advierte el Tribunal que ha tenido en cuenta, en lo que ha considerado pertinente y útil, la prueba testimonial recaudada -incluida la que fue objeto de tacha-, pero que el fundamento material de las decisiones generalmente ha involucrado, en forma principal, la consideración del acervo probatorio en su conjunto, con especial énfasis en la prueba de naturaleza documental, particularmente relevante por razones obvias²⁰⁷, y marginalmente la pericial, en lo pertinente.

8.2. El juramento estimatorio.

El artículo 206 del Código General del Proceso establece, en lo que en este momento interesa al Tribunal, lo siguiente:

“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Sólo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

(...)

²⁰⁶ Juan Carlos Micolta, Santiago Rodríguez Ferrero, Domingo Bernardo Moreno, Jair Fernel Cuero, Juan Carlos Naranjo, Fernando Arturo Aulestia, César Tulio Restrepo, Sharon Melissa Machado, Álvaro Rodríguez Acosta.

²⁰⁷ Incluye, por supuesto, el Contrato mismo sobre el que versa la controversia, los documentos antecedentes, los actos de ejecución documentados, etc.



Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de La Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

Parágrafo. También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, a favor del Consejo Superior de La Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo solo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

Corresponde al Tribunal pronunciarse sobre si procede o no dar aplicación a la sanción prevista en el artículo 206 del CGP. Tal como se advierte del artículo mencionado, el legislador reguló la figura del juramento estimatorio, concebido originariamente como medio de prueba, pero consagrado con la función adicional de procurar que las partes eviten la presentación de demandas con pretensiones carentes de fundamento y/o cuantitativamente desproporcionadas, relativas al reconocimiento de indemnizaciones, compensaciones, frutos o mejoras.

Debe entonces resolver el Tribunal si, en este caso, alguna de las sanciones previstas en el artículo 206 del CGP es aplicable a las partes por la estimación de perjuicios contenida en su respectivo juramento estimatorio, respecto de las pretensiones económicas que cada una de ellas reclama.

Bajo dicho artículo, conforme se advierte en su texto, existen dos sanciones relativas al juramento estimatorio: la primera está prevista en el inciso cuarto, y se aplica cuando la parte demandante no alcanza a probar la suma reclamada a título de indemnización en una proporción de al menos el 50% de lo señalado en el juramento estimatorio, en cuyo caso “se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada”; la segunda está contemplada en el parágrafo de la disposición, y opera cuando las pretensiones sean negadas por falta de prueba de los perjuicios, en cuyo caso “la

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueren desestimadas”.

Al analizar la exequibilidad de la segunda sanción, la Corte Constitucional resolvió, en la Sentencia C-157 de 2013, avalar la disposición, “(...) *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*”, por manera que la sanción sólo es aplicable cuando la parte que formuló el juramento estimatorio actúa de mala fe y hay temeridad en la estimación de los perjuicios allí contenidos, conclusión que se justifica en que, como también lo expresa la Alta Corporación en la Sentencia C-279 de 2013, la sanción “*tiene 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*”, todo lo cual implica el análisis de la conducta desplegada por el demandante y no simplemente la imposición objetiva de las sanciones cuando las pretensiones son negadas por falta de demostración de perjuicios.

En línea con esta decisión de constitucionalidad, el legislador modificó el citado artículo 206 del CGP en el sentido de que “[l]a aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

Dicho esto, para el Tribunal, la necesidad de que exista una conducta reprochable en términos de negligente, temeraria o contraria a los mandatos y postulados de la buena fe es aplicable a las dos sanciones previstas en el referido precepto. En efecto, se trata de hipótesis fácticas similares en la medida que en ambas se alude a que haya ausencia -total o parcial- de prueba del perjuicio reclamado y estimado en el juramento, de modo tal que las sanciones solamente pueden aplicarse si esa diferencia obedece a un actuar negligente o temerario; en esa línea de argumentación, no tendría adecuada justificación que una sanción opere de manera objetiva, mientras que la otra requiera de un análisis de la conducta de la parte demandante.

En este caso, el Tribunal considera que no está probado que alguna de las partes haya actuado de manera descuidada o negligente, ni temeraria, al formular su juramento estimatorio, pues existe una clasificación y justificación de cada uno de los rubros reclamados, y durante la etapa probatoria presentaron mediante dictamen pericial el sustrato numérico de las cuantías, mostrando una conducta leal y proba, que incluso se puso de presente con el reconocimiento expreso, en el interrogatorio al respectivo perito, de unos errores de cálculo -especialmente en

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co



SC648-1



materia de intereses- cometidos en una de las experticias presentada por la SPRBUN, cuestión a la que se refirió el Tribunal en apartado anterior de esta providencia. La no prosperidad de pretensiones, en relación con una y otra demanda, se ubica en consideraciones sustanciales y probatorias objeto de natural controversia dadas las opuestas posiciones sostenidas por las partes, sin mediar reproche en términos de temeridad o negligencia que pueda habilitar las consecuencias sancionatorias descritas.

En consecuencia, el Tribunal se abstendrá de imponer sanción alguna a las partes en relación con el juramento estimatorio presentado en la demanda principal reformada y en la demanda de reconvenición.

8.3. La conducta de las partes.

De conformidad con lo establecido en el artículo 280 del CGP, el Tribunal considera que las partes y los apoderados sustentaron con lealtad y respeto -sin desmedro de firmeza- sus respectivas posturas respecto de los asuntos debatidos en el proceso, sin que se hayan advertido ni puedan deducirse comportamientos temerarios o reprochables que tuvieran virtualidad para derivar alguna consecuencia procesal distinta a la valoración del material probatorio.

Entiende el Tribunal que en medio de la vehemencia inevitable en litigios de estas características, las partes pueden tener posiciones y/o apreciaciones subjetivas diversas sobre puntuales episodios que se presentan durante el trámite²⁰⁸, pero considera que desde la perspectiva de la valoración panorámica de la conducta desplegada por los extremos procesales, no hay reparos que pudieran originar la deducción de indicios relevantes ni consecuencias negativas de otra índole en el examen probatorio de la controversia.

8.4. Otros aspectos procesales planteados por la SPRBUN.

Además de la tacha de testigos -literal (a)-, a la que ya se refirió el Tribunal, la SPRBUN incluye en su alegato final un acápite sobre “*ASPECTOS PROCESALES OCURRIDOS EN EL TRÁMITE*”, a los cuales se refiere ahora el Tribunal, en los términos que estima pertinentes según la naturaleza y relevancia de las formulaciones propuestas.

8.4.1. Cosa juzgada.

²⁰⁸ Muestra de ello, las manifestaciones de la SPRBUN en apartado específico de su alegato final (páginas 166 a 168).



En su alegato de conclusión la SPRBUN, en el literal (b) del acápite que ocupa la atención, advierte que:

“Quedó probado que existe cosa juzgada respecto de la capacidad de la SPRBUN para ser operador portuario, según los varios pronunciamientos judiciales.

Un aspecto central de la discusión que intentó plantear OPP es la incapacidad legal de SPRBUN para ser operador portuario porque según OPP, dicha capacidad estaría limitada por la cláusula 12.19 del Contrato de Concesión -valga la pena resaltar sobre la cual no tendría competencia este Tribunal-. Sin perjuicio de que OPP no es parte del Contrato de Concesión y careciendo de legitimación en la causa por activa para pretender que este Tribunal se pronuncie al respecto, respetuosamente solicito a los señores Árbitros tener en cuenta que respecto de la capacidad de SPRBUN para ser operador portuario existe cosa juzgada por pronunciamientos de diferentes autoridades judiciales y administrativas, tal cual quedó probado en el proceso: (...).”

Con el fin de resolver lo pertinente frente a esta solicitud, el Tribunal pone de presente las reflexiones que siguen.

El artículo 282 del CGP señala que *“En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda”*. Evidencia lo anterior que la excepción perentoria de cosa juzgada es de aquellas que no requieren ser alegadas para que, de estar estructurada probatoriamente en el curso del proceso, deba el juez declararla en la sentencia o laudo.

En el caso presente la Convocada, al dar respuesta a la demanda principal reformada de OPP, no alegó dentro del aparte dedicado a las excepciones la de *cosa juzgada*; empero, en el alegato de conclusión sí lo hizo, aun cuando predicada de un solo aspecto determinado del conflicto, el concerniente con si la SPRBUN podía realizar la actividad de operador portuario; de ahí que es pertinente que el Tribunal se ocupe de precisar si dicho medio de defensa se estructura, con el alcance puntual invocado para el efecto.

Indica el alegato lo siguiente: (i) Que en el Contrato de Concesión 009, en el que -ha advertido el Tribunal- no fue parte OPP, se incluyó en el numeral 12.19 de la cláusula décima segunda que la SPRBUN *“(…) no operará el puerto a menos de que ello sea estrictamente necesario por razones técnicas o porque no exista otra*

Sede Principal

Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



alternativa”; (ii) Que “Esta disposición fue incluida al momento de celebrar el Contrato de Concesión por expreso mandato del numeral 13 del artículo 23 del Decreto 838 del 28 de mayo de 1992[1] que regulaba el contenido mínimo que debían tener los contratos de concesión, según las normas imperativas vigentes para dicho momento”, numeral 13 que se declaró nulo por sentencia del 24 de julio de 1997 del Consejo de Estado, quien “consideró que dicha norma violaba la Ley 1 de 1991 en cuanto imponía una restricción a las sociedades portuarias que el legislador no había contemplado, al restringir el objeto social de las sociedades portuarias en contra de lo que las actividades propias de la actividad portuaria”; (iii) Que la ANI ha considerado jurídicamente que la disposición contractual contenida en el citado numeral 12.19 carece de aplicación práctica y conceptuó, mediante comunicación 2017-303-000836-1, que dicho numeral 12.19 era ineficaz como consecuencia de la decisión del Consejo de Estado, a más de que dicha entidad “ha reconocido que la SPRBUN es una sociedad que tiene por objeto, entre otras actividades, la operación de un puerto multipropósito”; (iv) Que “la interpretación de la ANI ha sido compartida y reiterada por diferentes autoridades administrativas y judiciales que han considerado que la SPRBUN no tiene ninguna limitación para ejercer actividades de operación portuaria, en concordancia con lo decidido por el Consejo de Estado respecto de la nulidad de la norma general que disponía la obligación de incluir en los contratos de concesión portuaria la restricción para que las sociedades portuarias operaran los puertos”, tal como ha sucedido con la Superintendencia de Industria y Comercio “que desde el año 2003 consideró que las sociedades portuarias se encuentran habilitadas para desarrollar servicios de actividad portuaria, incluyendo, como resulta lógico, la propia operación portuaria”; (v) Que la Superintendencia de Transporte “ha reconocido a la SPRBUN como operador portuario para la prestación de servicios de operación portuaria mediante: (i) Registro de operador portuario 2016041210130115 de 21 de septiembre de 2016[2] y (ii) Registro de operador portuario 2021081110094418 de 22 de septiembre de 2021, actualmente vigente”.

Concluye el alegato advirtiendo: *“Así las cosas, resulta evidente que tanto la propia ANI como el interventor del Contrato de Concesión, como otras autoridades judiciales y administrativas, han reconocido la ineficacia de la prohibición originalmente dispuesta por mandato legal en el Numeral 12.19 del Contrato de Concesión, existiendo cosa juzgada respecto de la discusión si SPRBUN puede o no efectuar servicios de operación portuaria”* (resalta el Tribunal).

Los muy conocidos requisitos teóricos para que se estructure la cosa juzgada como medio exceptivo dentro de un proceso, consistentes en que se inicie un segundo trámite en el cual exista identidad de partes, objeto y causa con otro que ya fue decidido por medio de sentencia ejecutoriada, al romperse muestran ausentes en

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



este caso, pues no se evidencia ninguna decisión ejecutoriada proferida en un proceso en el cual hayan sido partes las aquí Convocante y Convocada en el que se esté discutiendo idéntica circunstancia y causa de ella. Necesariamente, sin más consideraciones, se debe concluir que no se estructura la “*cosa juzgada*” invocada por la SPRBUN.

Cuestión diferente es que el Tribunal analice, como lo ha hecho, los medios probatorios existentes para efectos de determinar, en el ámbito contractual de la controversia -la Renovación de 2013-, si la SPRBUN tiene habilitación para competir con OPP como operador, cuestión planteada por la Convocante entre las circunstancias sobrevinientes en que soporta su reclamación arbitral, aspecto del litigio ya examinado a espacio por el Tribunal con resultado negativo para el planteamiento de OPP, por las razones entonces expresadas, a las que cabe agregar que está además acreditado que se ha reconocido a la SPRBUN como operador portuario mediante el Registro como tal con el número 2016041210130115 de 21 de septiembre de 2016²⁰⁹.

8.4.2. El dictamen elaborado por SOLFIN.

De otro lado, en el mismo acápite de “ASPECTOS PROCESALES”, en el literal (c) la SPRBUN plantea que “*EL DICTAMEN PERICIAL ELABORADO POR SOLFIN DEBE SER RECHAZADO EN CUANTO FUE ELABORADO POR UN PERITO CON INTERÉS EN EL CASO, DESCONOCIENDO LOS DEBERES DE LAS PARTES RESPECTO DE LA PRESENTACIÓN DE DICTÁMENES PERICIALES*”; para la Convocada, según afirma en los subsiguientes literales (d), (e) y (f), se está ante “*Circunstancias que comprometen muy seriamente la imparcialidad y objetividad del perito*”; “*OPP incumplió GRAVEMENTE el mandato previsto en el artículo 235 del Código General del Proceso*”; y se advierten “*Errores graves en los fundamentos y conclusiones del dictamen presentado por SOLFIN*”.

Agotado el recorrido de esta parte motiva por todos los temas centrales objeto de estudio, base de la orientación decisoria ya perfilada respecto del *petitum* íntegro²¹⁰ de la demanda principal reformada instaurada por OPP y de la demanda de reconvención formulada por la SPRBUN, está claro que no tiene lugar la apreciación material del dictamen financiero traído al proceso por OPP -objeto del reproche que examina-, de cara al propósito del mismo tendiente a sustentar las reclamaciones económicas relevantes de la Convocante, pues los escenarios jurídicos centrales planteados en la demanda principal reformada como

²⁰⁹ Archivo denominado: P.24, contenido en la Carpeta 7 (Anexos de Contestación de la Demanda Reformada) del Cuaderno No.3 – Pruebas.

²¹⁰ Salvo en lo atinente a costas.



fundamento de lo pretendido -desfiguración de la causa, teoría de la imprevisión y responsabilidad civil por incumplimiento-, como se ha señalado con reiteración, en términos generales no tienen vocación de prosperidad -salvo el aspecto puntual que enseguida se rememora-, por manera que los ejercicios de cuantificación efectuados en esa línea, y las consideraciones en que se sustentan, no son objeto de análisis material, ni tienen aplicación real, lo mismo que acontece en relación con el tópico puntual de resultado favorable para OPP, ubicado en el reconocimiento de incumplimiento de deberes secundarios de conducta por parte la SPRBUN -en los términos y con el alcance señalados en el correspondiente aparte de esta providencia-, escenario específico en el que, como también quedó puntualizado con nitidez, por razones de otra índole explicadas en su momento, de ninguna manera procede la indemnización por los conceptos objeto de estimación pericial.

Ante este panorama estima el Tribunal que, más allá de la importancia teórica del planteamiento probatorio-procesal que se considera, que involucra particularidades fácticas relativamente inusuales, no es necesario hacer pronunciamiento de fondo.

VI. COSTAS

El artículo 361 del CGP indica que *“Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”*. Y, como es bien sabido, el numeral 1. del artículo 365 *ibidem* establece que *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso”*, regla que se atempera o modula en el numeral 5. del mismo precepto, el cual dispone que *“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”*.

Está visto que en este proceso concurren demanda principal y demanda de reconvencción, ambas con importantes reclamaciones de carácter cuantitativo, al tiempo que algunas de índole cualitativa -vr. gr., para citar una particularmente relevante, la consistente en solicitar que se decrete la resolución del Contrato-

En el amplio espectro de la controversia, el resultado del trámite integralmente considerado permite apreciar que en materia de pretensiones prosperan parcialmente, en distinto grado, peticiones de cada una de las demandas, con desestimación de otras varias, también en distinto grado y de diversa índole, y que en materia de excepciones en general no prosperan, también por razones de distinta índole, las propuestas por cada una de las partes. Con base en este panorama, que involucra entonces el resultado cuantitativo y cualitativo del litigio, el Tribunal, de conformidad con lo previsto en el recién citado numeral artículo

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co


www.ccc.org.co



SC648-1



365 del Código General del Proceso, estima razonable optar por la abstención de condena en costas, de manera que cada parte asumirá los gastos en que haya incurrido. Así se decretará.

VII. PARTE RESOLUTIVA

Con fundamento en las anteriores consideraciones el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en el nombre de la República de Colombia, por habilitación de las partes y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

I. En relación con la demanda principal reformada instaurada por OPP GRANELES S.A. y las excepciones formuladas frente a ella.

- 1. Declarar** que entre la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. y OPP GRANELES S.A. se suscribió un negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado “*RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172*” de 13 de septiembre de 2013. En consecuencia, prospera la “*PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL*” de las “*3.1 Pretensiones principales*”, repetida en la “*PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*” del “*3.2 Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias*” y en la “*PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*” del “*3.3 Segundo Bloque de Pretensiones Subsidiarias*”.
- 2. Declarar** que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. incumplió, en los términos y con el alcance señalados en la parte motiva, deberes secundarios de conducta asociados al negocio jurídico de naturaleza contractual que, en su última vigencia, se instrumentó en el documento denominado “*RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172*”. En consecuencia, prospera parcialmente la “*SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*” del “*3.3 Segundo Bloque de Pretensiones Subsidiarias*”, repetida en la “*CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL*” de las “*3.1 Pretensiones principales*” y en la “*TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA*” del “*3.2 Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias*”. Se niegan en lo demás.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





3. **Negar** todas las demás pretensiones de la demanda principal reformada, principales, subsidiarias y sus respectivas consecuenciales -con sus propias subsidiarias-, contenidas en las “3.1 Pretensiones principales”, el “3.2 Primer Bloque de Pretensiones Subsidiarias” y el “3.3 Segundo Bloque de Pretensiones Subsidiarias”, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva.
4. **Desestimar** todas las excepciones formuladas por la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A., en los términos, con el alcance y por las razones indicadas en la parte motiva.
5. **Abstenerse** de imponer condena en costas.

II. En relación con la demanda de reconvención instaurada por la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. y las excepciones formuladas frente a ella.

6. **Declarar** que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. y OPP GRANELES S.A. celebraron el Contrato -denominado “*RENOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE USO DE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA PARA EL MANEJO DE GRANELES SOLIDOS EN EL TERMINAL MARÍTIMO DE BUENAVENTURA NÚMEROS 033, 037, 038, 171 Y 172*”- y que este cumple con las condiciones para su existencia y validez. En consecuencia, prospera la pretensión (a) de las “5.1 PRETENSIONES PRINCIPALES RELACIONADAS CON EL CONTRATO”.
7. **Declarar**, en los términos y con el alcance indicados en la parte motiva, que constituyen obligaciones esenciales del Contrato (i) el pago de las tarifas de operador portuario, (ii) la realización de las inversiones pactadas y (iii) el pago del canon de arrendamiento. En consecuencia, prospera la pretensión (b) de las “5.1 PRETENSIONES PRINCIPALES RELACIONADAS CON EL CONTRATO”.
8. **Declarar**, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva, que desde el año 2020, en fecha no demostrada con exactitud, OPP GRANELES S.A. incurrió en incumplimiento de la obligación de pago de la tarifa por concepto del uso de instalaciones al operador portuario marítimo -UIOPM-, respecto de la cual fue constituida en mora el 18 de febrero de 2022. En consecuencia, prospera parcialmente la pretensión (a) de las “5.2 PRETENSIONES PRINCIPALES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”. Se niega en lo demás. La referida pretensión (a) se

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co



SC648-1



repite en la petición (a) del “5.3 GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”.

9. **Declarar**, en los términos y con el alcance indicados en la parte motiva, que OPP GRANELES S.A. incumplió la obligación de pago de las tarifa por concepto del uso de instalaciones al operador portuario marítimo -UIOPM-. En consecuencia, prospera parcialmente la pretensión (b) de las “5.2 PRETENSIONES PRINCIPALES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”. La referida pretensión (b) se repite en la petición (b) del “5.3 GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”, base para la prosperidad, con el mismo alcance, de la pretensión (c) del mismo “5.3 GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS (...)”.
10. **Declarar** que OPP GRANELES S.A. debe pagarle a la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A., por concepto del uso de instalaciones al operador portuario marítimo -UIOPM- con corte a 31 de octubre de 2022, la suma de quince mil ochenta y nueve millones trescientos sesenta y seis mil pesos (\$15.089.366.000). En consecuencia, en estos términos prosperan las pretensiones (i), (j) y (k) de las “5.2 PRETENSIONES PRINCIPALES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”, salvo lo relativo a lo reclamado en la pretensión (k) por concepto del uso de instalaciones al operador portuario terrestre -UIOPT-. Las pretensiones (i) y (j) recién citadas están repetidas en las peticiones (f) y (g) del “5.3 GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”.
11. **Declarar** que OPP GRANELES S.A. está obligada, y por lo tanto se le **condena**, a pagar a la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A., los intereses comerciales moratorios a la máxima tasa legal permitida, causados desde el 19 de febrero de 2022 para los saldos adeudados por el año 2020 (\$4.871.913.000) y 2021 (\$4.887.574.000), y desde el 1º de noviembre de 2022 para el saldo adeudado por el año 2022 -con corte a 31 de octubre de dicho año- (\$5.329.879.000), saldos cuya sumatoria corresponde al total indicado en el numeral anterior de esta parte resolutive, en todos los casos hasta la fecha en que se realice el pago. En consecuencia, en estos términos prosperan las pretensiones (n) y (o) de las “5.2 PRETENSIONES PRINCIPALES RELACIONADAS CON EL

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”, repetidas en las peticiones (j) y (k) del “5.3 GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”.

12. **Declarar**, en los términos y con el alcance indicados en la parte motiva, que bajo el Contrato, OPP GRANELES S.A. se encuentra obligado al pago de las tarifas que le corresponden como operador portuario de conformidad con el tarifario vigente al momento de su cobro. En consecuencia, prospera la pretensión (a) de las “5.4 PRETENSIONES PRINCIPALES RELATIVAS AL COBRO DE LAS TARIFAS DE OPERACIÓN PORTUARIA A SPRBUN”.
13. **Declarar**, en los términos y con el alcance indicados en la parte motiva, que OPP GRANELES S.A. se encuentra obligada a pagar los conceptos de uso de instalaciones al operador portuario terrestre -UIOPT- y uso de instalaciones al operador portuario marítimo -UIOPM-, en cuanto estas tarifas son aquellas que a la fecha de presentación de la demanda principal reformada se encuentran vigentes para todos los operadores portuarios que prestan sus servicios en el terminal concesionado a la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. En consecuencia, prospera la pretensión (b) de las “5.4 PRETENSIONES PRINCIPALES RELATIVAS AL COBRO DE LAS TARIFAS DE OPERACIÓN PORTUARIA A SPRBUN”, en los términos y con el alcance señalados en la parte motiva.
14. **Declarar**, en los términos y con el alcance indicados en la parte motiva, que sin perjuicio de que la facultad de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. para modificar sus tarifas se deriva del marco contractual y legal que regula su actividad, bajo el Contrato la SPRBUN se encontraba facultada para modificar las tarifas, incluyendo la eliminación de los descuentos por rendimientos o incentivos, en los términos del párrafo de la cláusula décima del Contrato. En consecuencia, prospera la pretensión (c) de las “5.4 PRETENSIONES PRINCIPALES RELATIVAS AL COBRO DE LAS TARIFAS DE OPERACIÓN PORTUARIA A SPRBUN”.
15. **Desestimar** la pretensión (e) de las “5.4 PRETENSIONES PRINCIPALES RELATIVAS AL COBRO DE LAS TARIFAS DE OPERACIÓN PORTUARIA A SPRBUN”, en los términos y por las razones señaladas en la parte motiva.
16. **Negar** todas las demás pretensiones de la demanda de reconvencción, contenidas en las “5.1 PRETENSIONES PRINCIPALES RELACIONADAS CON EL CONTRATO”, las “5.2 PRETENSIONES PRINCIPALES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co

www.ccc.org.co



SC648-1



OBLIGACIONES CONTRACTUALES”, el “5.3 GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OPP DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES” y las “5.4 PRETENSIONES PRINCIPALES RELATIVAS AL COBRO DE LAS TARIFAS DE OPERACIÓN PORTUARIA A SPRBUN”, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva.

17. **Declarar** que no hay lugar a hacer pronunciamiento sobre las “5.5 PRETENSIONES SUBSIDIARIAS RELATIVAS A LA NULIDAD DEL CONTRATO”, por las razones indicadas en la parte motiva.
18. **Desestimar** todas las excepciones formuladas por OPP GRANELES S.A., en los términos, con el alcance y por las razones indicadas en la parte motiva.
19. **Abstenerse** de imponer condena en costas.

III. En relación con aspectos administrativos.

20. **Declarar** causado el saldo final de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria. El Presidente procederá a hacer estos pagos. Las partes deberán entregar a los Árbitros y a la Secretaria, en un plazo de quince (15) días hábiles contados a partir de la radicación de la respectiva factura, los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con el 50% restante de sus honorarios.
21. **Ordenar** el pago de la contribución arbitral a cargo de los Árbitros y la Secretaria, para lo cual el Presidente hará las deducciones y librára las comunicaciones respectivas de conformidad con lo ordenado por la Ley 1743 de 2014.
22. **Proceder**, por intermedio del Árbitro Presidente, de conformidad con el inciso segundo del artículo 28 de la Ley 1563 de 2012, a realizar la correspondiente liquidación de gastos y a rendir cuenta razonada de los mismos, restituyendo a las partes en proporciones iguales los remanentes, si a ello hubiere lugar.
23. **Ordenar** que por Secretaría se haga entrega a cada una de las Partes y al Ministerio Público de un ejemplar de este Laudo.
24. **Ordenar** que en la oportunidad que corresponda, previa remisión de la Secretaría, se proceda al archivo del expediente digital en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali.

Sede Principal
Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co





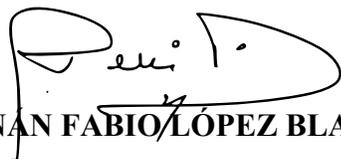
Esta providencia se suscribe con firmas escaneadas y quedó notificada en audiencia realizada por medios virtuales, como lo autoriza la ley.

El Árbitro Presidente,


JOSÉ ARMANDO BONIVENTO JIMÉNEZ

Los Árbitros,


CARLOS DARÍO BARRERA TAPIA


HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO

La Secretaria,


MARÍA DEL PILAR SALAZAR SÁNCHEZ

Sede Principal

Calle 8 # 3-14, Piso 4
Tel: 57 (2) 8861369
Cel: 314 8348808
ccya@ccc.org.co



www.ccc.org.co

